

Notas sobre a evolução do estado contemporâneo e os (novos) desafios do poder jurisdicional: da resistência positivista à integridade do direito

*Cristiano Becker Isaia**

Resumo. O presente artigo pretende investigar o ideário jurisdicional presente nas mais variadas versões do Estado moderno a fim de diagnosticar porque o modelo liberal insiste em permanecer atuante, tanto diante da prática dos tribunais como na do ensino jurídico da atualidade. Dessa forma, a partir de uma proposta crítica, o trabalho propõe um (re)pensar das atividades específicas do Poder Judiciário no *dizer o direito*, função que desde a teoria da separação dos poderes assume um lugar de destaque na estruturação da figura estatal. Se o novo texto constitucional efetivamente procura romper com o modelo de Estado e de Direito liberal-individualista-normativista (que ainda sobrevive), conferindo à Constituição a base de toda a juridicidade e a função garantidora dos direitos humanos na promoção dos direitos sociais, torna-se relevante, em tempos de resistência positivista, tendo-se ainda em vista que no Brasil as promessas do Estado social não se realizaram (tendo sido aproveitadas somente pelas elites), perquirir acerca do papel do judiciário, principalmente no que tange a blindagem a decisionismos e discricionariedades.

Palavras-chave. Teoria do Estado; atividade jurisdicional; resistência positivista; integridade.

Resumen. Este artículo pretende investigar el ideario jurisdiccional presente en las mas variadas formas del Estado moderno con el fin de diagnosticar porque el referido modelo insiste en permanecer actuante, tanto frente a la practica de los tribunales como en la de la enseñanza jurídica de la actualidad. De esta forma, a partir de una propuesta critica, el trabajo propone un (re)pensar de las actividades específicas del Poder Judicial en el *decir el derecho*, función que desde la teoría de la separación de los poderes asume un lugar de destaque en la estructuración de la figura del estado. Si el nuevo texto constitucional efectivamente busca romper con el modelo de Estado y de Derecho liberal-individualista-normativista (que todavía sobrevive), dándole a la Constitución la base de toda la juridicidad y la función que garantiza los derechos humanos en la promoción de los derechos sociales, se torna relevante, en tiempos de resistencia positivista, teniendo-se todavía en vista que en Brasil las promesas del Estado social no se realizaron (habiendo sido aprovechadas solamente por las elites), espulgar acerca del papel del judiciario delante del paradigma instituido por el Estado Democrático de Derecho, en lo que tange al blindage a decisionismos y discricionariedades.

Palabras clave. Teoria del Estado; actuación jurisdiccional; resistencia positivista; integridad.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante da resistência positivista que mantém os operadores do direito como refêns de um paradigma interpretativo que idolatra a supremacia das regras em detrimento de princípios constitucionais, o novo texto constitucional nascido do processo constituinte de 1986-1988 procura romper com os modelos de Estado liberal-individualista e de Direito (apegado exacerbadamente ao positivismo e à dogmática jurídica), a fim de viabilizar parâmetros para a

* Professor universitário (UNIFRA/RS e UNISINOS/RS). Doutorando em direito público pela UNISINOS/RS. Conferencista da Escola Superior da Advocacia – ESA/RS. Diplomado pela Escola Superior da Magistratura – AJURIS/RS. Advogado.

instauração de um novo paradigma interpretativo, o qual pretende conferir à própria Constituição a base de toda juridicidade. Todavia, para tanto, deve a mesma ser compreendida e interpretada, porquanto sua aplicação depende da realização, por parte dos juízes, do *processo hermenêutico*.

Tal atitude é plenamente corroborada pelo *Estado Democrático de Direito*, que pretende introduzir novos valores perante a sociedade, transferindo ao judiciário a linha de tensão que até seu advento pairava entre legislativo e executivo, o que representa o verdadeiro caráter hermenêutico assumido pelo direito. É então chegada a hora de rediscutir quais as condições de possibilidade para a realização dos direitos fundamentais e da democracia. Tal reflexão amiúde perpassa pela própria evolução do conceito de Estado Moderno, o qual evidentemente não pode mais ser lido a partir do clássico modelo montesquieuniano da separação dos poderes, onde no Estado se identificariam as funções legislativa, executiva e jurisdicional, cada qual em sua especialidade.

É preciso, pois, na esteira de GIORGIO AGAMBEN¹, profanar a imagem deste Estado que se sacralizou perante a cultura manualística jurídica e política, jogando-o no mundo da vida, a fim de que se possa devolvê-lo ao livre uso e comércio dos homens². Todavia, não se pode olvidar em momento algum que o homem, sujeito mau por natureza (perspectiva hobbesiana), precisa da figura estatal. Ele não escapa ao Estado. CROSSMAN, sobre a relação de dependência entre homem e Estado, chega afirmar que “sin duda alguna, es cierto que todos nos encontramos vitalmente afectados por la forma de gobierno bajo la cual vivimos y morimos. Porque en el mundo moderno el Estado influye hasta en lo más íntimo de nuestras vidas privadas”³.

Todavia, para que seja possível falar do(no) Estado, impõe-se a devida pré-compreensão de sua trajetória (em especial no período moderno⁴) desde o seu nascimento

¹ Para um maior aprofundamento sobre o pensamento do referido autor, consultar, dentre outras, as seguintes obras: *Profanações*. Tradução e apresentação de Selvino José Assman. São Paulo: Boitempo, 2007. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

² Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Op. cit, p. 65.

³ Cf. CROSSMAN, R. H. S., *Biografía del Estado Moderno*. Traducción de J. A. Fernández de Castro. Ciudad del México: Fondo de cultura econômica, 1992, p. 17.

