

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

ANDRÉ SANTOS CHAVES

**O INSTITUTO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
À MORADIA:
ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PARADIGMAS PROCESSUAIS E O EFETIVO
DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE OS PODERES**

São Leopoldo,
2009

ANDRÉ SANTOS CHAVES

**O INSTITUTO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
À MORADIA:
ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PARADIGMAS PROCESSUAIS E O EFETIVO
DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE OS PODERES**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientadora: Professora Doutora Jânia Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo,
2009

Ficha catalográfica

C512i Chaves, André Santos

O instituto da suspensão de segurança e a efetividade do direito à moradia: entre a flexibilização dos paradigmas processuais e o efetivo diálogo necessário entre os poderes / por André Santos Chaves. – 2009.

128 f.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

“Orientação: Prof.^a Dr.^a Jânia Maria Lopes Saldanha, Centro de Ciências Jurídicas.”

1. Poder Judiciário – Direito à Moradia. 2. Moradia – Suspensão de segurança. 3. Direitos sociais- Moradia. 4. Estado – Direito à Moradia. I. Título.

CDU 342.737

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Carla Inês Costa dos Santos- CRB10/973

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS
Ciências Jurídicas
Programa de Pós-graduação em Direito
Nível mestrado

ANDRÉ SANTOS CHAVES

**O INSTITUTO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
À MORADIA: ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PARADIGMAS PROCESSUAIS E
O EFETIVO DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE OS PODERES**

Dissertação de Mestrado apresentada como
requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito, ao Programa de Pós-
Graduação em Direito, pela Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação de Mestrado

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Dr^a Jânia Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo, ____ de _____ de _____.

A minha família que, em todos os momentos, sempre me apoiou em todas as jornadas, mesmo naquelas em que não obtive o sucesso desejado.

Ao professor Ovídio, que me ensinou, ainda nos bancos acadêmicos, a enxergar o mundo e o processo civil sob outras matizes.

Ao apoio institucional da Procuradoria do Município de Porto Alegre.

Não ando do lado da lei, a lei não foi idéia minha
Nei Lisboa

RESUMO

As reflexões constantes no presente trabalho têm por escopo discutir a possibilidade de se efetivar o direito à moradia através da jurisdição, utilizando-se o instituto da suspensão de segurança. De um lado, tem-se a Carta Política brasileira promulgada com um rol relativamente prolixo de direitos sociais, o que inclui a necessidade de um Estado materializador de políticas públicas e, de outro lado, um país ainda em desenvolvimento, cuja democracia está sendo paulatinamente construída, ou seja, a economia não é forte o suficiente para proporcionar a justa distribuição da riqueza e a democracia não é sentida de maneira igualitária perante a população. Qual a contribuição que o Poder Judiciário pode dar para a efetivação do direito à moradia e de que maneira a concretização deste direito pode ocorrer na atualidade. Para responder a estes questionamentos, na primeira parte do presente trabalho, optou-se por analisar o tamanho da crise por que o Estado atravessa e quais os reflexos no processo civil. Depois, trabalhou-se com a noção de paradigmas, no sentido de se compreender de que maneira tendem a se regularizar no tocante à produção de sentido, quais as influências do medievo e da modernidade em relação à noção de paradigmas e, quase ao final da primeira parte, procurou-se abordar de que maneira o sentido é construído quando da utilização do instituto da suspensão de segurança. Todas estas indagações serviram de mote para questionar, no último item da primeira parte deste trabalho, a inadequação do uso do procedimento ordinário para tentativa de se efetivar, ou concretizar um direito social, no caso o direito à moradia. Na segunda parte da dissertação, já tendo uma noção das limitações hermenêuticas do instituto da suspensão de segurança, procurou-se trabalhar com a possibilidade de se concretizar o direito à moradia com base numa análise do que se convencionou denominar de tensão entre o juiz, o legislador e o executor; se é função do direito o cumprimento de políticas públicas e de que maneira o diálogo entre os poderes é capaz de afastar o dogma da separação de poderes com o intuito de se permitir ao juiz que concretize a previsão constitucional de moradia a todos. Por fim, num viés mais sociológico, procuro-se verificar como a sociedade brasileira se relaciona com esta categoria moderna denominada “direito”, atualmente, materializado através da lei compreendida como ato político de competência precípua do Poder Legislativo. Devido a características particulares, a sociedade brasileira, via de regra, acaba por não construir as liberdades públicas ou os direitos sociais, o que ocasiona sempre e cada vez mais, nas mais variadas situações, seja o Estado o grande responsável pela elaboração, implementação e fiscalização do cumprimento de um determinado direito, não se podendo negar que é do Estado que se cobra a efetivação do referido direito à moradia.

ABSTRACT

The aim of the solid considerations of this work is to discuss the possibility of making the right to housing effective through jurisdiction, using the “suspensão de segurança”. On the one hand, there is the Brazilian Constitution, enacted with a list quite wordy of social rights, including the need of a State that executes policies. On the other hand, a country in progress, whose democracy is being gradually created, there is, the economy is not strong enough to provide the fair distribution of wealth and the democracy is not the same before population. What is the contribution that Judiciary department could provide to make the right to housing effective? Nowadays, how this right could take place? To answer these questions, in the first part of this work, it was opted to analyze the size of crisis that the State undergoes and its reflexes in the civil procedure. Afterwards, it was studied the notion of paradigms to understand in which way they tend to be regularized concerning to production of sense and the influences from medieval and contemporary time in relation to notion of paradigms. Almost in the end of the first part, it is approached how the sense is constructed when the “suspensão de segurança” is used. All these questions has served as theme to inquiry, in the last item of the first part of this work, the unsuitable use of ordinary process to try to effective or concretize a social right, in this case, the right to housing. In the second part of this study, with a notion of hermeneutic limitations of the “suspensão de segurança”, the possibility of concretizing the right to housing was worked based on analyze which is conventionally called the tension among Judiciary, Legislative and Executive departments. If the function of Law is to accomplish policies, how the dialogue among these departments could discard the dogma of the distribution of powers with the aim of allowing to the Judiciary department to concretize the constitutional forecast of housing for every person. Finally, in a sociological viewpoint, it was verified how the Brazilian society has a relation with this modern category called “right”. Today, it is executed trough the statues understood as a political act of important competence of Legislative department. The Brazilian society, due to its characteristics, doesn't usually create the public rights or social ones. For this reason, it makes always and continually, in distinct cases, that the State is the responsible by elaboration, implementation and inspection of accomplishment of a certain right and it is impossible to deny that is from the State that the right to housing is required.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: HÁ ESPAÇO PARA FLEXIBILIZAÇÃO DOS PARADIGMAS PROCESSUAIS	15
2.1 A Crise do Estado e do Processo Civil	16
2.2 O Processo e seus Paradigmas: A Constante Regularização dos Paradigmas em Relação à Produção de Sentido	32
2.3 O Processo e seus Paradigmas: as Influências do Medievo e da Modernidade	37
2.4 A Construção do Sentido no Procedimento de Suspensão de Segurança	41
2.5 Inadequação do Uso do Procedimento Ordinário para Efetivação do Direito à Moradia	61
3 SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA ATRAVÉS DO DIÁLOGO ENTRE OS PODERES	76
3.1 Tensão Existente no Atual Momento Histórico entre Juiz-Legislador-Executor.....	77
3.2 O Direito e os Juízos Políticos. Políticas Públicas e Função do Direito	82
3.3 Diálogo Necessário entre os Poderes: Superação do Dogma da Estrita Separação dos Poderes	92
3.4 A Construção das Liberdades no Brasil. A Constante Antecipação dos Direitos.....	106
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
REFERÊNCIAS	119

1 INTRODUÇÃO

O instituto da suspensão de segurança, previsto no art. 4º, da Lei nº 4.348/64; o da suspensão de liminar, previsto no art. 12, da Lei nº 7.347/85; o da suspensão de liminar contido no art. 4º, da Lei nº 8.437/92; o da suspensão da execução previsto na Lei nº 9.507/97, e, por fim, a extensão que sofreu o instituto da suspensão para abranger a tutela antecipada prevista no art. 273 e parágrafos do CPC, através do art. 1º, da Lei nº 9.494/97¹, possuem a mesma característica: a suspensão da decisão liminar, ou às vezes a suspensão da execução da sentença ou do acórdão de decisões proferidas por juízes de primeiro grau, na sua maioria, ou eventualmente, por julgadores em grau recursal, nos tribunais locais, em casos mais raros.

A suspensão da segurança regradada na Lei nº 4.348/64 foi prevista para ser utilizada quando se tratar de ação de mandado de segurança, a suspensão prevista na Lei nº 7.347/85, para ser usada quando a matéria versasse a respeito da ação civil pública, a suspensão prevista na Lei nº 8.437/92, envolve suspensão de medidas cautelares deferidas contra a Fazenda Pública², o art. 1º, da Lei nº 9.497/97 estendeu a todas as medidas antecipatórias o instituto da suspensão e, por fim, há previsão de suspensão da execução da medida de *habeas data*, conforme disposição da Lei nº 9.507/97, art. 16.

Embora presentes na legislação já faz tempo, ao menos no que diz respeito ao instituto da suspensão da segurança previsto na Lei nº 4.348/64, não há notícia significativa de que tenham sido usados de maneira insistente antes da promulgação da Constituição de 1988³. Todavia, após a promulgação da Carta Política de 1988, observando-se os números constantes no sítio do STF⁴, percebe-se o expressivo número de julgamentos envolvendo os procedimentos de suspensão, em todas as suas nuances.

O instituto da suspensão de segurança surgiu como objeto de estudo diante de uma constatação: se há direitos que a Constituição garante, por que motivo existe um instituto disposto a cassá-los, ou, refinando-se a pergunta, se é dado ao juiz, nos autos de uma ação

¹ Por terem a mesma característica, serão genericamente denominados pela expressão suspensão de segurança. A opção pela utilização apenas desta expressão é para evitar ambiguidades e guarda noção com nomenclatura que, de fato, está mais consolidada na doutrina e na jurisprudência, haja vista data de 1964 a primeira menção deste instituto.

² Na época, utilizava-se o processo cautelar, previsto no Código de Processo Civil, no art. 796 e segs., como substituto do que hoje se denomina tutela de urgência.

³ Não há estatística em relação ao período anterior a 1990 no sítio do Supremo. É uma dedução, baseado no fato de que em 1990, apenas vinte e um processos de suspensão de segurança foram distribuídos no STF, o que faz concluir que o número de processos de suspensão, antes deste ano, também era baixo.

⁴ No sítio do STF, há estatística a partir do ano de 1990. Nesse ano, foram distribuídas vinte e uma suspensões de segurança e no ano de 2008, o número de suspensões distribuídas superou a casa dos 300 processos. Embora quantitativamente pequeno, o crescimento foi surpreendente.

civil pública, efetivar o direito a moradia, cumprindo desde já a Constituição, porque existe uma espécie de contra-cautela que permite neutralizar esta conquista? A escolha da suspensão de segurança se deve ao fato de ser um instituto de dupla face, ou seja, de um lado, mostra-se como importante instrumento de poder e controle de decisões judiciais, auxiliando o Poder Executivo a suspender o cumprimento de determinações judiciais e por outro lado pode servir como meio de discussão acerca da pertinência, ou não, de efetivação do mesmo direito, através do diálogo entre os Poderes Executivo e Judiciário. O fato de conviver, aparentemente, sem conflito com as regras da epistemologia do conhecimento evidencia a possibilidade de ser utilizado o instituto da suspensão de segurança tanto em relação ao seu viés autoritário quanto em relação a um viés transformador, utilizando-se a mesma autoridade para obrigar o diálogo ao invés da cassação de decisões jurisdicionais.

A proposta deste trabalho pode, se se imaginar a possibilidade de utilização do instituto da suspensão de segurança para o “bem”, para o efetivo diálogo e concretização de direitos, no caso o direito à moradia, soar inalcançável, todavia é obrigação de todo o jurista, comprometido com o momento histórico atual, propor alternativas que viabilizem a concretização dos direitos, mormente os direitos sociais plasmados na Constituição, dentre estes o já mencionado direito à moradia, previsto no *caput* do artigo 6º⁵.

Não há como negar que o último ciclo constitucional brasileiro cujo ápice culminou com a promulgação da Constituição de 1988, foi bastante influenciado pelos ciclos constitucionais de Portugal e Espanha⁶, ao menos no que diz respeito à concepção de uma constituição dirigente⁷, com normas programáticas e um claro recado de tentativa, através do Texto Político, de transformação social⁸.

Uma Constituição recheada de normas programáticas tem o condão de questionar o jurista nos seguintes termos: se as políticas públicas (dentre estas o direito à moradia)

⁵ “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 6º).

⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. P. 11-14.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

⁸ Seguramente, não é este o momento adequado, mas não há como deixar de registrar, até porque esse não é o assunto central, a crítica de Bercovici à Teoria da Constituição Dirigente como uma Teoria “auto-suficiente” da Constituição. Eis as palavras exatas: “Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais”. (BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003).

insculpidas na Constituição é direito⁹, então é função do Poder Judiciário o cumprimento desta mesma Constituição¹⁰, não se podendo esquivar numa eventual natureza estritamente política dos direitos sociais, dentre estes o direito à moradia, objeto desse trabalho, para descumprir a Constituição.

Embora não se possa negar que em países como o Brasil, cuja Constituição de 1988 foi forjada com forte caráter programático, a tendência é pelo crescimento da importância do papel da Suprema Corte, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal (STF)¹¹, no que diz respeito à construção de sentido e aplicação das normas constitucionais, num viés hermenêutico¹², não se pode também perder de vista que a concretização do direito social à moradia, enquanto direito plasmado na Carta Política e enquanto uma política pública a ser cumprida pelos Poderes, também pode (e até mesmo deve) ser efetivado em seu nível micro¹³, ou seja, concretizado de maneira local¹⁴ àqueles de que efetivamente necessitam¹⁵. Essa efetivação do direito social à moradia, essa tentativa de efetivação ao nível micro, deve se dar, sem se desconsiderar os aportes da hermenêutica constitucional, com a ajuda do juiz (de

⁹ No sentido de se exigir uma prestação positiva do Estado. Ver neste sentido: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 21-23; e DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 258.

¹⁰ Parece não haver dúvida de que a Constituição é o “estatuto jurídico do político”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. P. 12); no mesmo sentido, DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

¹¹ “Apesar das críticas de Canotilho ao papel dos tribunais constitucionais na concretização da Constituição Dirigente, a observação histórica dá razão a Böckenforde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição”. (BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**. In: **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, P. 118).

¹² Neste sentido: TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; e do mesmo autor, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; e, num viés mais comunitarista, mas também hermenêutico, CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

¹³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

¹⁴ É no nível local, seguramente, que o direito pode ser compreendido, quando, teoricamente, ocorre a materialização fática dos dispositivos previstos na Constituição, por exemplo. Neste sentido, a análise da democracia norte-americana feita por Tocqueville. Vide a este respeito, TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**: leis e costumes. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁵ Convém trazer a posição de Cittadino, citando Guillermo O'Donnell a respeito da “cidadania de baixa intensidade” característica de democracias cujos Estados não conseguiram implementar, na sua totalidade, ou quase totalidade, as próprias normas constitucionais. No dizer da autora, há forte respeito aos direitos políticos, como liberdade de voto, liberdade de organização partidária entre outros e, no entanto, há uma carência no que diz respeito ao cumprimento de direitos liberais às camadas pobres da população. Ver a esse respeito: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. P.11. No caso da sociedade brasileira, deve-se também questionar o alcance dos direitos não apenas liberais, ou de primeira geração, mas também os direitos sociais, os de segunda geração, às camadas pobres da população.

primeiro grau), pois é no e com o juiz, cujo contato com as partes é mais sensível, que deve ocorrer a concretização dos direitos.

Esse, sem dúvida, é o fio condutor deste trabalho, ou seja, como permitir que também o juiz, através de uma jurisdição também constitucional, todavia através de instrumentos processuais já existentes (no caso, o instituto da suspensão de segurança), consiga, dentro do atual quadro histórico brasileiro do século XXI, construir hermeneutica e factualmente a concretização do direito social à moradia, previsto no caput do art. 6º da Constituição brasileira.

Esta construção de sentido e do próprio direito na prática não se dará sem a quebra de alguns paradigmas, dentre os quais aponta-se o paradigma da rígida separação de poderes, que não permite ao juiz “sujar as mãos”¹⁶ com o direito, com a concretização do direito e com a efetiva defesa da Constituição, que no caso do direito à moradia, irá tangenciar com a efetiva defesa da população carente e marginalizada, precipuamente nas grandes cidades brasileiras, garantindo-lhe algo que o Estado promete, faz anos, e não cumpre, se tomado como marco a Carta Política de 1988.

A divisão do trabalho em duas partes teve o condão de, primeiramente, discutir a respeito da possibilidade de flexibilização dos paradigmas processuais, iniciando pela análise e extensão da crise do Estado e seus reflexos em relação ao direito (item 2.1), posteriormente, os limites e possibilidades de construção de sentido ante a constante regularização de paradigmas, ou seja, mesmo que se tente inovar, o senso comum dos juristas tende a repetir os mesmos procedimentos e a construir sentidos praticamente idênticos, quando defrontados com situações assemelhadas (itens 2.2, 2.3 e 2.4) e, ao fim desta primeira parte, a inadequação do procedimento ordinário para se tentar obter a efetivação do direito à moradia.

Na segunda parte, a discussão cinge-se a demonstrar que a suspensão de segurança força a ocorrência de diálogo entre os poderes, uma vez que no mundo moderno¹⁷, em países

¹⁶ Não há como escapar à referência à obra do Professor Ovídio Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. XI), cuja referência mostra-se apropriada. Todavia, ousa-se afirmar que o juiz, no caso de efetivação dos direitos sociais e no caso de cumprimento de políticas públicas, no atual momento histórico, terá a missão de não apenas retirar as luvas e sujar as mãos, deverá “sujar o corpo inteiro” com o direito, deve abandonar qualquer postura que não seja a de se imiscuir, também, nos problemas políticos e sociais de que a tradição lhe impõe uma desesperadora fuga. Nesse sentido, nas seguintes obras há também a preocupação em discutir o direito e sua concreta efetivação: CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?**: o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002; SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O Discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988 e VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000; e LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade da Decepção**. Barueri: Manole, 2007.

de modernidade tardia¹⁸ ou de cidadania de baixa intensidade¹⁹, há constante atrito entre os poderes executivo, legislativo e judiciário (item 3.1) no tocante ao cumprimento e efetivação da Constituição, na ausência do executivo em cumprir as promessas da modernidade, precipuamente, em relação a políticas públicas, ocorre, por falta de canais alternativos, a constante judicialização da política, exigindo-se do Poder Judiciário, muitas vezes em substituição ao executivo e até mesmo ao legislativo, no pertinente ao cumprimento das mais variadas políticas públicas, dentre estas o direito à moradia previsto na Constituição brasileira (item 3.2).

A superação do dogma da (estrita) divisão de poderes, conferindo certa dose de discricionariedade²⁰ ao juiz possibilitará a visualização de que o magistrado possa agir positivamente no sentido de intervir nos acontecimentos (item 3.3) e, por último, a noção de que invariavelmente o Brasil, antecipa a produção dos direitos, ou seja, nem sempre o direito codificado é uma aspiração obtida depois de intensos debates entre grupos opositores ou depois de grande manifestação de parcela da sociedade (item 3.4) e esta antecipação de direitos, ao contrário do que a Teoria da Constituição dirigente defende²¹, não tem tido o condão de ser o agente transformador da realidade. Ao contrário, na realidade brasileira parece haver uma inegável prática de mascaramento da realidade pelo direito²².

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. e STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. P. 11.

²⁰ Não há, nesse trabalho, um capítulo específico abordando, ou tematizando os diversos significados que a palavra discricionariedade pode ter no contexto jurídico-hermenêutico. Portanto, esse é o momento de fixar o sentido desta palavra nesta dissertação. A despeito da posição de Streck (STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 123) e na apresentação da obra de Tribe Dorf, (TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. XV) e da posição de Dworkin (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 50 e sgs.) cujo sentido de discricionariedade judicial fica mais próximo do que se poderia entender por arbitrariedade e, portanto, deve o juiz ser limitado hermeneuticamente pelos princípios constitucionais o que lhe retira certa dose de criação do direito (discricionariedade), prefere-se, no contexto desta dissertação, trabalhar com a idéia positiva da palavra discricionariedade judicial, tal como Ovídio Baptista da Silva, em diversas obras, dentre as quais, citam-se: **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**, p. 213 e **Processo e Ideologia**, p. 292 e, por fim, também num viés positivo em relação à discricionariedade judicial, ver KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 281-301. Esse viés positivo empresta ao julgador certa dose de discricionariedade para resolver os casos, todavia há necessidade deste poder de decisão ser exercido com responsabilidade, de maneira fundamentada e dentro da moldura de uma democracia participativa.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

²² Ao tempo do Brasil Colônia, transformado em Império com a outorga da Constituição de 1824, havia expressa disposição no art. 179 e seus números a respeito do banimento dos açoitados, a tortura, a marca de ferro e outras penas cruéis, no entanto os escravos eram sistematicamente açoitados. Ver nesse sentido: “A Declaração dos Direitos do Homem, por exemplo, transcrita em parte na Constituição Brasileira de 1824, não só não escondia nada, como tornava mais abjeto o instituto da escravidão. A mesma coisa para a professada

Através da estrutura apresentada, composta de duas partes, pretendeu-se discutir o tema relativo à possibilidade de flexibilização dos paradigmas processuais e uso alternativo do instituto de suspensão de segurança para fins de concretização do direito social à moradia. As dificuldades temáticas foram mais sentidas na segunda parte, cuja discussão gira a respeito da possibilidade do uso “positivo” do instituto da suspensão de segurança, ou seja, um instituto que poderia forçar o diálogo entre os Poderes na tentativa de se concretizar o direito à moradia, isto porque, embora haja profusão de obras a respeito do papel dos juízes na democracia brasileira, do papel dos juízes em relação à concretização do direito através da jurisdição constitucional ainda vige certa restrição no pensamento dos juristas em relação à necessidade dos juízes (principalmente os de primeiro grau) em “sujar as mãos” no que diz respeito ao cumprimento das políticas públicas insculpidas na Constituição de 1988.

Deve-se ressaltar que, conquanto haja certa pluralidade de doutrinadores no que diz respeito à efetividade do processo, neste trabalho optou-se em utilizar o pensamento do Professor Ovídio, no campo do processo civil. O principal motivo diz respeito a abrangência de toda a obra de quem foi, seguramente, o maior processualista que este país criou, haja vista conseguir, mesmo quando trata de temas processuais, vincular a discussão aos mais variados ramos do saber, tais como filosofia, sociologia, linguística entre outros. Esta característica em vincular o estudo do processo a outros ramos, emprestando uma plasticidade pouco visualizada noutros processualistas faz com que a utilização das obras e do pensamento de Ovídio Baptista da Silva se tornem, muitas vezes, o ponto de partida e de chegada em relação a muitos pontos de vista defendidos neste trabalho, principalmente na primeira parte, nos itens 2.2, 2.3 e 2.5.

Por fim, método de abordagem escolhido foi o hermenêutico, haja vista o direito faz parte do condicionamento do homem em interpretar o mundo, sendo impossível dissociar em que medida o homem interpreta e é interpretado (ou interpelado) pelo mundo, ou seja, não há como escapar da noção heideggeriana do ser no mundo.

universalidade dos princípios, que transformava em escândalo a prática geral do favor. Que valiam, nestas circunstâncias, as grandes abstrações burguesas que usávamos tanto?”. (SCHWARZ, Roberto. **Ao Vencedor as Batatas**. São Paulo: Editora 34, 2000. P. 12).

2 SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: HÁ ESPAÇO PARA FLEXIBILIZAÇÃO DOS PARADIGMAS PROCESSUAIS

caos: *lat. chãos*, i 'caos, confusão, mistura confusa dos elementos; os infernos; escuridão, trevas; o caos a que tudo será reduzido, o fim do mundo', este do gr. *kháos, eos* ou *ous* 'caos; imensidade do espaço; fig. tempo ilimitado'; *f.hist. 1572 Chaos*

ordem: *lat. ordo, ordinis* 'fileira, alinhamento, ordem, arranjo, disposição, classe social'; ver *ord-*; *f.hist. sXIII orden, sXIII ordim, sXIV ordem.* (HOUAISS, [s.d.]).

Segundo narração contida no primeiro livro do Antigo Testamento, Gênesis, Deus demorou sete dias para dar ordem ao caos, tendo sido o sétimo dia o de descanso. Essa talvez seja a contingência do homem, exasperada modernamente, de tentar colocar ordem no que era o caos a fim de ter uma vida estável, sem contratempos ou dissabores. Todavia, não é possível assegurar o caos absoluto e muito menos a ordem absoluta, haja vista o ser humano desconhece estes extremos de que, aliás, tanto foge.

Toda crise revela este sentimento bíblico, todavia na ordem inversa, de existência de ordem quebrada e aproximação do caos, devendo, a fim de debelar a crise, ser buscadas alternativas que promovam o retorno à estabilidade. Não obstante, este caminho da ordem ao caos e do caos à ordem é que garante a riqueza do pensamento e a transformação de sentidos e é o que possibilita as mais acirradas discussões sobre o sentido a ser dado aos acontecimentos.

No campo das humanidades, uma das facetas da crise se dá através do abalo dos paradigmas²³ que são os suportes da ordem, da estabilidade. Este abalo não é ingênuo e a tendência é a construção de novos paradigmas aptos a devolver estabilidade à ordem supostamente perdida. Obviamente, este caminho – denominado crise – é responsável pela discussão e revalorização de muitos comportamentos e, mesmo que se conclua pelo retorno de antigos valores e até mesmo de velhos paradigmas, não há como deixar de escapar que todo e qualquer retorno não significa a mesma visão ou a mesma interpretação dos fatos²⁴.

²³ O conceito de paradigma é tomado do pensamento de Kuhn (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9.ed São Paulo: Perspectiva, 20066. P. 13). A título de curiosidade, é o que Tocqueville (TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América: leis e costumes**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 55) denomina de estado social e o que Viana (VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P. 94) denomina de “complexo cultural”.

²⁴ Calha, neste momento, citar conhecido conto de Borges (BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. P. 34-45) cujo título é Pierre Menard, autor do Quixote, transcrevendo-se a seguinte passagem: “Ele não queria compor outro *Quixote* – o que seria fácil – mas o *Quixote*. Inútil acrescentar que nunca levou enconta uma transcrição mecânica do original; não se propunha copiá-lo. Sua admirável ambição era produzir páginas que coincidissem – palavra por palavra e linha por linha – com as de Miguel Cervantes”. (BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. Op. cit., p. 38).

Calcado nessas premissas é que se inicia este trabalho, num primeiro momento, traçando uma discussão no sentido da ordem para o caos, quando se analisará a crise do Estado e do processo civil, a crise dos paradigmas e a consequência desta crise em relação ao sentido dado aos fatos no que diz respeito ao comportamento humano, sendo este comportamento analisado dentro do seio do Poder Judiciário através da tentativa de efetivação do direito à moradia através do instituto da suspensão de segurança. No fim desta primeira parte, finalizar-se-á com a discussão a respeito do instrumento político que gera a quebra da ordem e por consequência a instabilidade: o procedimento ordinário.

Na segunda parte deste trabalho, a tentativa será inversa: do caos para ordem.

2.1 A Crise do Estado e do Processo Civil

Costuma-se afirmar que o Estado está em crise²⁵ e esta crise reflete-se também no Direito cuja jurisdição²⁶ prestada pelo Estado mostra sinais de debilidade ante a ineficiência

²⁵ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 62; MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 23; CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?**: o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.; CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Justiça e o Processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. P. 105; BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000 e WALLERSTEIN, Immanuel. **O Fim do Mundo como o Concebemos**: ciência social para o século XXI. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

²⁶ Adota-se o conceito de jurisdição esboçado por Montesquieu, na obra *Espírito das Leis*, no sentido de ser um poder oriundo da função executiva de julgar crimes ou querelas individuais. Neste sentido: “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”. (MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Livro XI, Cap. VI. São Paulo: Nova Cultural, 1997. P. 201. (Coleção os Pensadores, v. I). Aliás, a noção de que o Poder Judiciário é uma função do Poder Executivo, no sentido de “executar” a lei criada pelo Poder Legislativo também se encontra em Locke quando afirma “Os que estão unidos em um corpo, tendo lei comum estabelecida e judicatura – para a qual apelar – com autoridade para decidir controvérsias e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros; (...) E aqui deparamos com a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade, que deve julgar através leis estabelecidas até que pondo se devem castigar as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, através julgamentos ocasionais baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde os danos do exterior devem ser vingados; e em um e outro caso utilizar toda a força de todos os membros, quando houver necessidade. (...) juiz esse que é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados. E, sempre que houver qualquer número de homens, associados embora, que não possuam tal poder decisivo para o qual apelar, estes ainda se encontrarão em estado de natureza”. (LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991. P. 249-250).

do Poder Judiciário em dar respostas concretas às demandas envolvendo direitos sociais, dentre esses, o direito à moradia²⁷.

Pode-se, aliás, afirmar que crise²⁸ sempre existirá, haja vista é característica do ser humano, da sociedade civil e do Estado a permanente transformação, a permanente mudança de estado e a conseqüente noção de que os fatos devem ser interpretados²⁹ ³⁰ e esta interpretação pode deslocar a aparente noção de tranquilidade do ser humano para uma noção de mudança, de novos valores e parâmetros, ou de novos valores e parâmetros a se construir. Essa suposta reconstrução do fato (do passado) muitas vezes é a origem da crise, vez que a noção histórica³¹ que o ser humano tem dos fatos não pode ser ignorada.

Buscar a origem da crise do Estado, um suposto marco zero, seguramente é tarefa impossível, no entanto é possível, numa análise sincrônica³², analisar a crise pela compreensão do que talvez, na atualidade, esteja mostrando sinal de total mudança em relação a um suposto conceito originário, ou imaginário: a lei.

²⁷ “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

²⁸ A etimologia da palavra crise demonstra a ocorrência de mudança de um estado a outro ou necessidade de tomada de decisões que se refletem nas mais variadas situações, fazendo com que haja constante reflexão do homem em relação aos fatos e acontecimentos que o cercam. Eis a etimologia da palavra: “lat. crisis, is 'momento de decisão, de mudança súbita, crise (us. esp. acp. med)', do gr. krísis, eós 'ação ou faculdade de distinguir, decisão' p.ext. 'momento decisivo, difícil', der. do v. gr. krínó 'separar, decidir, julgar'; já no lat. ocorre a acp. 'momento decisivo na doença'; a pal. ganha curso em econ a partir do sXIX; fr. crise (1429), ing. crisis (1543), al. Krise (sXVI), it. crisi (sXVI-XVII), esp. crisis (1705), port. crise (sXVIII); ver critic-”. (HOUAISS, Antonio. **Dicionários Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Cd- Rom. Rio de Janeiro: Objetiva: [s.d.].)

²⁹ Os fatos, o passado, não devem ser considerados como algo dado, o passado ou os fatos passados são invariavelmente interpretados. Nesse sentido: “E não é esse modo de reflexão o que entendemos comumente por “senso histórico”? Podemos definir este último como a disponibilidade e o talento do historiador para compreender o passado, talvez mesmo “exótico”, a partir do próprio contexto em que ele emerge. (...) A consciência moderna assume – precisamente como “consciência histórica” – uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação”. (GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. P. 19-20).

³⁰ “Concluo: disse, no início, que assumir o ponto de vista da filosofia da história significa levantar o problema do sentido da história. Mas a história, em si mesma, tem um sentido, a história enquanto sucessão de eventos, tais como são narrados pelos historiadores? A história tem apenas o sentido que nós, em cada ocasião concreta, de acordo com a oportunidade, com nossos desejos e nossas esperanças, atribuímos a ela. E, portanto, não tem um único sentido”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 60).

³¹ “(...) o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido”. (GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. P. 19).

³² SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de Lingüística Geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. P.117.

O Brasil, como um país caudatário da família do direito romano-canônica³³ absorveu o direito romano codificado³⁴, após a queda do Império Romano do Ocidente, bem como amalgamou as instituições políticas e sociais sob o mito da lei como sendo a expressão da vontade geral³⁵, tal como formulada por Rousseau³⁶.

Embora não haja uma definição exata do que seria esta “vontade geral”, Rousseau³⁷ aponta a importância de o Estado se fundar no respeito a “vontade geral”, que, em última análise, seria a mola mestra que permitiria que a sociedade fosse governada³⁸. Uma das maneiras de se obter a “vontade geral” seria através da lei formulada pelo Legislativo, haja vista o órgão legiferante seria capaz, pela pluralidade de seus membros e devido à representação nele contida, de revelar, com maior facilidade, a “vontade geral” da nação³⁹. A Lei como sendo detentora não apenas da vontade particular de cada cidadão, mas também contendo esta vontade particular na “vontade geral”, reuniria os elementos necessários à sua crença e à sua obediência, na medida que seria possível a construção de um governo republicano e, portanto, legítimo.⁴⁰

³³ MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.; e DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

³⁴ No prefácio da obra *Diálogo entre um Filósofo e um Jurista*, de Thomas Hobbes, há menção a respeito da codificação do direito romano: “A codificação do direito romano foi relativamente tardia. Na verdade, deu-se em Constantinopla, no reinado de Justiniano, mais de meio século depois de morrer o Império Romano (do Ocidente). O imperador sediado em Bizâncio mandou uma comissão ler as leis, decretos e as opiniões dos principais jurisconsultos para, com base nisso tudo, estabelecer um código. O código não é, portanto, uma fórmula que prevaleceu em Roma. E, como Justiniano mandou destruir as fontes nas quais seus comissários se nutriram, podemos dizer que o direito romano tal como hoje o conhecemos e, na verdade, pós-romano. Aliás, mesmo que seu conteúdo fosse majoritariamente fiel ao que os romanos efetivamente praticaram, basta que tenha sido codificado – e, com isso, excluída a divergência, a dúvida – para que ele seja um construto posterior à queda de Roma”. (HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy Editora, 2004. P.10-11).

³⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. P.172.

³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

³⁷ ROUSSEAU. **Do contrato social**. Op. cit., 1997.

³⁸ “A primeira e a mais importante consequência decorrente dos princípios até aqui estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou. O que existe de comum nesses vários interesses forma o liame social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. P.85).

³⁹ “Mas, quando todo o povo estatui algo para todo o povo, só considera a si mesmo e, caso se estabeleça então uma relação, será entre todo o objeto sob um certo ponto de vista e todo o objeto sob um outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então, a matéria a qual se estatui é geral, como a vontade que a estatui. A esse ato dou o nome de lei.

Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. P. 106-107.).

⁴⁰ “Vê-se ainda que, reunindo a Lei, a universalidade da vontade e a do objeto, aquilo que um homem, quem quer que seja, ordena por sua conta, não é mais uma lei; o que ordena, mesmo o soberano, sobre um objeto particular não é uma lei, mas um decreto, não é ato de soberania, mas de magistratura.

Esta noção de lei como “vontade geral” sofreu e atualmente ainda sofre um duro golpe⁴¹, haja vista a passagem da Idade Média para a Idade Moderna trouxe embutida, ao menos na prática, a idéia de que a lei é um instrumento de poder e representa, quando muito, a vontade de um determinado grupo, classe ou até mesmo de uma determinada instituição, ou de um órgão estatal, como o Poder Executivo.

Numa análise diacrônica⁴², estudando-se a lei na atualidade, percebe-se que cada vez mais que esta se tem tornado um instrumento, uma maneira de obter determinado comportamento ou de se regular determinada conduta, aproximando-se mais dos ensinamentos de Thomas Hobbes.⁴³

A formulação de Rousseau⁴⁴ em relação à “vontade geral”, vazada através da Lei, seguramente foi adequada a uma sociedade ainda preponderantemente rural, cuja burguesia, embora classe dominante, ainda era incipiente e as relações de trabalho não eram dinâmicas ou conflituosas como são as relações de trabalho numa sociedade industrial. A própria noção de democracia formulada por Rousseau⁴⁵ em muito não diferia da noção já trabalhada por Aristóteles⁴⁶ e por Montesquieu⁴⁷, no sentido de ser possível apenas em pequenos Estados.

Chamo, pois, de república todo o Estado regido por leis, sob qualquer forma de administração que possa conhecer, pois só nesse caso governa o interesse público, e a coisa pública passa a ser qualquer coisa. Todo o governo legítimo é republicano”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. P. 107-108).

⁴¹ Não existe mais a lei sonhada pela Revolução Francesa. No Estado transformado em “administração”, sob o qual vivemos, a lei não passa de um instrumento de governo. As controvérsias judiciárias cada vez mais dizem respeito a decretos, regulamentos e decisões administrativas, quando não a ordens de serviço”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio da. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 29 maio 2009).

⁴² SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de Lingüística Geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. P.163.

⁴³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997; e HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

⁴⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

⁴⁵ “O soberano, em primeiro lugar, pode confiar o Governo a todo o povo ou à maior parte do povo, de modo que haja mais cidadãos magistrados do que cidadãos simples particulares. Dá-se a essa forma de governo o nome de democracia.

(...)

Além disso, quantas coisas, difíceis de reunir, supõe esse Governo! Em primeiro lugar, um Estado muito pequeno, no qual seja fácil reunir o povo e onde cada cidadão possa sem esforço conhecer todos os demais; segundo, uma grande simplicidade de costumes que evite a acumulação de questões e as discussões espinhosas; depois bastante igualdade entre as classes e as formas, sem o que a igualdade não poderia subsistir por muito tempo nos direitos e na autoridade; por fim, pouco ou nada de luxo – pois o luxo ou é o efeito de riquezas ou as torna necessárias; corrompe ao mesmo tempo o rico e o pobre, um pela posse e outro pela cobiça; (...). (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. V. I., p. 147; 150-151). Ao final do capítulo IV, do livro III, Rousseau vaticina que aos deuses seria possível esta forma democrática; aos homens não converia.

⁴⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

⁴⁷ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

A consolidação da Revolução Burguesa⁴⁸ e o ingresso na Era Moderna⁴⁹ trouxeram à organização mundial a sociedade de massa, num primeiro momento, e, posteriormente, a sociedade de consumo⁵⁰ e, em conseqüência, a radical mudança das relações institucionais entre cidadão e Estado, entre os próprios cidadãos e até mesmo entre um Estado e outro.

A conseqüência é atualmente, quando o Estado, no caso o Estado brasileiro, pretende se apropriar da renda do cidadão, na forma de cobrança de imposto de renda, por exemplo, promulgará uma lei aumentando o percentual da alíquota e, desta forma, legitimando o ato de cobrança da referida exação. Quando, por motivos que se dizem justos, o Estado brasileiro pretende proteger o consumidor, através de legislação própria, edita-se um código neste sentido, ou, até mesmo quando um Estado pretende barrar determinados produtos de outros Estados, nos casos de barreiras alfandegárias a produtos da indústria de outros países, utilizam-se leis tributárias a fim de evitar, através elevadas alíquotas relativas ao imposto de importação, o ingresso de produtos estrangeiros.⁵¹

⁴⁸ No continente europeu, principalmente, a Revolução Gloriosa e a Revolução Francesa, conforme MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder Y Libertad**. Madrid: Trotta, 1998; e TOCQUEVILLE, Alexis. **O Antigo Regime e a Revolução**. Brasília: Editora da UnB, 1979. E no continente americano, a independência dos Estados Unidos da América e, posteriormente, a promulgação de sua Constituição, conforme MATTEUCCI, *ibid.*, 1998; TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América: leis e costumes**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁹ Segundo Bauman, a característica da sociedade moderna é a fluidez nas relações sociais, institucionais e até mesmo nas relações internacionais. Nesse sentido: “Havia, porém, pouco debate sobre as perspectivas do novo regime e as intenções dos novos senhores: a velha e já defunta ordem deveria ser substituída por uma nova ordem, menos vulnerável e mais viável que sua antecessora. Novos sólidos deveriam ser concebidos e construídos para encher o vazio deixado pelos derretidos. As coisas postas para flutuar deveriam ser novamente ancoradas, de modo mais seguro que antes. Para expressar a mesma intenção no idioma hoje em moda: o que tinha sido desacomodado” precisaria ser, mas cedo ou mais tarde, “reacomodado”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. P. 164).

⁵⁰ Autores como Lipovestky afirmam que atualmente a era é de hiperconsumo, ou seja, não há tempo de se estabilizar qualquer tipo de relação, pois o consumo se não é instantâneo, é muito rápido, não permitindo sequer agregar valores estáveis e permanentes as relações sociais e institucionais. Nesse sentido: “Por toda a parte, as operações e os intercâmbios se aceleram; o tempo é escasso e se torna um problema, o qual se impõe no centro de novos conflitos sociais. Horário flexível, tempo livre, tempo dos jovens, tempo da terceira idade: a hipermodernidade multiplicou as temporalidades divergentes. às desregulamentações do neocapitalismo corresponde uma imensa desregulação e individualização do tempo. O culto ao presente se manifesta com força aumentada, mas quais são seus contornos exatos e que vínculos ele mantém com os outros eixos temporais? De que maneira se articula nesse contexto a relação com o futuro e com o passado? Convém reabrir a questão do tempo social, pois este merece mais do que nunca uma inquirição. Superar a temática pós-moderna, reconceitualizar a organização temporal que se apresenta – eis o propósito deste texto.” (LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004. P. 58). Ver também as seguintes obras do mesmo autor: **A Sociedade da Decepção**. Barueri: Manole, 2007; **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

⁵¹ Não há como negar que a visão de Hobbes parece ter tomado corpo na modernidade em relação ao sentido da lei e seu conseqüente uso. Segundo Hobbes, a lei é um ato de poder, um ato de poder do soberano ou de quem detém o poder num Estado e deve, - a lei - a fim de evitar o regresso ao estado de natureza, ser cumprida e fielmente obedecida pelos cidadãos. Nesse sentido: “Em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou numa assembléia, como numa democracia, ou numa aristocracia. Porque o legislador é aquele que faz a lei. E só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos de leis, portanto o Estado é o único legislador. (...)”

Enfim, o que se ganhou, na modernidade, foi a noção de que a lei é um instrumento ou de que a lei é utilizada como um instrumento do poder.

Outro ponto que merece ser destacado em relação à crise do Estado diz respeito com a própria noção de soberania dos Estados Nacionais. A noção de que os Estados Nacionais são soberanos e legítimos produtores do Direito, este invariavelmente confundido com a noção de lei, sofreu duro golpe com a fixação da Revolução Industrial cuja consequência atual é a sociedade de massa e de consumo. A noção de que a soberania é inalienável e de que o Estado representa esta soberania por meio da “vontade geral” para se chegar ao bem comum⁵² sofre sensível abalo com a atuação de corpos intermediários e organizações internacionais ou supranacionais.⁵³ O que se percebe, no âmbito interno dos Estados, é o enfraquecimento da noção de Estado como ente soberano seja na relação com os cidadãos seja na relação entre os Estados no plano internacional⁵⁴.

O que a crise mostra, revela ou permite perceber, é que na ausência do Estado enquanto garantidor da ordem e da realização dos direitos e normas programáticas previstos nas modernas Constituições⁵⁵, dentre estas a brasileira, entes intermediários substituem o Estado, fazendo com que a noção de soberania estatal ou noção de Estado como única fonte produtora de direitos e garantias, se esmoreça.

(...) O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta”. (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. Cap. XXVI. P. 208; 210). Na mesma linha argumentativa: “Jur. [jurista] Como o senhor definiria uma lei? Fil. [filósofo] Do seguinte modo: uma lei é a ordem daquele ou daqueles que têm o poder soberano, dada àqueles que são seus súditos, declarando publicamente e de modo claro o que todos podem fazer e o que devem se abster de fazer”. (HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy Editora, 2004. P. 60).

⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Livro segundo. Cap. 1. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. P. 85.

