

Direito em um novo cenário mundial contemporâneo e o processo como estratégia do poder.

Right in a new contemporary world scene and the process as a strategy of power.

Bruno Augusto Sampaio Fuga¹

Fecha de Presentación: junio de 2014. Fecha de Publicación: diciembre de 2014.

Resumen.

O processo utilizado como estratégia do poder no novo cenário mundial globalizado e no pós segunda guerra é o tema do presente artigo. O objetivo é, a partir das alterações impostas pelo pós segunda guerra mundial (declínio do positivismo jurídico) e também dos avanços advindos dos anos 90 (globalização), traçar as conseqüentes e significativas alterações no ordenamento jurídico, em especial no processo e formas de sua interpretação. O processo como estratégia do poder, a discricionariedade, o juiz como protagonista da nova ordem social e política, também fazem parte do objeto de estudo. Justifica-se o presente artigo na medida em que o tema teorias do poder e Direito é recorrente pelos operadores e estudiosos do direito, assim como esses questionamentos apresentam grande influência no estado democrático de direito.

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Pós-graduado em Processo civil (IDCC). Pós-graduado em filosofia jurídica e Política (UEL/PR). Foi aluno especial no estrado em Filosofia e Letras (UEL). Advogado. Professor da UNOPAR. E-mail: brunofuga@brunofuga.adv.br.

Abstract.

The process used as a strategy of power in the new globalized world stage and in the post World War II is the subject of this article. The goal is, from the changes imposed by the post World War II (decline of legal positivism) and also the advances forged 90s (globalization), and plot the resulting significant changes in the legal system, especially in the process and forms of its interpretation. The process as a strategy of power, discretion, the judge as the protagonist of the new social and political order, also part of the object of study. Justified this Article to the extent that the subject theories of power and law is recurrent by operators and legal scholars, as well as those questions have major influence in the democratic rule of law.

Sumario

- I. INTRODUÇÃO.
- II. O NOVO CENÁRIO MUNDIAL. PÓS GUERRA E CRISE DO MUNDO CONTEMPORANEO.
- III. O PROCESSO CIVIL COMO ESTRATÉGIA DO PODER.
- IV. (IM)POSSIBILIDADE DA ADEQUADA TÉCNICA PROCESSUAL.
- V. CONCLUSÃO.
- VI. REFERÊNCIAS.

Palavras-chave

Processo; estratégia do poder; globalização; adequada técnica; teoria crítica.

Keywords

Process; strategy of power, globalization, proper technique; critical theory.

I.- INTRODUÇÃO.

A proposta de estudo aqui apresentada é demonstrar o novo cenário mundial diante do pós segunda guerra, o declínio do positivismo jurídico, as mudanças econômicas mundiais advindas da globalização e, especialmente, as alterações do ordenamento jurídico.

Parte o estudo do novo cenário mundial, dos efeitos do pós segunda guerra, das mudanças iniciais dos anos 90 e o início da alteração do ordenamento jurídico com essas interferências políticas e econômicas, com destaque para o positivismo jurídico posto em cheque.

Esse novo quadro torna latente que o processo civil passa a ser utilizado como estratégia do poder, tema este explorado no capítulo seguinte. Nele apresentamos obras de José Eduardo Faria, Foucault, Carlos Augusto Silva dentre outros, que demonstram a influência política e econômica no direito, em especial no processo.

O capítulo três coloca em cheque a viabilidade de uma adequada técnica processual diante desse processo utilizado como estratégia do poder, em contraste com a inviabilidade de uma teoria do processo, ou um processo puro.

O foco é que diante desse cenário se torna inevitável um processo puro, utilizado sem vicissitude políticas e econômicas, e, conseqüentemente, questionável é a busca de uma adequada técnica processual, como adiante será exposto.

II.- O NOVO CENÁRIO MUNDIAL. PÓS GUERRA E CRISE DO MUNDO CONTEMPORANEO.

José Eduardo Faria salienta que os anos 90 representam um período histórico de intercruzamento entre duas eras econômicas: uma é a do pós guerra, com utilização do direito como instrumento do poder, gestão e direção, outra é a economia globalizada, marcada pela

desregulação dos mercados e, dentre outras, pela privatização de empresas públicas (2004:111).

