# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## ACESSO À JUSTIÇA I

**FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO**

**JEFFERSON APARECIDO DIAS**

**VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Frederico da Costa Carvalho Neto, Jefferson Aparecido Dias, Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-208-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## ACESSO À JUSTIÇA I

## Apresentação

Os trabalhos relatados nesta apresentação têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Acesso à Justiça, durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 06 a 09 de julho de 2016, na Universidade de Brasília - UNB, sobre o tema "Direito e Desigualdades: diagnóstico e perspectivas para um Brasil justo".

A proposta do trabalho é inovadora vez que, a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também têm a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos apresentados foram:

1- "A CRISE DO ESTADO E A DESJUDICIALIZAÇÃO: ENTRE O IMOBILISMO E A BUSCA POR UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA", de autoria de Afonso Soares de Oliveira Sobrinho e de Clarindo Ferreira Araújo Filho, tratou das possibilidades de desjudicialização, em especial por meio da atuação dos Cartórios, como forma de garantir uma ordem jurídica justa. Além de destacar os casos em que tal desjudicialização já ocorreu, os autores também analisam novas possibilidades que podem ser adotadas em homenagem ao aperfeiçoamento do acesso à Justiça.

2- "ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADE SOCIAL: REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS", os autores Guilherme Barbosa da Silva e Amanda Querino dos Santos Barbosa tratam da Justiça como fonte de promoção da igualdade, alertando para o fato de, algumas vezes, a ausência de defensor constituído fazer com que o próprio acesso à justiça seja desigual, o que pode ser suprido com a nomeação de um

defensor público. Além disso, o artigo trata de ajustes que devem ser feitos no próprio Judiciário para combater a sua morosidade e a sua inacessibilidade. Dentre estes ajustes, destaca-se o programa de justiça itinerante mantido pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

3- "A RELATIVIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA", de Márcia Cruz Feitosa e de Monica Teresa Costa Sousa, analisa a possibilidade de a competência territorial trabalhista ser relativizada a fim de garantir ao trabalhador o acesso à Justiça, uma vez que a norma que exige que a ação deva ser proposta no local da prestação do trabalho dificulta tal acesso à Justiça. O artigo destaca casos em que tem se admitido o ajuizamento da ação no local de domicílio do trabalhador, quando ele for hipossuficiente.

4- "ACESSO À JUSTIÇA E TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS: DIREITO À HOMOAFETIVIDADE", de Michelle Fernanda Martins e Simone Stefani Signori, se inicia com uma pergunta: as transformações sociais geram o nascimento de direitos ou o nascimento de direitos gera transformações sociais? Na sequência, o artigo trata do acesso à Justiça e como ele se correlaciona com o direito à homoafetividade, a partir de um estudo comparativo entre a realidade argentina, onde existe lei que garante o direito à homoafetividade, e o Brasil, onde tal legislação inexiste.

5- "ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA, JUSTIÇA OU IMPOSIÇÃO INTERNACIONAL?", Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita analisam o significado que é atribuído ao termo "acesso à Justiça", apresentando os aspectos que envolvem a sua conceituação e efetivação, defendendo que ele deve ser interpretado como o acesso à ordem jurídica justa.

6- "ACESSO NEGADO: TRANSIDENTIDADES E ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DO MARANHÃO", de Tuanny Soeiro Sousa, advém de um questionamento sobre as demandas promovidas por transexuais para a alteração de seus dados no registro de nascimento. A pesquisa que fundamentou o artigo encontrou apenas 03 (três) ações dessa espécie na Justiça do Estado do Maranhão. O que se notou é que os obstáculos para a propositura dessas ações seriam de ordem social e psicológica, e não jurídicas ou judiciais. O destaque de tal artigo é que ele, além de uma pesquisa bibliográfica, também possui uma pesquisa de campo, na qual foram coletados os dados para a sua elaboração.

7- "AS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DO ESTUDO DA FASE PRETRAIL DO PROCESSO CIVIL NORTE-AMERICANO", Rafael Gomiero Pitta e Jéssica Amanda Fachin fazem uma análise das perspectivas do novo

Código de Processo Civil, a partir do estudo da fase pretrail do processo civil norte-americano, questionando se a importação pelas leis brasileiras de institutos de direito de outros países tem sido eficaz na promoção do acesso à Justiça.

8- "BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS", de Viviane Lemes da Rosa e André Ferronato Girelli, destaca a importância do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) na concretização dos princípios que nortearam a reforma do novo Código de Processo Civil. Além disso, sustenta que o IRDR pode ser um instrumento de efetivação do acesso à Justiça, ao garantir que o cidadão saiba previamente como tem decidido o Judiciário, a partir de seus precedentes. Por fim, o artigo afasta as principais críticas comumente feitas ao mencionado Instituto, sustentando que elas são improcedentes.

9- "CIDADANIA E ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DE DADOS DO NÚCLEO DE PRIMEIRO ATENDIMENTO DO XX JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL – RJ", Lilian Trindade Pitta destaca a importância da informação ao cidadão como forma de garantir não apenas o acesso à Justiça (aqui concebido como o acesso ao Poder Judiciário), mas o próprio acesso ao direito do qual se é titular. A partir de tais premissas, o artigo defende a necessidade de o cidadão ser informado sobre os seus direitos, a fim de que ele possa exercitá-los plenamente. No mais, esse é mais um artigo baseado não apenas em uma pesquisa bibliográfica, mas, também, em uma pesquisa de campo (coleta de dados) realizada em Juizado Especial da Comarca do Rio de Janeiro.

10- "CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO – NOVOS RUMOS TRAÇADOS SOB A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI 13.140/2015 PARA PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA", de Dauquiria de Melo Ferreira e de Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, trata dos institutos da conciliação e da mediação, bem como as transformações pelas quais eles deverão passar a partir da aprovação do novo CPC e da Lei nº 13.140/2015, que deram grande importância aos dois institutos que careciam de regulamentação no Brasil.

11- Ao lado de uma maioria de artigos que tratam do acesso à Justiça no âmbito civil, o artigo "DECISÕES JUSTAS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO: HÁ GARANTIA DE IMPARCIALIDADE SEM GARANTIA DE INDEPENDÊNCIA?", de Marlyus Jeferton da Silva Domingos, inova ao tratar do tema no âmbito administrativo. Nesse sentido, o mencionado artigo trata do processo administrativo e da necessidade de ele observar o devido processo legal, na busca de decisões justas. Questiona os problemas gerados no âmbito administrativo pela necessidade de se observar o princípio da legalidade, o que

impossibilitaria a independência no julgamento e, por consequência, a sua imparcialidade. O artigo, por fim, analisa o fato de a Administração Pública não conseguir resolver os seus problemas e obrigar o cidadão a buscar a tutela do Poder Judiciário.

12- “DEFENSORIA PÚBLICA: GARANTIDORA DO ACESSO À JUSTIÇA AO HIPOSSUFICIENTE ECONÔMICO E INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS”, de Robson Aparecido Machado e de Dirceu Pereira Siqueira, destaca a atuação da Defensoria Pública não apenas na garantia de acesso à Justiça mas, também, na defesa e promoção dos direitos humanos das pessoas com hipossuficiência econômica.