⁴ As formas estatais pré-modernas, na classificação de JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS e LENIO LUIZ STRECK, perpassam: a) pelo modelo *Oriental* ou *Teocrático*, consistente numa forma estatal definida entre as

(com a superação da figura do medievo⁵) e, da mesma forma, do nascimento do conceito *político* de Estado. Este é inaugurado em meados dos séculos XVII e XVIII, em que a vida dos homens aparece sem ordem e dominada pelo conflito, surgindo a necessidade de uma nova forma de saber que conduza a sociedade através de uma razão que supere diversas opiniões e seja aceita por todos.⁶

É justamente tal contexto (séc. XVII), manifestado pela idéia de estado de natureza⁷, que o contrato social pretenderá superar, a partir da reunião dos homens e do estabelecimento de um pacto de preservação de suas vidas (HOBBS) – até mesmo porquanto para este a

antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, onde a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente, razão pela qual não se distingue o pensamento político da religião, moral, etc.; b) pela *Pólis* Grega, através da cidades-estado e da elite, classe política com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos; c) pelas *Civitas* Romana, assentada em base familiar de organização, tendo magistrados como governantes superiores, até chegar ao d) *Medievo*, a principal forma estatal pré-moderna, caracterizado pelo modo de produção feudal, pela permanente instabilidade política, econômica e estatal oriunda da concentração do poder pelo senhor feudal, que militarmente protegia o território do feudo, incluindo sua população, o que inclusive demonstra o tipo presente de dominação carismática na forma estatal medieval. In *Ciência política e teoria do estado*. 6ª edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 24-25.

⁵ A passagem da sociedade feudal a um modelo burguês, ao mundo da razão experimental, onde o mundo da fé bíblica não é mais evidente, é o pano de fundo para os escritos de FRANÇOIS OST na obra intitulada *Contar a lei* (Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005), em especial no capítulo IV, o qual trata do *pacto faustiano* (desde o Fausbook de 1587), e sua relação com a figura do contrato, que no referido texto dialoga entre a possibilidade de exprimir tanto o poder de uma liberdade que se compromete (representada na aliança com Deus) quanto a degradação de uma vontade que se aliena (pacto com o Diabo), revelando o contrato, assim, o paradoxo da liberdade. A história de Fausto (no Fausbook) trata da vida de um personagem histórico-real (Dr. João Fausto), nascido em 1480 e falecido em 1540. Na obra de OST o pacto é o elemento central da história, na medida em que a Europa mergulhava em uma profunda inquietação teológica: tanto a Reforma quanto a Contra-Reforma apresentam o diabo como um personagem real. Com o pacto celebrado entre Fausto e o diabo, aquele imagina que terá acesso aos segredos do universo, transferindo a lealdade de Deus para o diabo, reivindicando onipotência, que lhe permite saciar seus desejos de domínio e posse. O fato é que pelo pacto Fausto mostra sua insatisfação em relação ao mundo, a fé, a linguagem, empreendendo construir um universo próprio, fazendo surgir um novo mundo à medida de seu “eu” e de seu desejo, alienando a liberdade e produzindo efeitos no terreno da ação, alteridade e tempo.

⁶ Cf. DUSO, Giuseppe. *Do poder natural do poder civil: a época do contrato social*. In: O Poder: história da filosofia política moderna. Giuseppe Duso (org.). Tradução de Andrea Caiacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 113.

⁷ Para Hobbes, enfrentar o tema da condição civil é perpassar pela própria natureza humana. O estado de natureza, no modelo hobbesiano, representa a condição delineada pela ausência de obrigações e de um poder capaz de sancioná-las. É a condição humana antes de sua submissão ao soberano. Expressa uma situação de insegurança, marcada numa situação de guerra de todos contra todos, onde o homem é o lobo do homem. In: DUSO, Giuseppe (org. e autor). *O Poder: história da filosofia política moderna*, op. cit., p. 124. Já em Rousseau, o estado de natureza é um estado histórico de felicidade, onde a satisfação seria plena e comum, e o estabelecimento da propriedade privada joga papel fundamental. Em Locke, a vida em natureza dos homens se apresentava como uma sociedade em paz relativa, pois nele haveria um certo domínio racional das paixões e dos interesses. In Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. Op. cit., p. 30-31.

condição dos homens fora da sociedade civil traduz-se numa situação de guerra de todos contra todos, na qual os homens têm direitos a todas as coisas⁸ –, ou de um pacto de consentimento (LOCKE) para reafirmar o conjunto dos direitos já delineados no estado de natureza⁹. Torna-se preciso, assim, superar o individualismo presente no estado de natureza, o que levou à construção de um novo cenário: o *contrato social*, representado por um poder¹⁰ que não coincide com o governo de uma pessoa, mas de todo um corpo político, que tem a igualdade por fundamento.¹¹

As teorias contratualistas do Estado em HOBBS (Leviatã, 1651), LOCKE (Dois Tratados sobre o Governo Civil, 1690) e ROUSSEAU (Contrato Social, 1762) mostram-se determinantes na caracterização da união política entre os homens (da origem do Estado e de seu fundamento político a partir de um consenso volitivo segundo o qual os homens aceitam ver suas vontades reduzidas a uma só), o que terá como resultado o próprio nascimento da figura do Estado (expressão cunhada pela primeira vez com Maquiavel), tornando possível a concentração da utilização dos recursos humanos a partir da concentração do poder¹². A lealdade à figura estatal, nas origens do Estado moderno – erigido como tal a partir do séc. XVI com a monarquia – foi de tamanha relevância que para JOSEPH R. STRAYER é elemento de sua constituição a substituição dos laços familiares, ou dos laços que vinculam o homem à atividade religiosa, por laços idênticos firmados em relação ao Estado, o qual, a partir do exercício de uma autoridade moral, organizou-se estruturalmente, impondo,

⁸ Cf. HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992, págs. 13 a 18.

⁹ Tese que será defendida, posteriormente, por KANT, para quem a passagem do estado de natureza para o estado civil não admite a eliminação do estado de natureza, mas a sua *conservação*; pelo contrário, o estado civil é aquele estado que deve de fato possibilitar o exercício dos direitos naturais através da organização da coação, motivo pelo qual não é mais um estado completamente novo, mas é, deve ser, tanto quanto possível, análogo ao estado de natureza, e inclusive é tanto mais perfeito quanto mais numerosos são os direitos naturais que consegue salvar. In: BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2ª edição. São Paulo: Ed. Mandarim, 2000, p. 191-192.

¹⁰ Que em Hobbes se apresenta através do novo conceito de representação política (do qual Rousseau será opositor): um ou alguns que exprimam para todos, dando corpo à pessoa pública – a vontade do sujeito coletivo. Cf. DUSO, Giuseppe. *Do poder natural do poder civil: a época do contrato social*. In: O Poder: história da filosofia política moderna. Giuseppe Duso (org.). Tradução de Andrea Caiacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 116-118.