⁵³ Bobbio aponta para o fato de a Revolução Francesa ter formulado um noção de organização estatal sem intermediários entre o indivíduo e o Estado, quando, com o implemento da Revolução Industrial, o que se viu foi a briga pelo poder dos mais variados grupos sociais. Nesse sentido: “O nexa entre a constatação da crise está na falta de correspondência entre a idéia com base na qual o Estado nasceu da Revolução Francesa foi construído, segundo a qual entre cada indivíduo e o Estado não deveria existir lugar para nenhum ente intermediário, e a realidade social presente, em que se proliferam e imperam grupos cada vez mais numerosos e cada vez mais prepotentes. BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2008, p. 175. Ver também, MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁵⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; e do mesmo autor “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

Não há como evitar, neste contexto de crise, análise do que se convencionou denominar de pluralismo jurídico⁵⁶ ou de pluralidade do ordenamento jurídico⁵⁷. O que se perdeu com a crise foi a noção da inexistência de apenas um ordenamento jurídico produzido pelo Estado, geralmente por meio do corpo legislativo, com força de lei e dotado de sanção. Há, não somente hoje, mas também havia no passado, instituições que por serem instituições estão produzindo direito cuja faceta visível é a norma jurídica⁵⁸.

Se antes da ascensão da burguesia ao poder, através de Revoluções Burguesas⁵⁹, havia instituições⁶⁰ dotadas de prestígio e, portanto, produziam normas jurídicas⁶¹, com a

⁵⁶ “Há que tratar agora, ainda que brevemente, o outro sub-problema, que é propriamente o do pluralismo jurídico e que se pode formular do seguinte modo: mesmo admitindo que em termos sociológicos ou antropológicos o direito de Pasárgada existe como tal e como tal pode ser objeto de análise, como resolver a questão de reconhecer no mesmo espaço geo-político, neste caso o estado-nação brasileiro, a existência de mais de um direito, sendo certo que tal reconhecimento choca frontalmente com os pressupostos constitucionais do Estado moderno, que atribuem a este monopólio da produção do direito?”. (SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O Discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988. P. 72).

⁵⁷ “Do conceito de ordenamento jurídico oferecido no capítulo anterior, é possível se deduzir o princípio de que existem tantos ordenamentos jurídicos quantas são as instituições.

(...)

Cada Estado deve, sem dúvida, ser considerado como um ordenamento que, de fato está separado dos outros Estados. Mesmo a comunidade internacional, não obstante o fato de ser uma instituição de instituições, é fruto de um ordenamento que pressupõe individualmente os ordenamentos dos Estados, mas, afirmando a independência e autonomia desses, não os incorpora no seu. Este princípio que poderia ser chamado de pluralidade dos ordenamentos jurídicos, enquanto é incontestado no que se refere aos vários Estados bem como, ao menos na doutrina mais recente, no que diz respeito às relações entre o direito internacional e os direitos estatais, é também, por vezes, negado de uma forma enérgica no que concerne os demais ordenamentos jurídicos. Para estes se põe, frequentemente, a tese de que todos, sem exceções, devem ser reduzidos ao direito estatal”. (ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2008. P. 137).

⁵⁸ Segundo entendimento de ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Op. cit., 2008.

⁵⁹ Vide nota 48.

⁶⁰ O conceito de “instituição” é chave para compreensão da teoria de Santi Romano em relação ao ordenamento jurídico. Embora não haja uma definição precisa do que é uma instituição, Santi Romano afirma que o direito é produzido por uma instituição, ou seja, uma instituição é um conjunto de pessoas, não necessariamente organizadas como pessoa jurídica, cujo objetivo não é individual ou pessoal, mas visam a um fim diverso, a um fim coletivo, a obter algum tipo de vantagem ou exigência que também se converterá em benefício do indivíduo que forma esta comunidade. Nesse sentido: “Sendo assim, o conceito que nos parece necessário e suficiente para fornecer em termos exatos aquele de direito enquanto ordenamento jurídico tomado no seu todo e unitariamente, é o conceito de instituição. Todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico. (...) A organização ou instituição (Einrichtung) não seria um ente natural dotado de vida própria, mas sim um ente voltado a alcançar determinados escopos sociais, sendo pensado ou considerado como sujeito de direito. (...) E, por fim, convém transcrever esta passagem: “Deveria-se, na verdade, distinguir duas espécies de instituições: no que concerne as que pertencem à categoria das coisas inertes (por exemplo, um terreno, que é considerado por si mesmo no registro, uma rua vicinal etc.) e aquelas que, ao contrário, forma corpos sociais, ou seja, as instituições corporativas. Desse modo, sejam as primeiras, sejam as segundas, são individualidades sociais. Mas, no sistema jurídico, somente as instituições corporativas devem ser analisadas como figuras existentes por si mesmas, já que estas, diferentemente das outras, possuem uma autonomia. Isso implica que toda instituição deste gênero é uma verdadeira realidade social, uma entidade fechada, diferente dos indivíduos que dela fazem parte, possuindo uma personalidade própria ou, ao menos, sendo candidata à personificação.” (ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2008. P. 78-81).

⁶¹ Pode-se citar a Igreja, as corporações medievais e até mesmo os diversos feudos que, sob o controle de um senhor feudal, produziam, para uma determinada população de súditos numa determinada região e numa determinada época, direitos. (ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2008. P. 78-79).

consolidação dos Estados Nacionais, assistiu-se, num primeiro momento, a construção da idéia de unidade do ordenamento jurídico ou absorção de todos os demais ordenamentos ao ordenamento estatal. A crise atual parece se nutrir do esgotamento do Estado liberal e do Estado social em cumprir as promessas da modernidade⁶² e, conseqüentemente, os ordenamentos jurídicos paralelos de outras instituições vêm ganhando voz no cenário interno e externo de cada país.

No Brasil do século XXI, não é possível negar a força que possui o ordenamento jurídico praticado e seguido pelos moradores das mais variadas favelas cariocas através normas jurídicas impostas pelos traficantes cuja aplicação agride princípios constitucionais tais como liberdade de expressão ou de locomoção, sem, contudo, encontrar resistência à altura por parte do Estado brasileiro.⁶³

No plano internacional, não há como ignorar a atuação de organizações não-governamentais (ONGs) tais como o “*Green Peace*”, cuja meta é defender um meio ambiente saudável (Amazônia, por exemplo) ou a caça indiscriminada de animais à beira da extinção, tais como baleias. A proteção oferecida e a atuação do “*Green Peace*” mostram-se, na mais variada das vezes, mais eficaz do que a eventual proteção solicitada ou requerida pelo Estado.

A conseqüência desta crise, ou mesmo o próprio estado de crise estatal, no que diz respeito ao reflexo em relação ao direito, se tomada a questão da perda da noção de lei como “vontade geral” e a noção de pluralidade do ordenamento jurídico, revela-se na funcionalização⁶⁴ do Direito.

A perda da noção de que o Direito deveria fazer justiça⁶⁵ e a perda da noção iluminista de que a lei seria eterna, perfeita e acabada⁶⁶ traz como conseqüência o uso do Direito como

⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; e do mesmo autor **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

⁶³ “... o ordenamento estatal que mostra ignorá-los e por isso desconhece a realidade, acaba em parte sendo também ele ineficaz”. (ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2008. P. 209).

⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?**: o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 89.

⁶⁶ “Tinha fé em poder encontrar aquela realidade legal, duradoura e imutável, em que pudéssemos confiar, tranqüilos, e habilitar-nos a estabelecer uma lei perfeita, através a qual as relações humanas pudessem ser ordenadas para sempre, sem momentos de incerteza e livres da necessidade de mudar.

(...)

Assim, o filósofo procurou construir teorias do Direito e teorias legislativas, tentando uni-las através uma idéia fundamental e decisiva como solução, igual a tarefa de produzir uma lei perfeita e capaz de perdurar para sempre.” (POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965. P. 14-15).

um instrumento do poder político, o Direito é uma ferramenta que permite ao Governo, exemplificativamente, legitimar uma política de socorro ao sistema bancário tal como ocorrida durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso⁶⁷. Tem-se a política e a economia utilizando-se do Direito para fins diversos de realização da Justiça, para interesses ora tido como de “Estado”, ora tidos como interesses de grandes grupos econômicos, mas enfim sempre como um interesse de algo, como um instrumento do poder^{68 69}.

É interessante pontuar que um dos reflexos da funcionalização do Direito é o fato de se poder reduzir a noção de Direito à Lei produzida unicamente pelo Estado⁷⁰. A noção de que o Estado monopoliza a criação do Direito, através de leis emitidas pelo Parlamento e a noção de que apenas o Poder Judiciário é o intérprete oficial das leis traz embutida a noção de que é possível ao Estado, para solucionar os mais variados fins, na atualidade, produzir Direito, haja vista assim pode se contrapor e responder às necessidades de uma sociedade de consumo, fortemente abalada por uma crise em seus paradigmas.

É a noção autopoietica⁷¹ do Direito e tem como consequência uma exagerada produção de “direitos”⁷², sem, contudo, haver preocupação de protegê-los. Preocupa-se

⁶⁷ Durante o segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1998-2002), foi necessário implantar, devido a uma conjunção da crise econômica internacional e da crise da política cambial do Governo brasileiro, um programa de socorro às instituições financeiras, sob a alegação de que a ausência de ajuda financeira aos Bancos ocasionaria a quebra de todo o sistema financeiro (ou bancário) brasileiro. Certo ou errado, diversos Bancos foram favorecidos com dinheiro público, saneados e posteriormente vendidos à outras instituições.

⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?**: o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002; e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Na mesma linha da funcionalização do Direito: “(...) por consequência, Estado e direito passavam a ser cada vez mais considerados como duas faces da mesma moeda, o fenômeno historicamente relevante para compreender o direito passava a ser a sua transformação em instrumento do poder estatal através a formação do Estado-aparato (o poder legal-racional de Max Weber). Este fenômeno induzia a concentrar a atenção nos problemas da complexa organização do instrumento mais do que nos problemas de ordem axiológica ou sociológica, considerados, uns, perturbadores (e, talvez, também irrelevantes), outros, irrelevantes (e, talvez também perturbadores). (BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2008. P.87).

⁶⁹ “Em tal caso, define-se a lei em termos de poderes, (...)”. (POUND, Roscoe. **Justiça Conforme a Lei**. São Paulo: Ibrasa, 1976. P. 48). Aliás, até mesmo em Locke já havia ideia de que lei era um instrumento de poder: “129. O primeiro poder, isto é, de fazer tudo quanto julgue conveniente para a própria preservação e dos demais homens, ele abandona para que seja regulado por leis feitas pela sociedade, até o ponto em que o exija a preservação dele próprio e do resto da sociedade; leis essas da sociedade que a muitos respeitos limitam a liberdade de que gozava pela lei da natureza”. (LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Cap. IX. São Paulo: Nova Cultural, 1991. P. 265).

⁷⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Livro Segundo. Cap. VII. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997; HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997; ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2008 e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: lianamentos para uma teoria general. México: Alianza Editorial, 1984; e TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

apenas em fundamentá-los, declará-los, sem qualquer preocupação prática de efetivação dos “direitos”⁷³, dentre estes, poder-se-ia incluir o de moradia, objeto deste trabalho. Esta característica da crise estatal que arrasta o Direito e a jurisdição torna-se mais problemática em países como o Brasil, cuja modernidade tardia⁷⁴ não possibilitou à sociedade a obtenção das promessas do Estado-social⁷⁵.

Todos estes aspectos da crise do Estado, da jurisdição e, por consequência, do Poder Judiciário refletem-se diretamente no STF e, uma das consequências, é o extraordinário número de recursos que aportam anualmente discutindo-se as mais variadas matérias, desde assuntos institucionalmente relevantes até mesmo assuntos que sequer extrapolam a esfera individual dos litigantes.⁷⁶

⁷² As aspas se justificam na medida que se pretende empregar ao termo direito a noção de uma prestação exigível do Estado, tal como o direito a moradia, tratado neste trabalho, mas bem poderia ser também o direito ao emprego, o direito a um meio ambiente saudável entre outros.

⁷³ “... que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 25).

⁷⁴ Convém repetir a observação de Guilherme O’Donnell, citada por Cittadino, na nota nº 11. Eis a transcrição do texto: “Guilherme O’Donnell utiliza o conceito de ‘cidadania de baixa intensidade’ (*low intensity citizenship*) ara se referir às democracias cujos Estados são incapazes de tornar efetivas as suas próprias regulações. Isto significa que se por um lado os direitos políticos são respeitados – ausência de coerção direta ao voto, livre capacidade de organização e manifestação da opinião – por outro lado, a cidadania é seriamente mutilada no que se refere à negação dos direitos liberais às camadas populares e outros setores estigmatizados – violência policial, impossibilidade de acesso aos tribunais etc. (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. P. 11). No mesmo sentido, Streck: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. Para tanto, chamando a atenção para o fato de que as sociedades exigem que o poder retome as funções de árbitro na solução das injustiças, Touraine diz que a América Latina, como as demais regiões do mundo, ingressa num novo período de sua história. Até o presente, nenhum de seus países, nem mesmo o Chile, foi capaz de implementar um plano global de progresso econômico e social, e tal situação não pode durar. Não se trata mais de livrar a economia de vínculos paralisantes, mas ao contrário de reintegrar a atividade econômica ao conjunto da vida social e reforçar as intervenções do poder político”. (**Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 69).

⁷⁵ Aliás, o Brasil não atingiu o nível dos países europeus no que diz respeito à implementação de políticas públicas relativas ao Estado-social, tais como erradicação da pobreza, acesso universal à educação e saúde públicas, por exemplo. Falar em segurança pública e correta distribuição de renda no Brasil seguramente é motivo para severa depressão.

⁷⁶ “O Supremo Tribunal Federal está em crise. Comumente ouve-se tal expressão nos meios jurídicos. Não se trata, evidentemente, de assertiva recente, pois é de longa data que se propala a dificuldade do órgão de cúpula do Poder Judiciário em absorver o número expressivo de processos e recursos a ele encaminhados. (...) No Brasil, embora com efeito tardio, em face do demorado processo de redemocratização do país, também se verificou no século passado, sobretudo com o advento da denominada “Constituição Cidadã”, promulgada em 5 de outubro de 1988, marcadamente “garantista”, uma procura substancial das massas ao Poder Judiciário. A crise do Supremo Tribunal Federal, entretanto, embora acentuada pelos ideais de acesso à justiça, desencadeados pela Constituição Federal de 1988, a ele preexistia, de modo que não se pode imputar-lhe exclusivamente a responsabilidade pela situação ora vigente, em que se observa uma progressão geométrica dos processos naquela Corte”. (SAUSEN, Dalton. **A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**: perspectiva hermenêutica. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007. P. 12). Calha trazer à baila, as estatísticas disponíveis no site do STF a respeito do crescimento do número de recursos extraordinários que aportaram à Corte desde o ano de 1990. Em 1990, foram distribuídos 10.780 recursos extraordinários aos Ministros do STF, em 2000, este número alcançou 29.136 recursos extraordinários distribuídos aos ministros e, em 2006, 54.575, número que parece ter sido o ápice, vez que, posteriormente, com a adoção do instituto da repercussão geral, o número de recursos extraordinários que aportam ao STF tem entrado em rota de declínio (Disponível em:

Não há como negar que a Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, teve como escopo construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, através de um Estado Democrático capaz de garantir e assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça⁷⁷. Esta previsão não poderia, no momento atual da história, ser concretizada no Brasil sem imaginar um Estado “forte”, um Estado intervencionista e regulador.⁷⁸

Todavia, seria ingenuidade pensar que a simples mudança da Constituição, a simples mudança do ordenamento jurídico, enfim, a mudança no e do Direito irá, modo automático, eliminar a crise, mudará o fato de existir, no Brasil, exemplificativamente, uma péssima distribuição da renda. A transformação do Direito tem de acompanhar uma profunda transformação das instituições políticas⁷⁹.

A par deste aparente dilema entre imaginar o “fim da história”⁸⁰ e se contentar com o “status quo”, imaginando ser impossível alterar a história e entre imaginar uma revolução grandiloquente através de mudança legislativa⁸¹, é possível propor medidas que alterem a democracia⁸² e a jurisdição de modo a obter maior democratização⁸³ de ambas.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 21 jul. 2009).

⁷⁷ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988.

⁷⁸ “É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado.

[...]

Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas da modernidade”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 26-27).

⁷⁹ “A democracia teve origem numa concepção segundo a qual a sociedade, qualquer que ela seja, especialmente a sociedade política, ao contrário da concepção orgânica dominante na antigüidade e na Idade Média, seria um “produto artificial” criado pela vontade dos indivíduos.

Esta, aliás, é a marca congênita do pensamento político moderno. O individualismo, não apenas está inscrito no cerne das instituições modernas, como se amplia e reforça na medida que os sistemas sociais contemporâneos desenvolvem-se, seguindo uma lógica imanente. Este é o pressuposto fundamental que nos impede de alimentar a ilusão de que se possa transformar o Direito sem que as instituições políticas sejam, nalguma medida, igualmente transformadas. Na “galáxia do capitalismo”, com seus pressupostos éticos, políticos e econômicos, em que navegamos, seria ingênuo sonhar com alguma transformação real do direito processual”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 306).

⁸⁰ FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o Último Homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

⁸¹ “Estas novas ciências sociais dão, hoje, com efeito, um grande e fundamental papel, na determinação das normas jurídicas, à atividade elaborada da própria sociedade, espontaneamente desenvolvida fora e independente da atividade técnica dos corpos legislativos oficiais. O direito que surge desta atividade espontânea da sociedade é o direito-costume, o direito do povo-massa que as elites, em regra desconhecem, ou mesmo desdenham conhecer, embora, às vezes, sejam obrigadas a reconhecê-lo e legalizá-lo – a “anexá-lo”, como diria Gurvitch.

Nos países anglo-saxônicos, em que a técnica legislativa consiste principalmente em buscar esse direito elaborado pela massa (*common law*) para cristalizá-lo em leis (*acts, statues*), esta “anexação” é um processo

Com estes dilemas é que se deve analisar a crise do Estado e do Processo Civil Brasileiros. O Brasil é uma nação jovem cuja democracia está sendo paulatinamente construída, visto que a história recente mostra uma série de golpes, contra-golpes, Constituições, algumas outorgadas, outras promulgadas⁸⁴ e, ao menos, durante o período republicano, graves crises econômicas cujos reflexos não poderiam deixar de macular as instituições políticas.

A par destes problemas, a democracia brasileira tem sido construída com base nos modelos de democracia europeu e norte-americano, precipuamente, em relação à organização do Estado⁸⁵. Obviamente, os problemas por que a sociedade brasileira atravessa são, em muitos casos, problemas que em maior ou menor grau atravessaram muitas sociedades européias ou a sociedade norte-americana, tais como má distribuição de renda, analfabetismo, saúde pública deficiente, entre outros.

A eloquência da crise está ligada ao papel do Estado Democrático de Direito. Não é mais possível, nesta quadra da história, defender um retorno, como é o desejo da política neoliberal, ao Estado Mínimo.

normal na formação do direito legal. Nos países, porém, como o nosso, não regidos pelo direito costumeiro, não se dá o mesmo – o direito elaborado pelas elites, consubstanciado na lei e nos Códigos, difere sensivelmente do direito elaborado pela sociedade, na sua atividade criadora de normas e regras de conduta. Esta discordância chega mesmo, às vezes, a incompatibilidades radicais, que acabam revogando ou anulando a lei, isto é, a norma oficialmente promulgada.

Em nosso povo, como veremos no correr deste livro, estas discordâncias entre o direito criado pela massa (costume) e o direito criado pelas elites (lei) são frequentes e quase normais – principalmente no campo do Direito constitucional. Outras vezes, deparamos todo um sistema vivo e atuante de normas obrigatórias, regendo largos setores da sociedade, classes ou categorias numerosas; mas, inteiramente desconhecido pelo direito oficial, elaborado pelas elites políticas e universitárias, que compõem os corpos legislativos do Estado”. (VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P. 43-44).

⁸² Neste contexto, entendida como democracia representativa que, na acepção de Bobbio (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 56), “significa, genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade.”. Noutra obra, Bobbio (BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra, 2009. P. 152) alude ao fato de que há maior democracia quando o percentual de representados é maior. Para tanto cita o ciclo constitucional italiano, cujo eleitorado “passou de pouco mais de 2 por cento dos habitantes a aproximadamente 60 por cento” entre o período de 1848 a 1946.

⁸³ Deve-se entender como a tentativa de se democratizar também a sociedade e não apenas o Estado através de suas instituições políticas. Neste sentido, as palavras de Norberto Bobbio: “De agora em diante, quando nos colocarmos o problema de saber se houve desenvolvimento da democracia na Itália durante os últimos anos, deveremos procurar ver se aumentou não o número dos eleitores mas o espaço no qual o cidadão pode exercer seu próprio poder de eleitor. Podemos, assim, considerar reforma democrática a que instituiu os conselhos escolares com a participação de representantes dos pais.” (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 69).

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

⁸⁵ “E é este o conceito que, vindo estampado no texto constitucional (Art. 1º), define os contornos do Estado brasileiro, a partir de 1988, tendo-se presente que o constituinte nacional foi buscá-lo em Constituições produzidas em situações similares à nossa, como é o caso da Constituição Portuguesa pós-Revolução dos Cravos e da Constituição Espanhola seguinte à derrubada do regime franquista, ou seja, documentos legislativos produzidos no interior de processos de redemocratização.” (STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 64).

Não se está diante de uma sociedade rural, arcaica cuja economia não planejada permitia um Estado apenas assegurador das liberdades individuais. A sociedade capitalista, triunfo da revolução burguesa, prometeu aos trabalhadores um futuro melhor, um futuro com mais conforto, um futuro recheado de oportunidades iguais, um futuro com justa repartição da renda⁸⁶, enfim, prometeu uma sociedade justa e igualitária. A par da utopia, o fato é que foi prometido, num futuro próximo, pós-revolução burguesa, uma sociedade justa e lastreada na igualdade de todos perante a lei e na justa distribuição dos bens. O “*Welfare State*”, organização política apta ao desempenho destas promessas, se comprometeu a dar trabalho, saúde, lazer, moradia entre outros direitos à população, motivo porque, alcançadas ao menos nos países europeus e na América do Norte uma situação singular em relação às promessas da modernidade, não pode haver retorno.⁸⁷

Quimérico seria acreditar que as promessas da modernidade, a plenitude da democracia, através do “*Welfare State*” foram cumpridas no Brasil. O Brasil, por problemas diversos, não conseguiu implementar o Estado Social e, a par desta limitação histórica cujos frutos são a enorme desigualdade social, atualmente pretende ser um Estado Democrático, embora com o discurso oriundo de suas elites de um Estado mínimo. Esta situação, além de paradoxal, contribui para o agravamento da crise, haja vista não se debelou ou mitigou a pobreza, não se equalizou a renda e a distribuição de bens e serviços⁸⁸ e já se pensa em minimizar o Estado.

Embora a onda neoliberal seja o discurso dominante, no caso brasileiro, não há como negar que é necessário, a par de se implantar uma verdadeira democracia no que diz respeito à justa distribuição de bens e serviços, buscar alternativas outras que não se limitem a acreditar apenas no Poder Executivo como o único poder apto a cumprir as promessas da modernidade.

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve séria mudança paradigmática no que diz respeito à construção da incipiente democracia brasileira, precipuamente, no tocante ao cumprimento das promessas da modernidade. O que noutras nações foi, em muitos casos, fruto de severas lutas, no Brasil restaram plasmados na Constituição direitos sociais, direitos

⁸⁶ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Op. cit., p. 62-63.

⁸⁷ “É possível assumir, antecipadamente, que estamos diante de um ponto de não retorno. Não há como se pensar em uma volta às bases do Estado Mínimo. Este é um caminho fechado. Isto não significa, contudo, que não estejamos sujeitos a ver minguadas algumas de suas características mais marcantes – o que é perceptível nas políticas em voga nos anos 1980, em especial com os governos Reagan e M. Thatcher, mas que, mesmo estes não alcançaram plenamente a (des)construção da totalidade dos mecanismos de welfare produzidos ao longo dos últimos 50 anos, principalmente”. (STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 65).

⁸⁸ O Brasil é apontado como o campeão da desigualdade social por Hobsbawm (HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos**: o breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. P. 397), perdendo para países como Guatemala, México, Sri Lanka e Botsuana.

coletivos e difusos, cuja aplicação ultrapassa a esfera individual e exige ações positivas do Estado.

É necessário, então, chamar o Poder Judiciário, através da Jurisdição Constitucional⁸⁹, para que seja possível construir um efetivo Estado Democrático de Direito, afastando, ou ao menos tentando afastar, a crise que assola o Brasil faz alguns anos.^{90 91}

Neste contexto, mostra-se relevante a discussão de como se fazer cumprir as promessas da modernidade. Na primeira fase da Revolução Burguesa houve a defesa intransigente dos direitos e garantias individuais pelo Estado Liberal cuja principal função seria assegurar a liberdade e igualdade dos indivíduos na sociedade. Esta forma de organização – Estado Liberal –, conquanto válida para uma sociedade recém saída do medievo, de caráter rural, cujas relações estavam num estágio incipiente do capitalismo, não suportou os novos tempos oriundos da industrialização.

A Revolução Industrial com todas as conseqüências que dela advieram para organização da sociedade e do Estado fez brotar situações novas cuja ideologia liberal não havia previsto. As relações entre capital e assalariados transmudou-se, não sendo mais tolerável, já no início do século XX que o Estado permanecesse apenas um garantidor de eventuais liberdades e garantias individuais, vez que a injustiça da desigualdade social estava cada vez mais tornando-se odiosa.

Como fruto da evolução e consolidação do mercado, há necessidade de o Estado intervir nas relações sociais, através dos chamados direitos de segunda geração⁹². Foi

⁸⁹ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Op. cit.

⁹⁰ “Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, através a omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte -, a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição. Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais”. (STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 45).

⁹¹ “Como se pode imaginar a prática da igualdade, como princípio democrático, ante o volume extraordinário de acumulação de riqueza em mãos de uma elite numericamente inexpressiva, em oposição a formas nunca vistas de pobreza e degradação humana em que sobrevivem contingentes cada vez maiores de grupos populacionais excluídos? Certamente ricos e pobres, poderosos e humildes sempre existiram, em todos os regimes políticos. Nossa experiência das desigualdades sociais, porém, oferece uma nota peculiar. É que, como observou Arnold Toynbee, o célebre historiador inglês, as outras vinte civilizações já desaparecidas tinham as desigualdades sociais como um fenômeno “natural”, contra o qual nada se poderia fazer, enquanto a nossa finalmente descobriu que a pobreza não é uma contingência natural, de modo que “a sempre antipática desigualdade na distribuição dos bens deste mundo, deixando de ser uma necessidade prática, transformou-se numa enormidade moral”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 316).

⁹² “Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto,

necessário assegurar condições dignas de trabalho, higiene laboral, sistema de aposentadoria, limitação da carga horária de trabalho além, obviamente, de ser uma das funções do Estado assegurar o direito que o indivíduo, agora cidadão, possui ao próprio trabalho.⁹³

Outro aspecto da crise diz respeito à importância atribuída ao trabalho e também aos trabalhadores, cerne do capitalismo pesado e da modernidade sólida, nas palavras de Bauman (2000)⁹⁴, foi rapidamente perdendo importância como padrão da atividade econômica e social já em meados do século XX. O que ocorreu foi a rápida queda do trabalho como fonte de riqueza e também rápida queda do movimento trabalhista, emprestando ares de liquidez à modernidade e de fluidez ao capitalismo⁹⁵.

Esta é a característica, segundo Bauman (2000), dos tempos modernos, cujas formas não se mantêm estáveis, são fluídas, desmancham-se aqui para remontarem-se acolá, tornando cada vez mais difícil o controle das mais variadas formas de prestação de serviços, o controle das autoridades, enfim, toda e qualquer estrutura apta a controlar perde em eficiência devido à fluidez da modernidade.⁹⁶ A velocidade das mudanças nas relações sociais, a velocidade das mudanças em relação aos direitos é um dos fatores da crise, haja vista se exige do Estado,

direitos que se connexionam com o direito de igualdade”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 258). Na mesma linha explicativa a respeito dos direitos sociais ou de segunda geração: “Quando digo que os direitos do homem constituem uma categoria heterogênea, refiro-me ao fato de que – desde quando passaram a ser considerados como direitos do homem, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais – a categoria em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 42).⁹³ “A partir do momento em que o voto foi estendido aos analfabetos tornou-se inevitável que estes pedissem ao Estado a instituição de escolas gratuitas; com isto, o Estado teve que arcar com um ônus desconhecido pelo Estado das oligarquias tradicionais e da primeira oligarquia burguesa. Quando o direito de voto foi estendido também aos não-proprietários, aos que nada tinham, aos que tinham como propriedade tão-somente a força de trabalho, a consequência foi que se começou a exigir do Estado a proteção contra o desemprego e, pouco a pouco, seguros sociais contra as doenças e a velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares, etc. Assim aconteceu que o Estado de serviços, o Estado social, foi, agrade ou não, a resposta a uma demanda vinda de baixo, a uma demanda democrática no sentido pleno da palavra”. (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 47-48).

⁹⁴ “Despido de seus adereços escatológicos e arrancado de suas raízes metafísicas, o trabalho perdeu a centralidade que se lhe atribuía na galáxia dos valores dominantes na era da modernidade sólida e do capitalismo pesado. O trabalho não pode mais oferecer o eixo seguro em torno do qual envolver e fixar autodefinições, identidades e projetos de vida. Nem pode ser concebido como facilidade como fundamento ético da sociedade, ou como eixo ético da vida individual”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. P. 160).

⁹⁵ “... em outras palavras, a ligação entre definir a labuta física como principal fonte da riqueza e bem-estar da sociedade, e a auto-afirmação do movimento trabalhista. Ascenderam juntos e juntos caíram”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. P. 161).

⁹⁶ “Havia, porém, pouco debate sobre as perspectivas do novo regime e as intenções dos novos senhores: a velha e já defunta ordem deveria ser substituída por uma nova ordem, menos vulnerável e mais viável que sua antecessora. Novos sólidos deveriam ser concebidos e construídos para encher o vazio deixado pelos derretidos. As coisas postas para flutuar deveriam ser novamente ancoradas, de modo mais seguro que antes. Para expressar a mesma intenção no idioma hoje em moda: o que tinha sido desacomodado” precisaria ser, mas cedo ou mais tarde, “reacomodado”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. P. 164).

praticamente em tempo real, que cumpra sua missão de fornecer moradia, exemplificativamente, à população carente e este direito, esta prestação positiva – direito de moradia, por exemplo - não pode demorar para ser efetivada.

Embora se esteja numa situação de crise, uma leitura atenta mostra que existem instrumentos que permitem apontar uma saída para o problema da prestação jurisdicional no que diz respeito à efetivação do direito de moradia. Aliás, dentro da própria estrutura, dentro do ordenamento jurídico, por mais paradoxal que possa parecer é possível utilizar-se de institutos jurídicos já existentes, dando-lhes interpretação “conforme”⁹⁷ e utilizando-os para democratização do processo civil, via construção de sentido de maneira democrática entre o Poder Judiciário e os demais poderes.

Por meio do instituto da suspensão de segurança poder-se-ia questionar os paradigmas que o processo civil fornece aos operadores, por meio da suspensão da segurança poder-se-ia trabalhar para democratizar a prestação jurisdicional no tocante ao cumprimento das promessas da modernidade no Brasil, dentre estas o direito à moradia. Todavia, e parece paradoxal, o instituto da suspensão de segurança, como atualmente conformado, se presta para um objetivo contrário em se tratando de implementação de políticas públicas⁹⁸ pelo Poder Judiciário, porém esta situação poderá ser alterada, haja vista uma análise hermenêutica poderá indicar um novo rumo, uma mudança nos paradigmas produzidos pelo processo civil.

2.2 O Processo e seus Paradigmas: A constante Regularização dos Paradigmas em Relação à Produção de Sentido

Escravidão, trabalho infantil, proteção à infância e à juventude, exemplificativamente, são noções adquiridas atualmente no mundo ocidental das quais a atitude esperada de

⁹⁷ Por analogia ao que entende o STF, no que diz respeito à interpretação conforme, quer dizer interpretar de acordo com um novo valor, fato que altera o sentido do texto originário, sem, contudo, alterar-lhe a substância, uma espécie de re-interpretação de acordo com supostos novos valores ou de acordo com valores diferentes. A este respeito, Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. P. 284-296), ainda sob a égide da anterior Constituição, abordava a possibilidade de interpretação conforme sem redução de texto. No mesmo sentido, Lenio Streck também aborda a possibilidade de interpretação conforme em sua obra **Jurisdição Constitucional** (STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 453) e, por fim, o entendimento atual do próprio STF através dos seguintes processos: HC 83868/AM, ADI 4167-MC/DF e ADI 3772/DF, extraídos do sítio eletrônico do tribunal. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 maio 2009).

⁹⁸ Adota-se aqui o conceito de Dworkin em relação à “política” [políticas públicas]: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem em algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 36).

qualquer pessoa, grupo ou Estados seja o combate à escravidão e ao trabalho infantil e a proteção à infância e à juventude.

Todavia, não faz muito tempo, ao menos no Brasil, a escravidão era algo tida por normal perante os membros da sociedade imperial, por exemplo. A noção de criança definida no Estatuto da Criança e do Adolescente⁹⁹ seguramente não era a mesma ao tempo do Brasil Colônia e seguramente não existia, no senso comum imaginário da população do Brasil Colônia, a necessidade de proteção ao trabalho infantil.

Enfim, estes exemplos mostram a importância que se deve dar aos paradigmas e a função dos paradigmas na construção dos valores e no sentido que se empresta aos fatos.

Por que razão atualmente se combate a escravidão, por que razão se protege a criança do trabalho infantil, demonizando-se aqueles que violam estas regras e, não muito tempo atrás, estas atitudes eram toleradas.

A força do paradigma consiste justamente em tornar algo “natural”, algo aceitável sem qualquer contestação, ou ao menos com relativa unanimidade, padrões de comportamento que serão o suporte na explicação de fatos ou na construção de sentidos. Esta noção de paradigma é fornecida por Kuhn (2006) ao afirmar que o paradigma é útil para a explicação de determinados problemas e, analogicamente, no ramo das ciências das humanidades, é uma explicação, ou interpretação majoritária que se deve dar aos fatos.¹⁰⁰

Esta verdade aceita pela comunidade científica sem contestação é que garante relativa unidade na interpretação dos fatos e torna o intérprete alheio a quaisquer outras variações de sentido.¹⁰¹

Embora não se possa imaginar aplicar sem qualquer moderação a teoria de Thomas Kuhn, é possível ao menos trabalhar com esta idéia de paradigma formulada pelo autor.¹⁰²

A fidelidade ao paradigma permite que mesmo havendo forte condenação à escravidão atualmente, por exemplo, ainda persista na sociedade estruturas que reproduzem típica mentalidade escravocrata da sociedade brasileira imperial, sem qualquer tipo de

⁹⁹ Lei 8.069/90, art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹⁰⁰ “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 13).

¹⁰¹ “Contudo, enquanto os paradigmas permanecem seguros, eles podem funcionar sem que haja necessidade de um acordo sobre as razões de seu emprego ou mesmo sem qualquer tentativa de racionalização”. (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Op. cit., p.74).

¹⁰² “Outra circunstância que recomenda as observações que faremos é que Thomas Kuhn concebeu o conceito de paradigma para as ciências naturais, originariamente para astronomia, nunca para as ciências sociais, tornando-se, por isso, uma tarefa delicada transferi-lo para o campo do Direito”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 29).

constrangimento entre seus membros. Aliás, é interessante tanto o trabalho doméstico¹⁰³ como estágio¹⁰⁴ estão previstos na Constituição e na Legislação Trabalhista sem qualquer tipo de “estranhamento” com os valores atuais.

Seguramente, não há noção de que o trabalho doméstico e o estágio remunerado são típicas relações que estão seriamente contaminadas pelo espírito escravocrata da sociedade brasileira, haja vista não causa qualquer tipo de constrangimento que o empregado doméstico trabalhe sem a percepção de horas extras e sem ao menos uma poupança digna formada pelo FGTS. Igualmente, em relação ao estagiário que trabalha sem qualquer garantia de seguro social prestado pelo INSS e, até bem pouco tempo atrás, sequer tinha direito a recesso, espécie de férias.¹⁰⁵

A isto não seria equivocado denominar de força do paradigma que consegue contaminar o pensamento de um determinado grupo, fazendo com que sejam considerados naturais determinados fatos que, num momento futuro, poderão ser questionados¹⁰⁶ a exemplo dos severos questionamentos éticos que atualmente se faz em relação à escravidão ou em relação ao trabalho infantil.

Os paradigmas tendem a se regularizar, ou seja, numa determinada comunidade, num determinado espaço temporal e num determinado momento histórico, as pessoas que dividem um espaço social cuja formação, visão de mundo e educação sejam semelhantes, tendem a interpretar os fatos de maneira semelhante¹⁰⁷, ou seja, há forte tendência à regularização dos paradigmas¹⁰⁸.

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 7º. Parágrafo único.

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 7º, XXXIII.

¹⁰⁵ Lei Federal nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, Art. 13.

¹⁰⁶ “Assim, um paradigma pode até mesmo afastar uma comunidade daqueles problemas sociais relevantes que não são redutíveis à forma de quebra-cabeças, pois não podem ser enunciados nos termos compatíveis com os instrumentos e conceitos proporcionados pelo paradigma”. (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 60).

¹⁰⁷ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 222.

¹⁰⁸ Em outros ramos do saber, como a linguística, por exemplo, a noção de regularização do paradigma é estudada com maior proximidade, na questão do aprendizado da língua portuguesa por uma criança. É comum, a partir dos dois anos de idade, toda criança, ao ter contato com a língua, regularizar os paradigmas, ou seja, todos os verbos para a criança serão regulares (“eu faço”, por exemplo, em oposição a “eu faço”). A exceção à regra, a noção de irregularidade de alguns verbos, é aprendida (e apreendida) através advertência e correção dos pais ou de professores ou até mesmo de colegas em cada situação concreta de fala. (PERINI, Mário Alberto. **A Língua do Brasil Amanhã e Outros Mistérios**. São Paulo: Parábola, 2004. P. 118; e BAGNO, Marcos. **Dramática da Língua Portuguesa: tradição gramatical, mídia e exclusão social**. São Paulo: Edições Loyola, 2001; e do mesmo do autor, **Preconceito Linguístico: o que é, como se faz**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. A comparação pode ser grosseira, mas mesmo assim se presta ao fim de mostrar que a riqueza está no caso concreto, na exceção. Tome-se, para fins de comparação, a ideia de que a língua portuguesa fosse um grande instrumento apto a ser utilizado como fonte de produção de comunicação e sentido e a utilização deste instrumento, com suas regras, gerariam paradigmas, decisões, formas pré-estabelecidas de como se comunicar com o próximo. Comparando com o processo civil, é fácil perceber que as exceções (“A Justiça do Caso”), é que fornecem a riqueza da

Essa regularização do paradigma enquanto processo interpretativo pode ser garantida ou assegurada com a utilização de métodos ou de um instrumento que atualmente se mostra eficaz no imaginário dos juristas: o processo de conhecimento. É interessante notar que o processo de conhecimento, enquanto “ação”¹⁰⁹ mostra-se um instrumento eficaz em regularizar o entendimento a ser dado a um determinado fato. No caso brasileiro, a fidelidade ao paradigma racionalista e conseqüentemente ao processo de conhecimento como autêntico produtor de verdade garante que o jurista irá obter uma decisão justa, porque de acordo com a lei¹¹⁰, independente das características da lide¹¹¹.

A justiça da lei¹¹² é uma tentativa de submeter todos os fatos controversos, todas as lides a mesma decisão legal, ou seja, independente de eventual particularidade discutida num processo, o importante é descobrir, ao final, a “vontade da lei”, a “intenção do legislador” e

decisão, pois, sob certos aspectos, as exceções são muitas e possuem particularidades que muitas vezes só permitem aplicação numa determinada situação específica.

¹⁰⁹ “Ação (em direito material) e “ação” (em direito processual). – A *ação* exerce-se principalmente através “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I. P. 110).

¹¹⁰ A noção de Hobbes mostra-se sempre atual no sentido de que a lei justa é a lei do soberano e o magistrado jamais deve se afastar do texto da lei, sob pena de cometer injustiça. “O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta”. (HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. P. 210). Na mesma direção: “Jur.[jurista] Mas que o juiz, por melhor que creia ser o seu raciocínio, esteja atento para não se desviar da letra do estatuto, pois isso não se faz sem perigo”. (HOBBES, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy Editora, 2004. P. 39).

¹¹¹ Não há no Código de Processo uma definição do que seja lide. Convém, neste momento, ao menos perfunctoriamente, discorrer a respeito do tema. Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. P. 527. V.1) ao tratar dos limites da coisa julgada, de maneira pouco científica, aborda o conceito de lide desta maneira: “Lide ou litígio é o conflito de interesses a ser solucionado no processo. As partes em dissídio invocam razões para justificar a pretensão e a resistência, criando dúvidas sobre elas, que dão origem às questões. Pode haver lide sem questões, e questão sem lide. Como exemplo da primeira cita-se o caso de pura resistência a uma pretensão, sem qualquer justificativa para a atitude. E como hipóteses de questão sem lide têm-se as dúvidas teóricas ou acadêmicas.” Ovídio Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e Coisa Julgada**. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. P. 136-170) com maior fôlego, se propõe a discutir o conceito do que seria lide, do que seriam “questões” a que alude o art. 468 e segs. do Código de Processo, a fim de se procurar compreender como é possível um julgamento parcial da lide sem incidir numa sentença *citra petita*. A lide como um pedaço da história levado a juízo pelo autor é uma categoria processual criada para solução de problemas atinentes ao processo (“Não pode haver lide fora do processo pela simples razão pela simples razão de que o conceito de lide foi criado para a solução de um ou de vários problemas peculiares ao processo”. em BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e Coisa Julgada**. Op. cit., p. 145), sendo, portanto, a sentença de mérito “a resposta do juiz à pretensão do autor.” (p. 149). Mais adiante, na mesma obra, na p.153, assim resume Ovídio Baptista da Silva: “a lide, por definição, vem delimitada, com seus contornos nitidamente estabelecidos, na petição inicial, tal como a formulou o autor, o qual, na sua atividade processual subsequente, poderá e, na generalidade dos casos, deverá oferecer novos elementos visando a *precisá-la*, torná-la compreensível aos olhos do juiz, para, que este possa cumprir com exatidão seu dever de prestar tutela jurisdicional, que nunca poderá ser maior, ou menor, ou diversa da tutela que foi pedida pelo demandante”.

¹¹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Justiça do Caso e a Justiça da Lei**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>>. Acessado em: 25 maio 2009.

aplicar o dispositivo legal para decidir o caso concreto. Não há espaço para o papel criador do juiz, não há espaço para eventual exceção, há somente a regra, a lei a ser cumprida, o paradigma a ser respeitado, regularizado e tornado padrão para, num futuro próximo, ser repetido.¹¹³

A missão do intérprete é apenas explicar como chegou a uma determinada conclusão, como fez para aplicar a lei a um determinado caso concreto, haja vista que a importância não está em fazer a justiça do caso¹¹⁴, mas sim em fazer uma correta interpretação da lei, ou melhor, descobrir o correto e único sentido da lei¹¹⁵ para aquele caso e para todos os demais que poderão surgir.

É interessante observar a contribuição do processo de conhecimento a este mister de regularização dos paradigmas como possibilidade de um único significado da lei, independente do caso concreto, dos fatos. Os cursos jurídicos preparam os juristas para, inicialmente, postular, através uma petição, depois instruir o processo, através produção de prova testemunhal, por exemplo, e, ao final, provados os fatos a conclusão será cumprir o que determina a lei, sem exceção. É a justiça da lei¹¹⁶ não permitindo que eventuais particularidades sejam debatidas, sejam analisadas, haja vista a função de toda ciência, e o processo civil é considerado uma ciência¹¹⁷, é obter verdades^{118 119}. E embora se possa pensar

¹¹³ A idéia subjacente é de que é possível, ao se cumprir a lei, obter um padrão de “justo universal” ou de “justiça universal”, independente da situação ética em que se encontra o julgador e as partes. Uma justiça universal, independente do momento histórico e desvinculada da ética e da moral, ao que parece é utopia, embora perseguida no mundo ocidental através da idéia de lei e conseqüente sentido único. Nesse sentido: “O que é ‘justo’ é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrado quais ações são justas e quais não o são: não existem ações justas ‘em si’, independentemente da situação que as reclame”. (GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. P. 52).