13- “DEVIDO PROCESSO LEAL: BOA-FÉ E SIMETRIA ENTRE AS PARTES”, Paulo Henrique Helene e Eduardo Hoffmann partem da boa-fé como eixo que deve nortear as relações pessoais e, também, a importância que tal princípio ganhou no processo, em especial, a partir do novo CPC, que valorizou a boa-fé entre as partes, na busca de uma atuação simétrica e legal. O artigo destaca, também, a importância de o princípio da boa-fé ser tratado com os acadêmicos do direito.

14- Mais uma vez, saindo do âmbito do processo civil, o artigo “DO ACESSO À JUSTIÇA NA LEI MARIA DA PENHA”, de Marcus Guimarães Petean, analisa a aplicação do princípio do acesso à Justiça no âmbito penal, em especial nos processos que envolvem a aplicação da Lei Maria da Penha. Além disso, o artigo trata da isonomia que deve ser observada nos processos que envolvem a violência doméstica, o que permitiria que a lei fosse aplicada não apenas às mulheres mas, também, às pessoas que se identificam com o gênero feminino, como lésbicas e transexuais.

15- "DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: IMPLICAÇÕES NO ACESSO À JUSTIÇA", de Catherine Thereze Braska Hazl, analisa as mutações sofridas no acesso à Justiça com a mudança de paradigma do positivismo para o neoconstitucionalismo. Além disso, o artigo questiona no que consiste, efetivamente, o acesso à Justiça, defendendo que ele não pode ser concebido como a simples possibilidade de acionar o Poder Judiciário.

16- "EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA E INSTRUMENTO DE AMPLIAÇÃO", a autora Thífani Ribeiro Vasconcelos de Oliveira defende a necessidade de resposta justa e adequada para os conflitos, a qual, contudo, não necessariamente precisa ser dada pelo Judiciário. O artigo trata do acesso à Justiça no processo penal e defende a aplicação de meios alternativos para a solução das demandas, defendendo a valorização do papel da vítima. Sustenta que deveria

prevalecer no direito penal, assim, princípios da justiça restaurativa, com o objetivo de restaurar os laços rompidos com o crime e humanizar o processo, empoderando autor e vítima para que juntos busquem a melhor solução para o processo. Por fim, o artigo trata da mudança de paradigma da culpa para o da responsabilidade, inclusive analisando a auto-responsabilização.

17- "ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E JUSTIÇA: DIREITO, SOCIEDADE E O TERCEIRO SETOR", Bruno Valverde Chahaira analisa a situação das comunidades do Estado de Rondônia que, por estarem a várias horas de barco da capital ou de alguma cidade com um órgão da Justiça, têm o seu acesso à Justiça dificultado. O artigo defende, ainda, que em referido contexto social as entidades do terceiro setor podem atuar como auxiliar do Poder Público no acesso à Justiça.

18- “GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CREDIÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO: ACESSO OU NEGAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL?”, de André Murilo Parente Nogueira e Manuella de Oliveira Soares, os autores analisam a possibilidade prevista no novo Código de Processo Civil que autoriza o parcelamento das custas processuais, suscitando questionamentos quanto à sua aplicação, inclusive se poderá se ter um verdadeiro “crediário”, que, muitas vezes, deixará de ser um benefício e pode se tornar um ônus, em especial nos casos de novas custas que poderão gerar novos “carnês”.

19- "NOTAS SOBRE A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E SUA ADOÇÃO NO BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA PÓS-MODERNA", Antônio Carlos Diniz Murta e Priscila Ramos Netto Viana defendem a possibilidade de adoção da arbitragem como forma de solução de litígios em matéria tributária, a partir de experiência do Direito Português. Sustentam que a adoção da arbitragem pode ser um instrumento que garanta decisões céleres e justas nos conflitos em matéria tributária e o texto também afasta os principais entraves à aplicação da arbitragem na temática.

Com se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes do princípio do acesso à Justiça, analisando a sua aplicação não apenas no direito processual civil mas, também, no direito processual penal e no direito administrativo.

Além disso, importante destacar que os artigos trataram da realidade de diferentes Estados da Federação, apresentando diversos contextos nos quais a aplicação do princípio do acesso à Justiça ocorre de forma diversa.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do acesso à Justiça.

Prof. Dr. Frederico da Costa carvalho Neto (UNINOVE)

Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias (UNIMAR)

Profa. Dra. Vivian de Almeida Gregori Torres (USP)

# ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E JUSTIÇA: DIREITO, SOCIEDADE E O TERCEIRO SETOR

# WELFARE STATE SOCIAL AND JUSTICE: LAW, SOCIETY AND THE THIRD SECTOR

**Bruno Valverde Chahaira**

**Resumo**

Este trabalho propõe dissecar os sentidos e/ou significados de Estado e apresentar seus modelos a fim de elaborar um arcabouço conceitual sobre sua função no âmbito jurídico. Para isso, aponta os possíveis contratos estabelecidos entre o Estado e a Sociedade, tendo em vista que os princípios gerais imanentes neles podem orientar os modelos de sociedade em vigência, daí o propósito é por efeito a concretização efetiva dos possíveis contratos. Por outro lado aponta a via Terceiro Setor e o que ele representa para o Estado e a Sociedade.

**Palavras-chave:** Estado, Sociedade, Justiça, Terceiro setor

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paperwork intends to examine the senses or meanings of state and also intend to present its models in the order to elaborate a conceptual framework about its function in the judicial sphere. To do so, points out the possible contracts established between state and society, having in mind that the immanent general principles in them can orient the models of society in use. Therefore, the intention is to approach the sense of achievement the possible contracts. On the other side points out the course of the Third Sector and what it represents to the state and to society.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** State, Society, Justice, Third sector

## Introdução

Há pouco tempo, no cenário mundial do século XXI, vários países passaram a presenciar a onda de movimentos sociais e de protestos evidenciando, de certo modo, que o Estado não está respondendo às exigências sociais que a sociedade necessita ou almeja.

O Editorial do jornal Brasil de Fato chama a atenção para um dado relevante nesse contexto; diz o editor na chamada da matéria: "A revolta popular derrubou Mubarak, mas o aparato de Estado se mantém intocável e aposta todas as suas fichas em desmobilizar o povo". O texto escrito em 2011 retratava o momento após a queda do ditador do Egito, Mubarak. Há tempo não se via tais manifestações, considerando que as últimas foram marcadas, no século XX, pelas transformações sociais, quedas de ditaduras ou instalações delas, que repercutiram no mundo todo, como: as Revoluções Russa, Mexicana, Francesa, Cubana, dos Cravos, Iraniana, Sandinista, Talibã, etc.

Além das revoltas pelos modelos de regimes instalados nos países rebelados, outro ponto que merece destaque ressurge estimulando os revoltados, ou seja, o que levou a população a ir às ruas e protestar pelos seus direitos e democracia. O elemento mobilizador das ações revolucionárias dos movimentos sociais do século XXI parece reincidência de outro do século passado; as manifestações se caracterizam pelo agravamento das condições de vida das massas. De acordo com os dados, na época, o Egito sob o comando de Mubarak encerrava o ano de 2010 com desemprego na casa dos 20%. Em 2007, a população já amargava 10,1% de desemprego no país.