Neste sentido, Luigi Ferrajoli em artigo intitulado *Democracia, Estado de Direito e Jurisdição na Crise do Estado Nacional*, inicia seu estudo partindo do problema presente nos efeitos da crise do Estado nacional e do processo de globalização sobre a legitimidade democrática do poder político e sobre as formas tradicionais do Estado de Direito.

Sobre o pós guerra, os estudiosos de um sistema precisam pensar suas atitudes diante de tais iniquidades, conforme afirma Hart:

Após uma revolução ou grandes sublevações, os tribunais de um sistema têm de ponderar sua atitude perante as iniquidades morais cometidas de forma legal por cidadãos comuns ou autoridades sob um regime anterior. Ainda que a punição desses indivíduos possa parecer socialmente desejável, procurá-la através de uma legislação explicitamente retroativa, tornando criminoso o que era permitido ou mesmo exigido pela lei do antigo regime, pode ser difícil, um ato mortalmente odioso ou, talvez, impossível. (HART, 2009:268)²

Ainda em Hannah Arendt, no livro *Responsabilidade e Julgamento*, ao tratar sobre o colapso dos padrões morais nas décadas de 1930 e 1940 no terceiro reich:

Nós – ao menos os mais velhos dentre nós – testemunhamos o colapso total de todos os padrões morais tradicionais na vida pública e privada durante as décadas de 1930 e 1940, não só (como se supõe em geral na Alemanha de Hitler, mas também na Rússia de Stálin, onde neste momento a geração mais jovem está fazendo perguntas que possuem uma grande semelhança com as que estão atualmente em debate na Alemanha. (ARENDR, 2004:116)

² A obra em inglês, *ipsis litteris*, assim descreve: (*fter revolution or major upheavals, the Courts of a system have to consider their attitude to the moral iniquities committed in legal form by private citizens or officials under an earlier regime. Their punishment may be felt socially desirable, and yet, to procure it by frankly retrospective legislation, making criminal what was permitted or even required by the law of the earlier regime, may be difficult, itself morally odious, or perhaps not possible.*) (HART, 1997:208)

Carlos Augusto Silva aponta que o positivismo, capaz de tudo prever e positivar na lei de maneira ordenada e lógica, configurando um sistema coerente, com a sociedade no século XX, é posto em cheque. (2004:118).

Procura o positivismo restringir o papel da lógica formal, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos. Para Perelman (1998, p. 137), essa noção de justiça positivista implica em tratar do mesmo modo situações essencialmente semelhantes e, sobre essa força do precedente, necessário pensar que uma situação nova é ligada a um juízo de valor de fato. E, de acordo com o doutrinador, acreditar que esses valores são arbitrários, implicaria em renunciar a qualquer filosofia prática e abandonar a moral, o direito e a política.

Seguindo essa linha de raciocínio, a visão positivista abre mão da solução razoável que implicaria no uso prático da razão. Na busca de alcançar uma lógica para os juízos de valores, Gottlob Frege e Lucie Olbrechts-Tyteca chegaram a conclusão que não havia lógica específica destes juízos (valores).

O questionamento empregado por Perelman (1998, p. 139) é este: “mediante quais procedimentos intelectuais o juiz chega a considerar tal decisão com equitativa, razoável ou aceitável, quando se trata de noções eminentemente controvertidas?”.

Diante desse cenário, Faria aponta também que com a inflação, desequilíbrios financeiros, elevação da taxa de desempregos, o confronto crescente entre política e economia e política social, o “Estado Social” se revelou incapaz de lidar com esses problemas inéditos gerados pela ordem economia internacional. Essas adversidades, por sua vez, levaram as normas de direito econômico, administrativo, trabalhista, previdenciário e tributário a serem continuamente reformuladas e reinterpretadas caso a caso (2004:116).

Demonstraremos aqui uma alta juridificação da justiça e, especialmente o processo civil como estratégia do poder. Para Faria (2004:137), essa juridificação revela um círculo vicioso pós guerra inerente às instituições jurídico-políticas.

III.- O PROCESSO CIVIL COMO ESTRATÉGIA DO PODER.

Há certamente no processo civil uma ideologia de assegurar obediência às estratégias do poder e este é o norte deste capítulo. Pretende-se demonstrar qual a orientação do Estado nessa nova ordem econômica pós crise de 2008, aliada ao fim do positivismo com o término da segunda guerra mundial.