¹¹ Idem, ibidem, p. 114.

¹² Cf. STRAYER, Joseph R. *As origens medievais do estado moderno*. Tradução de Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: Ed Gradativa, 1998, p. 10.

conseqüentemente, sua supremacia legal.¹³

O referido exercício do poder (coercitivo) através de uma prática de concentração trouxe a reboque o controle do poder normativo, o que se deu justamente a partir da unidade entre Estado e Direito, desde o Estado absolutista até o modelo social-democrático de Direito. É justamente a partir desta constatação que se revela importante perquirir, ante uma possível ruína da plataforma estrutural do Estado Contemporâneo, de que forma o Estado é atingido por uma crise funcional¹⁴, tendo perdido a unidade (rumando a uma verdadeira “autarquização”) e exclusividade no exercício de suas funções clássicas, dado que a “especialidade” de cada função estatal acabou sucumbindo diante da substituição da atividade especializada de um setor por outro¹⁵.

O referido fenômeno demonstra-se com peculiar clareza quando se trata, v.g., da judicialização da política e do novo perfil atribuído ao poder judiciário diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Uma possível crise deve ser lida, ante tais ocorrências, como ensina JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS, pelo espectro da fragilização dos instrumentos jurídico-políticos de ordenação do poder político e das regras de estrutura organizacional da sociedade, a partir da juridicização da política por intermédio do Estado Constitucional até o constitucionalismo social do séc. XX.¹⁶

Insta que se alerte ao leitor que o referido *iter* pressupõe a devida pré-compreensão das inúmeras crises que assolam o Estado social. Destas, afora a crise-objeto do presente estudo,

¹³ In: *As origens medievais do estado moderno*, op. cit., p. 15.

¹⁴ Neste sentido consultar as obras do professor JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS, dentre as quais, em relação ao tema (crise funcional do Estado contemporâneo), destacam-se: *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. *Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)*. Artigo publicado junto ao Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

¹⁵ Raciocínio este, que de certa forma, lembra a teoria sistêmica de NIKLAS LUHMANN, para quem o Direito, juntamente a Economia e a Política, formariam o conteúdo de um sistema principal, o da Sociedade. Denominados assim como subsistemas da sociedade, o Direito, a Economia e a Política atuariam na forma de ‘acoplamento estrutural’, comunicando-se para bem alimentar os anseios do próprio sistema principal. Essencialmente em relação ao subsistema do Direito, a comunicação ocorreria a partir da construção binária entre direito/não-direito, conforme ao direito/não-conforme ao direito. Assim, o que fosse de seu interesse, filtragem obtida pela mencionada codificação, o subsistema do Direito avocaria, autogerindo sua própria evolução e, com esta, proporcionando novas informações para os outros subsistemas (Economia e Política), os quais também evoluiriam neste mesmo processo, com seu próprio algoritmo. In: *El Derecho de la Sociedad*. Ed. Ibero-Americana, 2000.

¹⁶ In *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Op. cit., p. 17.

destacam-se a crise conceitual, através da qual se impõe repensar o conceito de soberania (dada a descentralização dos *loci* de poder, interna e externamente) para adaptá-lo às novas circunstâncias históricas impostas pelas inúmeras transformações da figura estatal, bem como a crise estrutural (fiscal, ideológica e filosófica) e a crise constitucional, conseqüência das demais.

O fato é que o novo texto constitucional efetivamente procura romper com o modelo de Estado e de Direito liberal-individualista-normativista (que ainda sobrevive), conferindo à Constituição a base de toda a juridicidade e a função garantidora dos direitos humanos na promoção dos direitos sociais. Diante disso mostra-se relevante que se investigue, inicialmente – sem a intenção de contrapor os modelos de Estado das modalidades liberal e social, até mesmo porque ambas sustentam o Estado Democrático de Direito – tendo-se em vista que a jurisdição exerce um papel fundamental na afirmação dos mais variados projetos estatais (leia-se constitucionais), qual espécie de jurisdição faz referência o projeto de Estado Liberal de Direito (que inaugura as formas de Estado constitucionais), *refém* do normativismo (como rompante ao Estado absolutista), cujo protagonista será o juiz adepto ao modelo subsuntivo-reprodutivo da atividade legislativa, de atuação preponderantemente dogmático-positivista.

Ante a insuficiência no atendimento às promessas presentes no ideário liberal (em razão da hispostasiação da figura do indivíduo) e ao desequilíbrio de mercado gerado pela ascendência do capitalismo, os quais acabam por fomentar a exclusão social, cumpre diagnosticar e compreender as especificidades da jurisdição perante o modelo de Estado Social de Direito, que a partir da massificação das demandas coletivas vê-se obrigada a desempenhar um novo e até então desconhecido papel ativista, diretivo e assistencialista. Tal figura estatal, como se verá, na tentativa de superar o modelo liberal, encontra-se contida juridicamente no constitucionalismo democrático¹⁷, o que a torna promotora e garantidora, através de uma atuação intervencionista, dos direitos sociais antevistos pela Constituição. Tal se deu ante a constitucionalização da *questão social*, fazendo do judiciário um interventor na realização deste propósito, o qual irá se manifestar, no mais das vezes, a partir de demandas

¹⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 210.

coletivas ou de interesses difusos.

Finalmente cumpre questionar, em tempos de resistência positivista¹⁸, tendo-se ainda em vista que no Brasil as promessas do Estado social não se realizaram (tendo sido aproveitadas somente pelas elites), qual o papel do judiciário diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, o qual emerge, segundo LENIO STRECK, do aprofundamento da fórmula: de um lado o Estado de Direito e de outro o *Welfare State*¹⁹; e que representa a vontade constitucional da concretização do Estado social, buscando assegurar as conquistas modernas e resgatá-las naquilo que ainda permanece incumprido.²⁰

É nesse viés que a atividade jurisdicional assume (deveria assumir), notadamente a partir do Estado Democrático de Direito, a missão de implementar (através de suas decisões) os valores substantivos da Constituição, o que irá culminar em sua (da Constituição) própria validade e legitimidade diante do sistema²¹. De nada adianta um texto comprometido com o social sem a efetiva consecução de seus valores.