Conforme os dados e/ou índices pelo mundo, observa-se que o meio crucial para a mão de obra ativa viver adequadamente está em estado de alerta – a geração de emprego. O desemprego assola países da Europa e do mundo, acarretando problemas de ordem socioeconômicos, de direitos fundamentais, já que o emprego é a fonte de renda para suprir as necessidades básicas dos indivíduos: moradia, alimentação, vestuário, educação, transporte, etc., em grande parte.

Nesse contexto, todos os países do modelo capitalista de mercado, ou seja, do paradigma econômico da globalização, passam por dificuldades, haja vista que o mercado está intimamente atrelado às potências econômicas, como os Estados Unidos da América (EUA), Japão, Alemanha, Inglaterra, etc. Do mesmo modo, estão relacionadas às questões de cunho político que envolvem o Estado de Direito e a ideia de desenvolvimento econômico, como ainda avança da proposta política à jurídica – sobre os limites e condições de possibilidades de intervenção do Estado na economia, conforme assinala Ferraz Júnior (2009, p. 312).

Isto significa que, como os demais países, o Brasil se enquadra nesta problemática, sendo que faz parte do rol dos países capitalistas ditos globalizados. Consequentemente, o agravamento econômico em outras esferas mundiais acarreta, também, danos locais, fazendo com que o Brasil e sua população sintam os resquícios daquilo que se vive do outro lado.

Essas informações nos servem para conferir que a sociedade e o Estado, embora tentem, não conseguem se desvencilhar um do outro, haja vista ser papel do Estado atender algumas premissas ordinárias que levarão a sociedade a viver melhor, com segurança, qualidade de vida e dignamente. Por outro lado, que a sociedade quando se organiza dá mostras de que suas vontades se concretizam; significando que, independentemente dos modos como alcança seus objetivos, se pelos métodos revolucionários ou antidemocráticos, um fato é certo, a mobilização é fator preponderante à conquista dos seus projetos, do desenvolvimento e do Estado.

Este texto introdutório visa indicar como a sociedade tem função na organização do Estado, e como os modos dessa organização configuram a realidade sociocultural onde se instaura, como o caso da organização do Terceiro Setor, foco das nossas atenções.

## 1 Estado, Direito Social e Justiça

Segundo Pierre Bourdieu o poder simbólico para a abordagem da prática do campo jurídico se dá a partir dos mecanismos simbólicos e sociais de produção e manifestação do Direito, no qual o tema principal são os dispositivos teórico-metodológicos da sua proposta sobre a economia das práticas: campo, *habitus* e violência simbólica – tão marcante no campo da ciência social. Para o autor, a cientificidade do Direito pode se dar na medida em que os princípios das normas, regras ou leis se manifestem no mundo social de modo inteligível, mas também, no campo do sensível, ou seja, que os três dispositivos devem ser orientados para a compreensão dos modos de vida social.

Assim, as três dimensões propostas para os seus estudos: campo, *habitus* e violência simbólica se resumiriam da seguinte forma, de acordo com Bourdieu *apud* Machado e Coutinho:

> A reunião desses três conceitos, no estudo sociológico do Direito, poderia ser resumidamente formulada da seguinte forma: o Direito é um microcosmo profissional no qual são travadas lutas entre grupos hierarquicamente diferenciados, a partir da posse diferencial de habilidades e conhecimentos e opiniões cuja valorização no campo vincula-se a um determinado momento sócio-histórico. A posse desses elementos denominados metaforicamente de

> capitais, é determinada tanto pela socialização primária, quanto pela socialização profissional, as quais moldam no sujeito formas de pensar, ser e agir: o habitus. As aproximações entre as origens de classe daqueles que atuam no campo jurídico conferem derivadas das socializações profissionais (perfil mais prático ou mais escolástico) e as diferenças secundárias da origem de classe (filhos de empresários ou filhos de professores, por exemplo), somadas às particularidades históricas e políticas do espaço social mais amplo no qual o campo se encontra imerso, o seccionam em diferentes posições, que mantêm relações de disputa. O Direito é uma estrutura de relações entre grupos profissionais que lutam pelo monopólio de dizer o direito. (MACHADO, COUTINHO, 2013, p. 16)

*Habitus* é um termo técnico, empregado pela filosofia, especialmente pela escolástica; ao passo que hábito não. No entanto, *habitus* tanto pode ser traduzido como hábito quanto como *habitudo* (visão de mundo e modo de ser manifestado no plano da cultura e dos costumes). Também se empregou *habitus* para temáticas aristotélicas: "ter", "haver". Além disso, há um conteúdo comum ao emprego moderno de hábito e o classicismo: "disposição". Assim, "ter algo" ainda implica em posse, apossar-se de algo, como propriedade privada de quem pode "ter" (Locke).

O que revela outro sentido subjacente: "condição" – a condição de quem tem a posse (ou poder) de uma arma de fogo, por exemplo. Portanto, nesta primeira linha de abordagem, o hábito como categoria ou predicado está presente no latim, tanto em *habitus* quanto em *habere* (haver). Em segunda modalidade de interpretação aristotélica, *habitus* surge como *habitudo*, no pós-predicamento que revela um estado ou disposição, "qualidade", no exemplo de "quem tem ou possui uma ciência ou uma virtude". Para os estoicos o termo implicava no estado físico, material, no sentido do estado da matéria inorgânica: "O hábito une esses elementos de um modo mais forte que a mera conjunção de elementos discretos e até mesmo que a contiguidade" (MORA, 2001, p. 1264).

Os sentidos dados por Aristóteles são os mais frequentemente concatenados. Além de ter e haver empregam: Faculdades ou potências ativas; Receptividade ou potências passivas; Forma enquanto configuração externa.

A distinção entre hábito e disposição é a transitoriedade: o hábito impõe posse duradoura, permanente, extemporânea. A disposição é passageira, transitória, acidental. Para Santo Tomás, o hábito é uma qualidade, por si, muito difícil de ser removida. O hábito, então, supõe a qualidade do ente, a sua faculdade, e as operações que facilitam o desenvolvimento dessa faculdade.

O hábito adquirido por meio de um treinamento, investimentos na faculdade do ser, por si mesmo, não operacionaliza tais faculdades, apenas possibilita seu melhor

desenvolvimento e desempenho. São considerados por sua *dispositionis entis*, como naturais. O hábito visto por esse prisma diferencia-se de potência, pois que esta o precede.

Por fim, há um hábito intelectual, por meio do qual as operações cognitivas e conceituais são absorvidas ou expressas pelo espírito empreendedor na "ciência do conhecimento". Agora como gnosiologia e epistemologia. Esses são *habitus principiorum* ou hábitos dos princípios teóricos superiores. Na seara social e política, por seu turno, revelariam a própria ontologia acerca das ações, práticas, costumes tanto dos operadores e agentes políticos quanto das rotinas praticadas nos institutos e instituições políticas.

Há ainda um hábito moral: aquele presente e revelador dos princípios práticos reveladores ou *sindérese*. Todavia, podem-se articular hábitos intelectuais ou gerais como se fossem hábitos de ordem imoral: neste caso, pensemos na corrupção, no manejo partidário do direito, nas chicanas. São hábitos que representam e preservam o *establishment*.