Questiona-se se o Estado deve fazer intervenção por meio do processo e, se não, qual o risco do Estado não intervencionista. A grande preocupação atual é provocar estudo para demonstrar qual adequada técnica processual, porém o Estado não pode mais impor um positivismo jurídico e ele está cada vez mais ligado ao supranacional; essa nova posição globalizada implica, portanto, em mudanças significativas no cenário processual. O problema então não é na simples técnica processual, mas sim o grau de legitimidade do julgador e do Estado que, inevitavelmente, utiliza o processo como estratégia do poder para, com o direito, fazer conexão com problemas econômicos do país.

Dito esse novo panorama mundial, importa agora seguir para demonstrar esse processo como estratégia do poder. Carlos Augusto Silva afirma que a passagem do *iudicium* para o *processus* não reside na busca do embrião da ciência processual, mas sim como o processo civil nos quadrantes do poder estatal (2004:25). O mundo moderno assistiu crescente racionalização do pensar humano, esta racionalização que pode ser definida como adequação dos meios mais eficientes para alcançar determinados fins.

Nesse quadro esse processo civil passou a ser matéria constitucional, pois trata sobre a regulamentação do exercício de uma das funções capitais do Estado moderno, qual seja o poder jurisdicional (SILVA, 2004:35). Para obter o poder o Estado dispensa então a violência física e impõe uma estrutura para dominação sem fazer com que os dominados percebam, neste sentido:

Ela dispensa a violência física por conseguir os mesmos efeitos de maneira mais eficaz. A naturalização das crenças trabalhadas pelo domínio através da linguagem impõe uma estrutura de pensamento específico (*habitus*), que faz com que os dominados, diferentemente da arbitrariedade física, não percebam as imposições que lhes estão sendo colocadas, criando desta forma, uma estabilidade maior na manutenção do poder do campo (FILHO, 2009:30)

O processo como estratégia do poder não é exclusivo apenas no cenário político atual, Hannah Arendt já afirmava que “Embora todos os aspectos da condição humana tenham alguma relação com a política, essa pluralidade é especificamente a condição” (2010:8). É, portanto, natural essa relação do processo com a política e, conseqüentemente, com o poder.

O processo porém deve estar mais ligado ao consenso, sua característica de instrumentalidade para efetividade, e não especificamente ao poder, que pode, invariavelmente, ter conexão com a violência. Essa conexão torna-se certamente de difícil compreensão na medida em que o poder é difuso e disperso na sociedade (SILVA, 2004:5).

Neste sentido, do poder estar disperso na sociedade, Foucault:

Enfim, não o entendo como um sistema geral de dominação exercida por um elemento ou grupo sobre outro e cujos efeitos, por derivações sucessivas, atravessem o corpo social inteiro. A análise em termos de poder não deve postular, como dados iniciais, a soberania do Estado, a forma da lei ou a unidade global de uma dominação do Estado, a forma da lei ou a unidade global de uma dominação; estas são apenas

e, antes de mais nada, suas formas terminais. Parece-me que se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas das outras, formando cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições que isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais. (1988:89)

Para José Eduardo Faria o direito incorporou a racionalidade formal, identificada como a razão instrumental e com a ética da responsabilidade, em contraste com a racionalidade material que respeita valores, à razão substancial e à ética da convicção. Vale ressaltar que para Weber, não existe somente sistema jurídico formal, tampouco legitimado pelo direito material (SILVA, 2004:62).

Nessa linha, Niklas Luhmann constrói estudo da legitimação dos procedimentos, pois, para ele, “Os procedimentos juridicamente organizados fazem parte dos atributos mais extraordinários do sistema político das sociedades modernas” (SILVA, 2004:65). Nesse norte, o processo surge então como meio para legitimar a jurisdição.

Carlos Augusto Silva, nessa linha de pensamento, questiona se as decisões proferidas pelo Poder Judiciário carecem de racionalidade para serem tidas como legítimas (2004:68). Para Habermas a racionalidade processual deve conter conteúdo moral, pois o simples procedimento não legitima o poder; nesse pensamento o autor ainda salienta que a sociedade evoluiu para uma moral pós-convencional, moral esta que seria alcançada por meio do agir comunicativo (SILVA, 2004:69).