Destacar-se-á, nesse particular, que a crise jurisdicional é conseqüência da própria crise

¹⁸ Pontuais as obras de LENIO STRECK em que está claramente evidenciada a crítica aos modelos metafísico-positivistas. Para um maior aprofundamento vide: *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; *Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2007; *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; *Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos*. Artigo publicado junto ao periódico Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. André Leonardo Copetti Santos, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha; São Leopoldo: UNISINOS, 2007; *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; *Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

¹⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 56.

²⁰ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. Op. cit., p. 22.

²¹ A título de curiosidade, interessante referir que NIKLAS LUHMANN concebe o sistema do direito como um sistema autônomo em relação ao seu ambiente, inexistindo inter-relações diretas com os demais sistemas parciais. A partir de uma diferenciação obtém-se a idéia de identidade/não identidade que estabelece os limites entre sistema e seu ambiente. Para aprofundar o tema consultar: ROCHA, Leonel Severo e outros. *Auto-referência, Circularidade e Paradoxos na Teoria do Direito*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2002, p. 236-252.

do Estado social, oriunda do considerável acréscimo de demandas sociais em terrenos jurisdicionais, aliado ao despreparo estrutural, pessoal e funcional do Poder Judiciário em atender as demandas provenientes da complexidade social. Tal imagem se distorcerá ainda mais quando pensarmos a atividade judiciária a partir de seus instrumentos clássicos e retrógrados de acesso à justiça, manifestável através de uma crise de modelo através do fato de que o Direito continua a ser preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, despreocupando-se com a construção de um equilíbrio supra-individual, o que encontra guarida, da mesma forma, no fomento à manutenção de um modo exegético-positivista de interpretar (compreender e aplicar) o Direito.

A idéia do presente trabalho segue, portanto, uma preocupação constante ante os ideais do Estado contemporâneo, a qual está associada ao debate acerca da função jurisdicional a partir de sua compreensão diante dos mais variados segmentos sociais e do espectro de transformações das relações sócio-econômicas, bem como do fenômeno da desterritorialização geográfica do Estado diante da globalização econômica, da mundialização²² dos vínculos sociais, da criação de tribunais supranacionais, etc. De qual

²² Sobre o fenômeno da mundialização dos direitos sociais, é importante referir que MIREILLE DELMAS-MARTY, na obra *Três desafios para um direito mundial* (tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003), sustenta que frente ao estado da arte representado pelo fenômeno da globalização tornou-se necessário pensar num direito mundial realmente pluralista. O debate da referida temática perpassaria no reconhecimento da interdependência entre os sistemas da economia e dos direitos humanos. Neste diapasão, pensar na possibilidade de configuração de um direito mundial é levar em conta as inúmeras desigualdades entre os estados nacionais, bem como a desordem normativa existente no plano internacional. Assim, a partir do reconhecimento da interdependência entre a economia e os direitos humanos é possível pensar numa mundialização dos direitos sociais, a partir de uma difusão espacial calcada na globalização da economia e num compartilhar de sentidos fundado na universalização dos direitos humanos, o que é algo, obviamente, a ser conquistado. O referido “compartilhar de sentidos” encontraria óbices tanto na assimetria dos direitos fundamentais dos próprios textos da ONU como nas reiteradas práticas das técnicas de reserva pelos Estados, que ao “nacionalizarem” os textos esqueceram da solidariedade que os fundou. Se a lei do mais forte ainda permanecesse como uma prática incontornável e se os direitos humanos não passassem de um discurso ideológico, para pensar um direito mundial democrático é preciso compreender que os direitos econômicos e sociais fazem parte dos direitos humanos, os quais são, da mesma forma, oponíveis à economia. Em verdade, os direitos humanos fazem parte de um conjunto coerente e indivisível, composto por relações de ordem econômica, social, política, jurídica e cultural, o que torna indispensável relacioná-los, inclusive para fomentar seu controle. O fato é que os sistemas da economia e do direito, ainda que supostamente antagônicos, começam a se comunicar, o que leva a pensar na razoabilidade de um direito mundial realmente pluralista. Todavia, ante o próprio desrespeito dos valores democráticos pelas instituições internacionais, seria realmente desejável a construção de um direito mundial? Tal questionamento se mostra extremamente importante, até mesmo porque coloca em discussão o frágil edifício da soberania, que fundamenta o não menos frágil edifício da democracia. Qualquer proposta a respeito, no pensamento da autora, deve perpassar pelo reconhecimento de que é necessário um deslocamento da definição do direito internacional a um direito em curso de mundialização que evoque a definição de cosmo-político, o qual concerne, para além dos sujeitos de direitos coletivos nacionais, o estatuto

jurisdição uma sociedade democrática necessita? Até que ponto os juízes, diante do quadro evolutivo do Estado contemporâneo, tomam decisões políticas (políticas partidárias) ou com base unicamente em fundamentos políticos? Tal prática se demonstra salutar ao projeto estatal civilizatório, que tem nas Constituições os programas dirigentes à consecução dos direitos humanos fundamentais?

O que se dizer, com base nisso – agregando à discussão a resistência positivista que mantém os “operadores jurídicos” na condição de reféns de um paradigma que idolatra a supremacia das regras – em relação à própria autonomia do Direito e do Político?²³ Essas são algumas questões que deverão permear a construção do presente trabalho, alertando o leitor, contudo, que o objetivo almejado não é o de oferecer respostas às mais variadas crises que assolam o Estado de hoje, mas fomentar o debate acerca de um tema que se demonstra cada vez mais pertinente ao pensamento jurídico, esculpido no papel da jurisdição em tempos de complexidade social e da importância dos textos constitucionais na proteção de direitos e garantias fundamentais.

2. O ESTADO-GERENTE (LIBERAL) E A ESCLEROSE FUNCIONAL DO JUDICIÁRIO: O JUIZ “JÚPITER” E O CARÁTER REPRODUTIVO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Como já referido, o Estado Moderno tem seu nascimento relacionado às deficiências da sociedade política medieval, dada a situação de “insegurança”²⁴ proporcionada pelo estado

dos sujeitos de direito individuais, garantindo-se que estes cidadãos cosmopolitas sejam efetivamente livres e iguais. A condição de possibilidade para tanto estaria na conquista cotidiana da democracia, sem sufragar os interesses dos estados nacionais, encontrado guarida num modelo democrático-cosmopolita, evitando-se, assim, que o projeto despenque diante de um leviatã planetário ou em uma massa de estados independentes e autônomos.