Os vários empregos de hábito e de *habitus*, portanto, devem ser indicados a fim de que se tenha a opção teórica e epistemológica a seguir (a exemplo da semiótica jurídica que faz uso recorrente de *habitus* em Bourdieu):

> Em seu uso sistemático, o termo "hábito" (nas formas lingüísticas correspondentes) aparece em varias filosofias modernas. Nestas, podemos distinguir várias significações: a psicológica (Hume, Condillac, Erdmann), a metafísica (Maine de Biran, Ravaisson, Chevalier), a transcendental (Husserl). Entre as várias psicológicas devem-se tomar as que referem ao problema do hábito em relação com a questão com a questão do instinto (por exemplo, em C. Lloyd Morgan) (MORA, 2001, p. 1266)

Em síntese, entre os antigos e modernos clássicos temos que *habitus*, como hábito, como força e faculdade (Aristóteles), como um *vir bônus* (Quintiliano), como forma natural do dizer e/ou estilo (Vives) e como costume (Montaigne). Quanto ao *habitus* no direito cotidiano, tomemos o desembargador Sérgio Coimbra Schmidt, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que diz sobre o movimento dos jovens ocupantes das escolas públicas paulistas: "estão aprendendo cidadania", para exemplificar a aplicação ao termo no direito vivido no cotidiano.

O juiz foi ativista quando adolescente, na vigência do regime militar. Ficou entrincheirado dentro da própria escola pública em que estudava, aos 13/14 anos. Filho de pai químico e mãe dona de casa, fez direito no Largo São Francisco e não aprova juízes do *establishment*. Em sua decisão, foi ainda mais enfático:

> E por experiência própria, haurida no longínquo 1968, quando aluno do 3º ano no Ginásio Estadual Vocacional Osvaldo Aranha, posso afirmar tratar-se de experiência gratificante quando bem conduzida e respeitado princípio basilar da democracia que vem a ser o pluralismo subjacente à liberdade de

> opinião [...] O juiz é uma pessoa humana que também passou por experiência semelhante.
> Disponível em: http://www.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1721048-juiz-das-decisoes-sobre-escolas-ocupadas-foi-detido-quando-estudante.shtml. Acesso em 12 dez 2015.

O jurisdicionado é um cidadão politizado, militante e requisitador na luta política pelo direito. Por essa visão os estudantes não são um "vândalos", terroristas, criminosos. São crianças – com ajuda intelectual ou não – que lutam pela confirmação de direitos básicos e democráticos. Trata-se de exemplo acadêmico de como a "visão de mundo" é formada pela experiência cotidiana da luta política e, por fim, como ambas têm reflexo direto no direito. É um recorte acadêmico, mas em sintonia com a vida de todos nós.

A luta social é uma luta por direitos essenciais, básicos, fundamentais, como é a garantia à educação, à saúde, à moradia, típico acesso à justiça. Mas, a luta pelo direito é também uma luta política, pois, se contrapõem visões de mundo antagônicas, contraditórias, opostas ao ato da justiça. Este sentido orienta a ação política e revela um forte conteúdo de classe, a partir de perspectivas distintas, refratárias entre os sujeitos envolvidos.

Para alguns, trata-se do aprendizado político, da conquista da profundidade epistemológica que se constrói na luta social; bem como a conquista de direitos e da cidadania. Para outros significa o espaço público como reduto dos apoderados, dos grupos de poder dominantes e, assim, crianças e jovens (ou não), não têm o direito de estender suas ações para além dos muros escolares. E, mesmo intramuros, não podem tornar a escola um verdadeiro local público.

De certo modo, isto está nas entrelinhas do magistrado, a defesa do acesso à justiça. O juiz aponta, na decisão que garantiu a liminar de não-uso da força física em ação policial de reintegração de posse, para o legado que a política deve deixar aos jovens. Todavia, trata-se um legado construído pelos próprios jovens que desafiaram o *establishment* na ocupação das escolas públicas em São Paulo. Aliás, o mesmo legado que faz parte da vida do desembargador, enquanto ainda era um jovem homem médio em sua vida comum de estudante, e consciente dos afazeres políticos contra a autocracia encastelada nos palácios do poder.

A política pode ser a construção de um hábito contra pensamentos e ações de poderes pré-estabelecidos, hierarquizados e hegemônicos. O *habitus* que se projeta do *establishment*, por sua vez, demonstra a história incorporada pelos agentes do poder na posse que promovem dos espaços sociais, como se fossem exclusividade sua.

O que precisamos, de fato, é de novos hábitos republicanos, seja do magistrado que procura o caminho da luta pelo direito (como luta da descompressão jurídica), seja daqueles que batalham para ter um lugar saudável para estudar e vivenciar as primeiras lições práticas da política com liberdade[1]. De acordo com Ferraz Júnior (2009, p. 96) "a clássica expressão grega para liberdade – já é como um substantivo abstrato, uma derivação de uma forma mais antiga, um substantivo concreto".

> [...] significa "aquele que pertence ao povo", ou ainda "aquele que no grupo social pátrio não se submete a ninguém". Daí duas conotações importantes: pertinência (ao grupo social) e não-submissão. Em ambas as conotações, o eléuteros tinha por antônimo o escravo, o prisioneiro de guerra, donde, mais tarde, a oposição liberdade/escravidão como substantivos abstratos. (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 96-97)

Com isso significa dizer que os modos de vida, sejam eles relacionados à liberdade, justiça, participação, cidadania, são permeados de ideologias, uma vez que são moralmente orientados pela constatação fática segundo a qual se encontra posicionamentos os mais diversos para a sua formulação e/ou pensamento e práticas, assim como o é a formulação do que seja *habitus* ou caminhos para a luta pelo direito.

Nesse sentido, merece tratar sobre os conteúdos que proliferam a fim de explicar o sentido de Estado no campo jurídico, ou ainda, como o Direito formula dentro do seu sistema a lógica do Estado. A conclusão é que, dessa forma, para explicitar o sentido de Estado merece saber de onde se parte: do campo jurídico, do *habitus* ou do valor simbólico que dele emerge. Por isso, nos dizeres de Ferraz Júnior (2009, p. 162), o direito, "assim mesmo, a doutrina que se apreende é sempre uma doutrina suposta, abstraída da palavra de oradores, dos poetas, obtendo-se uma certeza apenas relativa sobre o conteúdo dos institutos jurídicos, podendo-se concluir apenas de sua existência e quase nunca de sua essência".

## 1.1 O Estado e suas ações programáticas conceituais

Partindo da lógica do *hábito* enquanto costumeiro, do senso comum, isso explica o sentido de Estado como território, o que na Geografia Política é o ente organizado no espaço. Nessa linha, têm como principais processos a relação não somente sociológica, mas também geográfica, na perspectiva de análise do espaço associado à cidadania. Como bem pontua Gomes *apud* Serpa (2007, p. 15): "a ideia é que tais pesquisas, na Geografia, devem nortear-

[1] Veja-se em: http://www.gentedeopiniao.com.br/noticia/o-direito-cotidiano/146771. Acesso em 08 dez 2015.

se pela concretude desses espaços, sem perder de vista as práticas e dinâmicas sociais que aí se desenvolvem".