Sobre o tema, manifesto também é o pensamento de Dworkin acerca da necessidade de reconstrução do direito, pois a racionalidade da decisão judicial não está completa, devido a

vicissitudes da política e ao amálgama de razões da legitimidade do direito. A intenção com a reforma é que a decisão correta tenha que se encaixar num sistema jurídico coerente. (DELAMAR, 2004:24)

Diante de todo esse discurso, o direito apropria essa ordem processual para implementar suas medidas estatais e o processo disciplina o exercício do poder. Para Dinamarco, o direito processual é a “disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado, ou interessados” (2009:84) e encerra ainda o doutrinador afirmando que a teoria geral do processo chega até onde se trata de atividades preordenadas ao exercício do poder (2009:88). Faria, por sua vez, salienta que “a eficácia de uma determinada ordem legal costuma ser definida com o poder de produção de efeitos jurídicos concretos na regulação de situações” (2004:123).

Rafael M. Lorio Filho e Fernanda Duarte asseguram ainda que apesar das disputas internas, os juristas mantêm um acerto de sobrevivência traduzida pelo poder simbólico impostas pelos dominadores; assim cria-se a autonomia baseada essencialmente na crença da neutralidade dos magistrados (2007:119)

Foucault aponta ainda que o poder não é algo localizado no topo de uma hierarquia da qual se deriva, mas é algo difuso, disperso na trama social; o poder é concebido como estratégia. Ele também critica a teoria jurídica do poder do Estado, que exprimiria na lei que serviria de critério absoluto de discriminação do domínio da legalidade e da ilegalidade; o direito seria então o lugar do poder. (MACEDO JUNIOR, 1990:154)

Neste sentido, Sergio Adorno em capítulo dedicado à obra de Foucault, aponta que o modelo jurídico político é uma “ficção do pensamento clássico; o poder não funcionaria á base da soberania, da lei e do monopólio estatal da violência e da justiça, porém sob a égide de micropoderes, situados às margens e as bordas da sociedade (...)”. (2013:202)

Para Foucault o direito também permitiu a democratização da soberania por meio da constituição de um direito público articulado com a soberania coletiva. O Estado repousa então sobre a integração institucional das relações de poder. Neste contexto a norma passa a ser então o princípio regulador das práticas que constituem o Estado. (MACEDO JUNIOR, 1990:156)

Percebe-se até então que a segunda guerra mundial traz um novo cenário com o declínio do positivismo jurídico; a crise de 2008, por sua vez, traz essa nova característica supranacional e reflexos dos aspectos positivos e negativos de intervenção do Estado no domínio econômico. Certo é que esses modelos processuais refletem valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias do poder de uma sociedade. O questionamento surge a partir do momento que determinado grupo pode exercer poder jurisdicional por meio de leis processuais (SILVA, 2004:74).

Nessa nova ótica, o Executivo também transmuta seu papel inicial e passa ser emanador de normas; há uma intervenção na vida economia e social, isso ocorre por meio de normas administrativas. No *Welfare State* se passa de um “Estado Legislativo” para um “Estado administrativo” (CAPPELLETTI, 1993:39).

Essa nova concepção legal então cria uma crise interna no ordenamento jurídico, com excesso de leis diante do Estado intervencionista. José Eduardo Faria, neste sentido:

Quando um sistema jurídico está inflacionado por ‘leis de circunstância’ e por ‘regulamentos de necessidade’ surgidos a partir de conjunturas políticas, sociais e econômicas muito específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade da produção legislativa invariavelmente levam o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico das normas que edita quanto dos atos e comportamentos que disciplina (2004:130).

Faria ainda assegura que esse novo cenário mundial contemporâneo propiciou uma intervenção contínua e crescente nas relações sociais, o qual implica no aumento da discricionariedade do Executivo e revela a natureza “incremental” ou “promocional” do direito positivo à sua disposição (2004:115).