²³ Para BOLZAN DE MORAIS e LENIO STRECK este questionamento assume especial relevância neste período histórico, no qual o direito assume um papel que vai muito além do lugar que lhe era destinado originariamente, embora não rompa, ainda, com seus vínculos inaugurais com a instituição estatal e, em particular, com a experiência do Estado Constitucional, nascido da tradição liberal revolucionária do século XVIII, o que marca indelevelmente a continuidade entre Estado e Direito (e Constiuição). In: *Ciência política e teoria do estado*, op. cit., p. 21.

²⁴ Sobre a referida situação de insegurança verificável pelo homem medieval, leciona CROSSMAN: “El hombre medieval había sido un individuo limitado, de naturaleza lugareña, pero al menos había ideado un sistema de leyes y costumbres que respetaban universalmente los leyes y los sacerdotes, los ricos y los pobres. Como la ley y la religión se mantenían por encima de todos los poderes, se podía confiar en el vecino y apelar a él en caso de ser víctima de algún abuso. Ahora, al destruirse la supremacía de la Iglesia, la seguridad había desaparecido. El italiano del Renacimiento tenía que descansar en suas propias armas y argucias. Si le fallaban, no había tribunal

de natureza. Tornando-se fruto de um processo inexorável de concentração de poder sobre um determinado território através da figura do soberano, o Estado moderno, deixando de ser patrimonial, passa a identificar as figuras do Estado e do monarca em termos de soberania estatal.²⁵

Assim, sob o argumento de que o Estado não poderia sofrer qualquer limitação de sua autoridade, seja pela igreja ou por outro Estado, MAQUIAVEL²⁶ é precursor em cunhar a primeira teoria relacionada ao Estado-Nação, o que significa, nas palavras de CROSSMAN, “que ningún poder espiritual podía constituirse en rival del Estado; la aparición de esa teoría destruyó para siempre el viejo orden mundial”.²⁷ É justamente por isso que o Estado, na modernidade, além de se demonstrar um rompante ao medievo, tem como cenário a concentração do poder na figura do soberano, ao qual tanto o poder estatal (de administração em geral) quanto a criação jurídica passam a ser canalizados, dentro de um território, sujeitando a todos os demais.²⁸ Aos monarcas caberia exercer uma autoridade absoluta, capaz de organizar a vida em sociedade, o que o esquema feudal não mais foi capaz de suprir.

O monarca-soberano, ao reunir as funções legislativa, executiva e judiciária, faz do Estado Moderno uma figura que inaugura definitivamente a institucionalização do poder. Este era exercido ilimitadamente pelo rei (o que lembra a histórica frase de LUIZ XIV: *L'État c'est moi* – O Estado sou eu), teoria justificada em origem divina (onde o rei seria o representante de Deus na terra), correspondente à roupagem de um Estado Absolutista²⁹, primeira versão do Estado na modernidade.

Na procura de sustentação do elemento território (um dos elementos-base da teoria do Estado na modernidade), o modelo absolutista consistia-se num espectro de verdadeira

de apelación. Maquiavelo es lá encarnación de este nuevo espíritu de independencia. Él suponía que el hombre estaba dominado por un incentivo principal: la ambición. Siendo como es una criatura libre, una ley en sí mismo, el resto de la humanidad era obstáculo o instrumento de su voluntad”. In: CROSSMAN, R. H. S., *Biografía del Estado Moderno*. Op. cit., p. 32-33.

²⁵ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. Op. cit., p. 42.

²⁶ Ver MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Maria Lucia Cumo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

²⁷ Cf. CROSSMAN, R. H. S., *Biografía del Estado Moderno*. Op. cit., p. 32.

²⁸ Cf. ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?* In: O Estado e suas crises. Org. José Luiz Bolzan de Moraes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.

²⁹ Idem, ibidem, p. 42.

apropriação do rei sobre o Estado, onde o soberano exercia o poder sem controle, de forma independente e autônoma. Neste sentido, leciona ALBANO PÊPE que “o Estado que aí se institui é um Estado absolutista, onde as leis da razão natural estruturam não apenas a livre adesão dos indivíduos, mas que os obriga através do contrato social”.³⁰ Já o homem, que no medievo era propriedade do senhor feudal, no Estado Absolutista passa a súdito do rei³¹, ao qual impõe-se o dever de obediência. Todavia, ante as exigências por uma autonomia política e às reivindicações pelo respeito às liberdades individuais, a ruína do modelo absolutista se impõe, tendo sua derrocada na Revolução Francesa³² (1789), às quais se aliam a Inglesa e a Americana, exurgindo justamente daí a segunda versão do Estado moderno: o liberal.

Em tal contexto (século XVIII), é a classe burguesa – que agora reivindica o poder político (uma vez detentora do econômico no Estado Absolutista) – quem irá formular os princípios de sua própria revolta, acordando o povo que então desperta para a consciência de suas liberdades políticas.³³ Com efeito:

Ali estava um direito novo, na teoria política, que mantinha princípios cuja validade indiscutível transpunha qualquer idade histórica e se situava fora de quaisquer limitações de pólo, meridiano ou latitude, como se a razão humana quisesse mais uma vez zombar da crítica subjacente no amargo ceticismo de Pascal ao prantear as verdades falazes. A escola do direito natural da burguesia racionalizará o problema delicadíssimo do poder, simplificando a sociedade, como se fora possível ignorar as forças elementares e obscuras que atuam na infra-estrutura do grupalismo humano.³⁴

Resguardando os direitos de liberdade, o modelo liberal encontra na teoria da separação dos poderes o método fulcral de sua constituição, estruturando a salvaguarda das liberdades na decomposição da soberania numa pluralidade de poderes, o que somente foi

³⁰ Cf. PÊPE, Albano Marcos Bastos. *O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Modernos*. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

³¹ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. Op. cit., p. 46.