O termo Estado advém do substantivo latino *status,* relaciona-se com o verbo *stare,* que significa "estar firme". Portanto, a ideia de "estabilidade". Daí ser designado o conceito para sociedade política, estabilizado por um senhor soberano que o controla e orienta os demais senhores. Definição empregada atualmente: "uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita" (CICCO, GONZAGA, 2012, p. 45).

O campo jurídico se utiliza do sentido do Estado como organização jurídica, logo, do grego: πολίτεα; do latim: *Respublica;* do inglês: *State;* do italiano: *Stato*, de acordo com Nicola Abbagnano (2000, p. 364). Em geral Estado é a organização jurídica coercitiva de determinada sociedade. O uso da palavra Estado se deve a Maquiavel (O príncipe, 1513, § 1).

Segundo Nicola Abbagnano (2000, p. 364) nos estudos filosóficos sobre as concepções de Estado encontram-se distintas três concepções fundamentais: a concepção organicista: o Estado é independente dos indivíduos e anterior a eles; atomista ou contratualista: o Estado é a criação dos indivíduos; formalista: o Estado é uma formação jurídica. As duas primeiras concepções alternaram-se na história do pensamento ocidental; a terceira é moderna e, sua forma pura, foi formulada só nos últimos tempos. Por sua vez, prossegue o filósofo: - Hegel era categórico ao mencionar que muito já se havia discutido sobre a antítese entre moral e política e sobre a exigência da segunda conformar-se à primeira. Aqui, o Estado tem um direito diferente do bem do indivíduo:

> Sobre isso cumpre apenas notar, em geral, que o bem do Estado tem um direito completamente diferente do bem do indivíduo, e que a substância ética, o Estado, tem sua existência, seu direito, imediatamente numa existência concreta, e não abstrata, e que somente essa existência concreta (e não uma das muitas proposições gerais, o princípio de sua ação e de seu comportamento). "Aliás, a visão do suposto erro que sempre deve ser atribuído à política nesta suposta antítese baseia-se na superficialidade das concepções de moralidade, de natureza do Estado e de suas relações do ponto de vista moral"(ABBAGNANO, 2000, p. 774).

Assim, nas palavras de Hegel outra coisa não é do que a reiteração do princípio de Maquiavel. O que Hegel chama de existência do Estado outra coisa não é senão a realidade efetiva de Maquiavel.

> Apesar de Hegel ter declarado superada a antítese entre Política e moral, o conflito entre as duas existências ainda está vivo na prática política e na

> consciência comum, e as formas de equilíbrio, por elas alcançadas, ainda hoje são provisórias e instáveis. (ABBAGNANO, 2000, p. 774)

Quanto ao aspecto sociológico, nessa concepção o Estado tem três elementos ou propriedades, a saber: 1- soberania ou poder preponderante ou supremo; 2- povo; 3- território. Observa-se aqui que a ideia de território se correlaciona ao *hábito* conforme apontado acima; quanto ao sentido primeiro ao campo do jurídico; e no sentido relacional concretiza-se com o povo no território.

Para Kelsen o aspecto sociológico do Estado, porém, é negado, e essa negação é característica básica do seu formalismo. Para Kelsen: "o Estado é simplesmente a ordenação jurídica em seu caráter normativo ou coercitivo". "Há um único conceito jurídico de Estado, que é o de ordenação jurídica (centralizada)" (CICCO, GONZAGA, 2012, p. 48).

Com o objetivo de estender o propósito da função do Estado e seu papel na expressão dos direitos, apresentamos as características do Estado Liberal, Social e Estado Democrático de Direito.

## 1.2 A ideia de justiça e os Direitos Sociais

Para Ferraz Júnior, sobre a "natureza da justiça e justiça é uma virtude especial" ao comentar sobre a definição de justiça para Aristóteles e Platão pontua:

> Propõe Aristóteles: "*Nós observamos que todos os homens entendem chamar justiça essa espécie de disposição que torna os homens aptos a executar as ações justas e que os faz agir justamente e querer as coisas justas*" (E.N., V, 1, 11298ª6). Percebe-se, de início, uma sinalização metódica da opinião, do modo de pensar corrente sobre a justiça ou do da maioria dos sábios.
> Com efeito, Platão reconhecia no Gorgias, 460b: "*Soc... aquele a quem se ensina o que é justo é justo? Gorg: Sim. Soc.: E o que é justo, pode supor-se faz o que é justo? Gorg.: -Sim. Soc.: E não deve o homem justo sempre desejar fazer o que é justo? Gorg.: -É a inferência correta. Soc.: Evidentemente, então, o homem justo nunca consentirá em fazer injustiça? Gorg.: Certamente não*." Essa opinião, contudo, versa menos sobre o seu caráter de *habitus* do que sobre a execução efetiva das ações justas. Com efeito, é pacífico para Aristóteles que a justiça leva o homem a agir justamente, mas não sua natureza de εξιS. Na verdade, a justiça também costumava ser definida como a *faculdade* distributiva da igualdade (Tóp., VI, 7, 145b35). (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 181) (grifos do autor)

Neste curso, o Estado Democrático de Direito (EDD) deveria estar fortemente marcado por esses sentidos e pelo emprego (ou não) do que se chama de *ethos público*: isto é óbvio, em regimes de governo realmente democráticos e republicanos, tanto na observância real do Estado de Direito quanto na prática política derivada da verificação das regras

mínimas do Estado Democrático. Por isso, entendemos que o *ethos público* cria vínculos sociais efetivos e só assim, portanto, haverá significado material no uso da expressão "Estado Democrático de Direito Social" em função da justiça social, haja vista ser por meio dele a concretização, na medida do possível, da justiça como faculdade distributiva da igualdade, logo, o movimento do Estado não deva ir em direção da injustiça.

Nas bases históricas do Estado Democrático de Direito há uma força dialética que, acredita-se, possa transformá-lo novamente – agora, de conceito de Estado mais bem elaborado de todos os tempos em práxis política popular. Isto é claro, se não se faz aqui a crítica marxista de que no futuro não haverá Estado.

A história é feita de nexos e convergências. No sentido adotado no texto, podemos dar como exemplo uma convergência que veio se tecendo ao longo de todo o século XX. Mas, é bom saber que esta ampla convergência não implica na ausência de divergências, às vezes, tão grandes, que somos levados a visualizar somente o antagonismo e as rupturas – não é o caso também de irmos à frente nesta linha de abordagem.

No presente recorte histórico e secular, partimos do início do século XX e de suas três amplas e profundas revoluções (duas de ordem política e uma de natureza jurídica), e que fundariam o posterior Estado Social. A Revolução Mexicana (1910) e depois a Revolução Russa (1917) alteraram todo o perfil histórico do antigo Estado Liberal – fragmentando os direitos individuais e por isso sendo capaz de cultivar uma vasta gama de direitos sociais e trabalhistas.

De todo modo, novos agentes sociais e políticos puseram-se em ação, na Europa do leste e entre os países subdesenvolvidos. Na Mesma entoada, a Constituição de *Weimar* (Alemanha – 1919) fazia consagrar, no âmbito do direito político-constitucional, as conquistas sociais e trabalhistas de cunho popular[2]. De certa forma, as forças sociais que vinham latentes desde os marcos revolucionários de 1848, e se *Weimar* não foi uma revolução proletária (no modelo marxista), foi sem dúvida uma revolução jurídica que afetou os proletários de todo o mundo.