¹¹⁴ “A verdade é que os juristas modernos não conseguem pensar o direito a partir do caso; não conseguem pensá-lo através do problema. Somos induzidos por uma determinação paradigmática, a pensá-lo como sendo produzido pela regra, pela norma, enfim pelos códigos. Somos herdeiros da cultura européia das uniformidades, que devota um profundo desprezo pelas diferenças”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Justiça do Caso e a Justiça da Lei**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>>. Acessado em: 25 maio 2009).

¹¹⁵ Embora tenha se tentado retirar qualquer papel criador do juiz, o fato que cada vez mais depende-se do magistrado para interpretar a lei e adequá-la ao caso concreto e, mesmo quando o juiz ‘cria’ o direito, segundo o paradigma epistemológico, esta criação teve como escopo ‘descobrir’ um significado legal já existente. Nesse sentido: “Mesmo quando o juiz cria direito, continua a vigorar o imperativo constitucional segundo o qual o direito deve ser criado em conformidade com as instituições legais, pelo menos enquanto não se mostrar que a lei não contém quaisquer regras de decisão”. (KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 299).

¹¹⁶ “Referimo-nos ao direito moderno, herdeiro do racionalismo, submetido a mais radical adoração pela lei, como produtora de normas gerais inquebrantáveis, que não admitem exceções”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Justiça do Caso e a Justiça da Lei**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>>. Acessado em: 25 maio 2009).

¹¹⁷ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. P. 266; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. P. 43.

¹¹⁸ Michel Foucault já apontava para esta característica dos saberes modernos, cunhados como ciências a partir do século XIX, tais como a sociologia, a psicologia, a medicina, a psiquiatria e também o direito. Neste sentido: “... primeiro, é certo, em uma teoria do direito, depois, a partir do século XIX, em um saber sociológico,

que através do inquérito¹²⁰, da coleta de dados e informações, seja possível registrar a diversidade do caso, a exceção e a particularidade, para, eventualmente se aplicar uma justiça do caso¹²¹, a tradição jurídica das famílias ligadas ao direito romano-canônico, dentre as quais o Brasil¹²², analisa os fatos com o intuito de obter regras universais, regras abstratas possíveis de se aplicar ao caso específico e, futuramente, a todos os demais assemelhados, perdendo-se, com isso, como dito acima, a particularidade, a exceção, a justiça do caso.^{123 124}

2.3 O Processo e seus Paradigmas: As Influências do Medievo e da Modernidade

O Renascimento e o Iluminismo tiveram o condão de ascender o homem, em oposição ao coletivo, o indivíduo em oposição às corporações medievais emprestando segurança, principalmente no quesito jurídico, no que diz respeito à obediência às leis.¹²⁵

psicológico, médico, psiquiátrico: como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade”. (FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 18-19).

¹¹⁹ A regularização de paradigmas, compreendido como um processo que se possa, a partir de determinados fatos, chegar ao que se denomina de conclusões verdadeiras e por conseqüência se obtém um único sentido da lei para um determinado fato, sofreu forte contribuição do instituto do inquérito. Por meio do inquérito é possível, através da coleta de dados (depoimentos, estatísticas e outros), afirmar verdades através da pesquisa. Veja-se a esse respeito: “E foi no meio da Idade Média que o inquérito apareceu como forma de pesquisa da verdade no interior da ordem jurídica. Foi para saber exatamente quem fez o quê, em que condições e em que momento, que o Ocidente elaborou as complexas técnicas do inquérito que puderam, em seguida, ser utilizadas na ordem científica e na ordem da reflexão filosófica”. (FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. P. 12).

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Op. cit., p. 12; 58.

¹²¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Justiça do Caso e a Justiça da Lei**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>>. Acessado em: 25 maio 2009.

¹²² MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

¹²³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Justiça do Caso e a Justiça da Lei**. Op. cit.

¹²⁴ Ao analisar a “Ciência Jurídica”, Merryman, com perplexidade expunha que nos países caudatários da ‘civil law’ é comum haver a procura de regras gerais, a partir de casos concretos, e, obtida uma suposta regra geral, o caso concreto e os futuros casos a ser decididos são apagados em relação às suas particularidades para se poder cumprir com a promessa científica de segurança jurídica. Eis as palavras do jurista: “Este elevado nível de abstracción – esta tendencia a hacer que los hechos pasaran a segundo plano – es una de las características más sorprendentes dela ciencia jurídica para um jurista de los Estados Unidos o Inglaterra. Los principios desarrollados por los científicos legales han sido sacados de su contexto real e histórico, de modo que pierden su carácter concreto”. (MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. P. 125-126).

¹²⁵ Ver, neste sentido, Hobbes: “O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta”. (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Cap. XXVI. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. P. 210). Na mesma linha: “Jur. [Jurista] Mas que o juiz, por melhor que creia ser o seu raciocínio, esteja atento para não se desviar demais

A fé na razão humana como única fonte de saber¹²⁶ aliada ao uso do método das ciências naturais como explicação para os fatos históricos e para os constructos humanos da nova era foram fatores que marcaram indelevelmente o pensamento jurídico, principalmente o processo civil, na passagem para Idade Moderna.¹²⁷

No campo filosófico, através do racionalismo, se procurou expurgar as incertezas medievais construídas sobre o direito do caso, o direito justo para uma determinada situação. O direito do caso tinha o forte inconveniente de submissão das partes ao magistrado, que era a autoridade em relação ao costume aplicável, além de ser muito variável – o direito – não emprestando segurança que a ciência jurídica exige.¹²⁸

O direito do medievo já não mais respondia aos anseios da modernidade no quesito segurança jurídica, mormente nos países da Europa continental, por este motivo, a

da letra do estatuto, pois isso não se faz sem perigo”. (HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy, 2004. P. 39). Também Rousseau advertia sobre a necessidade de se cumprir a lei, haja vista a lei carregaria a soma da “vontade geral” e da “vontade individual” e, portanto, uma lei não pode ser injusta, “pois ninguém é injusto consigo mesmo”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Livro segundo. Cap. VI. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. P. 107). E também BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 59.

¹²⁶ “2. Homem, medida das coisas. Não podemos elidir o real que constitui e envolve as coisas e lhes dá a objetividade, nem a nós mesmos, que as sentimos e descrevemos. Por isto, desde Protágoras se diz que o homem é a medida de todas as coisas, (...)”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. P. 76. Tomo I.

¹²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. P. 102; e do mesmo autor **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 61.

¹²⁸ O maior medo era a respeito da insegurança, ou em relação à ocorrência de erro ou até mesmo do puro arbítrio do julgador, vez que a obediência à lei leva a justiça, a desobediência, à injustiça. Neste sentido: “Fil. [Filósofo]: Ou seja: a lei é um estatuto justo, que ordena o que é honesto e proíbe o contrário do honesto. (...) Na verdade, numa lei estatutária feita pelos homens pode haver iniquidade, mas não injustiça.” // Jur. [Jurista] Isso é bastante sutil. Peço-lhe que explique claramente qual é a diferença entre injustiça e iniquidade.” // (...) Fil. O senhora percebe, portanto, que a diferença entre injustiça e iniquidade é esta: a injustiça é a transgressão de uma lei estatutária e a iniquidade é a transgressão da lei da razão, ... (HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy, 2004. P. 58-59). Não deixa de ser interessante citar também esta passagem: “Jur. O que leva o senhora a dizer que o estudo do Direito é menos racional que o da matemática? // Fil. Não digo isso, pois todo estatuto é racional, ou então de nada vale. O que digo é que os grandes mestres da matemática não erram com tanta freqüência quanto os grandes profissionais do Direito”. (HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. Op. cit., p. 36). Convém citar esta passagem de Baptista da Silva: “O conflito entre nossa sujeição paradigmática e as contingências impostas por uma sociedade urbana de massa, com marcantes plurivocidades de visão de mundo, seja político, familiar, ético e até mesmo religioso, gera enormes dificuldades em torno do conceito de direito, especialmente quando nos deparamos com o fenômeno jurisdicional. As tentativas de quebrar as regras, de abrir brechas no sistema, de flexibilizá-lo, arejando-as, de modo a superar o idealismo próprio do Iluminismo europeu, que – ingenuamente – pretendeu transformar o Direito numa fórmula matemática, seguidamente defrontam-se com as mais graves e inesperadas dificuldades, opostas por nossa submissão ao paradigma racionalista, inspirador das várias matizes de positivismo jurídico, que os mais otimistas imaginam que já estejam superados”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Justiça da Lei e Justiça do Caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009. E, por fim, ver também BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 69.

metodologia própria da matemática mostrava-se adequada ao campo do Direito, vez que seria possível demonstrar uma decisão justa, bastando descobrir a vontade da lei.

A era das codificações¹²⁹ bem representa este espírito do homem racional que procura dar segurança jurídica, procura estancar o futuro com a previsibilidade de aplicação de uma lei, sem atentar para a justiça, ou injusta que se possa cometer no julgamento de um caso, conforme adverte Baptista da Silva:

É importante ter presente esta distinção entre os dois sistemas, porque a segurança, através da lei, que foi o *ethos* das codificações europeias, com o conseqüente aprisionamento do juiz, dentro dos esquemas legais, desenvolveu-se na Inglaterra por canais diferentes.

Depois de advertir que todo o ordenamento jurídico deve servir a três objetivos: garantir a justiça, promover o bem comum e criar a segurança do Direito; e de mostrar como o valor segurança do Direito foi invariavelmente a preocupação dominante do direito inglês, observa Gustav Radbruch como os dois sistemas se diferenciam, neste ponto essencial: enquanto o direito inglês procura preservar a segurança do direito, os sistemas legalistas da Europa continental, identificando o direito como Lei, satisfazem-se com a segurança da lei do Estado, sem qualquer preocupação por sua eventual injustiça material. (BAPTISTA DA SILVA, 1996, p. 105).¹³⁰

Esta segurança jurídica, dada pelas leis, teve importante contribuição de Hobbes ao vincular a atividade judicial ao estrito cumprimento da lei¹³¹. Aliás, para Hobbes a lei era expressão do poder do soberano e toda a incerteza que poderia haver em relação a lei natural, ao direito natural, seria substituído pela lei dos homens, vez que somente seria possível demonstrar o que os homens criam. Somente seria possível atestar o que é justo e injusto com base na lei, ou seja, cumprindo-se a lei, há justiça, descumprindo-se-la, há injustiça.¹³²

¹²⁹ “Os projetos de codificação do século XVIII e a era de codificações em todo o continente europeu, durante a qual os resultados de dois séculos de crescimento foram postos em forma sistemática, para servirem de base a uma nova arrancada jurídica, assentavam, quanto à forma, na teoria do direito natural. Por um esforço puramente racional, o jurista podia elaborar um sistema completo de deduções da natureza do homem e formulá-las depois num código perfeito”. (POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965. P. 28).

¹³⁰ BAPTISTA DA SILVA, **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. P. 105.

¹³¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Cap. XIV, XV e XXVI. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

¹³² HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy, 2004. P. 39; 58-60.

Este pensamento moderno e racional sustenta o “mundo jurídico”¹³³ criado pelos juristas, cuja construção dos institutos processuais, em especial o procedimento ordinário, está ligado à certeza de que depois de expostos os fatos, depois de “provados” os fatos, será possível, através da análise neutra e imparcial do juiz obter a verdade e com a obtenção da verdade, a correta aplicação da lei ao caso, vez que existe uma equação matemática que sustenta que cada fato somente poderá ter um sentido e este sentido é o sentido da lei.¹³⁴ Esta equação é o processo de conhecimento, de cunho ordinário.¹³⁵

¹³³ Importante ressaltar a contribuição de Arendt a respeito do poder de prometer como condição de eliminação, ou mitigação de incertezas em relação ao comportamento futuro do ser humano. Neste sentido: “Ao contrário do perdão, que sempre foi considerado irrealista e inadmissível na esfera pública – talvez devido à sua conotação religiosa, talvez devido à ligação com o amor presente em sua descoberta – a força estabilizadora inerente à faculdade de prometer sempre foi conhecida em nossa tradição. Podemos encontrá-la no sistema legal romano, na inviolabilidade de acordos e tratados (*pacta sunt servanda*); (...) A função da faculdade de prometer é aclarar esta dupla obscuridade dos negócios humanos e, como tal, constituiu a única alternativa a uma supremacia baseada no domínio de si mesmo e no governo de outros; corresponde exatamente à existência de uma liberdade que é dada sob a condição de não-soberania. (...) Quando as promessas perdem seu caráter de pequenas ilhas de certeza num oceano de incertezas, ou seja, quando se abusa dessa faculdade para abarcar todo o futuro e traçar caminhos seguros em todas as direções, as promessas perdem seu caráter de obrigatoriedade e todo o empreendimento torna-se contraproducente”. (ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 256). O atual quadro político brasileiro parece apontar, através da tentativa de se legislar todo o tipo de conduta através de leis e medidas provisórias, que se está perto da inutilidade da lei.

¹³⁴ Para destacar esse horror pelo individual como objeto de ciência, peculiar à cultura européia, Habermas transcreve esta passagem de K. H. Haag: “Ao ser universal o conceptualmente apreensível, a grande filosofia européia declara-o verdadeiro ente, ao passo que o não idêntico, a particularidade das coisas, que escapa de uma fixação conceitual, era declarada nada. A obtenção da identidade na história do pensamento e do ser paga-se ao preço da insignificância ontológica do conteúdo do não idêntico”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997). Este pressuposto metodológico é o fator que impele nosso pensamento a tratar os conceitos como “coisas”. Nossos juristas, com perfeita naturalidade, cuidam de descobrir a “natureza” dos conceitos, tratando-os como realidades. A partir desta observação, é possível avaliar os profundos compromissos de nosso direito processual com as epistemologias das ciências exatas. A formalização do direito – leia-se do direito processual – como se vê em Savigny, ao buscar segurança pela via da formalização do jurídico, pretendia fugir da contigência do mundo real, das incertezas inerentes à vida humana”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 69-70).

¹³⁵ Neste ponto, não há como discordar da teoria de Hobbes, cuja preocupação em assegurar a certeza do direito e em retirar o poder dos juízes marcou profundamente as raízes dos países da Europa Continental. (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Cap. XXVI. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997; e do mesmo autor **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy, 2004). Convém citar também o espanto que a codificação e os códigos, como expressão da certeza do direito, causam em juristas da “*commom law*”, tais como Merryman: “*Como ocurre en muchas utopías, uno de los objetos de la Revolución era el de volver innecesarios a los abogados. Se deseaba un sistema legal que fuese simple, no técnico y claro: un sistema donde pudiera evitarse el profesionalismo y la tendencia hacia el tecnicismo y la complicación de la que suele acusarse a los abogados. Esto podría lograrse enunciando la ley em forma clara y directa, de modo que el ciudadano ordinario pudiera leer la ley y entender sus derechos y obligaciones sin tener que consultar abogados y acudir a los tribunales*”. (MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. P. 63-64.). Convém também citar Pound, que igualmente aponta para a perda da noção de imutabilidade, perenidade e segurança que o ordenamento jurídico poderia emprestar à sociedade: “Tinha fé em poder encontrar aquela realidade legal, duradoura e imutável, em que pudéssemos confiar, tranquilos, e habilitar-nos a estabelecer uma lei perfeita, através a qual as relações humanas pudessem ser ordenadas para sempre, sem momentos de incerteza e livres da necessidade de mudar”. (POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965. P. 14).

Se o mundo jurídico não possui fatos¹³⁶, se a atividade jurisdicional é meramente declaratória, se a função do juiz é corretamente aplicar a lei do Estado, a construção do sentido da lei, é algo natural, tão natural como resolver um problema algébrico, não necessitando, portanto, da participação de outras pessoas que não sejam as partes e um juiz neutro e imparcial, em última análise, um cientista.

O que restou plasmado no imaginário dos juristas é que independentemente da lide, independentemente do caso, do direito em discussão, da pretensão¹³⁷, usando-se a técnica, usando-se a “ação” será possível obter uma solução justa, de acordo com a lei, haja vista depois de instruída a causa, descobrir-se-á a verdade dos fatos, quando a aplicação da lei será algo quase que automático.

O processo é hermético devido à técnica cuja adequação à defesa dos direitos de primeira geração¹³⁸ pareceu satisfazer o ego humano na passagem do medievo para o período moderno. Não obstante, novas ações (de direito material), oriundas de direitos de segunda e terceira gerações¹³⁹ exigem outra relação com o instrumento (ação processual), haja vista que a fórmula do processo de conhecimento (e hermético), tão útil no passado, mostra-se totalmente anacrônica no presente.

É neste momento, que a aparente neutralidade e a aparente solidez dos paradigmas processuais se chocam com as reais necessidades, quando se exige do magistrado que “declare o direito constitucional à moradia” de uma parcela da população que vive, por exemplo, na miséria. O que se coloca diante do julgador não será a declaração de um direito constitucional, mas além de declarará-lo, como efetivá-lo no atual contexto brasileiro.¹⁴⁰

¹³⁶ “... é assim postulado um ‘platonismo de regras’ ou, neste caso, um platonismo de normas, ao pensar-se que o direito existe inteiramente e em si no sistema das normas independentemente da sua realização concreta”. (CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?: o problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. P. 26-27). Na mesma direção: “... (a) o confinamento dos juristas no “mundo jurídico”, um mundo conceitual puro, criado pelos próprios juristas, que os eliminou do mundo social, fazendo com que o direito se distanciasse, cada vez mais, da cambiante realidade histórica que lhe cabia regular”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. P. 155).

¹³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. P. 86-95.

¹³⁸ Considerados típicos direitos burgueses, tais como liberdades e garantias individuais, cujo verbo em geral exige uma atitude negativa do Estado. Nesse sentido: “Os primeiros [direitos de primeira geração] exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; ...”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 21). No mesmo caminho, SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 174.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit., p. 21; e SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Op. cit., p. 257.

¹⁴⁰ Bobbio discorre sobre a necessidade, atualmente, não mais de declarar os direitos sociais de segunda geração. Na maioria dos países, na maioria das declarações internacionais, já consta expressamente a necessidade de se respeitar os direitos de segunda e terceira gerações. A preocupação atual deve ser efetivá-los. Nesse sentido: “Já

Neste aspecto, convém observar como os tribunais decidem por meio do instituto da suspensão de segurança quando lhes é posta a questão de deferimento aos litigantes do direito à moradia tal como disposto na Constituição.

Como ocorre a construção do sentido no procedimento da suspensão de segurança é o tema do próximo capítulo.

2.4 A Construção do Sentido no Procedimento de Suspensão de Segurança

A maneira como o sentido é construído entre os juristas desnuda o caráter mais cru da jurisdição e do paradigma racionalista cujos efeitos se mostram nefastos para o direito, na medida que o pensamento dominante continua atrelado ao ensino jurídico da norma ao invés do fato.¹⁴¹

A questão que se coloca, diante do juiz, quando deve irrigar o texto constitucional e o texto legal, no que diz respeito à construção de sentido do direito à moradia e das hipóteses de suspensão de segurança¹⁴² liga-se fatalmente à maneira como a epistemologia do conhecimento impõe, como paradigma, o sentido do texto constitucional e legal.¹⁴³

a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. (...). Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 9).

¹⁴¹ “A busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de “casos”, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a “norma”, com eliminação do “fato”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 36).

¹⁴² Conforme advertência feita na introdução, a expressão suspensão de segurança é usada no sentido mais amplo possível, englobando, de modo geral, todos os procedimentos existentes na legislação esparsa a respeito de suspensão das decisões judiciais, liminares, ou não, sentenças ou acórdãos. São exemplos: a) “Art. 4º, da Lei nº 4.348/64: Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.”; b) “Art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347/85: A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.”; c) Art. 4º, da Lei 8.437/92: Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” e d) “Art. 16, da Lei nº 9.507/97: Quando o *habeas data* for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.”

¹⁴³ “(...) Em raríssimos casos, nossos juízes preocupam-se com as “circunstâncias constantes dos autos”. Em virtude de um vício de nossa formação jurídica, costumamos trabalhar com conceitos, conseqüentemente com

Se puder se imaginar uma decisão de um juiz, em sede liminar em ação civil pública, por exemplo, determinando ao Poder Executivo que providencie moradia a uma vasta gama de desassistidos e, ato contínuo, submeter esta decisão ao crivo de uma corte superior para que analise se houve “lesão à economia pública”¹⁴⁴ imediatamente haverá procura do sentido, por parte do jurista, do que seja “lesão à economia pública” independente do fato concreto que está sendo discutido¹⁴⁵.

É interessante observar, como fundamentação de grave lesão à economia no que diz respeito à análise de pedido de suspensão de tutela antecipada¹⁴⁶ (STA) nº 194/SC¹⁴⁷, que um dos argumentos do Supremo Tribunal Federal seja o possível efeito multiplicador da decisão do tribunal local de ter confirmado em sede de tutela antecipada a um grupo de pensionistas o recebimento do auxílio-moradia. O conceito de grave lesão à economia é extraído de uma possibilidade de outras partes ajuizarem ação semelhante e obterem semelhante benefício (não é explicado como outras partes teriam conhecimento e muito menos é explicado ou justificado no que o exercício legítimo de um direito constitucional poderia ferir a ordem econômica), sem, todavia, existir qualquer prova neste sentido e, portanto, não haver como exercer em relação aos fatos alegados, uma interpretação hermenêutica sobre o passado, vez que é feita uma projeção, um prognóstico baseado numa probabilidade sequer demonstrada. Na verdade, o argumento é autoritário e disfarçadamente o STF, utiliza-se da entificação “efeito multiplicador” para deferir a suspensão de tutela antecipada.¹⁴⁸

regras, desprezando as "circunstâncias constantes dos autos". Estamos sempre propensos a generalizar, construindo regras, fugindo sempre das circunstâncias, necessariamente individuais do caso concreto". (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 29 maio 2009).

¹⁴⁴ Art. 4º, da Lei 8.437/92.

¹⁴⁵ Convém trazer à lume o pensamento de Warat, no que diz respeito à tendência de engessamento do sentido de um texto, sem qualquer tipo de conexão com a política e com o momento histórico em que é produzido. Eis a seguinte passagem que parece ser fazer um contraponto ao positivismo jurídico: “A análise pragmática, vinculada à temática da ideologia, impõe a necessidade de realizar leituras ideológicas dos discurso da ciência. A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais. (...) Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos através os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados.” (WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a sua Linguagem**. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1995. P. 47).

¹⁴⁶ Conforme advertência já feita na introdução, uma das possibilidades de se suspender decisões judiciais, liminares ou tutela antecipadas, assim como o instituto da suspensão de segurança.

¹⁴⁷ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

¹⁴⁸ O caso, em linhas gerais, trata de pedido de tutela antecipada formulada pela Associação Catarinense do Ministério Público que, em nome de seus representados, obteve sucesso perante o juiz de primeiro grau em obter a incorporação do auxílio-moradia no benefício de pensão das respectivas pensionistas. O Tribunal de Justiça confirmou a tutela antecipada e desta decisão o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina ajuizou, perante o STF, pedido de suspensão de tutela antecipada. Igualmente, nos autos da suspensão de segurança (SS) 3176/AM, o STF, a fim de vedar o cumprimento de medida liminar em mandado de segurança que determinara que o Estado do Amazonas observasse o escalonamento de 5% nos vencimentos de delegado de polícia do impetrante, suspendeu o cumprimento da liminar sob o argumento de que existem outros delegados e poderá

Cabe, nesse momento, questionar a decisão do Supremo Tribunal Federal, antes de se continuar na argumentação em relação à construção do sentido, no que Castanheira Neves¹⁴⁹ denominou de funcionalização do Direito. A percepção que se tem da decisão do STF em relação à STA nº 194/SC e em relação à SS nº 3176/AM é que o direito se transformou num objeto do Poder Executivo em conter eventual gasto público com o pagamento de verbas salariais ou indenizatórias ligadas ao serviço público. Em momento algum houve preocupação sequer com o caráter normativo do direito, que, devido ao contexto político de se evitar um eventual gasto exagerado com parcela considerável de servidores, poderia por si garantir a incorporação do auxílio-moradia no benefício de pensão dos respectivos pensionistas.

O que restou, às escâncaras, foi o uso político do direito, foi o uso instrumental¹⁵⁰ do direito para conter numa demanda coletiva uma legítima aspiração. Cabe ressaltar que a noção instrumental ganha força com a característica de que a decisão que suspende a tutela antecipada (STA 194/SC) ou a decisão que suspende a segurança (SS 3176/AM) é desprovida de todo e qualquer “julgamento final de mérito”, é um instrumento utilizado para resolver um problema político e econômico, para intervir e auxiliar o Poder Executivo no que diz respeito à contenção de gastos públicos com o funcionalismo, por exemplo.

Ainda em relação à digressão, não há como deixar de se associar, também, a decisão do STF à abordagem econômica do direito cuja análise reduz toda e qualquer interpretação a um simples cálculo aritmético de maximização da riqueza sob o pressuposto de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações¹⁵¹.

haver por parte destes o “efeito multiplicador” no sentido de também buscar guarida no Poder Judiciário para obter escalonamento semelhante no vencimento básico.

¹⁴⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?:** o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

¹⁵⁰ “Daí também a abertura para o funcionalismo jurídico dos nossos dias em que o normativismo, com o seu formalismo e o seu lógico-sistematismo se veriam superados. E não apenas isso: a própria autonomia do direito deliberadamente se sacrificaria. Pois na linha do funcionalismo o direito deixa de ser um auto-subsistente de sentido e de normatividade para passar a ser um instrumento – finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionantemente o submetem.” CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?** Op. cit., p. 30-31.

¹⁵¹ “O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações – *todas* as pessoas (com a exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso do álcool e drogas) que implicam uma escolha. Como essa definição abrange o criminoso que decide se vai cometer outro crime, o litigante que decide se vai entrar em acordo ou levar um caso a juízo, o legislador que decide se vai votar contra ou a favor de uma lei, o juiz que decide como dar seu voto num caso, a parte de um contrato que decide se vai quebrá-lo, o motorista que decide se deve ou não acelerar seu carro, e o pedestre que decide com que grau de ousadia vai atravessar uma rua, bem como os agentes econômicos habituais, como homens de negócios e consumidores, é evidente que a maior parte das atividades, quer as reguladas pelo sistema jurídico, quer as que ocorrem em seu interior, são úteis e proveitosas para o analista econômico.” (POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 473-474).

O pressuposto é de que os legisladores sejam também maximizadores de suas satisfações e, portanto, não agem em nome do bem comum, mas agem pensando na próxima eleição, em como se reeleger. Este pensamento geraria, segundo a teoria da abordagem econômica do direito, uma primeira característica do legislativo: a percepção de que a lei será aprovada com a intenção de transferir riqueza de um grupo não organizado para um grupo organizado, ou seja, o eleitor, enquanto indivíduo racional sabe que não tem força suficiente para determinar o comportamento de seu deputado, enquanto grandes grupos econômicos, por exemplo, implicitamente (ou não) acordam com os deputados a confecção de uma lei para retirar vantagem (pecuniária, em geral) do contribuinte/consumidor para os grandes grupos econômicos¹⁵².

É o direito mais uma vez se funcionalizando, vez que é exigido, dos tribunais, que agora são agentes imperfeitos do poder legislativo que interpretem as leis, no sentido de revogá-las, tendo em vista a suposta transferência das discussões do parlamento para o judiciário, ou seja, o papel dos tribunais apenas será o de continuar uma suposta discussão que deveria ocorrer no seio do legislativo¹⁵³. Percebe-se que a única preocupação do Poder Judiciário seria, neste momento, de maximizar a riqueza de uma das partes, tal como ocorreria no seio do Poder Legislativo, caso contrário, haveria uma perda da riqueza.¹⁵⁴

O segundo ponto defendido diz respeito ao fato de que a lei faz parte de uma negociação dentro do corpo legislativo e, devido aos diferentes grupos que se articulam no parlamento, ao tempo que demora para aprovação de uma lei, precisa-se, invariavelmente, de reiteradas interpretações, sendo este um papel dos tribunais. Ora, ao invés de se tentar a revogação da lei via órgão legiferante, o que envolveria custos elevados, discussões às vezes estéreis, lapso temporal exagerado, é preferível recorrer aos tribunais que poderão realizar uma interpretação revogatória da lei¹⁵⁵.

Nos casos citados, como exemplo, cujo resumo consta na nota 148, nas STA nº 194/SC e SS nº 3176/AM, o que aconteceu é talvez a exemplificação do que a abordagem econômica do direito prega. Ao invés do Estado procurar o meio legislativo para fins de revogação da lei que concede direitos pecuniários incorporáveis aos benefícios de pensão, a

¹⁵² “Presumo que os legisladores sejam maximizadores racionais de suas satisfações tanto quanto as outras pessoas. Portanto, nada do que fazem é motivado pelo interesse público enquanto tal. (...) A tática básica de um grupo de interesses consiste em trocar os votos de seus membros e seu apoio financeiro aos candidatos pela promessa implícita de uma legislação favorável. Essa legislação assumirá normalmente a forma de uma lei que transfere riqueza de contribuintes não organizados (consumidores, por exemplo) ao grupo de interesses. (POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 474-475).

¹⁵³ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 476.

¹⁵⁴ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 477

¹⁵⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 476.

solução foi buscar apoio no Poder Judiciário para fins de evitar que uma quantidade considerável de riqueza saísse dos cofres públicos (Estado como entidade mais organizada que os pensionistas) e migrasse para um número considerável de pensionistas (indivíduos teoricamente mais atomizados), mesmo que representados por uma associação de classe. O exemplo mostra tanto a funcionalização do direito como o caráter meramente maximizador em relação ao Estado que continua concentrando a riqueza de maneira racional.

Cabe, ainda, citar o exemplo da ação declaratória de inconstitucionalidade-medida cautela nº 2238-5/DF¹⁵⁶ (ADIn-MC nº 2238-5/DF) cujo ponto útil a ser destacado diz respeito ao artigo 20 da lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº 101/00)¹⁵⁷, cuja redação previa limite de gastos aos entes federados no âmbito da União, Estados-membros,

¹⁵⁶ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acessado em 31 jul. 2009.

¹⁵⁷ Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

- a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;
- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar;
- d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

- a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;
- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
- d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

- a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;
- b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

§ 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.

§ 2º Para efeito deste artigo entende-se como órgão:

I - o Ministério Público;

II - no Poder Legislativo:

- a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União;
- b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas;
- c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal;
- d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

III - no Poder Judiciário:

- a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição;
- b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver.

§ 3º Os limites para as despesas com pessoal do Poder Judiciário, a cargo da União por força do inciso XIII do art. 21 da Constituição, serão estabelecidos através aplicação da regra do § 1º.

§ 4º Nos Estados em que houver Tribunal de Contas dos Municípios, os percentuais definidos nas alíneas a e c do inciso II do caput serão, respectivamente, acrescidos e reduzidos em 0,4% (quatro décimos por cento).

§ 5º Para os fins previstos no art. 168 da Constituição, a entrega dos recursos financeiros correspondentes à despesa total com pessoal por Poder e órgão será a resultante da aplicação dos percentuais definidos neste artigo, ou aqueles fixados na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 6º (VETADO)

Municípios e o Distrito Federal. Raciocínio semelhante pode-se fazer em relação às disputas políticas envolvendo os Estados-membros e a União.

No caso da referida ação declaratória de inconstitucionalidade, muitos Governadores de Estado, à época do ajuizamento da referida ADIn ao invés de pressionar os partidos que representavam os respectivos governos no Congresso para que iniciasse o processo legislativo tendente a revogar a lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº 101/00) optaram por ajuizar uma ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal para continuar uma discussão parlamentar no âmbito da Corte Constitucional brasileira. Novamente, exige-se do tribunal que se comporte como um maximizador das satisfações e aja no interesse de maximizar a riqueza: a União, com maior força política e maior riqueza que os Estados-membros conseguiu vencer a batalha perante o Supremo Tribunal Federal no sentido de obrigar os entes federados a limitar gastos com funcionalismo e, conseqüentemente, garantir o cumprimento por parte dos Estados-membros em relação ao pagamento da dívida pública que há anos se arrastava.

Enfim, mais uma vez é o direito se funcionalizando, pois foi usado, através de uma ação declaratória de constitucionalidade, como instrumento de controle de finanças públicas, como um instrumento e um meio de pressão ou coação da União sobre os Estados-membros no sentido de reduzir o déficit público.

Feita esta digressão, convém retornar à questão da construção de sentido.

A dogmática jurídica aprisiona o sentido, entifica o ser, nas palavras de Streck(2002)¹⁵⁸, motivando a existência prévia de um conceito universalmente aplicável. É como se o juiz tentasse, antes de ter conhecimento dos fatos discutidos no processo, saber que sentido teria de ser dado à expressão “grave lesão à economia pública”. A tentativa de antecipar o sentido dos fatos, tratando-os como caso particular de uma regra universal não permite ao julgador analisar a história e desta análise compreender o passado e interpretá-lo. A entificação do ser, por meio do congelamento do sentido, não permite que o julgador compreenda o passado e desta compreensão histórica retire sentido adequado a seu momento atual.¹⁵⁹

¹⁵⁸ “A cultura dos manuais, no entanto, tenta conceitualizar o que seja agressão atual como se houvesse um conceito universal(izante) de agressão atual. Ao conceituar a agressão atual, de forma estandarizada, o pensamento dogmático entifica o ser”. (STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 214).

¹⁵⁹ O homem moderno tem “plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião”. (GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. P. 17). Na mesma linha, em relação à interpretação do passado: “O processo, cuja missão é administrar conflitos, representados pela lide – parcelas microscópicas da história humana – terá de ser pensado como uma realidade inconclusa; uma realidade a ser instituída pelo ato jurisdicional que o encerra. Esta é uma das fundamentais

Esta característica das famílias caudatárias do direito codificado, dentre estas o direito brasileiro, é responsável por uma construção de sentido totalmente divorciada, na maioria dos casos, da realidade ou até mesmo divorciada da real necessidade para o caso específico em discussão¹⁶⁰.

A discussão, neste primeiro momento, é saber se é possível emprestar um significado prévio à lei, no caso, à expressão “grave lesão à economia”, de modo a acomodar todo e qualquer caso que aporte uma decisão por parte do Presidente do STF, por exemplo, de suspensão de segurança¹⁶¹ um juízo prévio, um conceito prévio do que seja “grave lesão”.

Para a dogmática jurídica isto é possível e é dever do jurista se dedicar, às vezes exaustivamente, à possibilidade (e algumas vezes às possibilidades) do conceito de “grave lesão à economia pública”.

Este sentido prévio da norma legal garante o estudo do texto, dos códigos, das normas e fatalmente induz a uma adequação da norma às circunstâncias do caso concreto.¹⁶² Aliás, a fuga do fato, do caso concreto, da busca de sentido ou da construção de sentido vinculado ao caso, à lide, ao momento atual, é ojerizada pela tradição das famílias caudatárias do direito codificado.¹⁶³

diferenças entre o juiz e o historiador. Enquanto este descreve o passado, enquanto passado, o juiz cuida de interpretar, hermeneuticamente, um passado, que é a lide, para construir, com justiça, uma solução adequada, segundo os padrões do Direito, sem dívida; mas igualmente conforme aos valores vigentes na respectiva comunidade social”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 29 maio 2009).

¹⁶⁰ Resgatando a natureza argumentativa do discurso jurídico, Souza Santos aborda a necessidade de vinculação a argumentos retóricos, com resgate do raciocínio dialético-retórico cuja aspiração ao plausível, razoável é recorrente. Convém transcrever as seguintes passagens: “Segundo a concepção tópico-retórica, o discurso jurídico tem uma natureza argumentativa, (...). O significado sociológico desta concepção deve ser entendido a dois níveis diferentes. Por um lado, a concepção tópico-retórica tem por objectivo uma crítica, que pretende ser radical, às concepções jus-filosóficas até então dominantes, que procuraram por vários modos converter a ciência jurídica numa dogmática axiomática, da qual seria possível deduzir soluções concretas no quadro de um sistema fechado de racionalidade tecno-jurídica. (...) O discurso jurídico em geral e o discurso judicial em particular é um discurso pluralístico que, apesar de anti-tético, não deixa de ser dialógico e horizontal. Conseqüentemente, a verdade a que aspira é sempre relativa, e as suas condições de validade nunca transcendem o circunstancialismo histórico-concreto do auditório”. (SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O Discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988. P. 7-8).

¹⁶¹ Novamente, no sentido mais amplo possível.

¹⁶² “... no fundo, essa cisão ou autonomização dos discursos de fundamentação coloca o papel do juiz em segundo plano, porque – ao que tudo indica, de forma dedutiva – “deverá examinar apenas a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto”. Ora o que é isso senão a velha subsunção ou dedução?”. (STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. P 66-67).

¹⁶³ Neste sentido, ilustrativa a passagem de Baptista da Silva: “É comum tratarmos da norma legal, procurando desvendar-lhe a “natureza”, como seria próprio tratar das coisas naturais, dos fenômenos geológicos, físicos ou mesmo biológicos. Para nossa compreensão, a norma torna-se “fato”, a ser investigada como fato, exigindo-se que lhe revelemos a “natureza”.

Mesmo as obras institucionais, desde os manuais aos grandes tratados, são escritos prescindindo da exposição e análise de casos concretos. Para nossos processualistas, é sinal de charlatanismo condenável, de falsa ciência dos

A construção de sentido de acordo com o viés tradicional em nada evitaria a discricionariedade do julgador, uma vez que teria de se aceitar um sentido previamente construído¹⁶⁴ para aplicação ao caso, independente de eventuais particularidades do litígio ou estar-se-ia no campo do que se poderia chamar “discricionariedade pura”¹⁶⁵, quando inexistente uma lei aplicável ao caso, deve o juiz, com base na analogia, nos costumes ou princípios gerais de direito¹⁶⁶, decidir o caso que lhe é exposto.

A lacuna jurídica garante ao juiz, com base no próprio ordenamento jurídico, que não existe “lacuna”¹⁶⁷, haja vista é dado ao magistrado o poder de decidir de acordo com princípios gerais de direito, exemplificativamente. A discussão que se deve travar é como este sentido é construído, que valores este magistrado utilizará para fundamentar a decisão através da analogia ou do uso dos costumes.¹⁶⁸

Se é dado ao juiz “construir”¹⁶⁹ o sentido de grave lesão à economia¹⁷⁰, no caso um dos conceitos existentes na legislação a respeito da suspensão de segurança, a questão será também de legitimidade deste magistrado para impor a decisão aos jurisdicionados, vez que há necessidade do juiz explicar, justificar¹⁷¹ de que maneira os fatos trazidos à baila através

rábulas, tratar em suas obras, especialmente as de cunho pedagógico(“), da análise e descrição de casos concretos”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 37). O mesmo espanto em relação ao estudo da norma ao invés do caso é abordado por Merryman, na seguinte passagem: “*Este elevado nível de abstracción – esta tendencia a hacer que los hechos pasaran a segundo plano – es una de las características más sorprendentes de la ciencia jurídica para un jurista de los Estados Unidos o Inglaterra. Los principios desarrollados por los científicos legales han sido sacados de us contexto real e histórico, de modo que pierden su carácter concreto. El científico legal está más interesado en el desarrollo y la elaboración de una estrutura científica teórica que en la solución de problemas concretos. Su bûqueda es la verdade legal cada vez má general, y en el proceso de la formulación de enunciados más abstractos se eliminan los detalles “accidentales”. El objetivo final es una teoria general donde se elimine todo lo no sean elementos esenciales*”. (MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. P. 125-126).

¹⁶⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P.69.

¹⁶⁵ Dworkin chamaria de discricionariedade forte. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, P. 50-63.

¹⁶⁶ Art. 4º, da Lei de Introdução do Código Civil.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991. P. 263.

¹⁶⁸ Além de combater o que seria a “discricionariedade forte” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 52), neste caso, é sugestiva a aplicação analógica da defesa da leitura moral da constituição. (DWORKIN, Ronald. **O Direito de Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 1-59).

¹⁶⁹ A realidade brasileira, conforme exemplos apontados supra (STA 194 e SS 3176) indicam que o sentido é imposto e não construído.

¹⁷⁰ No âmbito da análise econômica do direito, o importante seria a maximização da riqueza, entendida como o fato de que as “pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – todas as pessoas (...), em todas as suas atividades (...) que implicam um escolha”. (POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 473). Segundo o mesmo autor, um judiciário independente é um obstáculo, haja vista poderá anular uma lei ou um contrato cuja maximização foi obtida a contento. (POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 476).

¹⁷¹ No atual momento histórico, não há como negar que os juízes pouco decidem e muito julgam, haja vista apenas se limitam a revelar a vontade da lei, pouco importando se esta vontade será adequada ou não ao caso

do processo permitem concluir pela “grave lesão”. No fundo, o que está-se fazendo é transferir uma suposta vontade da lei, já previamente dada, por uma vontade da lei previamente dada pela vontade do magistrado.¹⁷²

Todavia, a discussão que deveria ser feita diz respeito a uma suposta democratização na construção do sentido no procedimento de suspensão de segurança, ou, ao menos uma análise que possa apontar para efetiva democratização ao se tentar construir o sentido do texto.

De modo a avançar em bases seguras, a primeira advertência deve ser feita no que diz respeito ao que Arendt (2008)¹⁷³ denominou de ponto de vista arquimediano. Quando se descobre o ponto arquimediano e, eventualmente, aplica-se-lo contra si, é que se pode falar em mudança de paradigma.

Os indivíduos de uma mesma comunidade possuem tendência a, submetidos aos mesmos estímulos, ter sensações semelhantes, se tiverem sido submetidos aos mesmos paradigmas.¹⁷⁴ É possível, assim, entender porque, grosso modo, independente da formação

concreto, visto que a justiça não é um problema do juiz, mas do legislador. Nesse sentido: “Na verdade, nossos magistrados, segundo o sistema, não “decidem”, apenas “julgam”, porquanto toda decisão pressupõe “discrissão”, escolha entre duas ou mais alternativas aceitas pela norma. O magistrado concebido pelo sistema apenas “declara”, esclarece a “vontade da lei”. Como ele próprio é pensado como não tendo “vontade”, fica eliminado o poder decisório” (...). (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 29 maio 2009).

¹⁷² “A abordagem pedigree. O conceito de decisão judicial implícito nos capítulos anteriores e aqui explicitado coloca uma questão de legitimidade judicial: quem autorizou os juízes a decidir os casos de acordo com a visão social? Contudo, colocar a questão desse modo equivale a apelar veladamente a uma teoria política específica, uma teoria que vê o juiz como um agente dos legisladores, dos criadores da Constituição ou de juízes anteriores, e que portanto insiste em que toda decisão judicial seja imparcialmente atribuível ao comando de uma autoridade superior – em outras palavras, que seja uma decisão com *pedigree*.” A esta passagem, em Posner, segue esta nota de rodapé: “A analogia remete ao modo como aprendemos coisas como nosso nome e lugar de nascimento, ou que a França já teve um imperador chamado Napoleão Bonaparte; criamos uma cadeia entre nós próprios e as testemunhas oculares originais. Este, porém, é um método de estabelecer autoridade epistêmica, e não autoridade política. A mais poderosa defesa contemporânea daquilo que chamo de teoria “*pedigree*” da legitimidade judicial é feita por Frank Easterbrook. Ver, por exemplo, “Method, Result, and Authority: a reply”, 98 Harvard Law Review 622 (1985); “The Influence of Judicial Review on Constitutional Theory”, em *A Workable Government? The Constitution after 200 Years* 170 (Burke Marshall, org., 1987); “The Role of Original Intent in Statutory Constructions”, 11 Harvard Journal of Law and Public Policy 59 (1988)”. (POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.181)

¹⁷³ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 269.