³² Para CROSSMAN “el significado de la Revolución no descansa em las instituciones políticas a que dio lugar, sino en las ideas que evocó y diseminó en todo el mundo. Durante ciento venticiocho años y hasta la Revolución rusa de 1917, esas ideas fueron las bases del pensamiento progresista y sus partidarios eran los enemigos declarados des despotismo y los privilegios”. In *Biografía del Estado Moderno*. Op. cit., p. 106.

³³ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Op. cit., p. 06.

³⁴ Idem, *ibidem*.

possível a partir do contributo de LOCKE e MONTESQUIEU³⁵ em contraposição ao pensamento de MAQUIAVEL centrado na concentração do exercício do poder. Para GUSTAV SEIDLER *apud* BONAVIDES, “Locke, muito menos radical que Montesquieu, engendrou essa divisão apenas como princípio de limitação do poder entre o monarca e a representação popular”.³⁶ Trata-se de pura técnica do liberalismo como movimento da modernidade, surgindo como resposta ao absolutismo especialmente na eleição da assembléia parlamentar.³⁷

O fato é que o movimento estatal liberal deseja um Estado mínimo, eficiente e ágil³⁸, apostando na liberdade individual como uma de suas pilastras. Por assim, a “palavra-chave” quando tratamos do liberalismo é *limite*, cujo significado garante que o Estado, em tal modelo, jamais poderá afrontar a liberdade individual dos integrantes do povo. Se no Estado absolutista a vontade do monarca ultrapassa os interesses do povo a ponto de transgredir ao bem público, no modelo liberal o espectro é assemelhante. A bem da verdade, trata-se de uma modalidade estatal preocupada em limitar a emanção do poder, fazendo-o através de uma política de “obediência a certas normas jurídicas, cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir, em conseqüência, o controle do poder pelos seus destinatários”.³⁹

Há, assim, no Estado liberal, uma subordinação do poder de controle do Estado ao Direito (o que fará do positivismo jurídico, como logo se verá, um tema privilegiado diante desta modalidade estatal), exigindo que a atuação estatal seja exatamente adstrita aos ditames legais. Essa é a razão pela qual o ordenamento jurídico demonstra ser um limitador da vontade do governante e, ao mesmo tempo, um garantidor do conjunto de direitos e garantias individuais, os quais não podem ser extrapolados nem mesmo pelo Estado, o que encontra

³⁵ Idem, *ibidem*, p. 09.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 10.

³⁷ Que teve na França o primeiro palco dessas modificações, substituindo o rei na tarefa de legislar, atribuindo-se à lei a responsabilidade de reinventar o sistema jurídica da época. Para maiores aprofundamentos consultar: MORAIS, José Luiz Bolzan de; ESPÍNDOLA, Ângela. *O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da constituição brasileira de 1988*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 6. Porto Alegre: IHJ, 2008.

³⁸ Cf. SANTOS, Francisco de Araújo. *O Liberalismo*. Porto Alegre: Ed. da Universidade (UFRGS), 1991, p. 85.

³⁹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 35.

guardada na teoria da separação dos poderes.⁴⁰

É justamente nesse contexto que o Estado-Gerente, expressão cunhada por FRANÇOIS CHÂTELET e ÉVELYNE PISIER-KOUCHNER⁴¹, através das modalidades liberais, engendrará um quadro que designa, ao mesmo tempo, o poder soberano, encarregado de representar a coletividade, bem como uma esfera jurídico-administrativa, que define suas próprias regras, organizando as formas da existência social e uma instância governamental, que toma as decisões sobre os negócios do Estado. Para os referidos autores o traço que destaca tal figura estatal “é a concepção da potência soberana como *gerente* da coletividade territorial da qual ela é potência”.⁴² Potência esta, como se viu, limitada pelo ordenamento jurídico-estatal.

Nesta figura o Estado não é proprietário do poder, mas o exerce, de fato e de direito, sendo responsável pelo bem-estar da sociedade. O Estado inspirado no liberalismo político considera que a atividade política governamental se aplica a uma realidade dada, já constituída, mas que precisa ser instituída e garantida, função do Estado-Gerente. Este, de forma primordial, deve labutar para garantir os direitos de liberdade, para então assegurar a independência e a segurança da nação, zelando finalmente pelo bom andamento das questões comuns a todos os cidadãos, fazendo deste modelo o *gerente* da sociedade.⁴³

É por isso que o Estado-Gerente é um ser duplo: vinculado à obrigação do serviço para o qual foi designado e levado a se valer do poder de que é investido, constituindo-se de uma parcela *humanista*, no sentido de reconhecer uma essência comum a todos os homens (donde decorrem os direitos fundamentais). Nessa perspectiva, o Estado-Gerente “aproveita o legado do cristianismo, das escolas do direito natural, da ideologia iluminista, que colocaram o homem como valor supremo e fim em si mesmo”.⁴⁴

Ao qualitativo *humanista* alia-se ao Estado-Gerente o valor oriundo das premissas do

⁴⁰ Cf. LUCAS, Douglas Cesar. *A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada*. In: O Estado e suas crises. Org. José Luiz Bolzan de Moraes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 177.

⁴¹ Ver CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX: História do Pensamento Político*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1983.

⁴² Idem, *ibidem*, p. 16.

⁴³ Idem, *ibidem*, p. 80.

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 83.

pluralismo político, não impedindo que cada governo se empenhe no sentido de perpetuar sua gerência e de se instituir como o bom representante da coletividade, o que garante a independência da sociedade com relação às instâncias estatais.⁴⁵ A liberdade política é inseparável das concepções liberais, o que se justifica ante ao fato de que,

[...] o liberalismo é uma concepção relativa aos objetivos e à limitação do poder; a democracia, uma concepção relativa ao modo de designação dos que exercem esse poder. A lógica do liberalismo conduz à democracia por meio do princípio da igualdade diante da lei. Mas a democracia exige, para ser real, o respeito às liberdades pessoais, à liberdade de expressão e de discussão, à liberdade de associação e de reunião. A eleição nada significa se não implica a possibilidade de escolha.⁴⁶

Finalmente, aos dois qualitativos agrega-se a idéia *reformista*, através da qual se justifica o aumento do papel do Estado em intervir sobre a própria sociedade civil. O intervencionismo administrativo, em nome dos vetores *liberdade* e *segurança*, resulta num dever de garantir aos cidadãos que não sofrerão prejuízos diante dos riscos oriundos da desigualdade econômica e da incerteza do proletariado na consecução de suas garantias mínimas.