Curiosamente, no entanto, esse mesmo processo histórico, político e jurídico que forneceu bases ao Estado Social (inicialmente de base proletária e depois enviesado pelo liberalismo-paternalista do *Welfare State*), também consubstanciam o que foi chamado desde então por Estado Socialista (mais claramente depois de 1917, na Rússia). Assim, na mesma matriz ou período histórico, temos o empuxo para dois modelos de Estado aparentemente

[2] O mesmo paradigma político-jurídico que vai alimentar o populismo em toda a América do Sul.

divergentes: o Estado Social, apropriado pela ação conservadora burguesa e o Estado Socialista que redundou em falência múltipla já nos anos 1980.

Mas, esta simbiose histórica, que não se desvencilhou da diástole ideológica, ainda nos traria mais uma surpresa para o momento presente, porque, com a derrocada do Estado Socialista (a começar pela própria ex-URSS), insurgiram-se novas forças político-ideológicas na mesma velha Europa. A partir de 1976 em Portugal e 1978, na Espanha, o vetor socialista vinha à tona novamente, mas em moldes mais populares – daí seguir-se, igualmente, a nomenclatura do Estado Popular que não se confunde com Estado populista.

Essa instigante participação popular em prol da constituição de um novo cenário político foi o *start* para a nova Constituição desses mesmos Estados (Portugal e Espanha), e com isso têm-se o início da realidade jurídica do Estado Democrático de Direito (em Portugal, Estado de Direito Democrático). No entanto, vale relembrar que o Estado Democrático de Direito tem como principal finalidade, justamente, as principais conquistas do socialismo e, por isso, objetiva exatamente alcançar o socialismo. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no entanto, nos adverte que o constituinte brasileiro jamais colocou na pauta de discussões esta questão fundamental de que o Estado Democrático de Direito é um caminho para o socialismo. Já na Espanha figuraria como socialismo na democracia (FERREIRA FILHO, 2000, p. 18).

A positivação constitucional portuguesa, porém, sempre foi expressa e direta, não deixando espaço para outras interpretações constitucionais que não fossem também objetivas e claras. Essa é a tônica que observada, por exemplo, em Jorge Miranda (2000), ao esmiuçar o sentido objetivo dado ao socialismo pela Constituição Portuguesa. Neste sentido, a ideia de procurar por uma interpretação técnica-constitucional do que realmente é constituído esse socialismo proposto, especialmente, em virtude dos dispositivos constitucionais portugueses. Sobre a Constituição socialista portuguesa nos dirá o autor que:

> A Constituição liga o socialismo à "construção duma economia socialista, através da transformação das relações de produção e de acumulação capitalistas" (como diz o art. 91º). E o socialismo não aparece apenas em termos programáticos. Aparece também em termos preceptivos, nomeadamente no que toca às nacionalizações de empresas (não de setores) efetuadas após o 25 de Abril (art, 83º) (MIRANDA, 2000, p. 358).

É evidente, portanto, que para o constituinte português o socialismo atrelava-se à transformação das relações de produção. De qualquer forma, resta comprovada a intenção original pela via socialista, como ainda na análise de Jorge Miranda:

> Com efeito, a Constituição: *a)* Distingue entre socialização dos meios de produção e apropriação coletiva, sendo certo que "socialização" surge na Constituição em dois sentidos — como sujeição ao enquadramento da Constituição, da lei e do Plano, na perspectiva do interesse coletivo e do desenvolvimento das relações de produção socialistas (...) Incumbe o Estado de assegurar a "equilibrada concorrência entre as empresas" (...) e com a possibilidade de intervenção na gestão das empresas privadas (...) por outro lado, aponta para uma economia de mercado controlado (...) Dá preferência às formas autogestionárias (...) quer sobre a gestão privada (...) quer sobre a gestão pública. (MIRANDA, 2000, p. 359).

Nesse diapasão tem-se aqui o perfil técnico-constitucional do Estado proposto pela Constituição socialista portuguesa, levando-se em conta a consecução do socialismo que se requer para o presente-futuro e não aquele restrito às indicações do passado.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito Social é uma espécie de devir jurídico e bem poderia ser pronunciado pela necessidade do fomento teórico e prático acerca do atual estágio em que se encontra o próprio estado da arte da democracia, da Federação e da República. Quanto à terminologia e/ou significação que ora foi trazida nesse percurso da investigação, considere-se que o social (que se segue ao substantivo do direito) aqui não se limita ao sentido no *modus operandi* do *habitus* de se considerar que todo direito é social (ou cultural quando se segue, por exemplo, a tríade Fato, Valor e Norma) (REALE, 2005), uma vez que o direito é um fato social: o conceito fundamental da sociologia funcionalista, com destaque para as características da exterioridade, generalidade, universalidade e coercibilidade da norma social ou jurídica.

Com a expressão direito social, tampouco se refere ao notório pressuposto de que todo direito é político, quer como processo legislativo, quer como dimensão política inerente ao direito ou, mais restritivamente, como conjunto dos direitos políticos. Refere-se, então, ao direito de alcance propriamente social, global, geral, de relevância social, mas, que também, seja um direito composto de significados, exercício e usufruto social, como direito público e subjetivo que venha a ser assegurado pelo Estado, como por exemplo, a saúde, educação, moradia, segurança etc.

Em sentido mais restrito ou técnico, o tratamento sobre o direito social pode ser interpretado para além da concepção das liberdades públicas, tendo em vista que, em se tratando das necessidades prementes que os indivíduos têm para viver com dignidade, deve ser visto como dever público do Estado, e assim deve manter-se distante qualquer noção restritiva, como a própria ideia da concessão do direito pelo Estado – também não se admite qualquer tipo de permissividade individual quanto a esses direitos, tampouco a privatização

destes, como se tem observado na aplicação, via terceirização, nos casos desempenhados pelo Terceiro Setor.

Sob este aspecto, vê-se claramente, nem todo direito é social, porque há um direito democrático (anti-autocrático) e republicano (coletivista, difuso, ontológico, universalista) e há outros tipos de direitos privatistas ou restritivos, a exemplo dos privilégios, das denominadas leis injustas, das chicanas variadas e outras tantas formas ardilosas que tendem a varrer a justiça da prática social. Direito social, portanto, refere-se à dimensão globalizada, integrada (não-excludente, não-refratária ou meramente dogmática, excessivamente formal ou sectária do direito), buscando-se a máxima realização da isonomia e da proporcionalidade (CADEMARTORI, 2006).

Neste sentido, também são direitos tendentes a alcançar os direitos econômicos e trabalhistas e não só os direitos individuais, civis e políticos - defendendo-se por isso a necessidade de serem cláusulas pétreas.