Luigi Ferrajoli aponta ainda o perigo para o Estado constitucional de Direito diante da ausência de limites para o poder econômico (1995, *apud* SILVA, 2004:122):

A carência de limites para o poder econômico e para o poder político equivalem a outras tantas formas de absolutismo perigosamente convergentes que contradizem o paradigma do Estado constitucional de Direito, provocando uma regressão pré-moderna à lei do mais forte. De fato, por um lado, ambas as formas de absolutismo apresentam-se como contestação da legalidade e das regras, desqualificadas como inúteis ao decisionismo governamental e ao desenvolvimento produtivo. Por outro lado, absolutismo da maioria e absolutismo de mercado, ao somarem-se à desqualificação da política, da esfera pública e do Estado social, resolvem-se em uma ruptura do pacto constitucional fundado na tutela da igualdade na satisfação dos direitos vitais de todos e, em particular, dos sujeitos mais débeis.

Há, portanto, um sistema caótico no ordenamento jurídico, neste sentido: àquele que se predispuser cuidar da sistematização do ordenamento jurídico é que compete “garimpar” suas constantes, assistemáticas e persistentes modificações. O ordenamento jurídico nacional nunca foi tão caótico (SILVA, 2004:122). Faria assegura ainda que os mecanismos jurídicos entraram em descompasso com as manifestações reais e novas presentes nas sociedades (2004:117).

De acordo com Faria essa nova ordem global contemporânea e o Estado intervencionista, implicam em importantes mudanças na morfologia, nos significados e na qualidade das leis, esvaziando progressivamente o caráter lógico-sistemático do ordenamento jurídico. Há então uma ruptura da organicidade e perda da capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo. (2004:117)

Carlos Augusto Silva assevera que depois de 1990 o discurso é pelo Estado mínimo (pouca intervenção), porém no campo jurídico o Executivo Federal legisla de maneira descomunal. O Poder Judiciário é chamado para corrigir, nesse contexto, eventuais falhas, porém muitas vezes vai ao encontro da administração pública (2004:123). O processo civil, nesse norte, serve como estratégia do poder do governo como reação à judicialização da política (2004:162).

O mesmo autor afirma ainda que essa judicialização da política é perfeitamente compatível com as democracias atuais e afirma ainda ser um retrocesso as normas processuais que veiculam estratégias de poder dos governos em reação à essa judicialização (2004:232).

IV.- (IM)POSSIBILIDADE DA ADEQUADA TÉCNICA PROCESSUAL.

Para Faria, essa “inflação legislativa” e “juridificação” fruto do sistema intervencionista, regulador ou “providenciário” implica na crescente inefetividade das instituições do direito, com reflexos visíveis no rompimento do sistema da unidade lógica formal e da racionalidade sistêmica de ordenamentos jurídicos constituídos basicamente sob a forma de códigos; conseqüentemente a eficácia das leis tornou-se um dos temas mais recorrentes no pensamento jurídico (2004:122).

Já citamos aqui que Faria aponta que “a eficácia de uma determinada ordem legal costuma ser definida com o poder de produção de efeitos jurídicos concretos na regulação de situações”.

Ainda de forma mais precisa, continua o doutrinador, que:

as normas e as leis costumam ser eficazes quando encontram na realidade por elas regulada as condições sociais, econômicas, política, culturais, ideológicas e até mesmo antropológicas para seu *enforcement*, para seu reconhecimento, para sua aceitação e para seu cumprimento por parte de seus destinatários (2004:123).

Verifica-se, portanto, que a eficácia da norma, para Faria, não tem ligação apenas com seu texto legal. Esse novo cenário mundial de intervenção, de aspectos globalizados implica na conexão

do texto legal e fins sociais, econômicos, política, culturais dentre outros. A eficácia não é então uma questão de fatos, mas sim de valores (2004:125).

Faria ainda afirma que o Estado instrumentaliza normas numa direção distinta da originariamente formulada no momento de sua positivação. Para ele é uma estratégia de um Estado informal que endossa atitudes autocontraditórias dos organismos governamentais. Desse modo, o sistema fechado, axiomatizado, hierarquizado, foi progressivamente sendo substituído por um direito organizado sob a forma de “rede”, tendo em vista esses microssistemas e dessas cadeias normativas que procura captar toda a complexidade da realidade sócio-econômica. (2004:128).