Conseqüentemente, o Estado-Gerente tem a missão de garantir, sob autoridade, a *liberdade*, hipostasiada como princípio imprescritível, devendo ser garantida ante a complexidade das sociedades e dos imperativos de organização e de produtividade exigidos pela indústria, o que o fará com o exército e a polícia, colocados sob seu comando. A influência liberal levará ainda a um querer coletivo do progresso da produção, do consumo, baseando-se numa ordem que mantém os interesses do Estado-Gerente através de uma violência constante e silenciosa.⁴⁷

Se o governo é necessário para estancar o conflito verificável no estado de natureza, a sociedade, no modelo liberal, tem como origem e fundamento o direito de punir (através da

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 120.

⁴⁶ Idem, ibidem.

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 122.

sanção, uma de suas ferramentas legais), pois se cada um tem o direito natural⁴⁸ de exercê-lo quando se julga lesado, o estado de natureza é um estado de força. Por isso a ausência de um juiz comum competente coloca a humanidade inteira em estado de natureza, ou seja, a guerra. A sociedade política aparece quando seus membros se entendem para designar esse juiz comum, quando julgam oportuno se reunirem a formar um só corpo, um judiciário comum.⁴⁹

Assim é possível constatar que no Estado de modalidade liberal o Direito aparece como limitador (contrapondo-se ao antigo regime e a tudo o que este representava) do poder governamental (o que no plano teórico emerge na segunda metade do século XIX na Alemanha)⁵⁰. O mesmo não ocorre na figura estatal absolutista, sendo um instrumento de importância cabal para que o próprio Estado implemente seus propósitos, o que demonstra que Estado e Direito passam a depender um do outro, circunstância que remete ao surgimento do próprio Estado de Direito (diante da onipotência do legislador), que tem seu nascimento estritamente vinculado aos ideais do liberalismo. Com efeito:

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito quando, então, a atividade estatal

⁴⁸ Aqui tratado como a postura teórica recorrente na trajetória do pensamento humano. Pode-se dizer que a filosofia do direito (que seguidamente é confundida com a doutrina do direito natural) expressou até o final do séc. XVIII a doutrina do Direito Natural, que cresceu na Grécia antiga com Heráclito, Sófocles (*Antígona* – onde está a questão central da doutrina do direito natural: existe um direito superior à lei positiva do soberano. Lembrar que *Antígona* enterrou a irmã contra a vontade de Creonte, sendo neste ato surpreendida e arguindo que existiam leis superiores escritas pelos Deuses, que seriam imutáveis, e que, portanto, lhe autorizariam a agir de tal forma). A manifestação de *Antígona*, por assim, buscou, de um lado, afastar a obrigatoriedade da legislação do soberano Creonte e, de outro, alicerçar o direito positivo em vigor sobre pressupostos que vão além da manifestação da autoridade constituída, permitindo o não-cumprimento das normas estabelecidas quando estas estrarem em conflito com o princípio de justiça (direito superior). Dessa forma, o direito natural desse ser definido como uma doutrina jurídica que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou de princípios que lhe condicionam a validade. Assim: a) a legislação em vigor deve ser analisada (compreendida) a partir de determinados conteúdos superiores; b) esses conteúdos possuem como fonte uma determinada categoria universal e imutável (ideal de justiça); c) esses conteúdos devem prevalecer sobre as disposições formais da legislação em vigor. Esses conteúdos são referentes a uma idéia de justiça. Por isso os seus defensores buscam normas e princípios que, independente de seu acolhimento pela instituição positiva do direito, possuem um primado sobre as leis vigentes e o poder estatal que as implementa. O direito natural, por isso, submete o fundamento de validade das normas jurídicas a uma concepção de justiça – “direito é direito justo”. Mas que justiça é essa? Historicamente foram construídas 3 respostas: 1ª) a referência é própria da natureza – mundo antigo (direito natural cosmológico); 2ª) a referência é Deus – mundo medieval (direito natural teleológico – o mundo é organizado pela divina providência. Tomás de Aquino); 3ª) referência: natureza humana – mundo moderno (direito natural antropológico). In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 240.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 125.

⁵⁰ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. Op. cit., p. 91.

apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado..⁵¹

Calha registrar que o Estado de Direito, em que a soberania estatal é submissa à lei, tem em sua constituição central a divisão de poderes (como técnica de limitação do poder) e a preocupação na garantias dos direitos individuais. Para BONAVIDES a relação entre ambos é flagrante, porquanto a teoria da divisão dos poderes servia como uma espécie de escudo aos direitos da liberdade, inobstante ter conduzido ao enfraquecimento do Estado ante ao enfraquecimento da soberania.⁵²

A partir destas constatações é possível afirmar que se ao governo do Estado-Gerente somente é permitido atuar nos limites do ordenamento jurídico, é justamente nesta modalidade estatal que aflorou o movimento das codificações com extrema intensidade. Trata-se de um campo vasto para a constituição e fortalecimento do positivismo jurídico, organizado em torno de uma visão cientificista do Direito (que até hoje resulta na formação de um senso comum teórico espreado pelo Direito, blindando a construção de um aporte crítico e reflexivo do imaginário jurídico).

Seguindo-se essa linha de raciocínio é possível pensar – a partir da constatação de que o Direito, no modelo liberal, é instrumento impositivo de limites à atuação do governante, o fazendo através da utilização da teoria da separação dos poderes no ideário da garantia dos direitos individuais – que o Estado de feição liberal aposta suas fichas na atividade legislativa através da positivação dos direitos e garantias individuais. Isso porque tem a função ordenadora e fixadora das bases legislativas numa tentativa de superação do jusnaturalismo.⁵³

Dessa forma resta, em tal modalidade estatal, ao poder judiciário, a função única e simplista de dizer o direito *conforme* os ditames outrora fixados e delineados pelo poder legislativo, cabendo à atividade jurisdicional a fiscalização do cumprimento das determinações legais, tanto as da administração do Estado como as dos próprios cidadãos,

⁵¹ Idem, ibidem, p. 92.

⁵² Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Op. cit., p. 47.