¹⁷⁴ “O resultado disso é que os membros de uma comunidade científica vêem a si próprios e são vistos pelos outros como os únicos responsáveis pela perseguição de um conjunto de objetivos comuns, que incluem o treino de seus sucessores. No interior de tais grupos a comunicação é relativamente ampla e os julgamentos profissionais relativamente unânimes”. (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 223). Mais adiante, na mesma obra, convém citar esta passagem: “Mas as pessoas não vêem os estímulos; nosso conhecimento a respeito deles é altamente teórico e abstrato. Em lugar de estímulos, temos sensações e nada nos obriga a supor que as sensações dos nossos dois espectadores são uma e a mesma. (...). Pelo contrário: muitos processos nervosos têm lugar entre o recebimento de um estímulo e a consciência de uma sensação. Entre as poucas coisas que sabemos a esse respeito estão: estímulos muito diferentes podem produzir a mesma sensação; o mesmo estímulo pode produzir sensações muito diferentes; e, finalmente, o caminho que leva do estímulo à sensação é parcialmente determinado pela educação. Indivíduos

escolar anterior ao ingresso nos cursos jurídicos, os estudantes, na sua maioria, através da educação (segundo Althusser o mais poderoso aparelho ideológico de estado¹⁷⁵), ao final da faculdade, estarão completamente normalizados pelo paradigma racionalista-positivista. Seria o que Foucault denominou de regularidade discursiva, ou seja, o estudante ao ser interpelado a respeito do sentido de um texto jurídico, no caso poderia ser o sentido de “grave lesão à economia”, imediatamente, passa a análise deste texto como se um fato fosse, sem qualquer tipo de questionamento, tentando extrair-lhe, como se fosse um cientista, um observador, todo significado possível.¹⁷⁶

Esta submissão ao paradigma ou à suposta neutralidade com que é aceita a maneira como se deve construir o sentido no procedimento de suspensão de segurança gera, nos juristas, uma visão de mundo lastreada num ponto de vista tido por normal e aceitável, precipuamente, no que diz respeito à busca de sentido às expressões contidas nas lhas vista regulam o procedimento de suspensão.

Assim como os embargos de declaração provocam certo celeuma em relação à natureza recursal¹⁷⁷, abrindo brecha para discussão do paradigma recursal no código de processo civil, o procedimento de suspensão de segurança e conseqüentemente a construção do sentido também provoca nos juristas, ou deveria provocar, certa inquietação, haja vista além de nebulosa a natureza do instituto¹⁷⁸ é pouco tratado pela doutrina.

criados em sociedades diferentes comportam-se, em algumas ocasiões, como se vissem coisas diferentes. Se não fôssemos tentados a estabelecer uma relação biunívoca entre estímulo e sensação, poderíamos admitir que tais indivíduos realmente vêem coisas diferentes.

Note-se que dois grupos cujos membros têm sistematicamente sensações diferentes ao captar os mesmos estímulos vivem, em certo sentido, em mundos diferentes”. (KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Op. cit., p. 270-271.)

¹⁷⁵ ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. São Paulo: Graal, 2003, P. 80-81.

¹⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Cap. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

¹⁷⁷ “O atual sistema recursal brasileiro conhece, como denominação de embargos, além dos **embargos de declaração**, cuja natureza recursal nem sempre é reconhecida pela doutrina, ...”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Safe, 1991. P. 380). Ver também THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. P. 577.

¹⁷⁸ “O pedido de suspensão não detém natureza recursal, porquanto somente se considera recurso aquele que esteja previsto ou taxado em lei como tal. (...). Na verdade, conquanto alguns autores de nomeada lhe atribuam a natureza de sucedâneo recursal, o pedido de suspensão consiste num incidente processual, destinado, apenas, a retirar da decisão sua executoriedade; serve, simplesmente, para suspender a decisão, mantendo-a, em sua existência, incólume. (...) Na verdade, o pedido de suspensão, ao contrário do que possa parecer, não provoca atividade administrativa do presidente do tribunal, que, no seu exame, não exerce juízo político. (...) Com efeito, muito embora os tribunais superiores atribuam ao pedido de suspensão a natureza de atividade político-administrativa, o certo é que tal incidente contém nítida feição judicial, em cujo âmbito se analisa a violação a interesses públicos, como segurança, ordem, saúde e economia. (...) Independentemente de se lhe atribuir natureza administrativa, política ou judicial, não restam dúvidas de que o pedido de suspensão constitui incidente processual, com finalidade de contracautela, voltado a subtrair da decisão sua eficácia”. (CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2007. P. 435-437).

A mudança do ponto de vista arquimediano passa pela compreensão de que a construção de sentido, no procedimento de suspensão de segurança, deve ser feita de maneira dialética, deve ser buscado um sentido através de novos paradigmas.

Uma das formas de questionar e buscar novos paradigmas é utilizando-se de outros campos do conhecimento, notadamente, não-jurídicos, tais como os aportes teóricos da Análise do Discurso (AD), ligada à linguística, baseada nos aportes de Michel Pêcheux¹⁷⁹ e, no Brasil, através de Eni Puccinelli Orlandi.¹⁸⁰

A Análise do Discurso é um ramo do saber preocupado não com o sentido ou significado dos textos, como se somente houvesse “um sentido”, mas com o efeito de sentido causado pelo texto. Este efeito de sentido é causado pelo sujeito, interpelado ideologicamente, num contexto histórico, que reproduz uma cadeia discursiva, produzindo paráfrases ou polissemias¹⁸¹. Deve-se mencionar nesse momento, antes de uma análise mais minudente do que é retrabalhado pela Análise do Discurso, é o fato de resgatar a figura do sujeito enquanto posição, não um sujeito solipsista, mas um sujeito descentrado que não é mais dono de seu saber.

Mesmo sob o risco de haver certa confusão entre igualar o que para Análise do Discurso é o sujeito com o que Lenio Streck¹⁸² critica como sujeito como sendo protagonista de ativismo judicial¹⁸³, há que se ressaltar que apenas o nome é idêntico, pois o conceito de ambos os “sujeitos” é significativamente diferente¹⁸⁴, vez que, e adiantando-se o que logo

¹⁷⁹ PÊCHEUX, Michel. **Semântica e Discurso**: uma crítica à afirmação do óbvio. Campinas: Editora da Unicamp, 1997, e GADET, F. & HAK (Org.), T. **Por Uma Análise Automática do Discurso**: uma introdução à obra de Michel Pêcheux. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

¹⁸⁰ ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso**: princípios e procedimentos. Campinas: Pontes, 1999; **Discurso e Texto**: formulação e circulação dos sentidos. Campinas: Pontes, 2001, e **Interpretação**: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico. Petrópolis: Vozes, 1998.

¹⁸¹ BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à Análise do Discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. P 15-34.

¹⁸² STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, e **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁸³ Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999. P. 50) também demonstra preocupação com poder que os juízes têm para criar o direito em eventual vácuo legislativo ou em um eventual caso difícil. Em sentido contrário, é o que defende Ovídio Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Justiça da Lei e Justiça do Caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009) quando exemplifica que às vezes é necessário emprestar ao juiz um poder para decidir em desconformidade com a lei, criando uma lei para o caso, a fim de evitar uma injustiça maior, ou seja, é possível que o juiz seja um protagonista no e do processo.

¹⁸⁴ A este respeito, há uma interessante obra de Foucault (FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, P. 107-169) no que diz respeito ao signo linguístico e a real designação. Convém citar esta passagem, na página 149: “Com isso, ela funda na natureza o seu artifício. É que os elementos de que essa linguagem de ação é composta (sons, gestos, trejeitos) são propostos sucessivamente pela natureza e contudo não têm, na sua maioria, nenhuma identidade de conteúdo com o que eles designam, mas, sobretudo, relações de simultaneidade ou de sucessão. O grito não se assemelha ao medo, nem a mão estendida à sensação

mais será abordado, para Análise do Discurso embora o sujeito seja reprodutor e criador do discurso (paráfrase e polissemia) esta reprodução e criação não se fazem de maneira totalmente livre dos valores históricos de uma determinada época e muito menos de maneira arbitrária. Calha, neste momento, trazer a lição vazada através do conto de Borges¹⁸⁵, já abordado no início desse trabalho, no sentido de que o “sujeito”¹⁸⁶ é outro, embora a palavra seja a mesma.

O primeiro passo para se reconstruir os paradigmas seria retrabalhar o conceito de ideologia, ou melhor, adotar a noção de ideologia trabalhada por Althusser¹⁸⁷ dando-lhe conotação positiva em oposição à noção negativa adotada por alguns pensadores.¹⁸⁸ A ideologia não serve para mascarar a realidade, para alienar o indivíduo, ao contrário, é por meio da ideologia, que não tem história, embora tenha a sua história, que o indivíduo é interpelado, que o indivíduo se torna sujeito ao dar sentido aos fatos, ao ser interpelado ideologicamente.¹⁸⁹

de fome. Uma vez combinados, esses signos ficarão sem “fantasia e sem capricho”, pois que foram de uma vez por todas instaurados pela natureza; mas não exprimem a natureza daquilo que designam, pois não são à sua imagem. E, a partir daí, os homens poderão estabelecer uma linguagem convencional: dispõem agora de suficientes signos marcando as coisas para fixarem novos que analisam e combinam os primeiros.”

¹⁸⁵ BORGES, Jorge Luis. **Ficcões**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

¹⁸⁶ Convém repetir parcialmente o conteúdo da nota 24: “Ele não queria compor outro *Quixote* – o que seria fácil – mas o *Quixote*. Inútil acrescentar que nunca levou encontra uma transcrição mecânica do original; não se propunha copiá-lo. Sua admirável ambição era produzir páginas que coincidissem – palavra por palavra e linha por linha – com as de Miguel Cervantes”. (BORGES, Jorge Luis. **Ficcões**. Op. cit., p. 38).

¹⁸⁷ ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. São Paulo: Graal, 2003, P. 73-107..

¹⁸⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 17; e CHAUI, Marilena. **O que é Ideologia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2001. P. 23. Em sentido contrário, Foucault defende uma noção positiva do conceito de ideologia: “Chegamos assim a esta noção muito importante e ao mesmo tempo muito embaraçosa de ideologia. Nas análises marxistas tradicionais a ideologia é uma espécie de elemento negativo através do qual se traduz o fato de que a relação do sujeito com a verdade ou simplesmente a relação de conhecimento é perturbada, obscurecida, velada pelas condições de existência, por relações sociais ou por formas políticas que se impõem do exterior ao sujeito do conhecimento. A ideologia é a marca o estigma destas condições políticas ou econômicas de existência sobre um sujeito de conhecimento que, de direito, deveria estar aberto à verdade.

O que pretendo mostrar nestas conferências é como, de fato, as condições políticas, econômicas de existência não são aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade”. (FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. P. 26-27).

¹⁸⁹ “Esta tese vem simplesmente explicitar a nossa última formulação: só há ideologia pelo sujeito e para os sujeitos. Ou seja, a ideologia existe para sujeitos concretos, e esta destinação da ideologia só é possível pelo sujeito; isto é, pela categoria de sujeito e de seu funcionamento”. (ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. São Paulo: Graal, 2003. P. 93). Convém citar, também, as três teses de Althusser a respeito da ideologia: “tese I: Ideologia representa a relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência; tese II: A ideologia tem uma existência material e tese III: A ideologia interpela os indivíduos como sujeitos”. (ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. Op. cit., p. 85-92).

Deve-se entender a ideologia como positiva¹⁹⁰ e necessária para o homem, haja vista o sentido é produzido somente depois que o indivíduo é interpelado ideologicamente.¹⁹¹

Outra noção necessária, tomada do pensamento de Foucault (2000)¹⁹² é a noção de discurso¹⁹³.

Antes, porém, tem-se de distinguir enunciação de enunciado. Enunciação é única, é irrepetível e pode-se-la comparar com a fala, com o momento exato que é verbalizada pelo sujeito. A característica de sua singularidade, que a torna única é o fato de terem sido emitidos signos que não mais se repetirão devido ao contexto histórico que foram produzidos. A materialidade histórica da enunciação torna impossível sua repetição.^{194 195}

O enunciado, por outro lado, pode ser infinitamente repetido, sem, contudo, nas diversas repetições, possuir o mesmo sentido. Pode-se, grosso modo, comparar o enunciado à frase, sem todavia igualá-los. A materialidade da enunciação é reproduzida através da materialização enunciado, ou seja, passível de apreensão para fins de estudo e enquanto unidade discursiva.¹⁹⁶

Para Foucault (2000)¹⁹⁷ discurso é uma dispersão, isto é discurso é formado por elementos que não se ligam entre si sob nenhum princípio de unidade lógica, cronológica ou outro critério. Os discursos, ou melhor, as cadeias discursivas, segundo Foucault existiriam –

¹⁹⁰ O autor tem ciência de que este ponto de vista é controverso.

¹⁹¹ “Dessa forma, se em Marx o termo ideologia parece estar reduzido a uma simples categoria filosófica de ilusão ou mascaramento da realidade social, isso decorre do fato de se tornar, como ponto de partida para a elaboração de sua teoria, a crítica ao sistema capitalista e o respectivo desnudamento da ideologia burguesa. A ideologia a que ele se refere é, portanto, especificamente a ideologia da classe dominante”. (BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à Análise do Discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. P. 21).

¹⁹² FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

¹⁹³ Produzido socialmente, através da língua, equiparando-se a uma prática social, o discurso torna-se também um instrumento de poder e dominação por quem o utilizar. O estudo do discurso confunde-se com o estudo de relações de poder do qual o direito não se afasta.

¹⁹⁴ FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Cap. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000; e BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à Análise do Discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. P. 30.

¹⁹⁵ Grosso modo, a enunciação seria a fala entre dois indivíduos e a historicidade daquele momento da fala, impossível de ser repetida e apenas possível de ser resgatada através signos lingüísticos.

¹⁹⁶ “E a frase? Não seria preciso admitir uma equivalência entre frase e enunciado? Sempre que existe uma frase gramaticalmente isolável, pode-se reconhecer a existência de um enunciado independente; mas, em compensação, não se pode mais falar de enunciado quando, sob a própria frase, chega-se ao nível de seus constituintes.” (...)

“Ainda não é hora de responder à questão geral do enunciado, mas podemos, de agora em diante, delimitar o problema: o enunciado não é uma unidade do mesmo gênero da frase, proposição ou ato de linguagem; não se apóia nos mesmos critérios; mas não é tampouco uma unidade com um objeto material poderia ser, tendo seus limites e sua independência”. (FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. P. 92; 98).

¹⁹⁷ FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Op. cit., Caps. I e II.

e existem – independente do sujeito¹⁹⁸ (indivíduo interpelado pela ideologia) que através da língua¹⁹⁹ tem a capacidade de dispersar ainda mais o discurso, ou regularizá-lo.

Quando ocorre um diálogo entre duas pessoas, é possível identificar, analisando-se os enunciados emitidos pelos falantes que discurso, naquele momento (momento da enunciação), está sendo empregado, pois é possível identificar certa regularidade enunciativa que poderá indicar de que se trata de discurso médico, discurso político, discurso jurídico entre outros.

A regularidade discursiva é obtida através da análise dos enunciados que remetem a uma mesma formação discursiva, ou seja, apresentam algum elemento de ligação tais como temas, objetos, conceitos, estratégias etc²⁰⁰. Neste ponto, é importante trabalhar, ou melhor, desconstruir a noção de sujeito construída pela dogmática jurídica que o considera o dono e fundador do conhecimento, dono de si, seguro de si. Este sujeito solipsista²⁰¹ não existe para Linguística ligada à Análise do Discurso.²⁰²

O sujeito é uma posição vazia de sentido, um espaço a ser preenchido pelos indivíduos interpelados ideologicamente pelos enunciados. Com esta noção não é possível emprestar qualquer autoridade ao sujeito enquanto dono de seu saber, enquanto dono da história. O

¹⁹⁸ Em breve, será analisada a função do sujeito na cadeia discursiva.

¹⁹⁹ “Condição de possibilidade de um discurso, materialidade ao mesmo tempo lingüística e histórica, produto social que resulta de um trabalho com a linguagem no qual coincidem o histórico e o social. No âmbito discursivo, a língua é reconhecida por sua opacidade e pela forma como nela intervém a sistematicidade e o imaginário, aparecendo o equívoco como elemento constitutivo da mesma”. (LEANDRO FERREIRA, Maria Cristina (Coord.). **Glossário de Termos do Discurso**. Porto Alegre: Ufrgs, 2001. P.20).

²⁰⁰ “Essas regras que determinam, portanto, uma ‘formação discursiva’ se apresentam sempre como um sistema de relações entre objetos, tipos enunciativos, conceitos e estratégias. São elas que caracterizam a ‘formação discursiva’ em sua singularidade e possibilitam a passagem da dispersão para a regularidade. Regularidade que é atingida pela análise dos enunciados que constituem a formação discursiva.

Definindo o discurso como um conjunto de enunciados que se remetem a uma mesma formação discursiva (“um discurso é um conjunto de enunciados que tem seus princípios de regularidade e numa mesma formação discursiva”), para Foucault, a análise de uma formação discursiva consistirá, então, na descrição dos enunciados que a compõem”. (BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à Análise do Discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. P.28).

²⁰¹ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; e do mesmo autor **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. No mesmo sentido, a crítica de Foucault: “... no fundo, que o sujeito humano, o sujeito de conhecimento, as próprias formas do conhecimento são de certo modo dados prévia e definitivamente, e que as condições econômicas, sociais e políticas da existência não fazem mais do que depositar-se ou imprimir-se neste sujeito definitivamente dado”. (FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. P.8).

²⁰² “É uma disciplina de entremeio que se estrutura no espaço que há entre a lingüística e as ciências das formações sociais. Trabalha com relações que se estabelecem entre essas disciplinas, caracterizando-se, não pelo aproveitamento de seus conceitos, mas por repensá-los, questionado, na lingüística, a negação da historicidade inscrita na linguagem e, nas ciências das formações sociais, a noção de transparência da linguagem sobre a qual se assentam as teorias produzidas nestas áreas. (...) Assim, passa-se a entender a linguagem enquanto produção social, considerando-se a exterioridade como constitutiva. O sujeito, por sua vez, deixa de ser centro e origem do seu discurso para ser entendido como uma construção polifônica, lugar de significação historicamente constituído.” (LEANDRO FERREIRA, Maria Cristina (Coord.). **Glossário de Termos do Discurso**. Porto Alegre: Ufrgs, 2001. P. 11-12).

discurso não é atravessado pela unidade do sujeito²⁰³ e sim pela sua dispersão. Esta noção descentrada do sujeito implica trabalhar que o texto, o texto legal a respeito do regramento da suspensão de segurança, no tocante ao sentido a ser dado à expressão “grave lesão à ordem econômica” jamais poderá ser construído previamente, pois o sentido dependerá da interpelação do indivíduo, através da ideologia, ao tentar “dar sentido” à referida expressão legal.²⁰⁴

Ao se construir o sentido do texto em relação ao instituto da suspensão de segurança deve-se analisar a ideologia do Ministro (indivíduo), que interpelado irá se tornar sujeito, apoderar-se-á de uma cadeia de discursos, dando-lhes sentido e, num ato final, irá tomar uma decisão. Embora tenha-se feito uma análise passo-a-passo, esta tomada de sentido é realizada em momento único.

Redimensiona-se, assim, no ato de construção de sentido, a noção do sujeito²⁰⁵ descentrado que pensa ser dono do discurso, o reproduz através da língua, regularizando-o e, ato seguinte, dispersa-o novamente para que outros sujeitos, imaginando serem donos de seus saberes e donos de seus discursos, novamente possam utilizar uma determinada cadeia discursiva em relação a uma determinada formação discursiva.

Ganha-se, com estes paradigmas, a noção de que o sentido do texto, no caso o sentido a ser dado em relação à expressão “grave lesão à economia”, é construído pelos sujeitos e

²⁰³ “Resultado da relação com a linguagem e a história, o sujeito do discurso não é totalmente livre, nem totalmente determinado por mecanismos exteriores. O sujeito é constituído a partir de relações com o outro, nunca sendo fonte única do sentido, tampouco elemento onde se origina o discurso. Como diz Leandro Ferreira (2000) ele estabelece uma relação ativa no interior de uma dada FD [formação discursiva]; assim como é determinado ele também a afeta e determina em sua prática discursiva. Assim, a incompletude é uma propriedade do sujeito e a afirmação de sua identidade resultará da constante necessidade de completude.” (LEANDRO FERREIRA, Maria Cristina (Coord.). **Glossário de Termos do Discurso**. Op. cit., p. 22-23).

²⁰⁴ Há, neste ponto, no campo ideológico e filosófico certa coincidência em relação às posições defendidas pela Análise do Discurso e pela Hermenêutica de cariz heideggeriano e gadameriano, conforme se percebe nos aportes finais da obra de Lênio Streck. Eis os dizeres do autor: “I As palavras da lei são constituídas de vagezas, ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocos. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico. Basta, para tanto, ler a Constituição Federal ou qualquer dispositivo de um Código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abre ao usuário/operador do Direito.” (...) VII. *Conseqüentemente, o intérprete do Direito não contempla o objeto (o Direito, os textos jurídicos, o fenômeno social, etc.), para, assim, (re)construí-lo. É ilusão pensar – e aqui parafraseando Heidegger quando fala da obra de arte – que é a nossa descrição, enquanto atividade subjetiva, que faz figurar as coisas, para depois projetá-las. A partir do linguistic turn, o intérprete é alguém já inserido – desde sempre – na linguagem, da qual o objeto inexoravelmente faz parte.” (STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P 239-241).*

²⁰⁵ “... o sujeito é essencialmente histórico. E porque sua fala é produzida a partir de um determinado lugar e de um determinado tempo, à concepção de um sujeito histórico articula-se outra noção fundamental: a de um sujeito ideológico. (...) Disso decorre uma concepção de linguagem também não mais assentada na noção de homogeneidade. A linguagem não é mais evidência, transparência de sentido produzido por um sujeito uno, homogêneo, todo poderoso. É um sujeito que divide o espaço discursivamente com o outro.” (BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à Análise do Discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. P. 49-50).

pode variar conforme o tempo, pode ser diferente dependendo da formação discursiva²⁰⁶ em que se insere cada sujeito, enfim, pode ter mais de um sentido dependendo de que ponto de vista o sujeito se insere, ou de que ponto de vista o sentido é construído.²⁰⁷

Obviamente, para epistemologia do conhecimento, trabalhar com mais de um sentido para lei, imaginar que a lei, ou até mesmo o texto constitucional, pode ter mais de um sentido causa ojeriza, pois não é científico que se possam extrair mais de um sentido da lei.

Essa concepção, todavia, acaba por imaginar que o Direito é uma ciência da natureza, com regras fixas e imutáveis, quando, sabe-se que o Direito é uma ciência hermenêutica, é também um dado cultural e deve representar, por mais que os juristas não queiram admitir, um dado momento histórico de organização político-econômico-social de uma dada sociedade.²⁰⁸

A partir desta noção, em grande parte contribuição da Análise do Discurso, ramo da linguística preocupado com a produção de sentido, é possível lançar bases seguras para discutir uma mudança do ponto de vista arquimediano²⁰⁹, é preciso se desligar da noção de sujeito construída pelo paradigma racionalista, cujos postulados dizem respeito a ser dono do saber, centro do universo e seguro de si em relação aos fatos e objetos e retrabalhar a noção de que o sujeito é assujeitado pela língua, pelos demais sujeitos, pelos discursos que pensa ser o

²⁰⁶ “Manifestação, no discurso, de uma determinada formação ideológica em uma situação de enunciação específica. A FD [formação discursiva] é a matriz de sentido que regula o que o sujeito pode e deve dizer e, também, o que não pode e não deve ser dito (Coutrine, 1994), funcionando como lugar de articulação entre língua e discurso. (...)”. (LEANDRO FERREIRA, Maria Cristina (Coord.). **Glossário de Termos do Discurso**. Porto Alegre: Ufrgs, 2001. P. 15).

²⁰⁷ A noção lingüística de que o sentido do texto é construído de acordo com a ideologia do sujeito e a historicidade, ou seja, o sentido do texto é um produto histórico, em muito não se diferencia do que Gadamer defende em relação à consciência histórica do homem, ou seja, o passado não é conhecido, mas interpretado. (GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. P. 18-19). Igualmente, Ovídio Baptista da Silva coloca a necessidade de os fatos serem interpretados de acordo com o momento histórico. Eis as palavras textualmente empregadas: “Os "fatos", não obstante conservarem-se os mesmos, em sua expressão material, podem ter seu "significado" transfigurado no curso do tempo.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 29 maio 2009).

²⁰⁸ “... de modo que o Direito abandone o dogmatismo, com todas as falsificações da realidade que lhe são inerentes, para lançá-lo na dimensão hermenêutica, reconhecendo-lhe a natureza de ciência da compreensão e, conseqüentemente, a legitimidade da criação jurisprudencial do Direito.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 37).

²⁰⁹ “... é como se a descoberta de Galileu comprovasse cabalmente que tanto o pior temor quanto a mais presunçosa esperança da especulação humana – o antigo temor de que os nossos sentidos, os próprios órgãos de que dispomos para receber a realidade, podem nos trair, e o desejo arquimediano de um ponto fora da Terra a partir do qual o homem pudesse analisar o mundo – só podiam realizar-se ao mesmo tempo, como se o desejo só pudesse ser satisfeito se a realidade nos fugisse, e o temor só se consumasse quando compensado pela aquisição de podres supramundanos. (...) Sem termos, de fato, o ponto de apoio que Arquimedes buscava (*dos moi pou sto*), presos ainda à Terra pela condição humana, descobrimos um meio de atuar sobre a Terra e dentro da natureza terrena como se pudéssemos tratá-la de fora, do ponto de vista arquimediano.” (ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 274-275).

dono e, na mesma medida, assujeita a língua, os outros sujeitos e reproduz ou constrói discursos, sempre imaginando ser autenticamente original.

Sob a ótica da Análise do Discurso, tomando-se a mesma decisão proferida na STA 194/SC²¹⁰, pela Ministra Relatora, Ellen Gracie, conclui-se que o discurso jurídico se apoia em sólida construção de “verdades” a partir da descrição de outros casos semelhantes tomados como idênticos para fins de legitimação discursiva. Na questão do sujeito, ocorre o que para Análise do Discurso é chamado de assujeitamento do sujeito, ou seja, a Ministra Relatora, se achando dona de seu saber, se apropria de uma cadeia anterior de discursos, apaga o fato de ter se apropriado destes discursos e ato contínuo, como se fossem seus os discursos relativos à necessidade de garantir a integridade da ordem pública, os utiliza para fundamentar a decisão como se fosse a portadora deste saber. Conquanto possa-se imaginar certo decisionismo, sob a ótica da hermenêutica defendida por Streck²¹¹, o fato que para Análise do Discurso, o importante é observar que o sujeito, ao construir o sentido do texto, não estava (e nunca esteve) livre para criar qualquer significado e muito menos pôde construir um significado autenticamente original, haja vista teve de se utilizar de outros discursos que já haviam sido previamente criados em outros momentos históricos e foram, no momento de significação do texto, reapropriados e resignificados, de acordo com a ideologia do sujeito. Mais tarde, seguramente, este discurso produzido pela Ministra Relatora, Ellen Gracie, nos autos da STA nº 194/SC, será apropriado por outro sujeito (jurista) e assim a cadeia discursiva será mantida.

Talvez mostre-se mais significativo o exemplo de como os sujeitos (convém repetir, para AD sujeito é uma posição e não um indivíduo) se comportam numa cadeia discursiva quando, no julgamento de um acórdão, há pluralidade de opiniões em relação à matéria controvertida. Tome-se o exemplo da apelação cível nº 70008522476²¹², envolvendo pensionista e o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, no que diz respeito à aplicação da Lei Estadual nº 10.395/95. Em apertada síntese, a Lei Estadual nº 10.395/95, apelidada de Lei Britto, previu um reajuste para os servidores públicos estaduais, que seria pago de maneira escalonada durante os anos de 1995 e 1996, sendo que os dois últimos percentuais não foram alcançados pelo Governo do Estado da época (1996) sob a alegação de

²¹⁰ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=71&dataPublicacaoDj=22/04/2008&nUmProcesso=194&siglaClasse=STA&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=52&coDMateria=7>>. Acessado em: 25 maio 2009.

²¹¹ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²¹² Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=254625&ano=2004>. Acessado em: 31 jul. 2009.

que as finanças não comportavam o peso da folha bem como havia a vedação da Lei Camata I (Lei Complementar nº 82/95). Sob este argumento, o Estado do RS deixou de incorporar aos vencimentos dos servidores as parcelas de 10% e 9% relativas ao reajuste previsto na Lei Estadual nº 10.395/95 e, conseqüentemente, o Instituto de Previdência também não incorporou aos pensionistas os últimos dois percentuais de reajustes.²¹³

Embora houvesse disposição expressa na Lei Estadual nº 10.395/95 a respeito da extensão do reajuste aos pensionistas²¹⁴, no referido processo (7008522476) é possível identificar três discursos distintos, patrocinados por três sujeitos cada qual com efeitos de sentido próprios, em que pese, a intenção dos três sujeitos seja proclamar a justiça através da correta leitura (e significação) da lei. O desembargador relator, entendendo basicamente que não poderia estender aos pensionistas um reajuste que o Estado não dera aos seus servidores ativos e inativos, entendeu que seria o caso de violação do art. 195, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil²¹⁵, além de violação ao princípio da isonomia entre os servidores públicos e respectivos pensionistas²¹⁶. O voto divergente, inaugurado por juiz

²¹³ Convém ao menos transcrever a ementa do julgado: “APELAÇÃO CÍVEL. IPERGS. LEI 10.395/95. REAJUSTES SALARIAIS. LEI CAMATA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO NÃO EVIDENCIADA. 1. Estão prescritas tão-somente as parcelas vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação, em conformidade com o disposto no Decreto nº 20.910/32. 2. Ainda que a Lei Complementar nº 82/95 (Lei Camata) não tenha retirado a eficácia do disposto na Lei Estadual nº 10.395/95, tendo em vista que os reajustes concedidos pela lei entraram na esfera patrimonial das pensionistas a partir da sua vigência, ainda que tais reajustes tenham previsão de repasse para datas futuras, e, ainda, não se esteja a tratar de hierarquia das leis, mas de direito adquirido, e que, em tese, deveria ser preservado, o fato é que em não cumprindo o Estado com os reajustes previstos na Lei 10.395/95 relativamente aos ativos e inativos, não há como incluí-los nos benefícios previdenciários das pensionistas, ante a ausência de fonte de custeio. Voto divergente quanto à fundamentação e voto vencido quanto ao mérito. Apelo provido, por maioria.” (Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=254625&ano=2004>. Acessado em: 31 jul. 2009).

²¹⁴ “Art. 20 - As disposições desta Lei estendem-se, no que couber, aos servidores autárquicos, aos extranumerários, aos contratados, aos inativos, e pensionistas respectivos, às pensões especiais e vitalícias, a parcela autônoma referida no art. 2º da LEI Nº 10. 128 de 28 de março de 1994, a Parcela de Estímulo à Pesquisa Agropecuária referida no art. 2º da LEI Nº 9.963, de 07 de outubro de 1993, à remuneração por aula dada mencionada no Anexo IV da LEI Nº 9.152, de 5 de outubro de 1990 e alterações, à gratificação de que trata o art. 2º da LEI Nº 7.597, de 28 de dezembro de 1981, à remuneração dos órgãos de deliberação coletiva de que trata o art. 8º da LEI Nº 9.889, de 31 de maio de 1993, ao valor básico das diárias e aos valores que tenham como base de correção aos índices de revisão geral concedidos ao funcionalismo público estadual.” (Disponível em <<http://www.al.rs.gov.br/>>. Acessado em: 31 jul. 2009).

²¹⁵ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, através recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

²¹⁶ Eis o trecho do voto do desembargador relator “E os argumentos são simples. Ocorre que o Estado, deixando de cumprir com o determinado na referida lei estadual, não concedeu aos servidores da ativa e aos inativos os referidos reajustes. Desta feita, em que pese toda a argumentação acima exposta, não vejo como possa manter minha anterior orientação e conceder os reajustes previstos na Lei 10.395/95 às pensionistas, pois nítida a ausência de fonte de custeio, cujo deferimento violaria o art. 195, § 5º, da Constituição Federal. Em ausente a contribuição, impossível a concessão dos reajustes. E, ainda, com mais razão o fato de que, em deferido às pensionistas os reajustes, passariam estas a perceber vencimentos superiores aos percebidos pelos servidores da

convocado, afirma ser inviável justificar a ausência de cumprimento da legislação e da Constituição com base no comportamento de outro ente federado que, sem qualquer motivo, descumpriu o dever básico de convivência num Estado Democrático de Direito: cumprimento da lei. Com o discurso de que é importante assegurar a efetividade da lei não declarada inconstitucional, o segundo voto entendeu que aos pensionistas deveria ser estendido o reajuste previsto na lei estadual²¹⁷. Por fim, o terceiro voto, entendendo que os pensionistas não possuem direito, todavia sob fundamento ligeiramente diferente do desembargador relator²¹⁸.

O importante, sob o prisma da Análise do Discurso, é mostrar que cada sujeito, se achando dono de seu saber, procurou um discurso dentre muitos possíveis, que legitimasse uma construção de sentido para o texto (decisão judicial) que parecesse justa ao caso concreto. O que poderia ser confundido ou igualado a certo “ativismo judicial”, haja vista cada sujeito (desembargador) estaria supostamente livre para decidir da maneira como lhe aprouvesse, não se justifica sob os olhos da AD. Primeiro, os sujeitos não eram donos de seus discursos e, portanto, não eram donos de seus saberes. Segundo, imaginaram-se donos de seus saberes e (re)transmitiram os discursos como se seus fossem e, de acordo com a ideologia que cerca o discurso jurídico, emprestaram ar de verdade ao fazer um confronto com decisões

ativa e os inativos. Logo, tão-só venha o Estado a cumprir o quanto determinado na Lei nº 10.395/95, deferida será a pretensão da autora, ora recorrida. Em não sendo assim, não vejo como fazê-lo. Outrossim, na esteira de tudo até aqui fundamentado, pacífica se tornou a orientação da Câmara, a exemplo dos recentes julgados de relatoria dos eminentes colegas, Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, sob o nº 70 004 510 616, e Des. Irineu Mariani, sob o nº 70 004 173 977, ambos julgados em 25 de setembro de 2002. (Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=254625&ano=2004>.

Acessado em: 31 jul. 2009)

²¹⁷ Eis parcela do voto do juiz convocado: “Injustificável, de outra banda, o arbítrio com que se houve o Estado que, manu militari, simplesmente deixou de cumprir Lei de iniciativa privativa do próprio Governador do Estado, em total menoscabo à ordem jurídica e legal vigente, pois se houvesse a constatação posterior de qualquer vício de ordem constitucional, deveria o Primeiro mandatário ter solicitado, através de ação direta de inconstitucionalidade, a suspensão dos efeitos da lei. Portanto, como já dito, a Lei Complementar nº 82/95, também conhecida por “Lei Camata”, embora editada anteriormente à legislação estadual em questão, entrou em vigor em data posterior, não podendo, por isso, ter eficácia retroativa para atingir direitos adquiridos dos servidores públicos estaduais.” (Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=254625&ano=2004>.

Acessado em: 31 jul. 2009)

²¹⁸ Novamente, convém transcrever parcela útil a esta dissertação: “A meu ver, as pensionistas não fazem jus à integração porque o funcionário em atividade não tem direito. Noutras palavras, se o ex-segurado vivo fosse, não faria jus a receber; logo, os pensionados também não, sob pena de a pensão ir além da garantia constitucional, ou seja, ficar mais que integral. Em síntese. Estando a unidade federativa com gastos com pessoal além do limite estabelecido em ordenamento complementar federal, editado em cumprimento à Constituição (art. 169), é nula, por violação ao princípio da hierarquia das leis (CF, art. 59), a norma estadual que, mesmo assim, concede aumentos vencimentais. É a exegese do então vigente § 3º do art. 1º da LC 82, de 27-03-95, que passou para o art. 3º, II, da LC 96, de 31-05-99, que passou para o art. 21 da LC 101, de 04-05-2000. Portanto, embora divergindo do eminente relator quanto ao fundamento, também provejo. (Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=254625&ano=2004>.

Acessado em: 31 jul. 2009).

supostamente iguais proferidas anteriormente por outros órgãos julgadores da mesma Corte julgadora. Percebe-se que o grande mérito da Análise do Discurso será (re)significar o sentido dado aos textos (decisões judiciais) a partir do sujeito, mas não somente através do sujeito, uma vez que este não é considerado o centro do conhecimento ou a única fonte de conhecimento e significação²¹⁹.

Com esta mudança do ponto de vista, tem-se que retrabalhar a importância em buscar o sentido do texto no contexto histórico, discutir, analisar, procurar a regularidade discursiva que permita compreender a formação discursiva deste ou daquele julgador, quando do julgamento dos processos, para se procurar discutir a justiça da decisão²²⁰. Ao não ser possível aceitar um sentido prévio ao texto, não se pode, também, imaginar uma resposta correta em Direito²²¹, salvo se esta resposta correta (ou constitucionalmente correta²²²) for uma resposta correta para um determinado momento histórico que poderá, depois de um determinado prazo de tempo, mudar, ou não.

Por mais paradoxal que possa parecer a defesa de eventual respostas corretas, ou até mesmo a compreensão de que poderá, do texto legal, emergir sentidos às vezes antagônicos, haja vista os sujeitos podem estar posicionados em formações discursivas diversas, é preferível, em termos de democratização do processo, que se explicitem os mecanismos de produção de sentido do que aceitar um sentido prévio, dado ou posto, sem qualquer possibilidade de discussão com as partes, vez que este suposto “sentido da lei”, sob hipótese alguma pode ser imaginado como um sentido “neutro”, destituído de uma ideologia ou fora de uma formação discursiva.

Ao primar pela busca e construção do sentido²²³ e ao admitir que o sujeito, não de forma solipsita, contribui para a formação de sentido do texto legal, tem-se que admitir a necessidade de se criar instituições aptas a eternizar o mundo, ou ao menos tentar perenizar o mundo, dando ao homem certa segurança perdida na era moderna com a dúvida cartesiana,

²¹⁹ Para Análise do Discurso o importante é compreender como o sentido é construído, ou seja, os mecanismos utilizados para significação dos textos o que permitirá, sob o ponto de vista hermenêutico, verificar, ou controlar de que maneira será obtida a resposta correta.

²²⁰ Neste contexto, a justiça do caso, a justiça adequada a uma determinada situação, mesmo que eventualmente seja contrária a lei ou a algum princípio. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Justiça da Lei e Justiça do Caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009).

²²¹ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 388.

²²² STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Op. cit., p. 388.

²²³ “Concebe-se, assim, o sentido como algo que é produzido historicamente pelo usos e o discurso como o efeito de sentido entre locutores posicionados em diferentes perspectivas.” (BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à Análise do Discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. P. 65).

com a introspecção e a perda do senso comum e com a inversão de posição entre a contemplação e a ação.²²⁴

A necessidade de estruturas para solver demandas envolvendo direitos sociais será abordada no próximo ponto.

2.5 Inadequação do Uso do Procedimento Ordinário para Efetivação do Direito à Moradia

A modernidade, ou o que se convencionou chamar de sociedade moderna²²⁵ tem como característica a liquidez ou fluidez de seus institutos políticos, econômicos e sociais haja vista a constante desconstrução e reconstrução dos valores de maneira que não se percebe, ou não se consegue dar forma, não se consegue visualizar e trabalhar com certa estabilidade estes mesmos conceitos e valores que outrora eram estáveis, estáticos e de sentido fixo ou regular.²²⁶

O fato é que os valores e instituições criados para uma sociedade rural, arcaica, estática e estável não tem mais valia atualmente²²⁷. Todavia, não se pode – e nem se deve – pretender transformar os institutos, as instituições e os valores de uma sociedade rural para uma sociedade moderna, de massa e de consumo esquecendo-se totalmente o passado.²²⁸ Não existe uma transição, ou melhor, não existe o novo sem o conhecimento do passado. É necessário, e sempre será, construir o novo sob certos valores do passado, construir o novo sobre a estrutura do passado e sobre esta inovar ou modificar as instituições políticas, sociais e econômicas.

²²⁴ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, P. 302-307.

²²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

²²⁶ “Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. (...) Ao contrário da maioria dos cenários distópicos, este efeito não foi alcançado via ditadura, subordinação, opressão ou escravidão; nem através da “colonização” da esfera privada pelo “sistema”. Ao contrário: a situação presente emergiu do derretimento radical dos grilões e das algemas que, certo ou errado, eram suspeitos de limitar a liberdade individual de escolher e de agir. A rigidez da ordem é o artefato e o sedimento da liberdade dos agentes humanos. Essa rigidez é o resultado de “soltar o freio”: da desregulamentação, da liberalização, da “flexibilização”, da “fluidez” crescente, do descontrole dos mercados financeiro, imobiliário e de trabalho, tornando mais leve o peso dos impostos etc.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Op. cit., p. 11-12).

²²⁷ Como exemplo desse descompasso, convém citar a noção de “vontade geral” formulada por Rousseau, cuja característica remete sempre a certa noção de homogeneidade e ausência de conflito na tomada de decisões políticas. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Livro segundo. Cap. I a III. São Paulo: Nova Cultural, 1997).

²²⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder Y Libertad**. Madrid: Trotta, 1998.

Todavia, é necessário que velhos conceitos sejam devidamente superados para que o novo, para que novos paradigmas sejam efetivamente construídos.²²⁹

O primeiro enterro digno a ser concedido diz respeito ao mito do processo de conhecimento, de cunho ordinário, como instrumento universal apto a solver as demandas que aportam no Poder Judiciário.²³⁰

Convém, primeiramente, advertir de que não se pretende eliminar o processo de conhecimento das instituições processuais brasileiras, deve-se apenas mitigar seu uso, dar-lhe o tom histórico que a dogmática jurídica retirou-lhe ao emprestar ares de solidez insuportáveis para uma era líquida.²³¹

Se o paradigma iluminista, calcado no racionalismo, criador e entificador do processo ordinário como meio de solução de conflitos era, ou foi, válido para um momento histórico, não há como negar que na atualidade, quando a economia sofreu fortes mudanças no que diz respeito ao modo de produção, a solução dos conflitos não pode ficar atrelada ao uso de uma ferramenta cunhada para um determinado período histórico.

O sequestro da história é um dos pilares que justifica, ainda hoje, o uso indiscriminado do procedimento ordinário como o único meio de acesso ao judiciário e como o único meio de resolver matérias que nele – Poder Judiciário - aportam. Não obstante, há toda uma constelação de procedimentos que convivem sem causar qualquer tipo de embaraço nos juristas.²³²

O que se percebe é um nítido descompasso entre a construção de uma estrutura apta a suportar os novos valores, uma construção de uma estrutura original e adequada aos novos tempos, e a utilização de velhas, arcaicas e defasadas estruturas, no caso, institutos e

²²⁹ “Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da “modernidade líquida” produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou – se não for – como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. P. 15).

²³⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 215.

²³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

²³² “Como a enorme constelação de procedimentos especiais, existente fora do Código é preservada, não obstante a consagração do princípio da “ampla defesa”, o resultado é a formação de dois sistemas processuais, um popular, plebeu, para aqueles que não disponham de um procedimento privilegiado, o outro, destinado a tutelar as várias estruturas de Poder, visível e invisível. Em última análise, o produtor do sistema não o consome. Ele é produzido para consumo das massas.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**. Op. cit., p. 162.

instituições processuais que não conseguem eficazmente responder aos anseios da sociedade moderna²³³ ou hipermoderna.²³⁴

O ser humano tem, ao longo de sua jornada, uma passagem mortal e cíclica sobre a terra. Diferentemente dos deuses gregos, que eram imortais, ou seja, vida sem morte, os humanos eram os únicos mortais num universo imortal.²³⁵

Daí surge, ao menos em relação à cultura helenística, a necessidade do homem se tornar, através dos feitos, eterno. A imortalidade humana é buscada através da eternidade e esta eternidade é feita através de obras, feitos e palavras²³⁶. O processo ordinário, o processo de conhecimento, no seu nascedouro, sem embargo, foi criado com a intenção de ser eterno, de ser uma obra capaz de atravessar anos de maneira incólume, todavia a modernidade trouxe, na mesma mão, a perda da noção de imortalidade grega, haja vista se plasmou ausência de preocupação com a eternidade.