Para Foucault, conforme já relatado, o poder não é algo localizado no topo de uma hierarquia da qual se deriva, mas é algo difuso, disperso na trama social; o poder é concebido como estratégia (MACEDO JUNIOR, 1990:154). Às vezes, por esse motivo, que Faria afirma que quanto mais o Estado tenta se apropriar do Direito e regular todos os espaços, menos o Estado intervencionista parece capaz de mobilizar os instrumentos normativos de que formalmente dispõe; a contradição é presente em quando mais o Estado legisla, mais acelera o esvaziamento da própria funcionalidade do direito, a ponto do sistema jurídico se confundir com o sistema político. (2004:128)³

Essa incoerência ou inflação legislativa implica no descrédito e, conseqüentemente, no espaço discricionário judicial, deixando o juiz como protagonista da vida política, social e econômica. Sobre o poder discricionário, Carlos Augusto Silva assegura que pode ele ser pelos Estados totalitários contemporâneos elevado ao mais alto grau e, assim, criar incertezas jurídicas ou poder o Estado gerar uma total falta de independência do juiz em relação ao poder político. (2004:54)

³ Nesse sentido: estrutura essa, conforme se afirmou há pouco, caracterizada pela existência de diferentes microssistemas normativos dotados de lógica própria, dificilmente ajustáveis às pretensões de coerência e completude do ordenamento. José Eduardo Faria. O direito na economia globalizada. Malherios Editores Ltda. 2004:133.

A consequência é que o aumento da discricionariedade implica no judiciário mais ativo, pois deve ele diante da inflação de normas fazer uma reconstrução da realidade; é o aumento da possibilidade de escolha oferecida aos magistrados por leis assimétricas.⁴

Nesse quadro caótico surgem necessidades de pensar o devido processo legal não somente como norma posta. Para tanto, Carlos Augusto Silva (2004:127) aponta um devido processo legal substancial, apto a inquirir de inconstitucionais as normas arbitrárias, desarrazoadas. José Eduardo Faria afirma ainda a necessidade de uma adequada técnica processual passa por sua flexibilização. Neste sentido:

No âmbito específico do Estado-nação, suas instituições jurídicas acabaram sendo progressivamente reduzidas, no que se refere ao número de normas e diplomas legais, e tornada mais ágeis e flexíveis, em termos processuais (2004:141).

Sobre esse devido processo substância, importantes destacar suas decisões do STF sobre o tema:

Abringo debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente. O princípio do “due process of law” tão caro ao direito americano, registrei no prefácio que escrevi ao livro do Juíz José Renato Nalini (“O juiz e o acesso à justiça, Ed. RT. 1994), o que constitui garantia libertária, passou por três fases. (...)

“Due process of law”, com conteúdo substantivo – “substantive due process” – constitui limite ao legislativo no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de

⁴ José Eduardo Faria. O direito na economia globalizada. Malherios Editores Ltda. 2004:131.

Nesse sentido e problemas decorrentes dessa juridificação: (...) um tríplice dilema formado (a) pela progressiva “indiferença recíprova entre o direito e a sociedade”; (b) pela tentativa de colonização da sociedade por parte das leis; e (c) pela crescente desintegração do direito por parte da sociedade. José Eduardo Faria. O direito na economia globalizada. Malherios Editores Ltda. 2004:137.

Sobre o tema: Em nosso país, o papel de guardião da moral pública cabe, hoje, aos juristas e, mais especialmente, aos juizes, que passaram a representar, claramente, a consciência moral da vida social, política e econômica. GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas, *apud* Carlos Augusto Silva, 2004:88.

razoabilidade (“reasonableness”) e de racionalidade (“rationality”), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir. ADI. 1.511. 16.10.1996. Carlos Velloso. Página 83. (negrito nosso).

ADI 1158 MC / AM - AMAZONAS E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FERIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS - VANTAGEM PECUNIARIA IRRAZOAVEL E DESTITUIDA DE CAUSA - LIMINAR DEFERIDA. - A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de ferias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do "substantive due process of law", **como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio etico-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniaria cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa.**(negrito nosso)

Sobre o tema, Gajardoni sustenta que o formalismo deve ser rechaçado por converter em fim o que não é mais do que um meio. Para ele, mesmo as proliferações de procedimentos especiais são incapazes de atender os diversos litígios, tendo em vista, inclusive, a sociedade moderna e crescente de demandas judiciais; neste sentido, as alterações legislativas são incompatíveis com a ânsia pela tutela adequada. (2008:85)