No Brasil, para que aconteça a consecução desse modelo seria necessária a remoção dos entulhos, dos estorvos autoritários ou conservadores da estrutura estatal (política), bem como da necessidade de aprofundar radicalmente a democracia (como democracia popular ativa, cidadania democrática, com a prevalência dos direitos humanos e do princípio da dignidade humana). Pode-se dizer que o modelo visa ao socialismo, implementando-se políticas públicas e reformas institucionais que possam alterar a infraestrutura socioeconômica outrora divergente desse modelo. Afinal, como dita Ferraz Júnior (2009, p. 198) empregando-se dos dizeres de Aristóteles: "o Estado é um *ente moral,* menos do que jurídico, cujo fim é prover uma vida feliz para o homem (Pol. I, 1,1252a), e a felicidade para o homem equivale à vida virtuosa (É.N., I, 9,1098b30)".

Nesse sentido, versa o Estado legislar em função dos direitos sociais em prol da efetivação da justiça a todos os cidadãos, indistintamente. Afinal, os objetivos dos direitos sociais são os de satisfazerem todos os anseios, tais como: a igualdade e a liberdade, os meios de formação, lazer, desenvolvimento pessoal, de cidadania política e potencialização dos direitos constantes no art. 6º da CF/88. Ora, tem-se aí a relação com o art. 5º - Título II – Dos Direitos e Garantias fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos e Capítulo II – Dos Direitos Sociais, com o art. 6º os seguintes direitos: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança e outros que a própria CF/88 não exclui do seu rol: acessibilidade, inclusão digital. Por sua vez, não há garantia de direitos que se valha sem a inclusão de todos e por não haver a inclusão de todos via Estado, parte da sociedade se organiza como o modelo do Terceiro Setor.

### 1.3 Terceiro Setor: origens, definições e enquadramento no ordenamento jurídico

O estudo doutrinário permite uma variedade de definições do chamado Terceiro Setor,[3] as quais elevam as discussões a respeito das composições e a própria questão terminológica. Trabalham-se ainda as funções, a mudança do Estado no pagamento das prestações sociais e ações diretamente vinculadas ao sistema jurídico. Para tanto, ressalta-se a doutrina de Paes, que salienta:

> [...] o conjunto de organismos, organizações ou instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento. (PAES, 2011, p. 68)

Destaca-se que a opinião de grande parte dos doutrinadores[4] acompanha uma linha de exclusão, pois na sociedade atual é possível apontar e perfilhar o que seja uma atividade governamental e o que apenas é de interesse privado mediado pelo Estado (MAURO, 1999, p. 40). Sendo assim, destaca-se do livro *Terceiro setor e suas perspectivas*:

> [...] um autêntico terceiro pilar compreendendo as atividades espontâneas, não governamentais e não lucrativas, de interesse público, realizadas em benefício geral da sociedade, não apenas dos indivíduos em particular; e que desenvolvem independentemente dos demais setores, ainda que deles possa (para alguns, até, deva) receber colaboração. (MAURO, 1999, p. 40)

Quando se consideram as questões de afirmação histórica do presente assunto, presencia-se que conceituar é realmente difícil, pois cada doutrinador segue uma linha específica de entendimento. Determinados autores dão maior enfoque ao Estado e às questões sociais, outros priorizam o direito das pessoas, suas capacidades e incapacidades, e sem sombra de dúvida, a grande maioria estabelece os diferenciais da dicotomia pública e privada, como bem salienta Souza: "O Terceiro Setor é toda ação, sem intuito lucrativo, praticado por pessoa física ou jurídica de natureza privada, como expressão da participação popular, que tenha por finalidade a promoção de um direito social ou seus princípios" (SOUZA, 2004, p. 25).

Para Santos, o Terceiro Setor é bem visto com seu vastíssimo ambiente de Organizações Sociais, a saber:

> Uma designação residual e vaga com que se pretende dar conta de um

[3]Ressalta-se que os pesquisadores devem tomar cuidado para não criar qualquer comparativo de semelhança do Terceiro Setor, com setor terciário na economia, que são as atividades de serviços, ao contrário dos setores primário (agricultura) e secundário (indústria).
[4]Entre eles, podemos citar: José Eduardo Sabo Paes, José Eduardo Marques Mauro, Boaventura de Souza Santos, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Leandro Marins de Souza.

> vastíssimo conjunto de organizações sociais que não são nem "estatais nem mercantis", "privadas", que "não visam fins lucrativos", e são "animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos. (BONAVIDES, 2006, p. 31)

Ou ainda na opinião de Oliveira,

> É o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações e fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora deles possa firmar parcerias e receber investimentos (públicos e privados). (OLIVEIRA, 2005, p. 5209)

A partir da análise dos conceitos é possível dizer que o Terceiro Setor é visto como sendo um conjunto de organismos ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia. Grande parte das estatísticas hoje realizadas apresenta o contraditório dos números no que se refere à quantidade de entidades do Terceiro Setor no Brasil, e no que se refere às qualificações.

De um modo geral associa-se o Terceiro Setor às instituições sem fins lucrativos das quais são desenvolvidas atividades para o bem-comum. No entanto, é interessante ressaltar que quando se levanta uma específica análise a respeito das instituições sem fins lucrativos, logo se diz que são instituições que estão fora dos andamentos normais da legislação brasileira, mas que são utilizadas para andamentos de pesquisas e até mesmo para prestar as devidas orientações no âmbito internacional. Logo, o nosso país acaba por adotar definitivamente tais instituições. Deve-se sempre levar em consideração que no Brasil, a atenção maior sempre foi voltada ao Primeiro Setor e Segundo Setor[5]. O primeiro representa o governo e tem como objetivo principal cumprir uma função administrativa sobre bens públicos, tanto no âmbito municipal, estadual como federal. Já o segundo, é ocupado pelo mercado, ocupado pelas empresas privadas com fins lucrativos.

Diante do surgimento e desenvolvimento do Terceiro Setor, tanto o Estado quanto o mercado, ocupado pelas empresas privadas com fins lucrativos, começaram a valoriza, a partir do final do século XX, os movimentos voltados aos projetos sociais. Conjuntamente, o mercado inicia uma nova preocupação, a de não estar apto a responder aos desafios do desenvolvimento com igualdade. Para melhor exemplificar segue a citação abaixo de Fernandes:

> A participação dos cidadãos é essencial para consolidar a democracia e uma

[5]Deve-se considerar que mesmo no caso de análise do Segundo Setor, é necessário visualizar que o mesmo funciona com uma lógica diferente, visando sempre o lucro, bem como destaca-se que a partir da década de 90 é que os movimentos em função de projetos sociais foi iniciado. Dando assim, oportunidade para o aparecimento do "terceiro setor".