Ao que parece este é um dos traços da modernidade líquida²³⁷: a perda ou a despreocupação com a eternidade, a perda da noção de imortalidade traçada pela cultura grega.

Esta característica da modernidade trouxe duas características importantes, sentidas, atualmente, conforme advertência contida na obra de Arendt (2008)²³⁸: a vida como bem supremo e a vitória do *animal laborans*.

A sociedade de massa, de consumo, atualmente, não se preocupa mais com a imortalidade, com a busca de feitos e obras no sentido de imortalizar o homem, ao contrário, a supervalorização da vida, tornando-a imortal. A fé cristã teve também papel fundamental uma vez que retirou qualquer aspiração do homem à imortalidade, visto que a construção grandiosa de feitos e obras, para fins de eternidade, era se vangloriar, era pecar no mundo

²³³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Op. cit.

²³⁴ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²³⁵ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 26-27.

²³⁶ “A tarefa e a grandeza dos mortais têm a ver com sua capacidade de produzir coisas – obras e feitos e palavras – que mereceriam pertencer e, pelo menos até certo ponto, pertencem à eternidade, de sorte que, através delas, os mortais possam encontrar o seu lugar num cosmo onde tudo é imortal exceto eles próprios. (...) A diferença entre o homem e o animal aplica-se à própria espécie humana: só os melhores (os *aristoi*), que constantemente provam ser os melhores (*aristuein*, verbo que não tem equivalente em nenhuma outra língua) e que «preferem a fama imortal às coisas mortais», são realmente humanos; os outros, satisfeitos com os prazeres que a natureza lhes oferece, vivem e morrem como animais.” (ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 27-28).

²³⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

²³⁸ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Op. cit, P. 326-338.

terreno, quando, sabe-se, para a fé cristã, a vida terrena apenas é uma passagem à imortalidade supramundana.²³⁹

Este talvez seja o grande fundamento, no pertinente à filosofia, à vitória do *animal laborans*²⁴⁰, haja vista atualmente se perdeu completamente a noção a respeito da necessidade de criação de estruturas para solucionar os mais variados problemas. Ao contrário, a preocupação presente, a preocupação das modernas sociedades de consumo²⁴¹ é justamente consumir toda e qualquer obra, feitos ou palavras sem a menor preocupação com a imortalidade, com a eternização do homem.²⁴²

O procedimento ordinário, seguramente, quando foi cunhado, visava à eternidade, ocorre que esta suposta eternidade não pode ser confundida com imortalidade, tem de ser buscada sempre tendo em vista o momento histórico, as gerações futuras a fim de que imortalidade humana seja assegurada através de obras, feitos e palavras²⁴³. Se é certo que o procedimento ordinário foi imortal, hoje já não o é mais e tem-se, novamente, de se buscar a imortalidade através de outros meios, através de outras estruturas que precisam ser criadas pela sociedade brasileira.

O fato concreto é que se tratando de demanda judicial para discussão do direito a moradia, conforme previsão constitucional²⁴⁴, não pode haver a idéia de que será possível alcançar alguma solução prática com a utilização do processo de conhecimento, uma vez que a utilização desta ferramenta, conforme já explanado até aqui, apenas fará com que o juiz

²³⁹ “Pois a «boa nova» cristã da imortalidade vida humana individual inverteu a antiga relação entre o homem e o mundo, promovendo aquilo que era mais mortal, a vida humana, à posição de imortalidade ocupada até então pelo cosmo. (...)”

Os resultados dessa inversão só podiam ser desastrosos para a estima e a dignidade da política. A atividade política, que até então se inspirava basicamente no desejo de imortalidade mundana, baixou agora ao nível de atividade sujeita a vicissitudes, destinada a remediar, de um lado, as conseqüências da natureza pecaminosa do homem, e de outro, a atender às necessidades e interesses legítimos da vida terrena. Daí por diante, qualquer aspiração à imortalidade só podia ser equacionada com a vanglória; toda fama que o mundo pudesse outorgar ao homem era ilusória, uma vez que o mundo era ainda mais perecível que o homem, e a luta pela imortalidade humana era inútil, visto como a próprio via era imortal.” (ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 327).

²⁴⁰ “Portanto, para o *animal laborans*, sujeito aos processos devoradores da vida e constantemente ocupado com eles, a durabilidade e a estabilidade do mundo são basicamente representados pelos instrumentos e ferramentas que utiliza;” (ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 157).

²⁴¹ LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

²⁴² “A vitória do animal laborans, jamais teria sido completa se o processo de secularização, a moderna perda da fé como decorrência inevitável da dúvida cartesiana, não houvesse despojado a vida individual de sua imortalidade, ou pelo menos da certeza da imortalidade. A vida individual voltou a ser mortal, tão mortal quanto o fora na antigüidade, e o mundo passou a ser menos estável, menos permanente e, portanto, menos confiável do que o fora na era cristã.” (ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Op. cit., p. 333).

²⁴³ “Se o mundo deve conter um espaço público, não pode ser construído apenas para uma geração e planejado somente para os que estão vivos: deve transcender a duração da vida de homens mortais.” (ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Op. cit., p. 64).

²⁴⁴ Art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

declare um direito ou descubra a vontade da lei sem contudo ter conhecimento de como efetivar o direito à moradia.²⁴⁵

A primeira característica que envolve a inadequação do procedimento ordinário diz respeito às partes no processo de conhecimento. Por se tratar de um direito social que envolve a elaboração de políticas públicas, não há como escapar do caráter coletivo do direito o que ensejaria a participação do Ministério Público, no pólo ativo da demanda. Embora o Ministério Público haja como fiscal da lei e esteja defendendo, conforme autorização contida na Constituição²⁴⁶ e na Lei da Ação Civil Pública²⁴⁷, os interesses da coletividade, não há como deixar de imaginar que o procedimento ordinário, cunhado sob a influência dos valores iluministas, não permite ao juiz, sequer em sede de liminar, seja efetivado o direito à moradia. A exigência feita por meio da ação civil pública em relação ao Poder Público consiste numa obrigação de fazer (fazer políticas públicas) e, sabe-se, que a realização de políticas públicas, na atualidade, não é um ato administrativo simples, envolve, geralmente, não apenas um dos entes federados, mas no mínimo dois entes federados, haja vista a escassez de recursos financeiros²⁴⁸.

²⁴⁵ Há três exemplos envolvendo questões ligadas ao direito de moradia em três ações civis públicas (ACP) distintas ajuizadas, todas elas, pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, cujos pedidos demonstram, embora os processos ainda não tenham sido finalizados, a inadequação da via eleita. Na ACP nº 001/1.05.23815119, o MP solicitou, com base no direito à moradia, que todas as famílias que estão ocupando as margens da BR290 (Parque do Delta do Jacuí), na entrada da cidade de Porto Alegre fossem removidas para novo local com obras de infraestrutura do loteamento prontas no sentido de lhes assegurar uma moradia digna (esgoto tratado, energia elétrica e, obviamente, casa construída). O juiz, depois de diversas audiências com os réus que eram o Município de Porto Alegre e o Estado do RS, deferiu liminar para que as Fazendas Públicas, no prazo de 45 dias juntassem aos autos termo de compromisso para retirada das famílias. Conquanto o termo de compromisso firmado entre o Estado do RS e o Município de Porto Alegre tenha sido juntado, as famílias ainda se encontram às margens da rodovia, haja vista não foi estipulado um prazo para a retirada das mesmas.

Na ACP 001/1.08.00847389, o MP solicitou, com base no direito ao meio ambiente saudável que o Estado do RS e também o Município de Porto Alegre (!) realizassem, no prazo de 30 dias, o plano de manejo do Parque Estadual do Delta do Jacuí bem como, também em sede de liminar, que fossem retiradas todas as famílias que se encontrem dentro da área do Parque. A liminar, embora deferida, foi cassada pelo Tribunal de Justiça em sede de agravo de instrumento. Na terceira ACP, de número 001/1.08.02472676, o MP solicitou ao judiciário, em sede de liminar, que o Município de Porto Alegre retirasse aproximadamente cem famílias que estão morando irregularmente às margens da barragem administrada pelo Departamento Municipal de Habitação (DMAE) dentro do Parque *Saint Hillaire*, imóvel de propriedade do Município de Porto Alegre cuja maior área está contida na circunscrição do Município de Viamão. Lucidamente, o juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública indeferiu a liminar no tocante à remoção imediata das quase cem famílias para um loteamento em condições dignas de moradia. Eis os termos da decisão liminar: “Obrigar o Município, de imediato, recolher as famílias e reassentá-las em outra área importaria em despender os cofres públicos e atingir à coletividade, uma vez que necessário mínimo de condições de moradia para aquelas famílias. Aliás, impor ao Município uma nova obrigação não soluciona o problema.

Destarte, indefiro o pedido liminar.”

²⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 129, III.

²⁴⁷ Lei 7.347/85.

²⁴⁸ A maneira como a federação brasileira se estruturou não permite, em se tratando de políticas públicas de grande magnitude, dentre estas a efetivação do direito à moradia, que apenas um ente público suporte, na integralidade, este ônus. É necessário a conjugação de esforços, sendo o aporte financeiro, geralmente, oriundo a União. Ilustrativa esta passagem de Bercovici: “É a falta de uma política nacional coordenada, e não a repartição

Examinando o teor dos pedidos das ações civis públicas já relatadas nas notas anteriores (AACCPP n^os 001/1.05.23815119, 001/1.08.00847389 e 001/1.08.02472676) percebe-se que o Ministério Público, em todas as ações, solicita seja um determinado número de famílias removidas do local onde residem e sejam realocadas em condições dignas, num loteamento com água tratada, energia elétrica, canalização de esgoto pluvial e cloacal e, principalmente, deve constar no imóvel uma casa para moradia. A estrutura do processo de conhecimento não permite que o magistrado, mesmo em sede de liminar, efetive esse direito, no máximo, competirá ao juiz declarar o direito e posteriormente condenar o réu ao cumprimento da obrigação, efetivar, jamais. A estrutura processual insculpida no código de processo civil não permite que o magistrado efetivamente atue para o fim de suprir uma deficiência do gestor.²⁴⁹

Calha, indagando a respeito da adequação do procedimento ordinário, trazer à baila exemplos do que tem ocorrido em relação ao cumprimento de políticas públicas: judicialização da política.

Tome-se, inicialmente, o exemplo da distribuição de medicamentos. Segundo informação contida no sítio eletrônico do Ministério da Saúde²⁵⁰, a União, em parceria com os Estados e Municípios, mantém convênios com os entes federados no sentido de criação e distribuição de farmácias populares destinadas à distribuição de medicamentos tidos como necessários à população de baixa renda. Qual,então, a legitimidade do Judiciário, quando acionado através de uma ação, de priorizar, através de uma ordem, que o agente público forneça um medicamento eventualmente fora da lista do Sistema Único de Saúde, portanto, tido como não essencial para o agente público, sob o argumento de que a vida além de ser um bem é um princípio tão nobre quanto à saúde da população(?). O que se percebe, é que a

de competências concorrentes e comuns, que faz com que determinados programas e políticas pública sejam realizadas por mais de uma esfera governamental e outros por nenhuma.” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004. P. 64).

²⁴⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 96.

²⁵⁰ “O Farmácia Popular do Brasil é o programa do Ministério da Saúde criado para ampliar o acesso da população aos medicamentos essenciais. Ele está estruturado em duas linhas de atuação. A primeira funciona através parceria do ministério com estados e municípios para a construção física de uma rede própria de estabelecimentos, onde são vendidos todos os medicamentos que fazem parte do elenco do programa. A outra linha de atuação, conhecida como Aqui Tem Farmácia Popular, é realizada por parcerias do ministério com a rede privada de farmácias e drogarias. Neste caso, o elenco de medicamentos é reduzido, focado em produtos contra diabetes, hipertensão e contraceptivos.” (Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=12592&janela=2>. Acessado em 31 jul. 2009).

atuação ao nível micro²⁵¹, na demanda atomizada do processo de conhecimento, nem sempre se presta a uma visualização macro do que seria necessário para efetivar uma política pública.

A política de distribuição de medicamentos, mostrando o acerto da judicialização da política, para conter a síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA/AIDS) talvez seja um exemplo feliz de judicialização de uma política pública que sensibilizou o administrador²⁵² e fez com que este, ante as diversas demandas judiciais que o Estado brasileiro era réu, fizesse uma política pública eficiente de distribuição da medicação²⁵³ necessária para conter e eventualmente tratar da doença que ainda hoje assola o Brasil. Até mesmo demandas judiciais que ingressam na Justiça Estadual²⁵⁴ são itinerantemente redirecionadas para a Justiça Federal, haja vista há o reconhecimento da necessidade de exigência da medicação perante o ente federado tido por correto, a fim de manter a organicidade e a eficiência na distribuição de medicamentos anti-retrovirais.

Tomando-se um exemplo atual, tem-se, nos autos da ação civil pública nº 2008.70.05.004325-1/PR, pedido de liminar patrocinado pelo Ministério Público Federal no sentido de se deferir uma ordem para que a União, no prazo de sessenta dias, promova a lotação no Município de Cascavel, no Estado do Paraná, de Defensores Públicos aprovados em concurso público, uma vez, sob a ótica do Ministério Público, o índice de delitos na

²⁵¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1992.

²⁵² No sítio eletrônico do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (www.ipea.gov.br) há um estudo, do ano de 1997, embora modesto, indicando o número aproximado de infectados pelo vírus da AIDS e indicando uma estimativa de gastos com os pacientes e uma estimativa de gastos com medicamentos necessários para combater ou minimizar os efeitos do contágio do vírus na população brasileira. (Disponível em <http://desafios.ipea.gov.br/pub/td/1997/td_0505.pdf>. Acessado em: 05 ago. 2009).

²⁵³ No ano de 1996, foi promulgada legislação regulando, em termos gerais, a distribuição de medicamentos para pacientes contaminados com o vírus HIV. Eis o texto legal: “Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, que dispôs sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.”

²⁵⁴ Ver nesse sentido a seguinte ementa, nos autos do julgamento da apelação cível nº 70027174317, julgado no dia 27.11.2008: “ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. TRATAMENTO HIV/AIDS. SUS. INTERESSE DE AGIR. 1. A par de existir prova de pedido administrativo de fornecimento do medicamento, a recusa, em juízo, da dispensação configura lide resistida. 2. Segundo a Constituição da República, o direito à saúde efetiva-se (I) pela implantação de políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e (II) pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, assegurada prioridade para as atividades preventivas. 3. No âmbito do SUS, compete à União o fornecimento de medicamentos anti-retrovirais. Recurso provido. Voto vencido.” (Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 05 ago. 2009).

referida cidade havia aumentado consideravelmente, o que exigiria a defesa dos desassistidos através de defensores públicos, nos termos do art. 5º, LXXIV²⁵⁵ e do art. 134²⁵⁶, ambos da Constituição. Ouvida previamente a União, o juízo originário optou por indeferir o pedido de liminar nos autos da ação civil pública já mencionada²⁵⁷. O que se percebe, novamente, é que

²⁵⁵ LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos

²⁵⁶ A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

²⁵⁷ Convém transcrever parcela da decisão que indeferiu o pedido de liminar na ação civil pública nº 2008.71.05.004325-1/PR: "(...) 1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal na qual postula, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, que seja determinado à União que, "no prazo de 60 (sessenta) dias, promova, ainda que em caráter precário, seja lotando provisoriamente Defensores Públicos da União, seja deslocando-os de outras unidades, a instalação da Defensoria Pública da União na Subseção Judiciária de Cascavel/PR". Requereu, ainda, liminarmente a "determinação à União para que faça consignar, no próximo orçamento, a despesa com a instalação definitiva da DPU em Cascavel, que será compensada pela ausência de gastos com defensores dativos", sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 14.409,53 (catorze mil, quatrocentos e nove reais e cinquenta e três centavos). Alega, em síntese, que: a) não há Defensoria Pública da União instalada no Município de Cascavel/PR, sendo a assistência judiciária prestada por advogados dativos ou voluntários, o que acarretou no mês de janeiro de 2007 a maio de 2008 o dispêndio de R\$ 63.521,16 (sessenta e três mil, quinhentos e vinte e um reais e dezesseis centavos do erário; b) no último concurso aberto para ingresso na carreira de Defensor Público da União, somente duas vagas foram destinadas ao Estado do Paraná, com lotação de membros em Curitiba/PR, os quais não possuem competência para atuar em Subseções do interior do Estado do Paraná; c) tal fato acarreta prejuízo ao direito de assistência judicial integral e gratuita dos hipossuficientes, exercido por meio da atuação da Defensoria Pública, nos termos do art. 5º, LXXIV e do art. 134, da CF/88, além do previsto na Lei Complementar nº 80/94 e art. 306, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.449/07 e d) estão presentes os requisitos necessários à concessão da antecipação da tutela. Nos termos do artigo 2º, da Lei nº 8.437/92, foi determinada a intimação da União para manifestação quanto à postulação da tutela antecipada. (...). Decido. 2. Inicialmente, é de ser afastada a alegação da ré acerca da impropriedade do uso da ação civil pública para suprimento da omissão do Poder Público, visto que tal providência deveria ser buscada por instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, pois o que busca o parquet é provimento jurisdicional capaz de obrigar o Poder Público a implantar órgão da defensoria pública na Subseção Judiciária de Cascavel/PR, sendo certo que o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de ato normativo ou mesmo de conduta omissiva da Administração Pública não usurpa a competência do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. O entendimento é pacífico: (...) 3. Passo à análise do pedido in limine. É certo que a Constituição expressa comando no sentido de que deve haver assistência jurídica integral e gratuita a todos os hipossuficientes economicamente, bem como que tal norma é programática, ou seja, deve ser implementada pelos Poderes competentes segundo as suas viabilidades. Sendo assim, a interferência do Judiciário nesta seara somente se mostra razoável quando patente o descumprimento dos encargos pela Administração. No entanto, por mais relevante que seja a função da Defensoria Pública na assistência aos necessitados, parece-me precipitado interferir, através uma medida judicial, na organização atualmente levada a efeito pela Administração. Não se desconhece que existe carência de pessoal no âmbito da Defensoria Pública da União. Trata-se de instituição relativamente nova, porquanto criada pela Constituição Federal de 1988 e que apenas em 1994 foi regulamentada através da Lei Complementar nº 80. Todavia, em situações como a presente, determinar por via de ordem judicial a lotação de defensor implica avançar em seara confinada ao crivo da Administração. Do Poder Judiciário exige-se uma visão ampla e proporcional da situação, devendo sua interferência ficar restrita às situações de total omissão ou desproporcionalidade das decisões administrativas. Ademais, in casu, o Ministério Público Federal logrou demonstrar o grande número de processos criminais em trâmite nesta subseção judiciária. Evidenciou, ainda, a instalação de Defensorias Públicas em municípios cujos registros de flagrante delito no primeiro trimestre de 2008 foram bastante inferiores aos lavrados nesta subseção, buscando, com isso, enfatizar a incoerência da medida administrativa. No entanto, não se pode afirmar, por ora, sem a perfectibilização do contraditório e o esgotamento da instrução do feito, que a subseção judiciária de Cascavel/PR vivencie uma realidade de maior carência na satisfação das necessidades dos jurisdicionados. A demonstração de determinada situação - instalação de DPU em município com menor número de flagrantes - em um específico lapso temporal - primeiro trimestre de 2008 - não tem o condão de, por si só, refletir irrazoabilidade da medida adotada. Considerando a excepcionalidade da intervenção judicial em políticas públicas, recomenda-se aguardar-se o

uma política pública – acesso à defesa qualificada pelos desassistidos – que deve ser promovida pelo Estado brasileiro (no caso a União) foi judicializada, através de uma ação civil pública, pois entende o Ministério Público Federal que o administrador deveria ter priorizado a nomeação de defensores na cidade de Cascavel, no Estado do Paraná.

A questão, novamente, diz respeito à legitimidade do juiz e conseqüentemente do Poder Judiciário, que não é eleito, para definir o cumprimento de uma política pública ao invés do administrador que, teoricamente, possui melhores condições de saber quando e aonde são necessários alocar recursos humanos para o cumprimento do art. 5º, LXXIV, da Constituição. A este respeito, cabe trazer à baila a argumentação da União, quando de sua defesa, nos autos da mencionada ação civil pública e no agravo de instrumento interposto perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de que, no caso concreto, mesmo havendo inexistência de defensor público lotado na cidade de Cascavel, no Estado do Paraná, ocorre uma situação semelhante à cidade de Uruguaiana, no Estado do Rio Grande do Sul, tidas como circunscrições de difícil provimento de servidores públicos ante o afastamento de centros urbanos. No caso, argumentou a União que embora fosse necessária a nomeação de defensores públicos nestas cidades, no caso em comento, seria menos dispendioso aos cofres públicos arcar com os custos de um advogado dativo, nomeado para defender os desassistidos ao invés de nomear um defensor para estas localidades (Cascavel e Uruguaiana), uma vez que o deslocamento de um servidor público a estas cidades implicaria em gastos com passagens, indenização devido ao difícil acesso e toda a estrutura burocrática que exige uma repartição pública²⁵⁸.

O questionamento que se faz é que a judicialização de uma política pública deve assumir o caráter macro, mais universalizante possível, sem perder de vista que no caso da referida ação civil pública, a União, embora não disponibilizando um servidor com a qualidade de defensor público, conseguiu suprir a defesa dos desassistidos através de outros

encerramento da instrução processual para a adoção de qualquer medida relativa ao pedido formulado pelo MPF. Nada impede, entretanto, que encerrada a etapa instrutória e se convencendo o Juízo acerca da legitimidade do pleito autoral, possa ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela em sentença. Assim, em juízo de cognição sumária, entendo não configurada a verossimilhança capaz de legitimar o deferimento da medida de urgência. Ausente, por conseguinte, o requisito da verossimilhança do direito pleiteado. Também não há presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, visto que a assistência jurídica aos necessitados está sendo prestada pelo Poder Público, através dos advogados dativos. Ante o exposto, indefiro, por ora, o pedido de concessão de medida liminar. 4. (...)” (Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=3298937&DocComposto=&Sequencia=&hash=98f950f4ec37d2fb98a377bfca605896>. Acessado em: 05 ago. 2009).

²⁵⁸ Além do acesso virtual, via sítio eletrônico do tribunal (Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acessado em: 05 ago. 2009) houve consulta física ao referido processo judicial, Agravo de Instrumento nº Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.006916-7/PR, a fim de visualizar a tese defensiva da União.

meios, menos gravosos aos cofres públicos e que mantiveram hígido o princípio constitucional insculpido no art. 5º, LXXIV, da Constituição.

Ainda, e mostrando o fato de a judicialização da política ter-se tornado questão rotineira no seio do Poder Judiciário, convém mostrar a preocupação do Supremo Tribunal Federal com a judicialização da política, vez que no sítio eletrônico da referida Corte consta tema específico a respeito da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito ao cumprimento de políticas públicas para educação infantil²⁵⁹, o que reforça o entendimento de que o cumprimento da Constituição passará, no Brasil, pelo fortalecimento Poder Judiciário e em especial da Suprema Corte²⁶⁰.

Todavia, o interessante de se observar, tornando à questão no que diz respeito à inadequação do procedimento, diz respeito à própria natureza do direito pleiteado em juízo: direito à moradia.

Na Idade Média, cujo regime econômico era o feudalismo, não existia a noção alodial²⁶¹ que se tem hoje da propriedade. A característica do feudalismo em termos de

²⁵⁹ “É dever do Estado promover acessibilidade, qualidade e sustentabilidade para o ensino e educação. O Poder Judiciário pode ser um poderoso instrumento do cidadão e da coletividade para garantir o cumprimento da lei e dos princípios fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988. “Desde os anos de 1970, os juízes têm rompido com o paradigma até então vigente, de jurisdição negativa e assumindo lugares tradicionalmente reservados às instituições especializadas da política. Em torno do judiciário cria-se uma nova arena pública, externa ao circuito tradicional. Neste novo espaço público os procedimentos políticos de mediação cedem espaço aos judiciais. Ao invés de interpelarem os representantes políticos, os indivíduos, grupos sociais e até partidos passam a dirigir suas queixas ao Judiciário”, é o que defende o autor da tese, o mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense em Direito Público (IDP) Rodrigo Albuquerque de Victor.

Rodrigo Albuquerque Vitor expõe a tese: “A judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo”. E para debater o assunto, o programa conta com a participação de Gustavo Castro, professor do mestrado em Ciência Política do Centro Universitário UniEURO e João Alves Silva, professor da Universidade de Fortaleza e pesquisador do Instituto de Pesquisas Jurídicas da Universidade de Buenos Aires.” (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111358>>. Acessado em: 05 ago. 2009).

²⁶⁰ O que se assiste é a confirmação de Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006) de que é difícil sequestrar a política no jurídico bem como a afirmação de BERCOVICI (BERCOVICI, Gilberto, A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. *In*: **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 118) de que as normas programáticas tendem a aumentar o poder político do Supremo Tribunal Federal. Saliente-se que o mesmo autor, em outra obra (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 60) alerta para o fato de que o cumprimento da Constituição e de suas políticas públicas não se esgota no âmbito puramente jurídico, há necessidade também de uma participação efetiva do administrador e, em consequência da administração, o que se poderia chamar também de “ativismo administrativo”, nas palavras de Gilberto Bercovici: “Estas dificuldades são mais graves quando se constata a realização dos programas constitucionais não dependente dos operadores jurídicos, mas se inúmeros outros fatores, aumentando a margem de manobra da Administração Pública. A Constituição também depende da Administração Pública para ser concretizada. Este “protagonismo político” da Administração, como ressalta Paulo Otero, está bem longe da tradição administrativa liberal.” (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 60).

²⁶¹ GORENDER, Jacob. **Gênese e Desenvolvimento do Capitalismo no Campo Brasileiro**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987.

propriedade, resumida na posse da terra, era o uso coletivo pelo senhor feudal²⁶², pelos vassallos e pelos servos. O senhor feudal era dono das rendas que as terras produziam bem como tinha o direito sobre o trabalho que outros vassallos e os servos desenvolviam sobre o imóvel, jamais este – o senhor feudal – poder-se-ia dizer um proprietário integral, absoluto bem como era muito difícil a alienação do imóvel, pois junto com o imóvel o novo proprietário adquiria toda a estrutura de vassalagem existente.²⁶³ A queda do regime feudal foi também a queda desta modalidade de propriedade co-partilhada, impossível de ser imaginada na atualidade de uma sociedade industrial, de massa e de consumo.

Neste contexto, mostra-se danoso imaginar que o juiz, através de um instrumento processual inadequado, vá conseguir efetivar o direito à moradia, vez que eventual decisão judicial que extrapole a mera declaração ou a decisão judicial que se preste a ir além da eventual declaração estaria esbarrando no que é uma das molas mestras do capitalismo: circulação de bens. Dar a uma comunidade²⁶⁴ o “direito à moradia”, na verdade é também

²⁶² No prefácio da obra de Hobbes, *Diálogo entre um Filósofo e um Jurista*, há o seguinte comentário: “Aqui temos uma importante ruptura com a idéia medieval do que seriam os direitos sobre um bem econômico. Seria difícil falar em propriedade, durante a Idade Média. Sobre uma mesma terra, por exemplo, vários têm direitos. Um deles é o que estaria mais perto de ser o que chamamos de proprietário: um homem livre, que a adquiriu por herança ou compra. Mas, acima dele, está o seu senhor – ou mesmo, uma hierarquia de senhores - , cada um dos quais tem certos direitos sobre o bem. (...) também o servo, por exemplo, não pode ser expulso da gleba onde ele trabalha e, antes dele, seus pais e avós trabalharam. (HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy, 2004. P. 12-13).

²⁶³ “Aqui, no Brasil, não existiu um regime que se pode chamar de co-propriedade da terra, um regime de tal ordem que o grande historiador português Armando Castro, que considero o maior historiador marxista de língua portuguesa, não chama de propriedade mas de domínio. Eu prefiro chamar de propriedade, dizer que ainda é propriedade, porque não há regime social sem uma forma de propriedade. Mas aí se trata de uma co-propriedade, porque o senhor da terra não tinha o direito completo a ela, compartilhando-a com os camponeses vilões. Certos historiadores soviéticos costumam repetir ad nauseam que no feudalismo os senhores tinham a propriedade incompleta dos homens e a propriedade completa dos meios de produção. Isto é falso, inteiramente fora da verdade histórica, porque os senhores feudais não tinham propriedade completa da terra, que era o meio de produção fundamental. Eles só tinham o direito eminente sobre a terra, o direito de receber rendas, mas não podiam expulsar o camponês, fosse esse camponês um servo da gleba ou um enfiteuta, um titular de enfiteuse. Esse camponês, por sua vez, era um proprietário da terra parcial, subordinado, pagava uma renda, mas não podia ser expulso de lá; podia transmitir a terra por herança, podia, inclusive, vender a terra com a aquiescência do senhor eminente. É um regime territorial difícil de compreender para nós que vivemos num regime capitalista, onde a propriedade da terra é, por assim dizer, completa, absoluta, com restrições que a legislação vai introduzindo, mas nunca é uma co-propriedade. Esse era o regime feudal, e isso nós não tivemos no Brasil, senão em proporções muito reduzidas: algumas enfiteuses de prefeituras ou de entidades religiosas no meio urbano e muito pouco no campo. Por conseguinte, falar em feudalismo no Brasil é defender uma tese que não tem fundamento nos fatos empíricos da realidade fatural histórica.” (GORENDER, Jacob. **Gênese e Desenvolvimento do Capitalismo no Campo Brasileiro**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987. P. 24-25).

²⁶⁴ O sentido de comunidade assemelha-se aos valores trabalhados por comunitaristas como Gisele Cittadino (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000) cuja oposição ao liberalismo mostra-se no fato de que inexistem valores universais aceitos consensualmente pela sociedade. Há, na verdade, num determinado período histórico, valores de uma determinada comunidade que são tidos por aceitos ou toleráveis pelo resto da sociedade. Para os comunitários, pluralismo não é a soma de diversas concepções individuais, mas o compartilhamento de valores, religiosidade, tradição e cultura de um determinado grupo ou comunidade. A ênfase, para os comunitários, é a questão dos direitos sociais que são bens que devem ser compartilhados de forma igualitária por toda a sociedade. (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**, Op.

fornecer a esta mesma comunidade o direito de propriedade sobre um imóvel e a entrega da propriedade, no atual sistema brasileiro, somente pode ser feita pelo Estado, primeiramente, pela aquisição do imóvel, ou, eventualmente, pela locação de um imóvel. Em ambos os casos, o que se pretende também, com o direito à moradia é dar propriedade a quem não possui, porém a que custo esta política pública pode e deve ser realizada pelo Judiciário, levando-se em conta a rígida divisão de poderes seguida pelo Brasil²⁶⁵.

Não se diga que o Poder Judiciário, em se tratando de STF, não esteja preocupado com o cumprimento da Constituição e a efetiva implementação de políticas públicas por meio da jurisdição constitucional. Na ADPF nº 45/MC – DF²⁶⁶, conquanto tenha sido julgada prejudicada pelo sr. Ministro Relator, a preocupação era em como efetivar, no caso, políticas públicas envolvendo o direito à saúde, com base na EC nº 29/00, no sentido de universalizar o atendimento e desenvolver políticas que permitam a grande parte da população efetivamente dispor de serviços médicos compatíveis com a dignidade humana. A preocupação do STF, como intérprete máximo da Constituição, diz respeito de que maneira é possível conformar o legislador e o executivo a cumprir com as políticas públicas insculpidas na Constituição através de um instrumento adequado²⁶⁷. Também não é possível deixar de observar a

Cit., p. 6-7, 87 e 104). Bauman, com propriedade, traduz a discórdia sobre a “diferença” para os liberais e para os comunitários. Vide a seguinte passagem: “Para exprimi-lo em poucas palavras, a “diferença” liberal representa a liberdade individual, ao passo que a “diferença” comunitária representa o poder do grupo para limitar a liberdade individual. O que o postulado dos comunitários significa é uma licença para que os grupos exerçam tal poder sem interferência.” (BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, P. 233). Embora não diga respeito a uma discussão entre liberais e comunitários, o pensamento de Foucault é interessante no pertinente à crítica aos universais, ou seja, a certos valores tidos por universais e, portanto, aceitos por todos. Para Foucault o liberalismo se apóia nestes conceitos universais que teoricamente existem. Nesse sentido: “... um certo número de noções, como, por exemplo, o soberano, a soberania, o povo, os súditos, o Estado, a sociedade civil – todos esses universais que a análise sociológica, assim como a análise histórica e a análise da filosofia política, utiliza para explicar efetivamente a prática governamental. Eu gostaria de fazer precisamente o inverso, isto é, partir dessa prática tal como ela se apresenta, mas ao mesmo tempo tal como ela é refletida e racionalizada, para ver, a partir daí, como pode efetivamente se constituir um certo número de coisas, sobre o estatuto das quais será evidentemente necessário se interrogar, que são o Estado e a sociedade, o soberano e os súditos, etc. (...) Portanto, é exatamente o inverso do historicismo que eu gostaria de estabelecer aqui. Nada, portanto, de interrogar os universais utilizando como método crítico a história, mas partir da decisão da inexistência dos universais para indagar que história se pode fazer.” (FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. P. 4-5).

²⁶⁵ “No século XIX, juristas-filósofos deduziram a separação de poderes da idéia de liberdade e, assim, consideraram-na dogma necessário a um Estado regido por leis.” (POUND, Roscoe. **Justiça Conforme a Lei**. São Paulo: Ibrasa, 1976. P. 69). No mesmo sentido, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 37.

²⁶⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

²⁶⁷ “Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente

inadequação do procedimento ordinário no que diz respeito às demandas de massa, sejam no sentido de pluralidade num dos pólos da ação ou seja no sentido de existência de um substituto processual representando uma pluralidade, no caso do Ministério Público, quando defende interesses difusos ou coletivos. Existe uma forte tendência de que está sendo construída na prática, no âmbito do STF, ao se utilizar de mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado para solver demandas coletivas ou de massa.²⁶⁸

Interessante observar que a construção de novos paradigmas envolvendo a efetivação de políticas públicas²⁶⁹, vem sendo realizada de forma paulatina pelo Supremo, quando da utilização de institutos de jurisdição concentrada, tais como Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADin), Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), Ação Declaratória de Preceito Fundamental (ADPF) e a estes instrumentos agregando a participação da comunidade²⁷⁰ através de audiências públicas, conforme previsão das Leis nºs 9.868, de 10 de novembro de 1999 e 9.882, de 03 de dezembro de 1999, ou, também de modo diverso, vem sendo ouvida a comunidade, nos casos de jurisdição difusa, através do instituto da repercussão geral, criado com a Emenda Constitucional (EC) nº 45/04 e regulamentado por meio da Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, cuja participação de terceiros foi expressamente reconhecida, vez que o julgamento da ação terá efeitos em todas as demais ações que

expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: ..." ADPF nº 45/MC – DF - disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(direito%20e%20moradia%20e%20politica%20e%20publica%20e%20CF-1988\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(direito%20e%20moradia%20e%20politica%20e%20publica%20e%20CF-1988)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 03 jun. 2009.

²⁶⁸ Nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1/DF, já no ano de 1995, o STF expressara a necessidade de se adotar outros métodos de julgamento de ações envolvendo matérias repetitivas ou cujo interesse fosse difuso ou coletivo, sob pena de se desgastar a imagem do judiciário numa avalanche de processos idênticos com respostas diferentes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jun. 2009. Igualmente, nos autos da ADPF nº 114/MC – PI, o STF, o sr. Ministro Relator, entendendo que o referido instrumento é hábil para se conhecer, verificar e eventualmente implementar políticas públicas sonegadas pelo legislador ou pelo executivo. Vide:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(politic%20e%20publicas%20e%20adpf\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(politic%20e%20publicas%20e%20adpf)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 03 jun. 2009.

²⁶⁹ Em relação ao caráter político do Supremo Tribunal Federal, consultar Gisele Cittadino (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000p P. 50-64).

²⁷⁰ Utilizou-se o termo comunidade para marcar que a sociedade não é homogênea e muito menos monolítica, sendo passível de congregar interesses diversos e por força destes interesses de cada comunidade, disputar espaços e disputar participação perante as instituições públicas. Ver nesse sentido, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 371-394. Na mesma linha, Foucault fala em emergência ou resgate dos "saberes sujeitados" que irão participar ativamente de processos decisórios. (FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 1999. P. 3-26).

tramitam em todas as esferas do Poder Judiciário. O que fica cada vez mais claro, com a busca de alternativas ao procedimento ordinário, para o fim de satisfazer os mais variados interesses disputados no seio do Poder Judiciário, dentre estes, políticas públicas envolvendo o direito de moradia, por exemplo, é a necessidade de criação de novos paradigmas que poderá ocorrer através de estruturas já existentes, bastando retrabalhar os conceitos e institutos, adequando-se-los aos novos tempos.

Esse reenquadramento dos institutos processuais aos novos tempos, essa releitura dos fatos com a finalidade de se extrair novos paradigmas ou, ao menos, novas conclusões é que ajudará o jurista a perceber que situações que, a primeira vista, podem indicar uma certa celeuma, como o atrito entre juiz, entre legislador e entre o executor, na verdade pode ser a porta de abertura para se buscar a ordem, para se tentar estabelecer, na sociedade atual, novos padrões de condutas que, por óbvio, afastar-se-ão da noção estática de sociedade que o início da Revolução Burguesa pregava.

Se nesta primeira parte tentou-se mostrar as estruturas presentes na sociedade e também as estruturas no processo civil que causam o caos, desestabilizam a suposta segurança desejada em relação à obtenção e concretização de direitos, no caso o direito à moradia, a segunda parte será destinada, conforme advertência contida no início deste trabalho, à tentativa de localizar as estruturas que ajudem na obtenção da ordem e, por consequência, na reconstrução de paradigmas, possibilitando uma nova visão do Poder Judiciário e da real função do juiz, talvez em muito diferente da noção estática que se tem do juiz na “civil law”²⁷¹.

²⁷¹ Mostra-se sempre atual a perplexidade de Merryman em relação à ausência de força política da magistratura na “civil law”. Ao analisar os juízes e as profissões legais, Merryman destaca que nas famílias caudatárias do direito codificado, o juiz (de primeiro grau) se assemelha a um servidor público, sem autoridade, desempenhando trabalhos rotineiros e burocráticos. (MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. P. 72-73 e 205-206).

3 SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA ATRAVÉS DO DIÁLOGO ENTRE OS PODERES

Nesta segunda parte, é chegado o momento de tentar devolver a ordem ao caos, de se tentar buscar, através de uma releitura dos fatos, a compreensão de novos paradigmas ou ao menos a noção de que eventuais irregularidades, atritos ou “ruídos” são a nova ordem sendo construída, ou, como afirma Kuhn²⁷², um novo paradigma se impondo.

O que se buscará, portanto, é uma tentativa de dar um olhar de normalidade, uma olhar de regularidade sobre fatos tidos, muitas vezes, como instáveis. A este respeito convém citar o que se observa atualmente, no século XXI, uma tensão entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo no que diz respeito ao cumprimento de políticas públicas tais como o direito à moradia, previstas na Constituição brasileira de 1988. Há também o fato de se vencer, ou ao menos se tentar vencer, a barreira de que a execução de políticas pública é função também do Poder Judiciário e desta “nova” atribuição o julgador não poderá escapar, seja ele o juiz de primeiro grau, seja o ministro do Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se que através do diálogo entre os Poderes, ante a complexidade da sociedade atual, permitirá que as políticas públicas sejam efetivadas, haja vista de nada adiantar sobrecarregar um dos Poderes da república com a obrigação de efetivação de direitos enquanto os demais, às vezes de forma irresponsável, não participam do processo político de efetivação do direito à moradia, por exemplo.

Não se poderia também deixar de trabalhar, nesta segunda parte, com uma característica brasileira em relação aos avanços no campo dos direitos de segunda e terceira gerações: a antecipação através de legislação específica sem, em muitos casos, ter ocorrido discussões no seio da sociedade. Esta noção, de antecipação dos direitos é muito importante, no atual contexto histórico, para que se possa, conforme advertência de Lenio Streck²⁷³, construir uma teoria da Constituição dirigente²⁷⁴ adaptada a países como o Brasil.

²⁷² KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. Em outra obra, Thomas Kuhn faz menção a releitura que se faz de trechos de um texto, dalgum pensador, que num determinado momento histórico passou despercebido ou sem sentido, para, noutra momento, ganhar um novo sentido e, quiçá, se tornar um novo paradigma. A estes “trechos ocultos” ou aparentemente sem sentido, reside a “tensão essencial”, nome que se confunde com o título da obra. (KUHN, Thomas S. **La Tension Esencial: estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1982).

²⁷³ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

²⁷⁴ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Op. Cit., p. 113.

3.1 Tensão Existente no Atual Momento Histórico entre Juiz-Legislador-Executor

A construção dos modelos teóricos de Estado, na atualidade, foi feita calcando-se principalmente na teoria da divisão do poderes de Montesquieu, conforme proposta oferecia no livro décimo primeiro da obra *Do Espírito das Leis*²⁷⁵. Ao analisar a Constituição da Inglaterra, Montesquieu visualizou a necessidade de separar, no seio do Estado, funções necessárias para o bom governo: legislativa, executiva e judiciária²⁷⁶. Na mesma linha, Rousseau²⁷⁷ também fundou as bases para o que denominou de “contrato social”, lastreando-se na ideia de liberdade do homem para formular um pacto social capaz de evitar a desagregação social. Em Locke (1991)²⁷⁸, há também a noção de necessidade de formação de um Governo Civil cuja finalidade seria a preservação da propriedade privada²⁷⁹. Comum a Rousseau e a Locke é o caráter contratual da sociedade e comum a todos – Montesquieu, Rousseau e Locke – é a divisão de poderes, no sentido da necessidade de exercício do Poder por órgãos distintos e formados por distintas pessoas e também a necessidade de existência de lhaia vista governem a sociedade.²⁸⁰

A noção de poderes e o exercício de cada poder feito por pessoas distintas traz uma aparente noção de tranquilidade ou ausência de conflitos capazes de desestabilizar a ordem vigente. Ocorre que a análise feita por estes teóricos (Montesquieu, Rousseau e Locke) está unguida ao momento histórico em que viveram cujos paradigmas eram de consolidação do Iluminismo enquanto concepção filosófica agregado à consolidação da burguesia e, por consequência do capitalismo, como nova ordem social e econômica, respectivamente²⁸¹. A noção que Rousseau legou de Estado como sendo o ente encarregado de cumprir a vontade geral²⁸² para se obter o bem comum e a visão de Locke de que a sociedade civil seria formada

²⁷⁵ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Livro XI. Cap. 6. São Paulo: Nova Cultural, 1997. P. 201.

²⁷⁶ “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.” (MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Livro XI. Cap. 6. Op. cit., p. 201.

²⁷⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

²⁷⁸ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

²⁷⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Cap. VII. Op. cit., p. 248.

²⁸⁰ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Livro XI. Cap. 6. São Paulo: Nova Cultural, 1997; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Livro II. Cap. VI. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997; e LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Cap. VII. São Paulo: Nova Cultural, 1991. P. 249.

²⁸¹ Embora esteja óbvio no título, importante observar que Montesquieu analisa a sociedade inglesa pós “revolução gloriosa”, ou seja, analisa a divisão de poderes já com os valores da revolução burguesa que, na Inglaterra, ocorreu aproximadamente cem anos antes se tomados como marco a Revolução Francesa. (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder Y Libertad*. Madrid: Trotta, 1998. P. 143).