O doutrinador ainda assegura que o que legitima a decisão proferida e, por fim, a solução do litígio, não é a simples obediência à forma, mas sim o contraditório e a participação das partes. Tendo em vista o devido processo constitucional, deve-se atender à flexibilização procedimental para, no caso concreto que o legislador não fez norma para atingir a efetividade do direito material, o julgador fazer adaptação ao procedimento para garantir constitucionalmente um processo justo. (2008:101)

Embora necessário o uso da flexibilidade procedimental em determinados casos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, aponta que é impensável um processo justo sem formalidades mínimas, cujo procedimento seria estabelecido pelo juiz, porém o simples formalismo não basta (não pode ser esqueleto um pobre esqueleto sem alma) (2003:109). Pensa-se atualmente não na relação processual isolada, mas na perspectiva da atividade, poderes e faculdades do órgão judicial e das partes. O processo é então um diálogo, não com um juiz soberano, condicionado à vontade e ao comportamento das partes; neste sentido o contraditório é um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz (2003:112).

Tendo em mira essa preocupação do direito com a realidade, a solução concreta implicará na reinterpretção dos princípios e levar em consequência a aplicação da regra, não somente de uma aplicação formalista e aplicação literal do texto da lei. O problema então é prático, para elaborar a solução concreta por uma ou outra razão (PERELMAN, 1998:163/164).

Perelman, ao discorrer sobre a solução de controvérsias do direito, afirma que estas devem ser resolvidas o quanto antes, principalmente competência e procedimentos (preliminar). Não há, para o doutrinador, uma argumentação pura, uma teoria pura do direito, pois isso seria desprezar elementos sem os quais o raciocínio prático funcionaria, por assim dizer, no vazio; é ver o raciocínio prático conforme o modelo de raciocínio teórico (PERELMAN, 1998:168). Em tese de doutorado, Rafael M. Lorio Filho aponta ainda que “a compreensão do Direito, resistente e encastelado em si mesmo, fornece uma percepção precária e reducionista da realidade social” (2009:15)

Sobre o tema, Macintyre (1991:357) questiona qual a alternativa existente se o senso comum fracassa? A possibilidade para ele é que se deve descobrir qual a forma do raciocínio prático ou a natureza da justiça e, principalmente, que não se deve começar por uma teoria.

A lei não deve ser posta como um pilar de alicerce para tudo, como expressão unanime de justiça, deve ser a lei encetada como uma batalha perpétua, com estratégia do poder, não como estado de paz, como carta outorgada pelo novo detentor do poder. (SILVA, 2004:54)

V.- CONCLUSÃO.

Iniciamos o estudo apresentando as modificações impostas com o pós guerra e o conseqüente declínio da doutrina positivista. Nessa seqüência evolutiva, desde os anos 90 o mundo vive a crescente globalização que altera significativamente as formas tradicionais do Estado de Direito.

O positivismo é posto em cheque, pois não é ele capaz de criar uma lógica para o ordenamento jurídico. Os desequilíbrios financeiros e os impactantes confrontos políticos e econômicos no cenário internacional, fazem com que o direito e também a economia sejam vistos em um ótica supranacional. O sistema jurídico passa então a não ser fechado, pois as decisões judiciais estão diretamente ligadas à economia e, portanto, ao papel intervencionista do Estado.

Demonstramos que o processo civil tem clara ligação com as estratégias do poder do Estado, estando o processo não somente adstrito a um processo puro e restrito ao ordenamento jurídico, mas também ao poder, à economia e política do governo.

O Estado então, diante dessa nova força global, utiliza o processo como estratégia do poder para zelar por seus interesses e o direito passa a ter a função de legitimar esse jogo político e as estratégias de governo. Incorporando essa atitude, o Estado legisla de forma desproporciona com o fim de impor seus interesses. Essa inflação legislativa, por sua vez, implica em descrédito e aumenta o espaço da discricionariedade judicial.

O Estado age como se o Direito estivesse ligado ao poder e ambos estariam ligados à soberania. A estratégia dele é utilizar o Direito como uma linha vertical descendente tendo no topo o poder e o direito, e se dispõe a fazer uso do excesso de leis para firmar sua forma de

controle. Ocorre que o poder não age de forma soberana, ele é disperso e sob a égide de micropoderes. A consequência é o descrédito, a baixa qualidade das leis e o aumento do poder discricionário para sanar esse caos.