> sociedade civil dinâmica; é o melhor instrumento de que dispomos para reverter o quadro de pobreza, violência e exclusão social que ameaça os fundamentos de nossa vida em comum. (FERNANDES, 1997, p. 12)

E ainda, complementa que

> [...] um conjunto de organizações e iniciativas privadas que visam à produção de bens e serviços públicos. Este é o sentido positivo da expressão. 'Bens e serviços públicos', nesse caso implicam uma dupla qualificação: não geram lucros e respondem a necessidades coletivas. (FERNANDES, 1997, p. 21)

Dessa forma, fica fácil entender que o Terceiro Setor é a nova fase direcionada às iniciativas privadas, que de um modo geral não visam lucros, bem como iniciativas no âmbito público que não são manifestadas por um Estado, deixando certa a participação de pessoas, cidadãos de uma forma liberada, espontânea e voluntária, mas sempre com intuito de coletividade de direitos (GONÇALVES, 2006. p. 3).[6]

Para melhor exemplificar o que até o presente momento foi dito, destaca-se que:

> A designação 'Terceiro Setor' identifica área pertinente e implicada com a solução das questões sociais: - o Primeiro Setor é o Governo, representante do Estado e maior provedor das necessidades de uma coletividade. No segundo Setor encontra-se a iniciativa privada, cuja competência administrativa dos meios de produção cuida da satisfação dos anseios individuais. Com o aumento das carências e ameaças de falência do Estado, a mesma iniciativa privada (cidadania) passou a se preocupar com questões sociais. Deste último extrato, surge o 'Terceiro Setor', representado por cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não governamentais, voltados para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar serviços de caráter público. (SÃO PAULO, 2004, p. 15)

Logo, o Terceiro Setor e o Estado apresentam semelhanças, pois ambos devem desempenhar uma função de modo eminente para a coletividade, bem como da definição acima transcrita é possível entender que as atitudes privadas fazem a distinção da Sociedade Civil e do Estado, mas também fica claro que o Terceiro Setor pode sofrer influências estatais. Como confirmação destaca-se que,

> Neste contexto, pode-se afirmar que a Sociedade Civil distingue-se do Estado, mas ao se motivar pela promoção dos interesses coletivos, também se distancia da lógica de mercado. Tal condição, característica do Terceiro Setor, induz a conhecidos conceitos segundo os quais ser não governamental

[6]Trata-se de uma esfera de atuação pública, não estatal, formada a partir de iniciativas voluntárias, sem fins lucrativos, no sentido comum.

> e sem fins lucrativos não traz imunidade às influências estatais ou a condicionamentos sociais. (SÃO PAULO, 2004, p. 16)

No entanto, é interessante falar que alguns teóricos consideram o termo Terceiro Setor como a sociedade civil. Inicialmente pode-se afirmar, vem a ser formado por: Organizações Não Governamentais, Fundações e Institutos Empresariais, Associações Comunitárias, Entidades Assistenciais e Filantrópicas, assim como várias outras instituições sem fins lucrativos que são mobilizadas pelas parcerias entre o Terceiro Setor e a Administração Pública (convênios, contratos, termos de parceria).

O Terceiro Setor ganhou maior importância nos últimos anos e atingiu seu auge no final dos anos noventa, com a tentativa de legalização ou marco legal deste segmento através das chamadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei 9.790/99) e as Organizações Sociais (Lei 9.637/98). Essa tentativa de "legalização" ocorreu após uma grande crise vivida pelas ONGs, Fundações e outras entidades de interesse social, com escândalos de desvios de recursos públicos, falta de uma fiscalização sistemática e mecanismos de controle eficazes.

Para as das Organizações Sociais, a legislação trouxe uma questão importante, qual seja, a participação de membros da sociedade civil organizada, do poder público e dos órgãos fiscalizadores para dentro da entidade. Nesse caso, os representantes do Ministério Público, por exemplo, fazem parte dos conselhos fiscais e consultivo das Organizações Sociais, a fim de que haja uma maior fiscalização e segurança jurídica durante a execução dos programas e projetos.

## Considerações Finais

Este trabalhou visou conceituar o Estado e situá-lo na realidade da justiça. Como pode ser observado só haverá alguma realidade na apreciação do conceito de justiça se a finalidade dela, em destaque, for à própria sociedade e não ao Estado no sentido formal e burocrático: como um fim em si mesmo e regulador de todo o Direito. Não há Estado Democrático de Direito sem a vivência constante e natural da República, da mesma forma que o Estado Democrático de Direito Social tem uma finalidade social estampada em sua origem: a sociedade é sua marca registrada e não a razão de Estado. Com efeito, a ação justa do "Estado é o desenvolvimento natural daquilo que se executa como coisa justa. A justiça, portanto, não é apenas um *habitus,* mas um ato também" (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 183).

Daí a extensão do assunto para o papel do Terceiro Setor na realidade brasileira. Consideramos importante esse setor haja vista sua atuação no país e, talvez sem essa atuação, muitas prestações de serviços deixariam de existir. Isso significa dizer que este setor tem sua importância no contexto nacional, haja vista que o Estado brasileiro cresceu de modo desenfreado e sem planejamento estratégico em várias áreas sociais, deixando de atender aos interesses da população, como por exemplo, educação, saúde, assistência social, meio ambiente, etc., com isso direcionando a uma grande crise social.

É por meio do Terceiro Setor, portanto, que a justiça em alguns momentos se efetiva levando-nos a pensar sobre o fato: quando o Estado não cumpre o contrato em atendimento aos direitos sociais previstos na CF/88 com a população a qual deveria assistir, é viável a sociedade se organizar para investir nas correções que possam surgir desse não contrato? Conforme pontuamos, cremos que a organização da sociedade seja um caminho, na tentativa de colaborar com o Estado ou mesmo concretizar as parcerias em vistas de tal finalidade.

**Referências**


ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* Tradução da 1ª Edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *A força do Direito*: elementos para uma sociologia crítica do campo jurídico. In: BOURDIEU¸ Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1992.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política.* 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Rubens César. *Privado, porém público: o terceiro setor na América Latina.* 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito e Justiça.* Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009.

_____. *Estudos da Filosofia do Direito.* Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Terceira Edição. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3ª ed. Vol. 1, arts. 1º a 103. São Paulo : Saraiva, 2000.

http://www.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1721048-juiz-das-decisoes-sobre-escolas-ocupadas-foi-detido-quando-estudante.shtml. Acesso em 12 dez 2015.

http://www.gentedeopiniao.com.br/noticia/o-direito-cotidiano/146771. Acesso em 20 dez 2015.

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000200013&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 15 jan 2016.

GOMES, Paulo César da Costa. *A condição urbana: ensaios de geopolítica da cidade.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p.15. *In:* SERPA, Angelo. *O espaço público na cidade contemporânea.* São Paulo: Editora Contexto, 2007.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Jornal Brasil de Fato. *As revoluções reaparecem no século XXI.* Disponível em: http://www.brasildefato.com.br/node/5698. Acesso em 03 julh 2015.

MACHADO, Igor Suzano; COUTINHO, Priscila. *Desafios ao conhecimento do Direito:* o jurídico entre a Estrutura do campo e a Integridade Hermenêutica. *In:* Direito e Inovação: Estudos críticos sobre o Estado, Empresa e Sociedade. Juiz de Fora-MG: Editora UFJF; 2013.

MAURO, José Eduardo Marques; NAVES, Rubens Naves. *Terceiro setor e suas perspectivas*. Cadernos de Pesquisa da Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, v. 7, n. 2, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 3ª ed. Coimbra-Portugal: Coimbra Editora, 2000.

MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomos I e IV. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação.* Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, mar. 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários.* 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5 ed. revista. São Paulo : Saraiva, 2000 & Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. *Manual básico: repasses públicos ao terceiro setor.* São Paulo: Tribunal de Contas, 2004.

SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do terceiro setor no Brasil.* São Paulo: Dialética, 2004.