²⁸² “A primeira e a mais importante consequência decorrente dos princípios até aqui estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi

por um corpo de leis comuns e a judicatura²⁸³ para apelar ao julgamento dos litígios traz ínsita a ideia de que o conflito não era a mola mestra ou ao menos não era a preocupação destes teóricos. Aliás, a própria noção de homogeneidade social com a conseqüente noção de ausência do que atualmente se denomina “corpus” intermediários (sindicatos, federações patronais, organizações não-governamentais e outros) legou uma noção de que os paradigmas construídos para sustentar o Estado Liberal e atualmente o Estado Democrático de Direito são da sociedade por consenso.²⁸⁴

Subjaz à concepção de separação de poderes a ideia de que cada órgão possua uma esfera de atuação e, por consequência, seja muito difícil ocorrer atritos²⁸⁵, haja vista competiria ao Poder Legislativo a elaboração das Leis, ao Poder Executivo o seu cumprimento e ao Poder Judiciário também o cumprimento da lei no estrito âmbito de resolução de controvérsias. Esta noção estática a respeito da sociedade e a respeito da função do Estado, que, até o início do século XX seria de mero garantidor da ordem, de mero fiscalizador das regras do jogo em muito se alterou com as novas contingências sociais, com o surgimento e fragmentação da sociedade em comunidades cujos interesses são, na maioria das vezes, antagônicos²⁸⁶. Nesta perspectiva, não é possível continuar pensando que não poderia

o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Livro II. Cap. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997. P. 85).

²⁸³ No capítulo VII, Locke, ao discorrer sobre a sociedade política ou civil, deixa claro aqueles que estão em sociedade civil: “Os que estão unidos em um corpo, tendo lei comum estabelecida e judicatura - para a qual apelar – como autoridade para decidir controvérsias e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros”. (LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Cap. VII. São Paulo: Nova Cultural, 1991. P. 249).

²⁸⁴ Novamente, convém citar Rousseau: “O que existe de comum nesses vários interesses forma o liame social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Livro II. Cap. 1. Op. cit., p. 85). Como contraponto a esta noção de que a sociedade é, ou deveria ser formada por consenso, ver LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004; e também **A Sociedade da Decepção**. Barueri: Manole, 2007.

²⁸⁵ Em contraponto, Althusser afirma que se construiu um verdadeiro mito em relação à teoria de Montesquieu no que diz respeito à separação de poderes. Uma leitura atenta, segundo esse autor, do Espírito das Leis revelaria que a intenção de Montesquieu foi de combinação, de ligação entre os três poderes para que possa haver moderação no exercício do poder estatal. Vide: “É o que Eisenmann mostra de maneira muito convincente que o verdadeiro objetivo de Montesquieu é precisamente a combinação, a ligação destas três potências. (...) O que pode esclarecer o significado desta divisão e dos seus pressupostos é, bem entendido, o facto de em Montesquieu se tratar de combinação de potências e não de separação de poderes, ...” (ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. São Paulo: Graal, 2003. P. 134-135).

²⁸⁶ “Numa sociedade como a nossa – assombrosamente complexa, sujeita a transformações vertiginosas e profundas, convivendo com princípios e valores entre si conflitantes e até antagônicos –, a lei jurídica, como disse Chaïm Perelman, tornou-se apenas a expressão de um consenso político e social. Sua missão não vai além da busca de alguma solução razoável para os naturais conflitos humanos (PERELMAN, Chain. **Ética e direito**, edição francesa de 1990, versão portuguesa, São Paulo: Martins Fontes, 1996. P. 377). Sua função é prover para que a sociedade possa desfrutar de uma convivência harmônica e solidária, inspirada na justiça.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2009).

(e nem deveria) ocorrer atritos entre os poderes²⁸⁷, vez que toda a construção teórica a respeito da divisão de poderes não se sustenta numa sociedade industrial, de massa e de consumo.

Se a sociedade não é consenso, se as disputas travadas entre grupos devem ser consideradas normais, não há porque ainda sustentar que não deveria ocorrer tensão entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A realidade dinâmica da sociedade, no caso da sociedade brasileira, mostra que as decisões serão sempre parciais e razoáveis²⁸⁸, destituídas de certeza, motivo porque a tensão que atualmente existe entre os poderes da federação deve ser encarada como uma mudança de paradigma ou ao menos, como algo a ser incorporado no seio da sociedade como natural, tolerável ou aceito como normal.²⁸⁹

A tensão existente entre os poderes da União²⁹⁰ nada mais é do que um reflexo da contingência fática da necessidade de haver diálogo principalmente quando se tratar de implementação de políticas públicas. Neste contexto, deve-se trabalhar com o instituto da suspensão de segurança, pois, embora num primeiro momento possa parecer que a decisão do julgador seja no sentido de cassar decisões proferidas pelos juízes no sentido de se garantir à população a fruição de direitos sociais, dentre esses, o de moradia, numa análise estrutural, o que está ocorrendo, no seio do judiciário, aponta para necessidade de diálogo entre as esferas de poder envolvidas.

Quando o STF, no autos da STA (suspensão de tutela antecipada) 194/SC²⁹¹, utilizando-se do mesmo exemplo já referido alhures, suspende decisão judicial oriunda do tribunal local no sentido de suprimir o recebimento de gratificação denominada auxílio

²⁸⁷ Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a clássica separação de poderes está faz muito tempo superada, haja vista não atende mais, se é que em algum momento atendeu, aos propósitos da modernidade. Vide: “A ‘Separação de Poderes’, versão clássica da divisão funcional do poder, está, sem dúvida, superada. Foi ela estruturada para outras circunstâncias, segundo um quadro de forças muito diferente do atual, dentro de uma concepção bem diversa do papel do Estado na vida social. Permanece, porém, em pé e atualíssima a idéia central que a inspirou.” (...) Na verdade, o que preocupava Montesquieu não era classificar cientificamente as funções do Estado, nem descrever exatamente a Constituição inglesa – era pregar uma receita de arte política que restringisse o poder, dificultando o abuso, salvaguardando a liberdade.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 96).

²⁸⁸ “O processo, cuja missão é administrar conflitos, representados pela lide – parcelas microscópicas da história humana – terá de ser pensado como uma realidade inconclusa; uma realidade a ser instituída pelo ato jurisdicional que o encerra. Esta é uma das fundamentais diferenças entre o juiz e o historiador. Enquanto este descreve o passado, enquanto passado, o juiz cuida de interpretar, hermeneuticamente, um passado, que é a lide, para construir, com justiça, uma solução adequada, segundo os padrões do Direito, sem dúvida; mas igualmente conforme aos valores vigentes na respectiva comunidade social.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2009.

²⁸⁹ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 104.

²⁹⁰ Art. 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

²⁹¹ Disponível em: <<http://ww.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

moradia de uma gama de associados, nos autos de uma ação coletiva, o recado que está por traz desta decisão é a necessidade diálogo que deve haver entre o Poder Executivo, o Poder Judiciário, na pessoa do julgador monocrático e entre as partes interessadas em efetivamente discutir a implementação do reajuste sem agredir, demasiadamente, os cofres públicos, uma vez que o Estado não é uma entidade abstrata de que tudo se possa exigir²⁹². Mesmo que se imagine que a decisão do STF, no caso da STA 194/SC, seja de alguma maneira arbitrária (embora não seja), pois garante a suspensão de um direito que já havia sido confirmado em grau de recurso, deve-se continuar analisando a decisão sob o ponto de vista da razoabilidade e da não surpresa, no sentido de resguardar ao administrador que ao menos tenha certo tempo para preparar o orçamento com o intuito de absorver determinado gasto com folha de pagamento. Enfim, na mesma linha, deveria ter ocorrido o diálogo na origem, entre o juiz da causa e o administrador para ao menos não haver surpresas com concessões de liminares em sede de tutela antecipada que comprometa o orçamento de determinado ente da federação.

Não se diga que não é possível buscar o diálogo entre os Poderes em se tratando de tutelas envolvendo a jurisdição difusa, tais como nos pedidos de suspensão de segurança, por exemplo. Há muito que os paradigmas relativos aos procedimentos jurisdicionais têm sido mitigados. Veja-se o caso da inovação legislativa no tocante à audiência pública incorporada às ações de controle abstrato de controle de constitucionalidade ou à participação de entidades de classe ou de entidades representativas nos casos de ações declaratórias²⁹³. Percebe-se que o procedimento de controle da constitucionalidade, que nasceu abstrato, sem partes e sem previsão de diálogo, cada vez mais se abre a novos intérpretes²⁹⁴ ou ao menos dá oportunidade para que a sociedade dialogue com um dos Poderes da república, no caso o Poder Judiciário, vertido através do Supremo Tribunal Federal²⁹⁵. Por que razão não estender

²⁹² “(...) Como fomos formados pela retórica burguesa, sob o pressuposto de que o Estado seja uma entidade abstrata, inimiga da "sociedade civil", que somos nós, criado para servir de depósito de nossas incômodos e reclamações, de nossas exigências e esperanças, entidade da qual podemos, sem culpa, tudo exigir e nada oferecer em contraprestação, não nos entra da cabeça que o Estado somos nós mesmos; não fazemos o caminho de volta; não tomamos consciência cívica de cidadão (transformados em "consumidores") de que a estrada tem duas mãos. Assim como podemos tudo exigir do Estado, essa criatura abstrata criada pela própria sociedade civil, teremos - na mesma proporção - de suportar esses encargos. Criar direito sociais é como jogar a pedra para o alto que haverá de cair em nossa própria cabeça.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Reforma do Poder Judiciário III**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/opinioao.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2009).

²⁹³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 122-131.

²⁹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

²⁹⁵ Aliás, nada mais natural se considerado o caráter político do Supremo Tribunal Federal. Se o STF é uma instituição política, em que pese seus membros não serem eleitos, nada mais normal que haja mecanismos para

esta experiência para o seio de ações ou procedimentos de controle difuso quando se discuta o cumprimento de políticas públicas, tais como nas ações civis públicas ou nos pedidos de suspensão de segurança(?).

Torna-se dramática se analisada a questão sob o prisma da democracia brasileira²⁹⁶ que está sendo paulatinamente construída, tendo sofrido, ao longo de mais de cem anos, golpes e contra-golpes que custam a ser absorvidos pela sociedade²⁹⁷. Com a redemocratização do Brasil em 1988, por meio da promulgação da Constituição, o que se percebeu foi a semelhança do movimento constitucional brasileiro em promulgar uma Carta Política à semelhança com a Carta Política portuguesa, por exemplo, de cunho nitidamente programática. A tendência do constitucionalismo moderno, em relação às nações saídas de regimes autoritários, é, na Constituição, plasmar muitos direitos sociais, cuja programaticidade lhe é inerente. Como, então, permitir que o direito, cumprindo a Constituição, cumpra as políticas públicas programadas e dirigidas, primeiramente, ao legislador e, na omissão deste, ao judiciário.

Sob o ponto de vista do processo, pode-se dizer que se está diante da cristalização de uma nova tendência de comportamento no que diz respeito à construção de sentido e à construção de políticas públicas. A tensão existente entre o juiz, o legislador e o executor mostra que os novos direitos previstos na Constituição, dentre estes o direito à moradia, não será efetivado sem a perda da noção que é dever do julgador se envolver em políticas públicas, haja vista é uma das funções do direito, conforme se verá no próximo item.

que o povo, ou para que entidades representativas da sociedade possam travar um diálogo ao menos útil com um Poder que se diz democrático. Em relação ao caráter político do Supremo Tribunal Federal, ver Gisele Cittadino. (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. P. 60).

²⁹⁶ Não passa despercebido que a noção de democracia é polissêmica, pois não existe um conceito universal do que seja 'democracia' que possa servir de parâmetro a todas as nações. Existem democracias, e no caso da brasileira, devido ao condicionamento histórico-político-social e econômico, há fragilidade na representação devido a uma política deficiente no que diz respeito aos Partidos Políticos, há má distribuição de renda que afeta o gozo de direitos elementares e também há eterna instabilidade política que sempre prejudica o normal funcionamento das instituições. A respeito da polissemia: "Tanto liberalismo como democracia são palavras-ônibus. Cada uma delas recebeu múltiplas definições, freqüentemente contraditórias. Além disso, os dois termos têm tido entre si uma relação ambígua desde a primeira metade do século XIX, ..." (WALLERSTEIN, Immanuel. **O Fim do Mundo como o Concebemos**: ciência social para o século XXI. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 123). Em relação à instabilidade política, Oliveira Viana aponta a prática de transplantes de institutos e instituições estrangeiras sem verificar a pertinência de aplicá-los à realidade brasileira. VIANA, 1999. Na mesma direção, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**. São Paulo: Edição Saraiva, 1979. P. 121.

²⁹⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

3.2 O Direito e os Juízos Políticos. Políticas Públicas e Função do Direito

O ciclo constitucional que se iniciou no período posterior à Primeira Guerra Mundial teve como característica Constituições elaboradas com a inclusão de novos direitos além dos tradicionais direitos individuais, cuja preocupação era a garantia do cidadão perante o Estado e a organização e distribuição do poder²⁹⁸. Estes novos direitos, chamados de direitos de segunda geração, ou direitos sociais, são direitos cuja formalização exigem uma ação positiva do Estado, exigem que o Estado intervenha direta ou indiretamente a fim de concretizá-los.²⁹⁹

Não se pode perder de vista, num primeiro momento, o caráter histórico dos direitos. Da reorganização social ocorrida com a mudança de regime político e econômico entre a Idade Média e a Moderna, cuja queda do Feudalismo e ascensão da burguesia foi o ápice, resultou na necessidade de “novos” direitos para proteger agora não mais o súdito, mas o cidadão. Os direitos de primeira geração³⁰⁰ cuja exigência é uma prestação negativa, em geral, do Estado, ou seja, a necessidade de o Estado respeitar certas garantias individuais como a liberdade religiosa e a propriedade e as regras do livre mercado, nasceram a partir da nova realidade que estava surgindo. Não nasceram, os direitos de primeira geração, no mesmo período histórico e nem de uma vez, mas foram sendo criados à medida das necessidades humanas, precipuamente, nos países do velho continente Europeu.³⁰¹

Igualmente, os direitos de segunda geração, na sua maioria positivados em Constituições ou declarações a partir do início do século XX, tiveram seu “nascimento”,³⁰² oriundo de necessidades concretas, mormente no velho continente, do esfacelamento da propriedade feudal³⁰³ e a gradual expulsão de camponeses do campo para as cidades, gerando

²⁹⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 11; e BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 9. No Brasil, este ciclo teve início com a Constituição de 1934, que “pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes.” (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991. P. 319).

²⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit., p. 9; STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 131; e SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 258.

³⁰⁰ SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Op. cit., p. 174-175.

³⁰¹ Nesse sentido: “... que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004., P.5).

³⁰² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit.; e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “**Questão de Fato em Recurso Extraordinário**.” In: **Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁰³ Segundo Jacob Goreneder, a propriedade medieval era caracterizada por uma co-propriedade no uso, não havia por parte do senhor feudal, vassalos e servos, o direito ao uso exclusivo do imóvel rural. Essa noção de propriedade compartilhada foi literalmente destruída com a ascensão da burguesia, vez que para o capitalismo, é

um excessivo contingente de mão-de-obra disponível para a nascente burguesia industrial. As necessidades fáticas, as novas organizações sociais nascidas da implementação da Revolução Industrial seguramente fizeram com que novas necessidades fossem supridas, sendo, uma das maneiras, através da criação e reconhecimento de direitos de segunda geração, tais como direito à saúde, ao lazer, ao trabalho e à moradia.³⁰⁴

Nos países do velho continente, de onde foram transplantados para outras nações estes novos direitos³⁰⁵, através de ciclos constitucionais, na sua maioria, a conquista se deu depois de diversos embates³⁰⁶ entre a nascente burguesia, detentora dos meios de produção e os trabalhadores, assujeitados aos desígnios do capital e reféns de políticas desumanas na relação com o mesmo capital. A consequência deste embate é, depois de certa organização através dos sindicatos, a tomada de poder, ou melhor, a participação no poder estatal e a contribuição através de legislação própria da defesa de direitos sociais tidos mínimos. A participação, cada vez maior de parcela que antes era excluída dos processos políticos com o voto censitário, por exemplo, faz surgir a exigência de novas regras a fim de dividir as promessas da modernidade que o estado liberal pregara com a Revolução Burguesa. Esse é o cerne das normas programáticas³⁰⁷, exaustivamente positivadas em países de modernidade tardia³⁰⁸, principalmente.

A questão que se põe para o cumprimento dos direitos sociais, que se traduzirão em normas de políticas públicas, é se o fato de estarem – os direitos sociais - plasmados nas Constituições e, portanto, são considerados direitos, ou são normas programáticas, destituídas

essencial a circulação do bem e para o industrial é necessário contar com mão-de-obra livre para se poder utilizar na fabricação de mercadorias. A grande mudança na noção de propriedade, na modernidade, é seu caráter alodial. (GORENDER, Jacob. **Gênese e Desenvolvimento do Capitalismo no Campo Brasileiro**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987). Na mesma linha, no prefácio da obra de Diálogo entre um Filósofo e um Jurista, de Hobbes. (HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy, 2004. P. 11).

³⁰⁴ A partir do momento da queda do voto censitário, passando a ser universal, a partir do momento que os analfabetos adquirem o direito à voto, a partir da organização dos trabalhadores a fim de tomar certos postos na organização estatal, surge a necessidade do Estado em absorver a demanda destas comunidades que estão sendo incluídas no processo democrático, que estão sendo incluídas na democracia e, portanto, assiste-se à necessidade de garantir educação básica a todos os cidadãos, de se garantir proteção ao trabalho, de se garantir renda mínima e um sistema de aposentadoria, além de preocupar, o Estado, políticas públicas relativas à saúde. Enfim, novos fatos, novos direitos e novas exigências feitas ao Estado. (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 47).

³⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004; e STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 70.

³⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit., p. 5.

³⁰⁷ No sentido dado por Canotilho, quando da obra **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. Ver também CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

³⁰⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 21.

de força normativa e servem apenas como indicativo, sem qualquer tipo de vinculação aos órgãos estatais dos poderes executivo, legislativo ou judiciário.³⁰⁹

A importância da questão surge porque se a discussão em torno do cumprimento de normas relativas a políticas públicas é posta em discussão através de uma ação processual³¹⁰ e se considerar que estas normas são direito, então será obrigação do Poder Judiciário o cumprimento dos mandamentos constitucionais. Por outro lado, se desconsiderado o caráter jurídico das normas programáticas, e considerá-las apenas como um mandamento político, então toda e qualquer causa posta em discussão no Poder Judiciário não deve por este ser resolvida, haja vista estas normas não são direitos.³¹¹

Se muitos dos direitos sociais conquistados no velho continente através lutas e embates políticos, tendo sua positivação como consequência direta destes embates, em países de terceiro mundo ou em desenvolvimento, muitos destes direitos foram acoplados às Constituições sem, contudo, ter ocorrido o necessário ou talvez desejável embate entre diferentes comunidades ou entre diferentes classes³¹². Embora o direito nasça do fato³¹³, ao

³⁰⁹ “O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais. (...) A simples afirmação da prevalência da constituição sobre a lei e a determinação da intensidade da vinculação jurídico-constitucional do legislador inserem-se num complexo problemático muito mais vasto, que vai desde a controvertida conciliabilidade da ‘lógica da constituição’ de um Estado de Direito com a ‘lógica da democracia’ e desde a análise estrutural-material da ‘densidade’ e ‘abertura’ das normas constitucionais até à própria ‘compreensão’ da constituição em si mesma. Com efeito, perguntar pela ‘força dirigente’ e pelo ‘caráter determinante’ de uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional como no plano teórico-político, sobre a função e estrutura de uma constituição.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. P. 11-12).

³¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

³¹¹ Convém transcrever a advertência de Canotilho a respeito: “O debate constitucional em torno dos dois ‘modelos’ de constituição – a ‘constituição jurídica’ e a ‘constituição política’ - vem demonstrar isto mesmo: a lei fundamental, entendida apenas como ‘norma jurídica’ superior, ‘juridiciza’ o modelo da ‘sociedade constitucional’, abstraindo dos problemas de ‘legitimação’ e ‘domínio dessa mesma sociedade; a constituição reconduzida a uma ‘ordem política’ ‘politiciza’ o mesmo modelo, descurando o problema da ‘legitimação interna’ do direito. A segunda orientação tem a vantagem de procurar ‘integrar’ o ‘direito’ e a ‘política’, enquanto a primeira se apresenta com maior clareza vinculativa e capacidade de ‘redução da complexidade do sistema’. Subjacente aos ‘modelos’ constitucionais está uma ‘imagem’ de sociedade e uma ‘teoria de acção’: a constituição, na senda de uma filosofia iluminista (idealista e materialista), tem a ‘função’ de propor um ‘programa racional’ e um ‘plano’ de realização da sociedade; a lei fundamental, de acordo com ‘padrões’ sistêmico-institucionalistas’, tem a ‘função’ de ‘garantir’ os princípios jurídicos ou ‘regras de jogo’ da ‘sociedade estabelecida’. A ideia de constituição dirigente ganha relevo prático no primeiro modelo (constituição-programa), mas é considerada como uma ‘introversão’ do pensamento constitucional no último (constituição-garantia).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. P. 14).

³¹² Oliveira Viana em sua obra Instituições Políticas Brasileiras, já advertia sobre a característica da sociedade brasileira em “copiar” muitos institutos e instituições estrangeiras, sem, contudo, ter efetivamente construído estas instituições e direitos. Eis a seguinte passagem: “Os países latino-americanos são, com efeito, países todos devastados pela praxe dos “transplantes” ou “empréstimos” culturais em uma infinidade de cousas; mas, principalmente, o são em matéria de instituições políticas e de direito constitucional.” (VIANA, Oliveira.

que parece, em países como o Brasil, este fato não está ou não esteve muito ligado à história brasileira, mas, em geral, ligado à história de outro povo. A maior consequência dessa afirmação é o que hoje se enfrenta, se considerada a premissa de que políticas públicas são direito e, portanto, é dever do Poder Judiciário contribuir para implementá-las, como concretizar estes direitos e de que maneira esta concretização será possível.³¹⁴

O que parece ter sido superado nesse período histórico de consolidação do Estado Democrático de Direito, é o fato de que os direitos de segunda e até mesmo os direitos de terceira geração não precisam ser provados, demonstrados ou até mesmo justificados, necessitam de implementação, de concretização³¹⁵. Embora tenha ocorrido a mudança do texto legal e/ou constitucional, no Brasil e outras nações da América Latina e da Europa, no sentido de incorporação dos direitos sociais, o que levaria a conclusão de que os paradigmas sofreram mudança sensível, não é possível desvincular esta observação, ou esta pretensão, da realidade de cada nação e no caso da realidade brasileira, o fato de que a democracia é recente, a estrutura social e política é ainda extremamente distorcida e a inexistência ou a ineficiência de ‘corpus intermediários’ para solucionar os mais variados conflitos entre a sociedade e o Estado, ou entre parcela da sociedade (comunidades) e o Estado.³¹⁶

Mesmo havendo previsão no texto constitucional brasileiro a respeito da necessidade de implementação de políticas públicas³¹⁷, seja através de legislação específica a ser

Instituições Políticas Brasileiras. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P. 100). Na mesma linha, contendo advertência de que os direitos são forjados na luta, BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 5.

³¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “**Questão de Fato**” em **Recurso Extraordinário.** In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³¹⁴ Ferreira Filho, igualmente critica a ausência de construção, por parte da sociedade brasileira, de autênticas estruturas aptas a resolver conflitos criados e gerados no seio da sociedade. Nesse sentido: “A rigor, pálidas foram até hoje as imitações de democracia que viveu o Brasil. A perfeição das instituições jurídicas, a técnica constitucional apurada, nada disso bastou para implantar verdadeiramente a Democracia entre nós. A razão principal desse insucesso está, sem dúvida, na inautenticidade dessas instituições, sempre cópias, quando não caricaturas de instituições talhadas para outros povos.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível.** São Paulo: Edição Saraiva, 1979. P. 121).

³¹⁵ Convém, uma vez mais, indicar nesse sentido: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 9.

³¹⁶ Mostra-se duvidoso acreditar que a promulgação de um novo texto constitucional permita concluir que houve uma radical mudança paradigmática, embora seja louvável verificar que na legislação maior foram incluídas normas com o intuito de modificar o ‘status quo’. Não é a mudança da lei que ocasiona a mudança no comportamento social, geralmente, ocorre o inverso. (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004). Na mesma linha: “Fixemos bem este ponto: no fundo, todo Código novo, toda Constituição nova, todo sistema político novo se resume num modo novo de comportamento social. Isto é, uma nova modalidade de conduta do indivíduo dentro do seu grupo, imposta por este Código novo, por esta Constituição nova ou por este sistema novo de moral política. (...)”

É que o ideal contido na Charta nunca encontra apoio na tradição ou costumes do povo: - e a discordância entre os padrões ideais da Charta e os comportamentos individuais é inevitável.” (VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras.** Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P. 101).

³¹⁷ O art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil é um exemplo.

promulgada pelo Poder Legislativo, seja através de ações concretas que deveriam ser implementadas pelo Poder Executivo, o fato é que, na ausência de cumprimento das promessas da modernidade, acaba-se envolvendo o Poder Judiciário³¹⁸, na tentativa de solucionar, seja através demandas individuais ou através demandas coletivas, as políticas públicas não implementadas pelo legislador e pelo executivo. No nível micro³¹⁹, é notória a judicialização da política de fornecimento de medicamentos³²⁰, ao menos no Estado do Rio Grande do Sul, onde é corrente o ajuizamento de demandas de pessoas, em geral, carentes solicitando que o Estado forneça medicamentos de uso continuado. A grande repercussão destas demandas está no fato de que a explosão deste tipo de litigiosidade acaba por prejudicar toda e qualquer política que o administrador poderia imaginar em relação a que tipos de medicamentos seriam prioritários, que problemas de saúde pública seriam prioritários, vez que a ordem judicial consubstancia-se em fornecer, “in natura”, o medicamento ou, na impossibilidade, fornecer o numerário correspondente ao litigante, acaba prejudicando a formação de uma política pública para resolver não apenas um problema pontual, mas outros problemas envolvendo a distribuição de medicamentos ou erradicação de determinadas doenças. A educação também não escapa da judicialização³²¹, visto ser comum o deferimento de ordens para inscrever crianças em escolas públicas de ensino fundamental, haja vista a determinação contida na Constituição.³²² No nível macro, embora seja notória a judicialização de questões ligadas à efetivação do direito à moradia, através ações civis

³¹⁸ Para Streck, a característica do Estado Democrático de Direito é o deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. Convém transcrever: “Por tudo isso é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do executivo para o Judiciário.

(...)

O Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos.” (STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 44). Todavia, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição “cidadã”, cujas normas programáticas foram a tônica, em matéria de direitos sociais, o que se viu foi a ineficiência do Poder Judiciário em cumprir as promessas da modernidade. A tônica a respeito do cumprimento da discussão está sendo travada no âmbito da análise da estrutura do direito e de sua função (funcionalização), vez que as ações coletivas, conforme indicação de Lenio Streck, não se mostraram tão produtivas para resolução dos problemas de políticas públicas que aportam no judiciário. Vide, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 89; e BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2008.

³¹⁹ Em alusão a ideia trabalhada por Foucault em relação às relações de poder se ramificarem na sociedade, de forma regular e, às vezes, invisível, mas nem por isso dotadas de menos poder. (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1992).

³²⁰ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 104.

³²¹ Igualmente, em STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

³²² Art. 208, I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

públicas, cujo titular, na maioria dos casos é o Ministério Público, ou de ações civis públicas ligadas à discussão do meio ambiente saudável, a resposta para as soluções não atingem satisfatoriamente a pretensão articulada em juízo.³²³

A ineficiência do cumprimento de promessas da modernidade, tais como o direito à moradia, demonstra uma dupla face do processo judicial: a legitimidade do Poder Judiciário bem como a utilização de instrumentos adequados ao cumprimento dos direitos de segunda geração ou de certas normas programáticas³²⁴. Ambas estão ligadas e não podem ser compreendidas de maneira separada.

Se é função do Poder Judiciário a implementação do direito à moradia à população carente, surge a discussão, ao menos para os juristas, dentro da estrutura do Poder Judiciário a que órgão ou a quem competiria efetivar este direito? Mais, é o Ministério Público, como autor da ação processual, o legitimado a buscar esta concretização e, por fim, a estrutura utilizada permite que o Poder Judiciário cumpra com esta missão constitucional?

Em relação à legitimidade do Poder Judiciário, cumpre, num primeiro momento, efetivar uma análise da estrutura de poder contida na tomada de decisões dentro do Poder Judiciário.

Embora se afirme a inexistência de hierarquia ou subordinação entre os integrantes do Poder Judiciário no exercício da prestação da tutela jurisdicional³²⁵, na prática, o sistema recursal³²⁶, fruto do racionalismo, empresta legitimidade às Cortes Superiores em detrimento aos juízes de primeiro grau. Essa realidade, conquanto devesse ser mitigada, não pode ser ignorada, haja vista faz parte da formação e da cultura da sociedade brasileira. A Constituição

³²³ Nas ações civis públicas n.ºs 001/1.05.23815119, 001/1.08.00847389 e 001/1.08.02472676, os pedidos liminares ou foram indeferidos ou cassados perante o tribunal de justiça através agravo de instrumento. Na única em que a liminar foi deferida parcialmente (001/1.05.23815119), até o presente momento (junho/2009), a medida liminar ainda não foi cumprida. Em todas as ações discutem-se direito à moradia e direito ao meio ambiente saudável. (Disponível em <www.tjrs.jus.br> . Acessado em: 02 jun. 2009).

³²⁴ Atualmente, discutem-se estrutura e função do direito. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; e BOBBIO, **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2008).

³²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

³²⁶ “Ora, uma justiça verdadeiramente estadual teria de aplicar direito estadual. Não houvesse essa razão, já por si bastante para excluir a existência de verdadeiras justiças estaduais, haveria que se considerar, ainda, o controle hierárquico exercido pelos tribunais superiores da União sobre as decisões dos tribunais locais.”

(...)

Nem por isso deixa de ser hierárquica a organização do Poder Judiciário. Ora, quem diz hierarquia diz subordinação do inferior ao superior. Há, efetivamente, órgãos superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, há órgãos inferiores, como os juízes de 1º grau e, entre uns e outros, os tribunais de 2º instância.” (TESHEINER, José Maria da Rosa. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. P. 26-27). Citando o direito romano clássico, Ovídio Baptista da Silva informa a respeito da inexistência de recurso contra as decisões judiciais, tamanho o prestígio dos magistrados. Vide BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 239.

e a legislação processual, neste aspecto, apenas revelam o caráter autoritário³²⁷, ou ao menos a noção de prestígio que carregam os membros dos tribunais superiores³²⁸. Sem a consciência de que, em matérias envolvendo a discussão de políticas públicas, dentre as quais o direito à moradia, o sistema, embora permita o início do processo perante o juiz de primeiro grau, permitirá, também, por outro lado, por meio da enorme cadeia recursal, que as Cortes Superiores, em especial o STF, interfira diretamente no nascedouro do processo. A interferência do STF, através do instituto da suspensão de segurança³²⁹, evidencia, primeiro, o prestígio que detém a cúpula do Poder Judiciário e, segundo, o controle de que não abre mão sobre eventual apoio ao Poder (em geral o Executivo) em realizar políticas públicas.

Conquanto tenha o Brasil, quando da proclamação da república, em 1889, adotado, na nova Carta Constitucional, os princípios federativos dos Estados Unidos da América³³⁰ bem como a organização judicial daquele país no que diz respeito ao controle da constitucionalidade das leis, não importou, porque isto seria impossível, a estrutura da sociedade americana, precipuamente, no que diz respeito ao prestígio e poder que detém os magistrados de primeira instância em detrimento dos magistrados das cortes locais ou federais³³¹.

Se nos Estados Unidos o juiz é um herói³³², no Brasil, por força da enorme cadeia recursal, o juiz de primeiro grau não detém legitimidade suficiente para implementar políticas públicas cujo envolvimento com o Poder (em geral o poder central) é necessário. O que se percebe é um descompasso entre a estrutura³³³ existente e a exigência da sociedade no que diz

³²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**. Op. cit., p. 239-263.

³²⁸ Convém reproduzir a opinião de Merryman ao analisar a família romano-canônica do direito (*civil law*), mostrando certo espanto em relação à *common law* no tocante ao prestígio (na verdade, ausência de) que os juízes (no caso os de primeiro grau) possuem nas famílias de direito codificado em comparação com os magistrados do direito consuetudinário. Eis as palavras do jurista: “Pero, en el mundo de derecho civil, un juez es algo enteramente diferente. Es un servidor público, un funcionario. Aunque hay algunas variaciones importantes, (...) Los jueces de los tribunales superiores reciben y merecen el respeto público, pero es la clase de respeto público ganado y recibido por las personas que ocupan puestos altos em otras partes del servicio público.” (MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. P. 73-74).

³²⁹ No sentido mais amplo possível, envolvendo também suspensão de tutela antecipada, suspensão de liminar e outros institutos correlatos.

³³⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991. P. 211.

³³¹ “En el mundo de derecho común sabemos lo que es un juez. Es un héroe cultural, incluso una figura paternal.” (MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. P. 72).

³³² MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. Op. cit.

³³³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; e BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2008.

respeito à efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário³³⁴. Importante salientar o que o ramo científico da linguística³³⁵ já estuda, desde o início do século XX, o que os juristas costumam a ignorar: língua³³⁶. O pressuposto metodológico da epistemologia do conhecimento é de que a língua é um elemento neutro, um fator de comunicação entre os indivíduos numa determinada sociedade e, por força destes pressupostos, ignora-se totalmente o caráter material da língua, cujas unidades são os signos lingüísticos³³⁷. Toda língua³³⁸ expressa uma determinada cultura, expressa uma determinada organização da sociedade num determinado período histórico e, portanto, está sujeita – a língua - a mudanças quando se alteram os fatores

³³⁴ Embora Streck demonstre certo entusiasmo com a possibilidade de cumprimento das normas programáticas (Constituição Dirigente) através da jurisdição constitucional (STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P.104), Canotilho, revisando o ponto de vista defendido na obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994) já não empresta tanta esperança na possibilidade de se efetuar mudanças através do judiciário no cumprimento das normas programáticas através da jurisdição constitucional. Nesse sentido: “Se bem compreendemos as coisas o déficit epistémico da programaticidade constitucional não estaria apenas na conversão irrealista de uma simples folha de papel em instrumento dirigente da sociedade. Para além disso, a constituição arrogar-se-ia ao papel de alavanca de Arquimedes com força para transformar o mundo, mas sem atender ao facto de ela estar cercada por outros mundos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. P. 109). Mais adiante, no mesmo texto, aborda Canotilho a respeito da dificuldade de se legalizar o político, haja vista é difícil, a partir da normatização, regular práticas sociais. Vide a seguinte passagem: “A constituição pretendeu e pretende ser o estatuto jurídico do político. No entanto, o político mostra-se rebelde a uma normatização legalista porque não é possível à norma concretizar várias práticas sociais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. P.216).

³³⁵ Trata-se da Análise do Discurso (AD), cujo maior expoente no Brasil é Eni Puccinelli Orlandi. (ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso**, 1999; e também do autor **Discurso e Texto**, 2001; e **Interpretação**, 1998). É considerado, entretanto, o fundador da lingüística, Ferdinand de Saussure. (SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de Lingüística Geral**. São Paulo: Cultrix, 2000).

³³⁶ Desde o início do século XX, Bakhtin (1895 a 1975) se dedicou ao estudo dos signos e da língua de acordo com o contexto histórico e, devido a estes estudos, foi duramente perseguido pelo Regime Soviético. Suas primeiras obras (*O Freudismo e Marxismo*, e *Filosofia da Linguagem*) foram escritas sob o pseudônimo de V. N. Volochinov, evitando-se, assim, maiores constrangimentos e perseguições. Na obra *Marxismo e Filosofia da Linguagem* se dedicou a combater as ideias de Saussure a respeito do caráter a-ideológico e a-histórico da língua. (BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1992. P. 9-10).

³³⁷ Importante trazer à baila o pensamento de Bakhtin no que diz respeito à materialidade (historicidade) da língua, não sendo apenas um conjunto de signos aptos à comunicação, desplugado do momento histórico (Saussure). Nesse sentido: “Todo signo é ideológico; a ideologia é um reflexo das estruturas sociais; assim, toda modificação da ideologia encadeia uma modificação da língua. (...) O signo dialético, dinâmico, vivo, opõe-se ao ‘sinal’ inerte que advém da análise da língua como sistema sincrônico abstrato.” (BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1992. P. 15). Mais adiante, na mesma obra, convém reproduzir o seguinte excerto: “Tudo que é ideológico possui um significado e remete a algo situado fora de si mesmo. Em outros termos, tudo que é ideológico é um signo.” (p. 31).

³³⁸ Para análise do discurso (AD) a língua é a condição de possibilidade de discurso, é um produto social e tem como característica a opacidade, ou seja, não há clareza de sentido, ou sentido originário, ao contrário, o sentido é construído. Convém transcrever a seguinte passagem: “LÍNGUA. Condição de possibilidade de um discurso, materialidade ao mesmo tempo lingüística e histórica, produto social que resulta de um trabalho com a linguagem no qual coincidem o histórico e o social. No âmbito discursivo, a língua é reconhecida por sua opacidade e pela forma como nela intervém a sistematicidade e o imaginário, aparecendo o equívoco como elemento constitutivo da mesma.” (LEANDRO FERREIRA, Maria Cristina (Coord.). **Glossário de Termos do Discurso**. Porto Alegre: Ufrgs, 2001. P. 20).

históricos, econômicos e sociais³³⁹. Desta premissa, pode-se concluir que o sistema norte-americano de organização judiciária e a maneira como aquela sociedade se relaciona com o direito, faz parte da cultura norte-americana, vazada através de uma língua, como um produto também histórico dessa cultura. Ao se copiar o texto, ao se copiarem as regras de organização do Poder Judiciário norte-americano, ou simplesmente nele se inspirar, estar-se-á fatalmente transpondo um pedaço daquela nação, daquela cultura a outro país, no caso o Brasil³⁴⁰.

A noção perdida, com a importação pura e simples de institutos jurídicos, é a noção de que se está importando, além da “língua”³⁴¹, a cultura³⁴², a maneira como os juízes são legitimados perante a sociedade³⁴³ no caso da organização judiciária. Esta noção perdida de organicidade da língua é percebida pelo papel dos tradutores³⁴⁴ ao importar modelos alienígenas sem a menor preocupação com a realidade brasileira. Na mesma linha, os ramos do saber como a Linguística³⁴⁵ e a Teoria da Literatura Comparada³⁴⁶ mostram caminhos que deveriam ser seguidos quando da importação de modelos institucionais de outros países tais como a análise criteriosa das estruturas. É necessário, vez que a sociedade brasileira, em muitos aspectos mostra-se incapaz de criar institutos ou instituições adequadas a sua

³³⁹ É o que se pode denominar de historicidade da língua, ou seja, o sentido produzido por um texto não é fixo no tempo e no espaço, está sujeito a construção e reconstrução, variando de acordo com o intérprete, de acordo com a posição por este ocupada, de acordo com a materialidade histórica que o cerca, enfim, o sentido é sempre contextualmente construído. Ver nesse sentido, ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso: princípios & procedimentos**. Campinas: Pontes, 1999. P. 59. Convém trazer à baila a noção de que a língua, enquanto manifestação também cultural de um determinado povo está sujeita a um estilo. Assim como a epopéia foi o estilo da cultura grega, o romance é o estilo da burguesia, estando atrelado a um determinado período histórico, econômico e social. O enfraquecimento da burguesia como classe e igualmente de seus valores, obviamente afetará o estilo da escrita do romance. Nesse sentido: “Assim, a escrita é uma realidade ambígua: por uma parte, nasce incontestavelmente de um confronto do escritor com a sua sociedade; por outra, dessa finalidade social, ela remete o escritor, por uma espécie de transferência trágica, às fontes instrumentais de sua criação. Por não poder oferecer-lhe uma linguagem livremente consumida, a História lhe propõe uma linguagem livremente produzida.” (BARTHES, Roland. **O Grau Zero da Escrita**. São Paulo, Martins Fontes, 2000). Na mesma linha, LUKÁCS, Georg. **A Teoria do Romance**. São Paulo: Editora 34, 2000. P. 36-68.

³⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**. São Paulo: Saraiva, 1979. P.121-122; e VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P. 97-98.

³⁴¹ As aspas se justificam na medida que se quer dizer que a importação é do modelo institucional, descrito através de um texto.

³⁴² No campo da lingüística, ramo da tradução, há clara noção de que traduzir significa se envolver com uma cultura diferente. Vide a seguinte passagem: “Não se traduz afinal de uma língua para outra, e sim de uma cultura pra outra; ...” (CAMPOS, Geir. **O Que é Tradução**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2004. P. 27.

³⁴³ No caso da sociedade norte-americana, o juiz [de primeiro grau] é um herói. (MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004).

³⁴⁴ Embora a palavra tradutor remeta a uma pessoa, em geral letrada, que faz versão de um texto de uma língua-fonte para uma língua-meta, esta em geral a língua materna do tradutor (CAMPOS, Geir. **O Que é Tradução**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2004. P. 8), no caso há uma polissemia embutida, haja vista a intenção é também comparar o jurista brasileiro a um tradutor, ao trazer certos institutos jurídicos alienígenas.

³⁴⁵ Relativo ao campo de estudos da Teoria da Tradução. (BATALHA, Maria Cristina; PONTE JR., Geraldo. **Tradução**. Petrópolis: Vozes, 2007; CAMPOS, Geir. **O Que é Tradução**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2004; e GENTZLER, Edwin. **Teorias Contemporâneas da Tradução**. São Paulo: Madras, 2009).

³⁴⁶ CARVALHAL, Tania Franco. **Literatura Comparada**. São Paulo: Ática, 2007.

realidade³⁴⁷, ter uma prática de primeiro analisar as condições materiais do instituto a ser transplantado, analisando-se a cultura alienígena, a maneira como aquela sociedade resolveu ou está resolvendo seus conflitos e, na mesma linha, não perder de vista a realidade brasileira, a maneira como a sociedade brasileira tem enfrentado o mesmo problema a fim de se conseguir “traduzir” os institutos de uma realidade a outra sem provocar muitos “ruídos”³⁴⁸

349

Qual a importância destes temas ao se analisar o cumprimento de políticas públicas, consubstanciadas na efetivação de direitos sociais ou de segunda geração e o instituto da suspensão de segurança? A resposta parece ser, dentro da estrutura da sociedade brasileira, não ser possível iniciar a discussão do cumprimento de algumas promessas da modernidade, dentre essas o direito à moradia, sem a participação efetiva das Cortes Superiores, em especial o STF, vez que o direito à moradia foi constitucionalizado, o que atrai, ante as peculiaridades do Código de Processo Civil em relação aos recursos a interferência do Supremo Tribunal Federal. Reconhecer que um instituto, largamente utilizado pelo STF – suspensão de segurança - para deslegitimar decisões jurisdicionais tomadas por juízes ou pelos tribunais locais, é reconhecer que a Suprema Corte detém o poder de interferir no processo de efetivação do direito, o que implica reconhecer que parcela do poder que se acreditava existir com os juízes de primeiro grau está, em relação a questões de cumprimento de políticas públicas, com o STF.

Através desta constatação - enfraquecimento do poder político dos juízes de primeiro grau - pode-se e deve-se retrabalhar com outro dogma cunhado da tradição racional-iluminista: separação de poderes. O princípio da separação de poderes fatalmente remete a noção de

³⁴⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Cia das Letras, 2000. P. 40; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**. São Paulo: Saraiva, 1979. P.121-122; e VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P.100.

³⁴⁸ “Ruído” é, para Tradução, a eventual perda de algum sentido durante a tradução, geralmente, por deficiência do tradutor, da língua-meta ou da língua-fonte. Por exemplo: os esquimós tem um variadíssimo vocabulário para expressar a palavra neve (neve que cai, neve que vai cair, neve que já caiu, neve que caiu pela madrugada, neve muito espessa, neve mais fina, e assim por diante), enquanto que para a realidade (cultura) brasileira, neve é um evento raro e, seguramente, ante a ausência de necessidade, possui uma única palavra para expressar os mais variados tipos de neve que a geografia possa catalogar. A missão do tradutor é conseguir de uma língua para outra, traduzir a palavra neve sem perda significativa de sentido. A isto se denomina “ruído”. (CAMPOS, Geir. **O Que é Tradução**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2004. P. 62-63 e BATALHA, Maria Cristina; PONTE JR., Geraldo. **Tradução**. Petrópolis: Vozes, 2007. P. 28).