O juiz se torna figura protagonista da vida política, social e economia e passamos a questionar, inclusive, o devido processo legal, o processo legislativo e também o alto poder discricionário do julgador neste quadro caótico. Em busca da adequada técnica processual discutimos: qual o limite da discricionariedade judicial; da necessidade do devido processo legal substancial, apto a inquirir de inconstitucionais as normas arbitrárias; necessidade de flexibilização procedimental, que, por sua vez, esta ligada ao poder discricionário.

Conclui-se pelo todo já exposto que diante do novo cenário econômico mundial a adequada técnica processual não esta ligada apenas ao texto da lei, ao positivismo jurídico ou à simples formalidade. Antes de pensar na adequada técnica deve-se ter em mira que o processo é utilizado como estratégia do poder e, naturalmente, não é ele puro. Não é possível, portanto, idealizar uma técnica pura, capaz de, sem conexão com a economia ou política, sanar as falhas do processo civil.

Esse processo ligado ao poder e suas estratégias cria discricionariedade judicial e necessidade de flexibilização, estes que por sua vez podem estar ligados ao juiz como protagonista da ordem econômica e social. Porém a técnica e o processo devem estar presentes do sistema adequado, não sendo compatível o ordenamento jurídico apenas com um protagonista, o julgador; o perigo é o ativismo judicial.

O cenário atual é, portanto, esse jogo de poderes, diga-se necessário para equilibrar esse quadro confuso, entre judiciário, executivo e legislativo. O sistema puro é atualmente impensável e utópico e, até de certo modo arriscado para o Estado democrático. Um único poder com amplos prestígio poderia implicar em um judiciário com ativismo ou um legislativo utilizando o processo apenas como suas técnicas de poder.

Desde modo, o processo legal substancial que possibilita um julgador apto a inquirir de inconstitucionais as normas arbitrárias e desarrazoadas, faz frente ao legislativo e executivo que utiliza o processo como estratégia do poder.

VI.- REFERÊNCIAS.

ADORNO, Sérgio. O Legado de Foulcault. Sérgio Adorno. Org Lucila Scavone, Marcos César Alvarez, Richard Miskolci. Editora Unesp. 2013.

ARENDDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Edição Jerome Kohn. Revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARENDDT, Hannah. A condição humana. 11. ed. Tradução: Roberto Raposo. Revisão técnica: Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DELAMAR, José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1880/1401> 2004)>. Acesso em: 17 de outubro de 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica)

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge, Massachusetts: Havard University Press, 1977/1978.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. Malherios Editores Ltda. 2004.

FERRAJOLI, Luigi Democracia, Estado de Direito e Jurisdição na Crise do Estado Nacional.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal. 1988.

FILHO, Rafael Mario Iorio. Uma questão da cidadania: o papel do supremo tribunal federal na intervenção federal. Disponível em : https://www.e-science.unicamp.br/gpd/admin/publicacoes/documentos/publicacao_5348_TESE%20DOUTORA_DO.pdf. 2009.

FILHO, Rafael Mario Iorio Filho, DUARTE, Fernanda e LUPETTI, Bárbara. Disponível em : http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos_fernanda_duarte.pdf. Acesso em 20/11/2013.

FILHO, Rafael Mario Iorio e DUARTE, Fernanda. O Supremo Tribunal Federal e o processo como estratégia de poder: uma pauta de análise. R. SJTJ, Rio de Janeiro, nº19, 2007.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio Fuga. CENCI, Elve Miguel. Direito Contemporâneo: perspectivas. Clodomiro José Bannwart Júnior, Frederico Oleá. 1º ed. Curitiba, Pr, CRV. 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The Concept of Law. 2. ed. Oxford University Press. 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rossa. São Paulo: Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF).

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Foucault: O poder e o direito. Tempo Social. Ver. Social. USP, São Paulo. Volume 1. 1990.

MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual Racionalidade?. Tradução: Marcelo Pimenta. São Paulo: Loyola, 1991.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. 2ª ed. ver. São Paulo: Saraiva 2003

PERELMAN, Chain. Lógica jurídica: nova retórica. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SILVA, Carlos Augusto. O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.