³⁴⁹ Por outro lado, a “pedra de toque” da tradução é quando o tradutor consegue contornar as idiosincrasias de cada língua e, através da tradução, transmite a ideia da língua-meta para língua-fonte. Ver nesse sentido a seguinte passagem: “Na opinião de alguns autores, a modulação é a pedra-de-toque do tradutor, ao passo que a transposição apenas dá sinal de um bom conhecimento da língua-meta, para a qual é feita a tradução. Um exemplo de modulação. Do inglês *It is difficult to show* (literalmente: “É difícil mostrar”) para o português “Não é fácil mostrar”, com mudança de enfoque da dificuldade afirmada para a facilidade negada.” (CAMPOS, Geir. **O Que é Tradução**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2004. P. 38).

ausência, ou quase inexistência, de diálogo, uma vez que há uma esfera própria de atuação do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e, se cada Poder cumprir o papel que a Constituição e o papel que as leis lhe garantem, não haverá necessidade de diálogo entre os poderes, vez que atuam em esferas distintas.

Essa noção rígida emprestada pela noção que existe, ao menos no Brasil, a respeito da separação de poderes, deve ser mitigada para que, através do diálogo, no seio do processo judicial de controle difuso da constitucionalidade, por exemplo, haja espaço para que o Administrado possa, perante o juiz, explicar os motivos porque não consegue cumprir a contento uma política pública. Por outro lado, o necessário diálogo entre os poderes irá, fatalmente, mostrar a inutilidade em se imaginar que é possível efetivar o direito à moradia acreditando apenas no cumprimento de uma “função” (no caso a função julgadora), como se a sociedade ainda fosse a mesma sociedade recém iniciada pelos valores da então Revolução Burguesa³⁵⁰. O que se mostra certo é que somente será possível vencer um dogma se se dispuser a discutir o próprio dogma, o que se fará no próximo item.

3.3 Diálogo Necessário entre os Poderes: Superação do Dogma da Estrita Separação dos Poderes

Embora muito se critique a respeito da teoria da separação de poderes, tal como sugerida por Montesquieu³⁵¹, o fato é que da obra escrita no século XVIII e a construção de sentidos do texto produzida nos séculos seguintes possibilitou a criação de um mito a respeito³⁵². A tese e o mito a respeito da tripartição de poderes se confundem e, nos bancos acadêmicos e até mesmo antes desses, também no ensino médio, costuma-se ensinar a respeito da necessidade de existir, nos ordenamentos constitucionais, disposições a respeito

³⁵⁰ Neste caso, a referência é à Revolução Francesa de 1789.

³⁵¹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

³⁵² Vide a seguinte passagem: “Este texto é célebre. Quem não conhece a teoria que pretende que em todo o bom governo se distinga rigorosamente o legislativo do executivo e do judiciário? (...) A tese de Eisenmann é a de que a teoria de Montesquieu, e muito particularmente o célebre capítulo sobre a Constituição da Inglaterra, engendrou um verdadeiro mito: o mito da separação dos poderes. Encontramos toda uma escola de juristas, particularmente no fim do século XIX e princípio do XX, que adotaram um certo número de fórmulas de Montesquieu coincidiria com um regime, no qual seria rigorosamente assegurada esta separação dos poderes. Deveriam existir três poderes: o executivo (o rei, os seus ministros), o legislativo (a câmara baixa e a câmara alta) e o judicial (o corpo de magistrados). Cada poder recobriria exatamente uma esfera própria, isto é, uma função própria sem qualquer interferência. Não só não se poderia conceber nenhuma interferência do executivo no legislativo ou no judicial, nem nenhuma interferência recíproca da mesma natureza; mais ainda, nenhum dos membros que fazem parte de um órgão pode pertencer a outro órgão. Por exemplo, não só o executivo não poderia intervir no legislativo, através propostas de lei, ou no judiciário por pressões etc., como também nenhum ministro poderia ser responsável perante o legislativo; além disso, nenhum membro do legislativo poderia, a título pessoal, assumir funções executivas e judicial, isto é, tornar-se ministro ou magistrado etc.” (ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu a Política e a História**. Lisboa: Editorial Presença, 1977. P. 127-128).

das funções dos poderes executivo, legislativo e judiciário, reforçando a necessidade de se separar os poderes por suas funções típicas³⁵³. Competiria ao poder executivo o cumprimento das leis e o exercício do governo; ao poder legislativo, a elaboração de leis e ao poder judiciário, a resolução de conflitos de interesse³⁵⁴.

Entretanto, embora exista o mito da separação de poderes, conforme discorrido por Althusser³⁵⁵, há, no seio, às vezes de doutrinadores, a noção de que a separação rígida dos poderes é algo ultrapassado³⁵⁶ e seria possível exceções, ainda mais numa época globalizada como a atual. Mesmo que exista a noção da falência de um instituto, o fato é que as ideias continuaram sendo propagadas e, portanto, criou-se toda uma cultura sob o signo da obra de Montesquieu, interpretada, na questão dos poderes, como regramento universal a ser seguido por todas as nações democráticas ou por aquelas que se quisessem dizer democráticas.³⁵⁷

Embora contestada a teoria da separação de poderes, o fato que cabe ao poder executivo o governo da sociedade civil, ao legislativo a elaboração de leis e ao judiciário a resolução de conflitos em juízo. Nesse momento, o mito se reafirma, haja vista os novos direitos constantes nas cartas programáticas impõem obrigações ao executivo e ao legislativo que, em países de modernidade tardia³⁵⁸ como o Brasil, invariavelmente, não são cumpridas ou são postergadas por sucessivos governos.

Há dois aspectos, dentre muitos, que podem e devem ser analisados a fim de possibilitar um entendimento e também uma reconstrução do sentido em relação ao instituto

³⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 97-100; e BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990. P. 149.

³⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 99; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**. São Paulo: Edição Saraiva, 1979. P. 19-20; e LINDOSO, José. **Estado, Constituinte e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1986. P. 19-21.

³⁵⁵ ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu a Política e a História**. Lisboa: Editorial Presença, 1977. P. 140.

³⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 101. Quase que negando as afirmações anteriores: “Hoje, no entanto, a divisão rígida destas funções já está superada, pois, no Estado contemporâneo, cada um destes órgãos é obrigado a realizar atividades que tipicamente não seriam suas.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990. P. 149). Manoel Gonçalves Ferreira Filho é mais enfático a esse respeito: “A ‘Separação de Poderes’, versão clássica da divisão funcional do poder, está, sem dúvida superada.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**. São Paulo: Edição Saraiva, 1979. P. 96). Neste momento, convém mostrar que a tese de Louis Althusser a respeito da formação do mito da separação de poder da obra de Montesquieu está correta, pois ao afirmar Ferreira Filho, que a versão “clássica” da divisão funcional estaria morta, remete ao fato de existir uma versão “moderna”, ou, que existe uma versão “original” e as demais, utilizadas em diversos países, são “cópias”.

³⁵⁷ Nunca é demais renovar advertência de que o Poder Judiciário era considerado um apêndice ou um órgão encarregado também de aplicar a lei. A escolha, muitas vezes, era feita por indicação do soberano. Vide LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. P. 250. Montesquieu considerava-o um “poder nulo”. (MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Livro XI. Cap. 6. São Paulo: Nova Cultural, 1997. P. 203).

³⁵⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 21.

da suspensão de segurança e em ambos, há possibilidade de se reconstruir paradigmas, embora a tarefa não seja fácil.

O primeiro aspecto diz respeito à Teoria da Constituição. Não se mostra oportuno, neste momento, discutir na totalidade as teorias da constituição, bastando apenas mencionar que inicialmente, no período pós-Revolução Burguesa³⁵⁹, criou-se certo consenso de que existiriam normas constitucionais formais e materiais³⁶⁰. As normas constitucionais formais seriam aquelas cujo conteúdo regula a organização política de um Estado e também cujo conteúdo assegura os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, ou os direitos de primeira geração³⁶¹. Esta concepção, adequada ao momento político de ascensão da burguesia, fortalece o mito da separação de poderes, haja vista é possível visualizar uma clara divisão entre política e direito³⁶², haja vista que o Estado agiria como um fiscal da sociedade e dos procedimentos democráticos. A Constituição Brasileira de 1824 bem demonstra esse espírito³⁶³.

Ocorre em relação às normas tidas como “não constitucionais”, ou a constituição em sentido material, traduzida nos ciclos constitucionais a partir do início do século XX³⁶⁴, foi-se perdendo a noção desta distinção, haja vista os reflexos da modernidade³⁶⁵ não poderiam ser restringidos no campo jurídico a um congelamento temporal. A consequência da modernidade foi a complexidade social que se instaurou com a noção de sociedade de massa e de consumo e com a noção de eterno conflito existente no seio da sociedade³⁶⁶. O que se ganhou foi a

³⁵⁹ Entendidas como as Revolução Gloriosa (1688) e a Francesa (1789).

³⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. P. 26.

³⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992; e BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

³⁶² STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 86.

³⁶³ O Art. 178, da Constituição Brasileira de 1824 previa quorum diferenciado para alteração das regras denominadas “constitucionais”: organização dos poderes políticos e direitos políticos e garantias individuais dos cidadãos.

³⁶⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 11.

³⁶⁵ A liquidez dos valores, no sentido emprestado por Bauman, o desaparecimento da política com “p” maiúsculo, haja vista “questões públicas são problemas privados de figuras públicas”, também segundo o mesmo Bauman. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000 P. 83).

³⁶⁶ A falência do modelo liberal do Estado foi provocada pela noção de que a sociedade não era homogênea e muito menos possuía “vontade geral”. A sociedade se divide em grupos ou comunidades que lutam, às vezes de forma desesperada, por poder. Outro mito que foi destruído com a modernidade foi de que entre a sociedade e o Estado não haveria necessidade de corpos intermediários. Ver neste sentido a seguinte passagem: “O nexos entre a constatação da crise do Estado e a teoria do pluralismo jurídico é evidente. A razão da crise está na falta de correspondência entre a idéia com base na qual entre cada indivíduo e o Estado não deve existir lugar para nenhum ente intermediário, e a realidade social presente, em que se proliferam e imperam grupos cada vez mais numerosos e cada vez mais prepotentes.” (BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2008, p. 175).

noção então até então pouco discutida no início da era moderna e muito discutida atualmente, no século XX e XXI: interpretação das normas constitucionais³⁶⁷.

A inclusão de direitos de segunda e terceira gerações nas cartas políticas traz uma mudança na concepção de organização social, precipuamente, em relação ao Estado e a função de governo, exercida, majoritariamente, pelo poder executivo. Se antes o poder executivo poderia calmamente agir como um fiscal, os direitos sociais exigem, via de regra, a realização de políticas públicas, um agir positivo que na maioria das vezes se protraí no tempo³⁶⁸. Os debates, portanto, vão surgir entre teses procedimentalistas³⁶⁹ da constituição, cujo maior expoente é Niklas Luhmann³⁷⁰ e teses substancialistas³⁷¹ da constituição. Para Luhmann³⁷² a sociedade é um grande sistema social formado por outros subsistemas tais como política, direito, economia com seus códigos binários próprios (legal/ilegal, lucro/prejuízo e legítimo/ilegítimo, respectivamente), todos autorreferenciais e autopoieticos. Outra característica é a legitimidade das decisões pelo procedimento. Eleições, processo legislativo, processo judicial, todos com regras específicas definidas na Constituição e nas leis seriam suficientes para garantir decisões vinculativas, reduzindo a complexidade³⁷³. Nessa perspectiva, ainda resta clara a separação existente entre os poderes e, neste momento, com a atual complexidade das sociedades modernas, divididas em comunidades ou grupos de poder

³⁶⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003b. P. 278; STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; ainda do mesmo autor, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; e **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; e SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

³⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 9

³⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997; HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997; LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: lianamentos para uma teoria general. México: Alianza Editorial, 1984; e do mesmo autor **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1985.

³⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**. Op. cit., e do mesmo autor, **Sociologia do Direito II**. Op. cit.

³⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; e ainda do mesmo autor, **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006; e também STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; e do autor já citado, **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

³⁷² LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: lianamentos para uma teoria general. México: Alianza Editorial, 1984.

³⁷³ Ver também TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

muitas vezes paralelos ao poder central, a legitimidade pelo procedimento parece sofrer duros golpes³⁷⁴.

Veja-se o exemplo do cumprimento de políticas públicas pelo poder executivo. A legitimação a este poder, no sistema constitucional brasileiro, dá-se através de sufrágios eleitorais periódicos, garantindo-se uma maioria absoluta dos eleitores ante a votação em dois turnos³⁷⁵. O eleito, tomando-se como exemplo apenas o representante do executivo federal, tem o compromisso de cumprir a Constituição e, por consequência, cumprir/efetivar políticas públicas. Nesse momento, convém abordar, para depois finalizar o raciocínio, a tese substancialista da Constituição.

Se, por outro lado, a Constituição não for vista apenas como um mecanismo para se manter as regras do jogo e garantir a democracia apenas pelo procedimento, porém visualizada como um instrumento de modificação da realidade social e um instrumento de fixação de normas políticas para o futuro³⁷⁶, então a rígida separação de poderes, ou mesmo a noção de separação de poderes entrará em colapso total.

As constituições dirigentes ou programáticas, da qual a do Brasil é um exemplo, têm a intenção de conformar, também para o futuro, a ação do legislador e do executivo, não se admitindo que, maiorias eventuais, mesmo legítimas, desfigurem o núcleo “dirigente” da constituição³⁷⁷. Não se admite, ou não se deveriam admitir, por exemplo, políticas públicas desvinculadas do dever de efetivar o direito à moradia da população e, qualquer atividade do poder executivo em sentido contrário, em sentido de descumprimento da constituição dirigente, é uma atitude inconstitucional³⁷⁸. Por ser inconstitucional, estaria então sob o crivo

³⁷⁴ Haja vista a preocupação apenas com as regras do jogo democrático, o conteúdo das decisões perdem importância, haja vista a legitimação é dada pelo rigoroso cumprimento do procedimento previsto. A modernidade mostrou que esta atitude tem servido para funcionalizar o direito, tornando-o um braço do poder, na maioria das vezes. Eis a seguinte passagem: “As teorias processuais, em sua quase totalidade, consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos. (...) Desta maneira, para estas teorias da Constituição deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraído-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de judicidade do texto.” (BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003b. P. 274-275).

³⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 77 e parágrafos.

³⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; BERCOVICI, 2005

³⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Op. cit., p. 14.

³⁷⁸ Canotilho aponta, ao analisar a Constituição Portuguesa de 1976, o problema do silêncio legislativo e de outros órgãos no sentido de cumprimento da carta política e a ausência de instrumentos (estrutura). Também aponta que muitas vezes não se está diante de ilícito inconstitucional, mas no terreno da luta política. Ver nesse sentido a seguinte passagem: “3 – Não cumprimento da constituição. Reserva-se este termo para o caso de os órgãos legiferantes e, eventualmente, os outros órgãos de direção política, não prosseguirem os fins a

do controle do poder judiciário (?). A resposta parece ser afirmativa e, tornando aos princípios defendidos por Luhmann³⁷⁹, ter-se-ia, neste momento, um problema de procedimento, um atrito entre os subsistemas. O que se abre à discussão é qual a legitimidade de um juiz, imaginando-se um juiz de primeiro grau, que não foi ou é eleito periodicamente pelos cidadãos, que não presta contas politicamente, de intervir em decisões governamentais, sob o título de cumprir as normas estatuídas na Constituição. O procedimento judicial utilizado, no caso uma ação (processual) de conhecimento (ação civil pública, por exemplo), seria suficiente para legitimar a atuação estatal através do juiz³⁸⁰.

A resposta por óbvio não é simples, mas, a partir das indagações anteriores, é possível discutir os liames da justiça em relação à interpretação da constituição. Nesse momento, convém retornar à discussão da solução dada por Luhmann³⁸¹ em relação ao caráter da decisão judicial. Embora Luhmann³⁸² admita certa dificuldade em distinguir o processo de decisão do juiz do processo de elaboração da lei³⁸³, reconhece que toda decisão judicial necessita de certa abstração³⁸⁴ para poder ser aplicada no futuro às demais decisões judiciais iguais ou muito assemelhadas. Para Luhmann³⁸⁵ não há espaço para a “justiça do caso”³⁸⁶.

realizarem as tarefas abstractamente fixadas em ‘normas ou princípios-fim’ e em ‘norma ou princípios-tarefa’. A não garantia de independência nacional por falta de criação das necessárias condições políticas, econômicas e sociais (art. 9º/1), a ‘não eliminação das diferenças sociais e econômicas entre a cidade e o campo’ (art. 81º/i), a não fixação de preços de garantia para os produtos agrícolas (art. 103º), são exemplos que demonstram estar o problema, nestes casos, mais no terreno democrático da luta política-constitucional do que no âmbito juridicamente espartilhado do lícito ou ilícito constitucional.” Mais adiante, finaliza o escritor português: “Do que se acaba de dizer, conclui-se que também no sistema constitucional português o *instrumentarium* típico do Estado de Direito (controle da constitucionalidade, acção de defesa, direito subjetivo do cidadão) é insuficiente para captar a problemática do silêncio legislativo inconstitucional. A construção incompleta e inconsequente do instituto da inconstitucionalidade por omissão acaba por relegar, afinal, a questão das omissões legislativas para o terreno mais do não-cumprimento da constituição, onde a luta político-constitucional e a acentuação do elemento participativo do princípio democrático sobrelevam a juridicização e processualização estrita dos problemas político-constitucionais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. P. 353; 357).

³⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: lianamentos para uma teoria general. México: Alianza Editorial, 1984.

³⁸⁰ Esta discussão não parece ter fim, todavia convém citar o entendimento de Lenio Streck ao abordar a respeito dos obstáculos e dificuldades de concretização dos “direitos fundamentais-sociais (substantivos) sustentados em nome do procedimentalismo.” (STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. P. 123-142). Em muito se aproxima da defesa de Dworkin a respeito da leitura moral da constituição. (DWORKIN, Ronald. **O Direito de Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

³⁸¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1985.

³⁸² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Op. cit.

³⁸³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Op. cit., p. 34.

³⁸⁴ No mesmo sentido, TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989; e MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Cap. IV. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 93-126.

³⁸⁵ **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1985.

Todavia, como imaginar, no caso das ações civis públicas já indicadas³⁸⁷, a legitimidade do juiz (de primeiro grau) para determinar ao poder executivo o cumprimento de uma política pública ou, mesmo, através da jurisdição constitucional, determinar (ou seria fazer cumprir) a política pública de garantir e assegurar uma moradia digna aos desassistidos, conforme determina o art. 6º, da Constituição. E mais, como garantir uma certa abstração quando da resolução deste caso para os demais casos que surgirem na mesma comarca ou em outra comarca neste continental País(?).

Este é o grande dilema que enfrentam as Constituições Dirigentes: o déficit de legitimidade³⁸⁸ e a tentativa de imobilizar o político³⁸⁹. Como, este é outro grande dilema, emprestar legitimidade (e também como exercer o controle) ao poder judiciário para cumprir esta missão, ou melhor, a missão de também cumprir a Constituição, quando os instrumentos

³⁸⁶ A expressão está em aspas porque há referência ao artigo publicado no sítio eletrônico do Prof. Ovídio Baptista da Silva cuja matéria diz respeito às constantes decisões judiciais onde se afasta o mandamento legal para fazer uma justiça “ad hoc”, com pouca ou nenhuma possibilidade de abstração de algum princípio ou regra para ser utilizada nos demais casos. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.

³⁸⁷ Convém resumi-las novamente. “Há três exemplos envolvendo questões ligadas ao direito de moradia em três ações civis públicas (ACP) distintas ajuizadas, todas elas, pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, cujos pedidos demonstram, embora os processos ainda não tenham sido finalizados, a inadequação da via eleita. Na ACP nº 001/1.05.23815119, o MP solicitou, com base no direito à moradia, que todas as famílias que estão ocupando as margens da BR290 (Parque do Delta do Jacuí), na entrada da cidade de Porto Alegre fossem removidas para novo local com obras de infraestrutura do loteamento prontas no sentido de lhes assegurar uma moradia digna (esgoto tratado, energia elétrica e, obviamente, casa construída). O juiz, depois de diversas audiências com os réus que eram o Município de Porto Alegre e o Estado do RS, deferiu liminar para que as Fazendas Públicas, no prazo de 45 dias juntassem aos autos termo de compromisso para retirada das famílias. Conquanto o termo de compromisso firmado entre o Estado do RS e o Município de Porto Alegre tenha sido juntado, as famílias ainda se encontram às margens da rodovia, haja vista não foi estipulado um prazo para a retirada das mesmas.

Na ACP 001/1.08.00847389, o MP solicitou, com base no direito ao meio ambiente saudável que o Estado do RS e também o Município de Porto Alegre (!) realizassem, no prazo de 30 dias, o plano de manejo do Parque Estadual do Delta do Jacuí bem como, também em sede de liminar, que fossem retiradas todas as famílias que se encontrem dentro da área do Parque. A liminar, embora deferida, foi cassada pelo Tribunal de Justiça em sede de agravo de instrumento. Na terceira ACP, de número 001/1.08.02472676, o MP solicitou ao judiciário, em sede de liminar, que o Município de Porto Alegre retirasse aproximadamente cem famílias que estão morando irregularmente às margens da barragem administrada pelo Departamento Municipal de Habitação (DMAE) dentro do Parque *Saint Hillaire*, imóvel de propriedade do Município de Porto Alegre cuja maior área está contida na circunscrição do Município de Viamão. Lucidamente, o juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública indeferiu a liminar no tocante à remoção imediata das quase cem famílias para um loteamento em condições dignas de moradia. Eis os termos da decisão liminar: “Obrigar o Município, de imediato, recolher as famílias e reassentá-las em outra área importaria em despender os cofres públicos e atingir à coletividade, uma vez que necessário mínimo de condições de moradia para aquelas famílias. Aliás, impor ao Município uma nova obrigação não soluciona o problema.”

³⁸⁸ “A materialização do Direito Constitucional, evidenciada com a concepção dos direitos fundamentais também como valores, trouxe, para Estévez Araújo, a questão da legitimidade do juiz constitucional. Este seria o déficit de legitimidade resultante das concepções materiais da Constituição.” (BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003b. P.278).

³⁸⁹ “O direito constitucional revela evidentes dificuldades para responder aos desafios da *materialização* do direito. A constituição pretendeu e pretende ser o *estatuto jurídico do político*. No entanto, o político mostra-se rebelde a uma normatização legalista porque não é possível à norma concretizar várias práticas sociais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brancosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. P.216).

utilizados (processo de conhecimento), mostram-se inadequados (capítulo 1), indicando um grave problema de estrutura³⁹⁰. A noção que se tem retrabalhado diz respeito à desjuridificação³⁹¹ de algumas normas programáticas, ante a impossibilidade de seu cumprimento, ante o déficit de legitimidade do Poder Judiciário³⁹².

As famílias caudatárias do direito consuetudinário³⁹³ (*commom law*) parecem ter mitigado esta questão de maneira prática, como aliás é costume entre os anglo-saxônicos, embora não se possa afirmar que efetivamente eliminaram o problema. Em que pese não possuírem constituições dirigentes, tomando-se como exemplo os Estados Unidos da América e a Inglaterra, o fato é que a magistratura possui mais prestígio devido a alguns fatores.

O primeiro, diz respeito à interpretação dada à teoria de Montesquieu pelos norte-americanos em relação à suposta rigidez na separação dos poderes³⁹⁴ que é praticamente desconhecida na Inglaterra, cujo mote é a cooperação entre Parlamento e o Rei (Revolução Gloriosa)³⁹⁵. Outro aspecto é a própria legitimidade dada à magistratura, tanto britânica como norte-americana, embora em maior grau à norte-americana³⁹⁶, por força da construção dos

³⁹⁰ (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 89). Com enfoque invertido em relação à análise de Baptista da Silva (Da função à estrutura), Bobbio faz a mesma análise, partindo da estrutura para a função. (**Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2008. P. 88).

³⁹¹ “O problema é ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, reduzido, com o auxílio das teorias processuais da Constituição, a um simples procedimento de escolha de governantes. (...) A desjuridificação, nos países centrais, é entendida como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço da cidadania. A Constituição, desta maneira, não poderia mais pretender regular as sociedades complexas na atualidade.” (BERCOVICI, Giberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003b. P. 280).

³⁹² Todavia, nos países periféricos, como o Brasil, mostra-se perigosa a retirada da Constituição de muitos direitos que sequer foram implementados/efetivados pelos poderes (executivo, legislativo ou judiciário), mostrando ser atual a preocupação de Lenio Streck e Gilberto Bercovici quanto à tentativa de “retrocesso social”. (STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; e do mesmo autor **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007; e BERCOVICI, Giberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003b. P. 280).

³⁹³ Os maiores representantes são Estados Unidos da América e Inglaterra. (MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004; e DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996).

³⁹⁴ HAMILTON; MADISON ; JAY. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. P. 298-304; 305-309, sendo pertinente salientar a seguinte passagem: “Fica provado no capítulo antecedente que o axioma político que se examina não exige a separação absoluta dos poderes;” p. 305. Igualmente, em Pound, consta advertência a respeito do equívoco em se acreditar na rígida separação de poderes: “No século XIX, juristas filósofos deduziram a separação de poderes da idéia de liberdade e, assim, consideram-na dogma necessário a um Estado regido por leis.” (POUND, Roscoe. **Justiça Conforme a Lei**. São Paulo: Ibrasa, 1976. P. 69).

³⁹⁵ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder Y Libertad**. Madrid: Trotta, 1998. P. 285-291.

³⁹⁶ MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

institutos políticos³⁹⁷. O juiz para os norte-americanos é um herói³⁹⁸ e, como não adotam a necessária e rígida separação de poderes, não há empecilho algum que o cargo seja ocupado como coroamento de uma carreira bem sucedida, depois de passar por diversos cargos públicos bem como por ter sido, o futuro juiz, um advogado de sucesso³⁹⁹. Ademais, em muitos estados norte-americanos, os juízes são eleitos ou indicados pelos respectivos chefes do executivo (governadores), o que procura emprestar maior legitimidade às decisões judiciais, haja vista é necessário que o futuro juiz tenha íntima ligação com a política e com os políticos⁴⁰⁰. Enfim, o sistema de escolha não é através concurso público, como ocorre no Brasil, no que diz respeito ao acesso à magistratura de primeiro grau.⁴⁰¹

Esta característica da *common law* empresta à magistratura maior legitimidade para solver os conflitos judiciais, tornando o juiz uma peça importante no cenário político da nação.

Outro aspecto que pode ser analisado em relação à separação de poderes, com a contribuição do dialogismo de Bakhtin⁴⁰² e da Análise do Discurso⁴⁰³ diz respeito à expressão “Poder Judiciário” no imaginário dos juristas⁴⁰⁴. Ao se separar os poderes, cria-se, no imaginário dos juristas, que o Poder Judiciário é único, possui uma só voz⁴⁰⁵ e uma só

³⁹⁷ Alexis Tocqueville, ao analisar a democracia norte-americana surpreendeu-se com o poder (político) dado à Suprema Corte daquela nação que, por meio do que hoje denomina-se jurisdição constitucional, tinha o poder de decidir a causa de milhares de milhões de habitantes. Eis a ilustrativa passagem: “Nas nações da Europa, os tribunais só têm particulares como jurisdicionados; mas podemos dizer que a corte suprema dos Estados Unidos faz comparecer soberanos diante de si. Quando o oficial de justiça, adiantando-se nos degraus do tribunal, pronuncia estas poucas palavras: ‘O Estado de Nova York contra o de Ohio’, sentimos não estar na sala de um tribunal de justiça ordinário. E, quando pensamos que um dos litigantes representa um milhão de homens e outro dois milhões, ficamos impressionados com a responsabilidade que pesa sobre os sete juízes cuja decisão vai alegrar ou entristecer tão grande número de seus concidadãos.” (TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América: leis e costumes**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 169).

³⁹⁸ “En el mundo de derecho común sabemos lo que es un juez. Es un héroe cultural, (...). (MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. P. 73).

³⁹⁹ MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. Op. cit., p. 190-208.

⁴⁰⁰ MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. Op. cit.

⁴⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 93, I.

⁴⁰² BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1992. P. 107-133; e BRAIT, Beth (Org.). **Bakhtin, Dialogismo e Construção do Sentido**. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

⁴⁰³ BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à Análise do Discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002; e ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso: princípios & procedimentos**. Campinas: Pontes, 1999.

⁴⁰⁴ Em alusão ao “sentido comum teórico que ‘coisifica’ o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica.” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 57).

⁴⁰⁵ Ao trabalhar com questões ligadas ao romance, nos mais variados gêneros, Bakhtin afirma que há vozes, na figura de outros personagens ou até mesmo do autor (que não pode ser confundido com o narrador) que muitas vezes são introduzidas no texto de maneira discreta, para se ouvir a opinião do outro, do terceiro e o efeito de sentido pode ser o mais variado, desde uma advertência até uma paródia. Eis a seguinte passagem: “... o autor deforma parodicamente alguns momentos da ‘linguagem comum’, ou revela de maneira abrupta a sua inadequação ao objeto. Às vezes, ao contrário, como que se solidariza com ela, apenas mantendo uma distância mínima, e, de vez em quando, fazendo ressoar diretamente nela a sua própria ‘verdade’, isto é, confundindo inteiramente a sua voz com a dela. (...) Desta forma, aqui é introduzida a fala de outrem no discurso do autor

vontade. Conquanto a expressão ‘Poder Judiciário’ esteja no singular, o fato é que abarca uma coletividade, seja de através de juízes de primeiro grau, espalhados nas mais variadas comarcas ou circunscrições judiciárias, seja através dos tribunais de justiça, federais e do trabalho e, como ápice, as corte superiores localizadas em Brasília/DF⁴⁰⁶.

Conquanto o racionalismo imponha a busca do sentido único da lei, reforçando o mito da separação de poderes e também reforçando a ideia de que o Poder Judiciário é uno, no sentido de ter uma só “voz”⁴⁰⁷ ou um só discurso⁴⁰⁸, o que se percebe, graças a enorme cadeia recursal existente no Brasil, que há “vozes”⁴⁰⁹ ou discursos que, embora reprimidos, às vezes se fazem ouvir.

No discurso jurídico, é possível verificar que há um forte apagamento das “vozes das partes”, ou interessados e uma notória substituição, a fim de garantir uma certa unidade, uma noção de verdade e uma autoridade necessárias⁴¹⁰, pelas vozes dos intérpretes autorizados, no caso, os magistrados⁴¹¹ e, na maioria das vezes, os magistrados do mesmo tribunal, precipuamente, no caso de cortes colegiadas. Um exemplo pode ser dado no julgamento da

(narração) sob uma forma dissimulada, isto é, sem qualquer indicação formal da sua pertença a outrem, seja direta ou indireta. (...) O autor e o narrador supostos recebem um significado totalmente diferente quando eles são introduzidos como portadores de uma perspectiva lingüística, ideológico-verbal particular, de um ponto de vista peculiar sobre o mundo e os acontecimentos, de apreciações e entonações específicas, tanto no que se refere ao autor, quanto no que se refere à narração e à linguagem literária ‘normais’.” (BAKHTIN, Mikhail. **Questões de Literatura e de Estética**: a teoria do romance. São Paulo: Hucitec, 1998. P. 108-117).

⁴⁰⁶ A respeito da organização judiciária brasileira, vide artigos 92 a 140 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴⁰⁷ BAKHTIN, Mikhail. **Questões de Literatura e de Estética**. Op. cit.

⁴⁰⁸ Na obra de Bakhtin, não há distinção entre texto e discurso, pois o autor russo é anterior à Foucault. Há, na sinonímia entre texto, na obra de Bakhtin, e discurso, na obra de Foucault, pois ambos são considerados manifestações históricas dotadas de sentido e, em certo medida, com poder de influenciar outros comportamentos e outros discursos. (BRAIT, Beth (Org.). **Bakhtin, Dialogismo e Construção do Sentido**. Campinas: Editora da Unicamp, 2001. P. 28).

⁴⁰⁹ BAKHTIN, Mikhail. **Questões de Literatura e de Estética**: a teoria do romance. São Paulo: Hucitec, 1998.

⁴¹⁰ Unidade, verdade e autoridade dos discursos (para Bakhtin, vozes ou polifonia) são noções que são constantemente trabalhadas pela Análise do Discurso, disciplina de entremeio, cuja função é visualizar o efeito de sentido e não um “sentido originário”. Vide, ORLANDI, Eni Puccinelli. **Interpretação**: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico. Petrópolis: Vozes, 1998. P. 23. Em relação à verdade, convém citar Foucault, quando afirma que há uma irresistível tendência do discurso jurídico em buscar formas de verdade a fim de se justificar e legitimar. (FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 1999. P. 10). Na mesma linha, Foucault discorre sobre a distinção discursiva entre razão e loucura, afirmando que o discurso da razão é aquele que tem validade perante a justiça, que é ouvido, que é respeitado. Eis a passagem: “Existe em nossa sociedade outro princípio de exclusão: não mais a interdição, mas uma separação e uma rejeição. Penso na oposição razão e loucura. (...) o louco é aquele cujo discurso não pode circular como o dos outros: (...)” (FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. Op. cit., p. 10).

⁴¹¹ Pode-se, neste momento, traçar um paralelo com a ideia de Häberle sobre a possibilidade de construção de uma hermenêutica constitucional em relação aos ‘novos’ intérpretes, que estão em oposição aos intérpretes formalmente legalizados. Eis a passagem: “A questão da legitimação coloca-se para todos que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido – legitimação através procedimento constitucional.” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997. P.29).

suspensão de tutela antecipada (STA) nº 194/SC⁴¹² cujo pedido formulado pelo Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina foi no sentido de suspender o cumprimento de tutela antecipada deferida por juízo da Vara da Fazenda e de Acidentes do Trabalho que obrigava o referido Instituto ao pagamento de auxílio-moradia a alguns de seus beneficiários favorecidos numa ação coletiva. O pagamento traria grande impacto na folha, causando grave lesão à

⁴¹² Convém transcrever parcela da STA 194: “1. O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPESC, com fundamento nos arts. 4º da Lei 4.348/64, 25 da Lei 8.038/90, 4º da Lei 8.437/92 e 297 do RISTF, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida pelo Juízo de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho - Comarca da Capital e mantida pelo acórdão que negou provimento à apelação cível do requerente, nos autos da Ação Ordinária 023.01.033446-0 (fls. 95-101), que determinou a inclusão do pagamento do auxílio-moradia às pensionistas associadas da autora. Sustenta o requerente, em síntese: a) cabimento do presente pedido, dado que a matéria em discussão é de natureza exclusivamente constitucional; b) ocorrência de grave lesão à ordem pública, na medida em que a decisão impugnada permitiu a extensão de verba indenizatória às pensionistas do Ministério Público estadual, em afronta aos arts. 37, X; 96, II, “b”; e 127, § 2º da Constituição da República; c) a competência para dispor sobre política remuneratória dos membros do Ministério Público se dá através lei específica e de iniciativa privativa do próprio parquet e não por via indireta através aplicação de ato administrativo emanado pelo Tribunal de Justiça estadual; d) existência de grave lesão à economia pública, pois desde a concessão da antecipação da tutela o requerente já desembolsou R\$ 5.112.305,33 (cinco milhões, cento e doze mil, trezentos cinco reais e trinta e três centavos); e) natureza indenizatória do auxílio-moradia e, portanto, não incorporável aos benefícios previdenciários das associadas da autora. f) possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”, tendo em vista a existência de inúmeras pensionistas em situações análogas àquelas das associadas da autora. (...)4. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, caput, c/c o art. 1º da Lei 9.494/97, prevê o deferimento do pedido de suspensão da execução de tutela antecipada, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no processo de ação popular e na ação civil pública, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. No presente caso, encontra-se demonstrada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-processual, dado que a execução da tutela antecipada em questão, antes de seu trânsito em julgado, contraria o que dispõem os arts. 1º e 2º-B da Lei 9.494/97. No mesmo sentido, a decisão por mim proferida nas SS 3.285/MT, 3.312/MS e na STA 188/MA, DJ 02.8.2007, 03.8.2007 e 1º.02.2008, respectivamente. Está demonstrada, ainda, a grave lesão à economia pública, na medida em que a incorporação do valor do auxílio-moradia aos proventos das pensionistas associadas à autora causará grande impacto financeiro-orçamentário para o requerente, conforme levantamento feito pelo requerente às fls. 126-190. Ademais, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de outras pensionistas em situação potencialmente idêntica àquela das associadas à autora. 5. Destaco, por fim, do parecer da Procuradoria-Geral da República: “9. Ao ordenar ao ora requerente que altere a forma de cálculo das pensões por morte recebidas pelos cônjuges de membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, para que nelas se inclua a vantagem auxílio-moradia, o acórdão questionado contrariou o disposto no art. 2º-B da Lei nº 9.494/97, que proíbe a inclusão de verba em folha de pagamento de servidores até o trânsito em julgado da sentença, incorrendo, por conseguinte, em lesão à ordem pública, uma vez compreendida neste conceito a ordem jurídico-processual. 10. De outro lado, o demonstrativo de gastos anexado pelo requerente às fls. 126-190 expõe a relevância da verba alocada para o pagamento de vantagem controvertida a um pequeno grupo de pensionistas. O indeferimento do pedido causaria ao IPESC prejuízo anual de cerca de um milhão de reais, ainda que desconsiderada a ocorrência do efeito multiplicador.” (fl. 196) 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da tutela antecipada concedida pelo Juízo de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho - Comarca da Capital e mantida pelo acórdão que negou provimento à apelação cível do requerente, nos autos da Ação Ordinária 023.01.033446-0 (fls. 95-101). Comunique-se. Publique-se. Brasília, 07 de abril de 2008. Ministra Ellen Gracie, Presidente.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=71&dataPublicacaoDj=22/04/2008&numProcesso=194&siglaClasse=STA&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=52&codMateria=7>>. Acessado em: 25 maio 2009.

economia e ainda poderia gerar o temido efeito multiplicador. Ao decidir⁴¹³, ignorando explicitamente as teses articuladas pela Fazenda Pública, a Ministra Relatora apenas se reportou a precedentes da própria corte para explicar a decisão. As voz (discurso) interessada da Fazenda Pública e a voz (discurso) da parte que sofreu as consequências da decisão foram silenciadas e substituídas pelas vozes dos demais pares do STF. O diálogo que o texto contém não superou os limites do próprio Supremo, haja vista apenas as vozes tradicionalmente legitimadas foram reproduzidas. Via de regra, esta é a prática do discurso jurídico, o apagamento de todas as demais vozes e a substituição pelas vozes autorizadas, que, na atualidade, parecem ser os precedentes de outros, ou do mesmo, tribunal e eventualmente da doutrina.

Num paralelo com a hermenêutica constitucional defendida por Häberle⁴¹⁴, deveria haver uma abertura da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e não somente a possibilidade de abertura, mas também a concretização, no julgamento, da voz de outros intérpretes⁴¹⁵, todos legítimos, haja vista inseridos numa sociedade, embora considerados ilegítimos pelo poder judiciário porque não fazem parte do seletto grupo autorizado a interpretar a constituição⁴¹⁶.

Em direção à necessidade de abertura dos intérpretes ou reconhecimento de outras vozes, jurisdição praticada pelo STF, no que diz respeito ao controle concentrado, tem aceitado outras vozes, ou outros intérpretes, conforme se percebe na ADI 3510⁴¹⁷, cuja análise mostra a utilização pioneira do instrumento da audiência pública prevista na Lei nº 9.868, de 11 de novembro de 1999, artigo 9º, § 1º cujos dispositivos regulam o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade. No julgamento dessa ação (ADI

⁴¹³ Na verdade, conforme advertência de Ovídio Baptista da Silva, os juízes não decidem, apenas justificam como obtiveram uma resposta correta que cujo conteúdo expressa a vontade da lei. Ver, nesse sentido: “Na verdade, nossos magistrados, segundo o sistema, não “decidem”, apenas “julgam”, porquanto toda decisão pressupõe “discrição”, escolha entre duas ou mais alternativas aceitas pela norma. O magistrado concebido pelo sistema apenas “declara”, esclarece a “vontade da lei”. Como ele próprio é pensado como não tendo “vontade”, fica eliminado o poder decisório: ...” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 29 maio 2009).

⁴¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

⁴¹⁵ “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Op. cit., p. 12-13).

⁴¹⁶ “A análise até aqui desenvolvida demonstra a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático.” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Op. cit., p. 23)

⁴¹⁷ Questionou-se, atravéssta ação, o uso de células-tronco embrionárias. Mais informações, no site do tribunal: <<http://www.stf.jus.br>>.

3510), ao contrário do que costuma habitualmente acontecer no âmbito do discurso jurídico, nos votos de diversos ministros, houve referência a outras “vozes” (discursos) das ciências-biológicas, de ordenamentos jurídicos de outras nações além da referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, o que se mostra relevante em termos de abertura do discurso jurídico⁴¹⁸.

É neste entremeio que se situa o instituto da suspensão de segurança. De um lado é um instrumento que permite ao STF, exemplificativamente, cassar decisões judiciais que estejam tentando, através de novos valores insculpidos com a viragem constitucional⁴¹⁹, cumprir a Constituição e servir como um elemento de diálogo entre os três poderes, pois por mais paradoxal que possa parecer, o uso de um instrumento jurídico como a suspensão de segurança mostra, no atual quadro político-institucional, que compete às Cortes Superiores interferir no processo judicial em qualquer fase e sob qualquer pretexto⁴²⁰.

A eventual interferência em qualquer fase do processo por parte do STF, por exemplo, está vencida porque a suspensão de segurança não é recurso e, portanto, não se submete a requisitos recursais intrínsecos e extrínsecos previstos no Código de Processo Civil⁴²¹ o que dá maior liberdade ao julgador decidir pela intervenção no feito. O pretexto do porquê da intervenção, igualmente, fica mitigado, uma vez que sequer há certeza em relação ao que a epistemologia do conhecimento costuma denominar natureza jurídica, sendo, praticamente, reconstruídos os motivos de utilização do instituto da suspensão de segurança de caso a caso⁴²². O paradoxo se mostra pela ausência de estranhamento que um instrumento tão autoritário possa viver (e conviver) pacificamente no seio da ordem jurídica e no seio da sociedade (inclusive na comunidade dos juristas) que toleram a utilização destes

⁴¹⁸ Convém ler com atenção o artigo de Jânia Maria Lopes Saldanha cuja análise do instituto da audiência pública no âmbito da ADI 3510 e ADPF n°s 54 e 101, mostrando-se percuriente ressaltar que o voto de muitos ministros do STF deram voz a outros discursos que não apenas o jurídico. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes**: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In *Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 125-130).

⁴¹⁹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; e do mesmo autor **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁴²⁰ Tanto a enorme cadeia recursal como a possibilidade de decisões cuja natureza parecem ser legítimos atos de poder (ou atos políticos), mostram que o direito está cada vez mais concentrado nas cortes superiores, ao menos no que diz respeito a matérias envolvendo diretamente questões de Poder. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A **Reforma do Poder Judiciário III**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/opiniaoh.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009).

⁴²¹ Tais como sucumbência e preparo, por exemplo. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. V. I. P. 548 e 553, respectivamente)

⁴²² CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2007. P. 435-439.

procedimentos como se fosse uma rara exceção que não mais será utilizada por seus legitimados⁴²³.

Essa suposta ausência de estranhamento em relação à utilização de um instrumento jurídico pelos juristas indica, no caso do uso do instituto da suspensão de segurança, um certo divórcio entre a teoria e a prática jurídicas, entre o direito escrito e o direito que se materializa no foro, o direito “vivo”⁴²⁴. Esse divórcio não é exclusivo dos juristas e em outros ramos do saber, tais como na literatura⁴²⁵, por exemplo, já existem críticos que apontam para esta característica da sociedade brasileira em muito transplantar, ou copiar, e pouco criar.

É inegável, e este tema será assunto do próximo tópico, que a relação que a sociedade tem com um instituto verdadeiramente criado a partir de necessidades reais e um instituto transplantado ou utilizado fora de contexto é totalmente diversa e expõe, na maioria das vezes, agruras de que padecem as sociedades por não conseguirem, eficazmente, solucionar problemas caseiros a partir de soluções também caseiras, ou soluções adequadas ao momento histórico e cultural de determinado país.

Dois exemplos se mostram emblemáticos de como um instituto é trabalhado ou retrabalhado noutra cultura, no caso a brasileira, evidenciando a grande ou enorme expectativa entre a ficção jurídica e a realidade prática, são os institutos do mandado de injunção e o instituto da medida provisória. O mandado de injunção, conquanto útil, mostrou-se, à época da promulgação da Constituição de 1988, que o Supremo Tribunal Federal (e também a sociedade brasileira) ainda não estava pronto para absorver a totalidade da

⁴²³ Por via transversa, a impressão que se tem é de abertura ao STF, no caso de suspensão de segurança envolvendo matéria constitucional, para que o Supremo decida, caso a caso, a pertinência ou não de intervir no processo de conhecimento. É como se fosse possível uma manifestação “ad hoc”, sem ter como controlar, eficientemente, o grau de arbitrariedade contido na decisão judicial que julga pela suspensão.

⁴²⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

⁴²⁵ Roberto Schwartz critica o fato de se importar ou adotar estilos literários no Brasil, tais como romantismo, real-naturalismo ou até mesmo modernismo com a mesma conotação dos movimentos literários europeus, esquecendo-se que o Brasil, em muitos casos, vivia situação econômica e social muitas vezes diferente da realidade européia, o que, por si, retiraria a igualdade postulada pela crítica literária. A este respeito, convém transcrever a seguinte passagem: “É certo que atrazo e atualização têm causas internas, mas é certo também que as formas e técnicas – literárias e outras – que se adotam nos momentos de modernização foram criadas a partir de condições sociais muito diversas das nossas, e que a sua importação produz um desajuste que é um traço constante de nossa civilização. Em perspectiva nacional, este desajuste é a marca do atrazo. Em perspectiva mundial, ele é um efeito do desenvolvimento desigual e combinado do capitalismo, de que revela aspectos essenciais, donde o seu significado “universal”. Noutras palavras, não inventamos o Romantismo, o Naturalismo, o Modernismo ou a indústria automobilística, o que não nos impediu de os adotar. Mas não bastava adotá-los para reproduzir a estrutura social de seus países de origem. Assim, sem perda de sua feição original, escolas literárias, científicas e Volkswagens exprimiram aspirações locais, cuja dinâmica entretanto era outra. Daí uma relação oblíqua, o já citado desajuste, que aliás é um problema específico para quem estuda a literatura de países subdesenvolvidos.” (SCHWARTZ, Roberto. **O Pai de Família e Outros Estudos**. São Paulo: Paz e Terra, 1992. P. 116).

“conquista”⁴²⁶ obtida em relação à possibilidade de ser feita uma justiça “ad hoc” para um determinado caso concreto. Enfim, o STF, nos autos do Mandado de Injunção nº 211⁴²⁷, reduziu à pó o novel instituto. Atualmente, passados mais de vinte anos da promulgação da última Constituição, o mesmo STF tem retrabalhado o instituto do mandado de injunção compatibilizando-o ao seu tempo⁴²⁸.

Em relação às medidas provisórias, a prática mostrou que de excepcionais passaram à regra⁴²⁹ e o Poder Executivo, que antes encontrava-se mais engessado, sob à ótica da anterior Constituição, em relação ao uso dos Decreto-leis⁴³⁰, teve a oportunidade de intervir nos mais variados ramos da sociedade através do uso indiscriminado de medidas provisórias. O uso exagerado (ou talvez adequado ao momento histórico brasileiro) mostra, ou evidencia, o que surgiu para ser uma exceção e atualmente é a regra, vez que este instituto foi inserido na Constituição de 1988 sem qualquer estudo de viabilidade em relação aos costumes brasileiros.

Por mais paradoxal que seja, é com a mentalidade de que o direito foi dado e não construído que se deve trabalhar, conforme ver-se-á no próximo item, com a noção de direito à moradia e como concretizá-lo.

3.4 A Construção das Liberdades no Brasil. A Constante Antecipação dos Direitos

Não seria exagero afirmar que deve haver uma simetria entre a Constituição real e a Constituição escrita, no que Lassalle denominava os fatores reais do poder⁴³¹, todavia, no caso brasileiro, ao que parece ao longo da história, nem sempre é (ou foi) possível visualizar uma certa simetria entre o texto constitucional e a prática política desenvolvida e, em muitos casos, esse descompasso foi um dos fatores de agravamento de crises institucionais⁴³².

⁴²⁶ “Recusar auto-aplicabilidade ao mandado de injunção é sofismar o mais poderoso instituto já concebido no Direito Constitucional para fazer o País legal acercar-se do País real ou a sociedade prevalecer sobre o Estado na defesa e salvaguarda dos direitos e liberdade da cidadania.” (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991. P. 512).

⁴²⁷ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em 31 jul. 2009.

⁴²⁸ Neste sentido, ver MI nº 728, acessível em consulta ao sítio eletrônico do STF (www.stf.jus.br).

⁴²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 464.

⁴³⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991. P. 500.

⁴³¹ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. P. 11.

⁴³² A primeira Constituição brasileira, em 1824, foi precedida de um golpe de Estado (12.11.1823) e dissolução da Assembléia Geral Constituinte e, posteriormente, outorgada pelo então Imperador Dom Pedro I. O hibridismo da carta de 1824, entre o liberalismo e o absolutismo, foi causa da constante instabilidade política do primeiro reinado. A primeira carta republicana foi um simulacro de federalismo, tendo sido descumprida sistematicamente pelas oligarquias brasileiras. A carta de 1934, embora tenha evoluído no que diz respeito à incorporação de direitos sociais, teve vida curta devido ao golpe de Estado perpetrado por Getúlio Vargas. A Constituição de 1937 sequer entrou em vigor, se observado o art. 80 daquela carta. A carta de 1946, embora elaborada depois de amplo processo constituinte, pecou por tentar conciliar preceitos liberais com técnicas reacionárias, por fim, a

As origens da sociedade brasileira explicam características próprias com relação à maneira como o povo (a sociedade civil) se relaciona com o Estado e os reflexos nas instituições políticas, jurídicas, econômicas e sociais.

A primeira constatação é de que os países que serviram de modelo, ou os países com que a América teve contato foram Espanha e Portugal (América Central e do Sul) e Inglaterra (América do Norte) e, portanto, nada mais natural que a cultura e os hábitos e consequentemente as instituições destas nações fossem, na maioria das vezes, copiadas ou aplicadas aos países recém descobertos, no século XVI, sendo o Brasil um exemplo⁴³³.

A maneira como se deu a colonização, ou a ocupação do solo americano, comparando-se entre o modelo norte-americano e entre o modelo brasileiro possibilitam uma visualização de como, as sociedades se estruturaram e construíram suas instituições, existindo, em relação à sociedade norte-americana, maior organicidade, ou seja, maior proximidade entre o direito escrito (estatutos) e as práticas sociais⁴³⁴ e no caso da sociedade brasileira este divórcio é mais gritante⁴³⁵.

Os colonos que migraram para América do Norte, oriundos da Inglaterra, tinham, na sua maioria a mesma origem, tinham ciência dos hábitos ingleses e do dogma da soberania do povo adquirido com a monarquia dos Tudor. Além disso, saíram da Inglaterra para formar um novo mundo, uma sociedade livre, de iguais cuja liberdade religiosa⁴³⁶ fosse igualmente respeitada⁴³⁷. Essa originária condição de igualdade e o fato de estarem, os peregrinos⁴³⁸

Constituição de 1967/1969 existiram apenas no papel, haja vista sequer é possível emprestar à carta do regime autoritário algum tipo de legitimidade, ante o avanço dos Atos Institucionais. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991).

⁴³³ “É significativa, em primeiro lugar, a circunstância de termos recebido a herança através de uma nação ibérica. A Espanha e Portugal são, com a Rússia e os países balcânicos (e em certo sentido também a Inglaterra), um dos territórios-ponte pelos quais a Europa se comunica com os outros mundos. Assim, eles constituem uma zona fronteira, de transição, menos carregada, em alguns casos, desse europeísmo que, não obstante, mantém como um patrimônio necessário.” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Cia das Letras, 2000. P. 31).

⁴³⁴ VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P. 98. No mesmo sentido, Tocqueville ao falar a respeito da soberania do povo norte-americano. Vide a seguinte passagem: “Na América, o princípio da soberania do povo não é oculto ou estéril, como em certas nações; ele é reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; estende-se com liberdade e chega sem obstáculos às últimas conseqüências.” (TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América: leis e costumes**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 65).

⁴³⁵ VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P. 49.

⁴³⁶ Os maiores conflitos europeus, durante a Idade Média, era por liberdade religiosa, que grosso modo, equipara-se ao que hoje parece ser inaceitável: liberdade política. Não por outro motivo, as guerras, insurreições e desteros tinham como mote a restrição do súdito, ou de determinada parcela de súditos, em poder proferir livremente seu culto. (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder Y Libertad**. Madrid: Trotta, 1998).

⁴³⁷ Alexis Tocqueville, ao discorrer sobre a democracia na América, não se cansa de exaltar o espírito de igualdade que contaminou o solo norte-americano, haja vista os fatores de homogeneidade racial, homogeneidade de riquezas àqueles que aportaram ao novo mundo, espírito de trabalho sobre a terra entre outros. Nesse sentido: “Os emigrantes que vieram, em diferentes períodos, ocupar o território que hoje a União americana cobre, diferenciavam-se em muitos pontos; seu objetivo não era o mesmo e eles se governavam com

literalmente sozinhos no novo mundo, fez com que criassem instituições próprias, se organizassem de maneira particular e desta organização própria não há como negar que houve um encontro entre as reais necessidades da população, as práticas e costumes, e a legislação. Mesmo a riqueza ordinariamente acumulada por fazendeiros, à época das Colônias, não teve o condão de introduzir algum tipo de subordinação ou hierarquização exagerada, haja vista ausência de noções aristocráticas no seio da sociedade americana, no início da formação dos Estados Unidos da América⁴³⁹.

A sociedade norte-americana é(foi) um caso raro e feliz de auto-organização, de total adesão à vida comunal, de total respeito às liberdades locais em detrimento de um poder central, haja vista existindo certa igualdade entre todos, não há como legitimar o poder de um sobre o outro, sendo prática a união dos cidadãos da comuna⁴⁴⁰ para combater eventuais inimigos ou para combater a eventual intromissão de outro poder (ou o inimigo), ou do poder central.⁴⁴¹ Essas características criam (e criaram) uma forte noção de auto-governo, de

base em princípios diversos. Entretanto, esses homens tinham características comuns e achavam-se, todos, n uma situação análoga. O vínculo da língua talvez seja o mais forte e o mais duradouro que possa unir os homens. Todos emigrantes falavam a mesma língua; todos eram filhos de um mesmo povo. (...) Assim, as colônias inglesas tinham todas entre si, na época de seu nascimento, um grande ar de família. Todas, desde o princípio, pareciam destinadas a oferecer o desenvolvimento da liberdade, não a liberdade aristocrática de sua mãe-pátria, mas a liberdade burguesa e democrática de que a história do mundo ainda não apresentava um modelo completo.” (TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América: leis e costumes**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 37-39).

⁴³⁸ “Os emigrantes ou, como eles mesmos se chamavam tão apropriadamente, os peregrinos (pilgrims), pertenciam àquela seita da Inglaterra que a austeridade de princípios fizera receber o nome de puritana.” (TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América: leis e costumes**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 41).

⁴³⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América: leis e costumes**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 40.

⁴⁴⁰ Segundo Tocqueville, ao analisar a estrutura da sociedade norte-americana, destaca o papel do sistema comunal como sendo a espinha dorsal da verdadeira democracia na América. (TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Op. cit., p. 70). Este espírito comunal, na verdade, foi legado pelos britânicos, haja vista era característica da Europa no período posterior ao esfacelamento do Império Romano do Ocidente. Nesse sentido: “Estamos aqui diante das expressões mais puras da democracia – do governo do povo pelo povo que os publicistas e historiadores, como Max Weber e Mac Iver, chamam de Estado-aldeia, ou de aldeia-Estado.” E, mais adiante: “Poderíamos ter invocado, para ilustrar essa nossa afirmação, a Europa Germânica, a Europa Escandinava, a Europa Celta ou a Europa eslava; mas, preferimos invocar a Europa Ibérica e nela, especialmente, a velha Espanha, com as suas comunidades ou *pueblos*, de tipo agrário, que enxameiam, vivazes, todo o seu território. Não direi que seja ela, neste ponto, a terra mais original da Europa; mas, é certo que é uma das mais originais. Em nenhuma encontramos maior variedade destas “comunidades de aldeia” – ou agrícolas, ou pecuárias, ou de água, ou de pesca: - e o panorama histórico e etnográfico, que delas nos traça o admirável Joaquim Costa no seu *Colectivismo agrario*, abarca a Espanha na totalidade quase do seu território. Os interesses locais da terra, da produção, da vida dos habitantes são regidos, ali, por instituições próprias, populares e costumeiras, cujas origens se perdem nos horizontes da Pré-história e que vivem e funcionam ao lado das oficiais, criadas pelo Estado, sediado em Madri.” (VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P. 114).

⁴⁴¹ Ilustrativa a seguinte passagem: “De outro lado, quando os cidadãos são, todos, mais ou menos iguais, fica difícil para eles defender sua independência contra as agressões do poder. Como nenhum deles é forte o bastante para lutar sozinho com vantagem, apenas a combinação das forças de todos é capaz de garantir a liberdade.”

respeito às leis, haja vista editadas entre iguais, formando um “estado social”⁴⁴² que atravessa gerações e impele um modo de vida característico à sociedade norte-americana. Não é difícil imaginar, neste contexto histórico, uma maior identidade entre a sociedade e o Estado, entre as leis e as práticas sociais/costumes, enfim, pode-se afirmar que nos Estados Unidos o direito verdadeiramente nasce a partir de condições históricas, em geral caracterizadas por lutas ou confrontos no seio da sociedade⁴⁴³, ou seja, efetivamente, o direito nasce do fato⁴⁴⁴.

A sociedade brasileira parece ter seguido caminho totalmente diverso. Alfredo Bosi⁴⁴⁵, ao comentar as ideias de Gilberto Freire e Sérgio Buarque de Holanda, afirma que o conquistador português já trouxe em seu germe a cultura da aventura, exaltação exagerada ao personalismo, a cordialidade, a sensualidade e também a ausência de orgulho racial, sendo a miscigenação um traço característico da sociedade brasileira⁴⁴⁶. Dentre estas características, acrescenta-se que o início da formação da sociedade brasileira se deu através de forte hierarquização, haja vista as terras eram dadas pela Coroa Portuguesa aos sesmeiros⁴⁴⁷, ou seja, somente àqueles que tivessem condições de nela cultivar e proteger, os bons homens, portanto.

(TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**: leis e costumes. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P.64).

⁴⁴² Para Tocqueville, o estado social é produto de um fato que imprime um padrão de conduta capaz de guiar o cumprimento de leis e o respeito aos costumes numa nação. Eis o conceito: “O estado social é, ordinariamente, o produto de um fato, às vezes das leis, quase sempre dessas duas causas reunidas. Porém, uma vez que existe, podemos considerar ele mesmo como a causa primeira da maioria das leis, costumes e idéias que regem a conduta das nações; o que ele não produz, ele modifica” (TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Op. cit., p. 55). Na mesma linha, Oliveira Viana denomina de “complexos culturais” o que Tocqueville denominou de estado social. Convém transcrever esta passagem: “O que é certo é que o complexo representa um conjunto objetivo de fatos, signos ou objetos, que, encadeados num sistema, se correlacionam a idéias, sentimentos, crenças e atos correspondentes. (...) Um complexo cultural não contém apenas um sistema de normas sociais, possíveis de serem cristalizados num regulamento, num ritual, num prontuário, num código ou numa Constituição. Na sua composição encontramos, ao mesmo tempo, como estamos vendo, dois grupos de elementos componentes: os elementos externos ou objetivos (fatos, coisas, signos, tradições); os elementos internos ou subjetivos (sentimentos, idéias, julgamentos de valor, etc.): - e é desta complexidade de elementos constitutivos que ele tira o seu nome.” (VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999. P. 94).

⁴⁴³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 2004. P. 5-9.

⁴⁴⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “**Questão de Fato**” em **Recurso Extraordinário**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴⁴⁵ BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. P.27.

⁴⁴⁶ Convém transcrever a seguinte passagem: “No trato dos comportamentos familiares e clânicos, os ensaios de Gilberto Freyre e de Sérgio Buarque sugerem uma interpretação psicocultural do passado brasileiro. É uma leitura da nossa história escorada na hipótese geral de que o conquistador português já trazia em si traços de caráter recorrentes, que Sérgio Buarque chama de determinantes psicológicas, tais como o individualismo, qualificado como exaltação extrema da personalidade, o espírito aventureiro (daí a ética da aventura oposta à ética do trabalho), o nosso natural inquieto e desordenado, a cordialidade, o sentimentalismo sensual, que se exerce sem peias no que Gilberto Freyre classifica de patriarcalismo polígamo, a plasticidade social, a versatilidade, a tendência à mestiçagem (que já viria dos cruzamentos com os mouros) intensificada pela carência de orgulho racial, atributo que comparece nas caracterizações de ambos os estudiosos. (BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. Op. cit., p. 27).

⁴⁴⁷ LOBO, Haddock. **História Econômica e Administrativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1963. P. 34-35.

O que se percebe é que não ocorreu qualquer tipo de migração para o território brasileiro, depois de seu descobrimento, de portugueses descontentes com a pátria mãe, de portugueses perseguidos por professarem culto religioso diverso do da Coroa, de pessoas iguais para formar um novo mundo, uma nova pátria, livre e democrática. Ao contrário, a colonização brasileira se deu através de forte aparato estatal, através de grandes latifúndios, com segmentação entre grandes proprietários rurais⁴⁴⁸, portanto, ricos e diferentes, e entre o resto da população, representado por escravos, alguns poucos comerciantes e servidores públicos⁴⁴⁹. Foi uma colonização totalmente patrocinada pelo Estado português cujas características histórico-sociais não permitiram que se formasse, no seio da sociedade, noções de liberdade local, igualdade social, práticas de auto-governo, enfim, a sociedade brasileira foi formada pela Coroa Portuguesa e não teve oportunidade de constituir verdadeiras instituições democráticas⁴⁵⁰. Pode-se afirmar que a sociedade brasileira mais foi formada pelo Estado do que o contrário.⁴⁵¹

A par destas características, soma-se ao fato de ser característica dos latino-americanos, segundo Oliveira Viana⁴⁵², a praxe dos transplantes ou cópias culturais num sem número de coisas, dentre estas as instituições políticas⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Sérgio Buarque de Holanda não se cansa de afirmar que o Brasil foi uma nação rural em oposição a uma nação agrícola, ou seja, nunca houve a intenção da Coroa Portuguesa de tornar o Brasil um país exportador de riquezas através da agricultura (plantations). A preocupação maior era com a feitorização. Como justificativa, o autor afirma ser a vida litorânea um traço desta característica, visto que seria penoso à Coroa tentar explorar o interior do Brasil se não tinha a intenção de torná-lo uma colônia agrícola. Em sentido contrário, as colônias espanholas tiveram como marca a característica agrícola e a formação de cidades longe da costa. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Cia das Letras, 2000. P. 73; 95).

⁴⁴⁹ Predominou uma camada de latifundiários com interesses vinculados a grupos mercantis europeus; a força de trabalho se constituía, basicamente, no trabalho escravo; não havia alternativas à escravidão, haja vista o negro livre não conseguia obter algum tipo de ocupação na sociedade brasileira da época, vivendo, mesmo alforriado, de favor; instituições políticas precárias, haja vista os cargos públicos eram ocupados pelos proprietários rurais (homens bons) e a representação local se dava por força do rei que nomeava os governadores, intendentess, provedores, ouvidores, procuradores (funcionários reais), não existindo verdadeira autonomia local; ausência de representação política de todas as forças internas, haja vista o voto era indireto e censitário ao tempo do Brasil-Império; dependência do clero secular da Coroa Portuguesa, sendo indicado para assumir as paróquias e, por fim, a cultura letrada é rigorosamente estamental, não sendo possível a mobilidade vertical a não ser em raros casos de apradinhamento. (BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. P. 23-25).

⁴⁵⁰ VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999.

³⁹⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Cia das Letras, 2000. P. 29; e BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. P. 11-37.

⁴⁵² VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999.

⁴⁵³ “Os países latino-americanos são, com efeito, países todos devastados pela praxe dos ‘transplantes’ ou ‘empréstimos’ culturais em uma infinidade de cousas; mas, principalmente, o são em matéria de instituições políticas e de direito constitucional. Para os estudiosos da sociologia política, a América Latina constitui a zona mais ampla e mais ativa de conflitos entre os ideais e os atos, isto é, entre as normas (ou Chartas) das suas instituições políticas e os comportamentos dos que, ou – como simples cidadãos – as preocupam espontaneamente executar, ou – como membros do Estado, como governantes – são funcionalmente obrigados a isso.” (VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Op. cit, p.100-101).

Qual é o reflexo deste traço da cultura brasileira? O que há anos ocorre no Brasil: ausência de real estabilidade política, haja vista há um notório descompasso entre as instituições plasmadas nas diversas Constituições promulgadas ou outorgadas no Brasil e a verdadeira prática constitucional por parte da sociedade e por parte da classe dirigente⁴⁵⁴. E qual o reflexo em termos de Teorias da Constituição?

Analisando-se apenas a última Constituição brasileira, promulgada em 1988, percebe-se que o constituinte seguiu a tradição já consolidada em muitos países desde o final da Primeira Guerra Mundial no sentido de elaboração de constituições diretivas, ou dirigentes⁴⁵⁵, cujo conteúdo, além de normas que regulem os direitos e garantias individuais e a organização do Estado, direitos de segunda e até de terceira gerações⁴⁵⁶. Foram dados direitos, sem contudo, em muitos casos, estes mesmos direitos terem sido postulados anteriormente pela sociedade ou por parcela da sociedade.

Não se quer dizer com isso que não se devem incluir direitos de segunda geração, ou mesmo direitos de terceira geração, em cartas políticas, quer-se apenas ressaltar que a relação com que uma sociedade se comporta com um direito construído a partir de lutas, de necessidades reais, num determinado momento histórico⁴⁵⁷ com certeza é muito diferente da relação que uma sociedade terá com um direito que, a despeito de ser necessário, foi obtido sem discussões, sem luta e às vezes descompassado do momento histórico⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991. No mesmo sentido, calha a observação de Sérgio Buarque de Holanda: “A tentativa de implantação da cultura européia em extenso território dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em conseqüências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem.” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Cia das Letras, 2000. P. 31)

⁴⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 36-37; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; e do mesmo autor **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁴⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004. P. 9.

⁴⁵⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Op. cit.

⁴⁵⁸ Convém transcrever a surpresa de Ovídio Baptista da Silva, ao se deparar, no ano de 1957, com uma situação que exigira uma tutela de urgência, quando, percebeu que mesmo estando o processo cautelar disciplinado no Código de Processo de 1939, ainda era pouco debatido na doutrina e ainda com pouco uso forense. Eis a passagem: “Quando, em 1957, a jurisdição de urgência pela primeira vez chamou-me a atenção, por força de minhas necessidades e premências profissionais, não obstante uma espécie de premonição que, naquela oportunidade, me ocorria, da importância do problema, ninguém poderia dizer, ou supor, que aquilo que hoje se chama processo cautelar pudesse ter atingido a importância surpreendente que atingiu, no momento histórico da

O fato de o Brasil ter adotado, em 1988, ao promulgar sua Constituição, as bases do que Canotilho chamara de Constituição dirigente⁴⁵⁹ criou expectativa perante a sociedade de que através da Constituição seria possível mudar os fatos e seria possível conformar a política⁴⁶⁰. Seguramente, esta é uma das características de Constituições dirigentes em países de modernidade tardia⁴⁶¹ como o Brasil: antecipação de direitos e engessamento de políticas públicas pela carta política, sem, contudo, em muitos casos, ter havido uma real discussão anterior perante a sociedade⁴⁶². O maior reflexo desta atitude é a aposta que se faz no poder judiciário como órgão que conduzirá as mudanças estipuladas na Constituição⁴⁶³, acredita-se que o Poder Judiciário será capaz, através do que se denominou de constituição jurisdicional, de mudar a realidade, de fazer cumprir as normas constitucionais, enfim, acredita-se que o poder judiciário será capaz de mudar os fatos por meio da Constituição⁴⁶⁴.

Se não é possível acreditar ingenuamente que o Direito seja capaz de mudar a realidade social e conformar o político, é possível acreditar que o Direito possa, em países

cultura jurídica continental européia. Recordo-me que em 1957 já vigia o Código de Processo Civil de 1939 há quase 20 anos e a única obra monográfica sobre o processo cautelar (então conhecido como “medidas preventivas”) era um ensaio, por sinal muito bom, do Professor Lopes da Costa, com pouco mais de cem páginas. De modo que 18 anos depois da sua promulgação, o Código de 1939 provocara apenas essa pequena monografia. Mas o surpreendente é que o processo cautelar, que todos conhecemos e com o qual a teoria e a prática forense, este mesmo processo cautelar estava suficientemente disciplinado no Código de 1939. Só que ninguém havia notado. Isso deixa-me estarecido e surpreso, verdadeiramente surpreso, quando noto que a Lei tem a vigência que as necessidades sociais lhe reclamam e impõem.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 63).

⁴⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

⁴⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. P. 453-462 e ser a Constituição um estatuto jurídico do político está na pág. 12.

⁴⁶¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; e do mesmo autor **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁴⁶² “O restante da doutrina, em sua imensa maioria, continuou a entender o dilema constitucional brasileiro dentro dos tradicionais parâmetros da dicotomia Constituição \times realidade, mantendo uma visão extremamente otimista para não dizer ingênua, do Poder Judiciário como a grande esperança na concretização da Constituição de 1988.” (BERCOVICI, Giberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. *In*: **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a. P. 76-77).

⁴⁶³ Bercovici aponta que a grande conseqüência gerada pela Constituição Dirigente foi o exagerado crescimento dos tribunais constitucionais, haja vista o caráter político destes foi superdimensionado, uma vez que detinham o dom de dizer o que era a Constituição bem como impor condutas aos demais poderes. (BERCOVICI, Giberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. *In*: **Teoria da Constituição**. Op. cit., p. 118).

⁴⁶⁴ “Esta visão, talvez, causa a principal falha, a nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição autocentrada em si mesma. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria “auto-suficiente” da Constituição. Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais.” (BERCOVICI, Giberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. *In*: **Teoria da Constituição**. Op. cit., p. 119).

como o Brasil, cuja característica é de promessas incumpridas da modernidade⁴⁶⁵, transformar a realidade social e participar da vida política através jurisdição constitucional adequada ao momento histórico, às forças político-econômico e sociais vigentes, sob a batuta de uma nova Teoria da Constituição Dirigente, como pregada por Lenio Streck, ou seja, uma Teoria da Constituição Dirigente adequada a países como o Brasil⁴⁶⁶. Obviamente, seria necessário re-incluir a Política como uma das possibilidades de atuação do Poder Judiciário, liberando-se os juízes do estrito dogma da separação de poderes.

O que se percebe atualmente é que embora haja grande preocupação com uma jurisdição constitucional, esta preocupação dá-se através da jurisdição concentrada, aumentando o Poder Político das Cortes Supremas. No Brasil, a participação do STF envolvendo casos polêmicos como a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3510), importação de pneus usados (ADPF 101) e a antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencéfalos (ADPF 54) mostram a importância do Supremo na atualidade, haja vista as discussões travadas nos autos das respectivas ações servirão de parâmetro a toda a sociedade. Todavia, há direitos, como o de moradia, que não são totalmente exequíveis apenas através da jurisdição concentrada. A implementação do direito à moradia, conforme previsão constitucional⁴⁶⁷ em geral dá-se através de uma situação concreta, ou seja, o Ministério Público, em geral, nos autos de uma ação civil pública, na defesa de interesses difusos ou coletivos, exige do Poder Público o cumprimento desse direito à moradia.

Em que pese não ser concentrada a jurisdição, o uso de uma ação civil pública demonstra que os paradigmas processuais não ainda não estão totalmente ajustados para este tipo de prestação jurisdicional, uma vez que no pólo ativo há um único agente representando uma coletividade, no pólo passivo, via de regra, há um ente político cuja decisão o afetará e o condenará a efetivar um direito social, uma política pública, todavia a prestação jurisdicional parece estar no meio do caminho entre a jurisdição concentrada e a jurisdição difusa, porquanto o Ministério Público haja como um substituto processual ou como um fiscal da lei(?) e o juiz, quando profere uma decisão condenando o Poder Público está apenas e tão somente cumprindo a Constituição ou está efetivando uma política pública sistematicamente descumprida pelo poder político(?). Neste momento, parece que é possível encontrar alguns limites e justificações do porquê as cortes superiores, notadamente o STJ e o STF, se utilizam deste instrumento jurídico para cassar as decisões, muitas vezes legítimas, proferidas pelos

⁴⁶⁵ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁴⁶⁶ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Op. cit., p. 112-113.

⁴⁶⁷ Art. 6º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil.

juízes ou tribunais: migração de poder delegado ao tribunal constitucional para os juízes ou membros dos tribunais locais⁴⁶⁸. Não obstante, o que se deve construir, com a noção de antecipação dos direitos ou sua regulação através de Constituições dirigentes, é o diálogo entre os próprios membros do Poder Judiciário e destes com os membros e órgãos do Poder Executivo e legislativo.

Enfim, o que se busca é verificar a atuação dos Poderes à luz das demandas do século XXI e à luz da realidade brasileira para se poder construir um uso legítimo, democrático e adequado ao momento histórico.

⁴⁶⁸ “A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania” (“*der zipfel der Souveränität*”), da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.” (...) A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do “positivismo jurisprudencial”) é a da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional?” (BERCOVICI, Giberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. *In*: **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a. P.121; 125).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tentativa, neste trabalho, foi discorrer a respeito do uso do instituto jurídico da suspensão de segurança⁴⁶⁹ pelas cortes superiores, notadamente o STF, quando do cumprimento de políticas públicas.

Se por um lado, a Constituição brasileira, promulgada no ano de 1988, caracterizou-se como rompimento ao paradigma, no sentido de incorporação de novos direitos⁴⁷⁰, no sentido do dirigismo constitucional, haja vista muito inspirada nos ciclos constitucionais de Portugal e Espanha, forçoso reconhecer que ainda há um longo caminho a percorrer entre a letra fria do texto constitucional e a efetivação dos direitos, ou seja, as promessas da modernidade.

O que se tem percebido, ao longo de mais de vinte anos de vigência da Carta Política de 1988, é o crescimento do papel do Supremo Tribunal Federal em questões ligadas à interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais. O que Canotilho⁴⁷¹ havia louvado ao escrever sua obra a respeito da vinculação que a Constituição dirigente impõe ao legislador, ao executor e também ao judiciário parece ter encontrado uma encruzilhada em se tratando de realidade brasileira: avançar e conceder mais poderes ao judiciário para continuar intervindo ativamente na política ou retroceder e construir possibilidades de desonerar o Poder Judiciário de ser o agente transformador da realidade⁴⁷².

Em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, as respostas exigidas pela Constituição (dirigente) de 1988 parecem estar sendo cumpridas pelo STF, mesmo havendo vozes contrárias e mesmo levando em consideração que Canotilho, em diversas obras posteriores, tenha rediscutido o papel transformador do dirigismo constitucional. No Brasil, cada vez mais, repita-se, o STF tem encontrado mecanismos para efetivar a Constituição com a sincretização dos procedimentos abstrato e difuso de constitucionalidade. Exemplos não faltam: às ações declaratórias, tanto de inconstitucionalidade (ADI) quanto de

⁴⁶⁹ Conforme advertência contida na introdução, no sentido mais amplo possível.

⁴⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; do mesmo autor, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; e SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes**: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

⁴⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

constitucionalidade (ADC) bem como à ação de descumprimento de preceito fundamental, foram agregados mecanismos de participação de outros intérpretes da sociedade⁴⁷³, possibilitando-se a abertura e construção de sentido de maneira mais democrática, não apenas levando-se em conta os parâmetros rígidos da democracia representativa, mas abrindo-se a efetiva participação da sociedade⁴⁷⁴.

A importância da audiência pública⁴⁷⁵ e a maneira como assuntos relevantes à nação são abordados pelo STF, mostram o acerto em romper com os paradigmas tradicionais, tais como defendidos pela epistemologia do conhecimento, no sentido de inexistência de partes ou a ausência de “um caso concreto” em se tratando de jurisdição concentrada praticada no STF. Pode-se afirmar em se tratando de jurisdição constitucional, conforme vem sendo construída no Brasil, a incorporação de situações concretas aos procedimentos de controle de constitucionalidade para fins de discussão das normas constitucionais. Saliente-se, também, o caminho inverso adotado pelo STF, quando do cumprimento das Leis nºs 11.417/06 e 11.418/06, cujos dispositivos regulam a adoção de súmula vinculante e a adoção da repercussão geral do recurso extraordinário, respectivamente, ambos institutos originários de uma discussão de um caso concreto, cuja relevância do tema transcende a esfera individual, fazendo com que o Supremo fixe o entendimento não apenas àquele caso, mas a todos os demais semelhantes⁴⁷⁶. Se foi possível avançar tanto, se foi possível destruir e reconstruir paradigmas e repensar o papel do STF, porque não seria possível repensar os mesmos paradigmas para incluir o juiz de primeiro grau também como um intérprete não somente autorizado, mas legitimado da Constituição⁴⁷⁷.

⁴⁷³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

⁴⁷⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes**: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In* Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁷⁵ Conforme previsão contida nas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99.

⁴⁷⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes**. Op. cit., p. 122.

⁴⁷⁷ Bercovici imputa como grande consequência da Constituição Dirigente o mito de que todos os problemas serão resolvidos pela Corte Constitucional, ou seja, o dirigismo confia tanto na Constituição dirigente que ela se basta, não havendo necessidade de construção de Teoria do Estado e de Teoria Política para que seja possível governar uma nação. (BERCOVICI, Giberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. *In*: **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.). Talvez, haja razão no pensamento de Bercovici, todavia ainda há espaço para se resgatar um dirigismo, em termos de realidade brasileira, mais híbrido, com a participação do juiz na escolha e definição de políticas públicas, em que pese a aparente legitimidade. (BERCOVICI, Giberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. *In*: **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a. P. 125; e nas seguintes obras do mesmo autor: **Desigualdades Regionais**,

Nesse momento, parece salutar trabalhar e retrabalhar com o instituto da suspensão de segurança, para, permitir ao juiz (de primeiro grau) ao invés de decidir sem ouvir outros intérpretes⁴⁷⁸, seja obrigado a decidir apenas depois de se envolver profundamente nas questões que deverá julgar. Tome-se os exemplos das ações civis públicas já mencionadas ao longo deste trabalho cujos pedidos foram no sentido de determinar (condenar) o Poder Público ao cumprimento do direito de moradia, entendendo-se por moradia o ato de retirar famílias de área de risco e realocá-las numa área urbanizada, com todos os requisitos que o princípio de dignidade humana exige. Para tanto, parece necessário, haja vista a função do STF, determinar ao magistrado que, em se tratando de pedidos semelhantes a estes, cuja necessidade não possa apenas ser passível de um provimento jurisdicional imediato, sejam debatidos com os intérpretes da Constituição – Poder Executivo - sobre disponibilidade orçamentária, alocação de verbas públicas, prazos de cumprimento entre outros.

Com as famílias envolvidas na obtenção do direito à moradia (destinatários do pedido formulado pelo Ministério Público e também intérpretes da Constituição), as possibilidades de formação de cooperativa para tratar dos interesses ligados ao direito de moradia, a organização da comunidade a fim de evitar os “inchamentos”⁴⁷⁹ (novas ocupações) na vila e no entorno da vila e com o autor da ação, o Ministério Público, o necessário diálogo para o fim de explicitar que o problema é antigo e não será uma decisão judicial que terá o condão de efetivar o direito à moradia.

Esta discussão acaso não ocorresse naturalmente pelo magistrado, ou seja, no nascedouro do processo da ação civil pública, por exemplo, fosse fixado o diálogo, então, se por acaso deferida alguma medida liminar, por força e ordem do STF quando da apreciação do pedido de suspensão de segurança. Outra possibilidade é as partes, diretamente no STF, solicitar que aquela corte imponha ao magistrado o dever de ecletizar o procedimento, abrindo-se a discussão a respeito de como viabilizar o cumprimento do pedido formulado pelo Ministério Público no sentido de efetivar o direito de moradia.

Enfim, se é possível que o STF, através dos novos institutos que lhe garantem a supremacia da Constituição e estão garantindo o objetivo de cumprimento das promessas da

Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003b. P. 278; e **Dilemas do Estado Federal Brasileiro.** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004. P. 17-18).

⁴⁷⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

⁴⁷⁹ Sempre quando o Poder Público anuncia que determinada comunidade será beneficiada com algum programa social (moradia, no caso), é inevitável que outras pessoas se literalmente invadam o mesmo espaço e construam seus casebres, na esperança de também garantir uma moradia.

modernidade⁴⁸⁰, porque não permitir que o juiz, ao invés de permanecer estático, sem ouvir os interessados e reais destinatários da sentença, que efetivamente haja, tenha um mínimo de discricionariedade para buscar, uma solução dentro do possível que uma determinada realidade impõe. Seria converter o uso da suspensão de segurança numa medida de favorecimento de diálogo no seio do processo, no seio de ações civis públicas, por exemplo, cujo objeto seja o cumprimento de políticas públicas, dentre estas políticas o direito à moradia.

Sabe-se que pode parecer, atualmente (2009), algo impossível, mas, há anos atrás, quem arriscaria afirmar que o STF escutaria a comunidade em questões polêmicas envolvendo o julgamento de ações declaratórias ou quem imaginaria que o STF, a partir de um caso individual o tornasse aplicável a outras situações semelhantes

⁴⁸⁰ Conforme já discorrido, audiência pública, súmula vinculante e repercussão geral.

⁴⁸¹ “A primeira e mais incisiva exigência é que o juiz deixe de supor que ainda é o fiel revelador da "vontade da lei", para tornar-se seu intérprete autônomo e responsável. Enfim, toda a reforma do Poder Judiciário, compatível com as exigências de uma sociedade verdadeiramente democrática, deve começar pela valorização da jurisdição de primeiro grau, confiada a magistrados independentes e responsáveis.

Todavia, é fácil compreender que o projeto destinado a fazer com que isso aconteça tem de considerar que não bastam reformas; que todo o sistema judiciário terá de sofrer uma profunda transformação; transformação que haverá de envolver tanto a instituição quanto seus pressupostos políticos. É aqui, no entanto, que o Brasil excludente nos abandona.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Reforma do Poder Judiciário III**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/opiniao.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. São Paulo: Graal, 2003.
- _____. **Montesquieu a Política e a História**. Lisboa: Editorial Presença, 1977.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Escala Educacional, 2006.
- ASSEMBLÉIA Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.al.rs.gov.br>. Acessado em: 31 jul. 2009.
- BAGNO, Marcos. **Dramática da Língua Portuguesa: tradição gramatical, mídia e exclusão social**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.
- _____. **Preconceito Lingüístico: o que é, como se faz**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1992.
- _____. **Questões de Literatura e de Estética: a teoria do romance**. São Paulo: Hucitec, 1998.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da Função à Estrutura**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Safe, 1991 V. I.
- _____. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Safe, 1993. V. III.
- _____. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 29 maio 2009.
- _____. **Juizado de Pequenas Causas**. Porto Alegre: Lejur, 1985.
- _____. **“Questão de Fato” em Recurso Extraordinário**. In: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Justiça da Lei e Justiça do Caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.
- _____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Reforma do Poder Judiciário III.** Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/opiniao.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.

_____. **Sentença e Coisa Julgada.** 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

BARTHES, Roland. **O Grau Zero da Escrita.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1990.

BATALHA, Maria Cristina; PONTE JR., Geraldo. **Tradução.** Petrópolis: Vozes, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

_____. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BERCOVICI, Giberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. *In: Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 2003b.

_____. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campos, 2004.

_____. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2008.

_____. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política.** São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil.** São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BORGES, Jorge Luis. **Ficções.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à Análise do Discurso.** Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

BRAIT, Beth (Org.). **Bakhtin, Dialogismo e Construção do Sentido**. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil: Senado Federal, 2007.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Justiça e o Processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

CAMPOS, Geir. **O Que é Tradução**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2007.

CARVALHAL, Tania Franco. **Literatura Comparada**. São Paulo: Ática, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito Hoje e com que Sentido?**: o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2001.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Direito de Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira** de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **A Ordem do Discurso**. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 1999.

- _____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.
- _____. **As Palavras e as Coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1992.
- _____. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o Último Homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- GADET, F.; HAK (Org.), T. **Por Uma Análise Automática do Discurso**: uma introdução à obra de Michel Pêcheux. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.
- GENTZLER, Edwin. **Teorias Contemporâneas da Tradução**. São Paulo: Madras, 2009.
- GORENDER, Jacob. **Gênese e Desenvolvimento do Capitalismo no Campo Brasileiro**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.
- HAMILTON; MADISON ; JAY. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- _____. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy, 2004.
- HOBBS, Eric. **A Era dos Extremos**: o breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- HOUAISS, Antonio. **Dicionários Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Cd- Rom. Rio de Janeiro: Objetiva: [s.d.].
- INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acessado em: 05 ago. 2009.
- JUSTIÇA Federal do Paraná. Disponível em <www.jfpr.jus.br> . Acessado em: 05 ago. 2009.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

_____. **La Tension Esencial**: estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1982.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEANDRO FERREIRA, Maria Cristina (Coord.). **Glossário de Termos do Discurso**. Porto Alegre: Ufrgs, 2001.

LINDOSO, José. **Estado, Constituinte e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1986.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

_____. **A Sociedade da Decepção**. Barueri: Manole, 2007.

_____. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

LOBO, Haddock. **História Econômica e Administrativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1963.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: lianamentos para uma teoria general. México: Alianza Editorial, 1984.

_____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1985.

LUKÁCS, Georg. **A Teoria do Romance**. São Paulo: Editora 34, 2000.

MAcCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder Y Libertad**. Madrid: Trotta, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

MINISTÉRIO da Saúde. Disponível em <www.saude.gov.br>. Acessado em: 31 jul. 2009.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção os Pensadores, v. I).

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso: princípios e procedimentos**. Campinas: Pontes, 1999.

_____. **Discurso e Texto: formulação e circulação dos sentidos**. Campinas: Pontes, 2001.

_____. **Interpretação: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico**. Petrópolis: Vozes, 1998.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e Discurso: uma crítica à afirmação do óbvio**. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERINI, Mário Alberto. **A Língua do Brasil Amanhã e Outros Mistérios**. São Paulo: Parábola, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

_____. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Campinas: Bookseller Editora, 2000. Tomo I.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

_____. **Justiça Conforme a Lei**. São Paulo: Ibrasa, 1976.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. V. I.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF**. In: *Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAUSEN, Dalton. **A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: perspectiva hermenêutica**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

- SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de Lingüística Geral**. São Paulo: Cultrix, 2000.
- SCHWARZ, Roberto. **Ao Vencedor as Batatas**. São Paulo: Editora 34, 2000.
- _____. **O Pai de Família e Outros Estudos**. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O Discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez Editora, 2007.
- STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://ww.stf.gov.br>>. Acessado em: 02 jun. 2009.
- TESHEINER, José Maria da Rosa. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. V. I.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América: leis e costumes**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **O Antigo Regime e a Revolução**. Brasília: Editora da UnB, 1979.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 31 mar. 2009.

VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O Fim do Mundo como o Concebemos**: ciência social para o século XXI. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.