⁵³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Op. cit., p. 112.

primando, em relação a estes últimos, na solução de conflitos interindividuais. Para LENIO STRECK,

[...] o triunfo da vontade geral traz ínsito um deslocamento da esfera de tensão e poder do Executivo (que representava o absolutismo) para a vontade popular-revolucionária (representada no legislativo) que triunfou. Sem qualquer legitimidade, o Judiciário é colocado à margem desse processo.⁵⁴

A referida passagem leva à constatação de que a atividade jurisdicional no (conforme o) Estado de modalidade liberal mostra-se eminentemente reprodutiva dos textos legislativos, servindo a impedir o arbítrio judicial e impedindo, conseqüentemente, a transmutação do juiz em criador do direito, a não contradizer a teoria da separação dos poderes. Tal ideário acaba por subtrair do poder judiciário qualquer possibilidade que refuja à proteção do cerne constitutivo do Estado-Gerente: os direitos do indivíduo. As questões sociais, por conseguinte, são afastadas de sua apreciação, permanecendo nas mãos da governança. Nesse espectro, a função jurisdicional permanece, como alerta MAURO CAPPELLETTI, confinada dentro dos limites das funções tradicionais de *proteção* (aos direitos individuais) e *repressão* (impondo sanções aos administradores e cidadãos quando usurpam os limites delineados pelo Direito).⁵⁵ Para o renomado processualista,

[...] seu alcance não irá além daquilo que poderia, essencialmente, ser considerado como “conflitos privados”, sejam estes de ordem civil ou penal, porquanto não se comprometeriam com as contribuições mais novas e invasoras, costumeiramente discricionárias e de “promoção social”, dos outros ramos do governo.⁵⁶

Diante de tais constatações é possível delinear a desenvoltura da atividade jurisdicional diante do modelo de Estado liberal, ou, melhor dizendo, da “mentalidade” peculiar ao pensamento liberal. Tal mister reside no fato de que tal postura judiciária ainda não sucumbiu, seja na práxis jurisdicional seja nas academias de ensino. Ao contrário, permanece vivaz na prática nos tribunais, ainda que o modelo liberal de Estado, na perspectiva em que foi criado, tenha se esgotado diante de uma nova exigência: a *questão*

⁵⁴ Idem, ibidem.

⁵⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 229.

⁵⁶ Idem, ibidem.

social. Ela justifica ante ao fato de que o ideal do Estado Liberal, com postura absenteísta, que não interferisse no domínio econômico, não mais correspondia à realidade da época (séculos XVIII e XIX), momento em que o período do pós-guerra foi decisivo, pois a crise econômica levou o Estado a assumir um papel ativo como agente econômico.⁵⁷

Diante de tais constatações, na busca em desvelar o cerne da questão atinente à função jurisdicional no Estado de modelo liberal, há que se ter em mente que a atividade interpretativa encontra na figura do juiz um ator privilegiado. Não simplesmente porque a este cabe, no caso concreto, “dizer o direito”, mas porque a este o Estado delegou uma função extremamente complexa, a qual ultrapassa o objetivo da solução dos conflitos submetidos a seu crivo para preservar os próprios sistemas democráticos, garantindo (o que se espera) o respeito à Constituição.

A partir da construção de FRANÇOIS OST no texto intitulado *Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz* (ainda que sejam fortes as críticas direcionadas ao texto em apreço)⁵⁸, pode-se afirmar que o “modelo” jurisdicional que se enquadra na concepção de Estado-Gerente (liberal) é o de roupagem *jupiteriana* (que também representaria a figura estatal Liberal de Direito), sempre proferindo suas decisões desde cima, do alto de um monte Sinai, a partir da filiação irrestrita à figura do direito posto.⁵⁹ Sua perspectiva de atuação nesse modelo (e nessa forma de direito),

[...] se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se distribuya una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia esse punto focal de donde irradia toda justicia.⁶⁰

⁵⁷ Cf. ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?* Op. cit, p. 47.

⁵⁸ Por todas, verificar a de LENIO STRECK intitulada *Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto*. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Ovídio Araújo Baptista da Silva ... [et al.]. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 97-116.

⁵⁹ Cf. OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez*. In: Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, nº 14, Alicante, 1993, p.169-194

⁶⁰ Idem, ibidem, p. 170.

Nesse particular mostra-se nítida sua (do juiz jupiteriano) filiação intelectual ao método da subsunção, até mesmo porque o modelo piramidal-dedutivo⁶¹ ao qual é adstrito acaba por corromper a atividade interpretativa mediante um processo reprodutivo no momento da aplicação do direito. O juiz “júpiter”, assim, permanece arraigado ao paradigma metafísico-positivista de interpretação-aplicação do direito, uma vez que a partir da vinculação ao método atribui carga plenipotenciária à regra jurídica, ignorando a existência de princípios constitucionais, o que permite ao mesmo que faça a melhor escolha (de forma absolutamente ficcional) dentre a gama de possibilidades que o texto legal lhe confere.

O modelo jupiteriano jurisdicional apóia-se de tal maneira na atividade legislativa (o que retrata a bandeira do Estado-Gerente) que acaba fazendo jus ao epíteto “boca-da-lei”, ignorando a diferença entre texto e norma e a parametricidade formal e material da Constituição. Trata-se, assim, de um modelo ordenador, esbarrando não raras vezes em seus próprios decisionismos e arbitrariedades, tudo para limitar o poder do Estado na garantia protecionista dos direitos individuais, exclusivamente. Diante disso, o direito-enquanto-sistema-de-regras o seduz, o que o leva a laborar diuturnamente através do apego exacerbado aos textos legais e de sua “íntima convicção”, crendo que as regras prevêm todas as hipóteses aplicativas, desprezando, conseqüentemente, o processo interpretativo.

Atualmente, a figura do modelo de juiz jupiteriano sustenta a cisão entre casos fáceis e casos difíceis no plano da teoria jurídica, postura rotulada pelo próprio positivismo jurídico, que ignora o fato de que os textos não são plenipotenciários, de que não carregam seu próprio sentido, ainda que sejam inseparáveis de *seu* sentido. No mesmo paradigma (positivista) não se opera a tentativa de superação entre regras e princípios, tese esta que se encontra, dentre e por todos os outros, na obra de HERBERT HART intitulada *O Conceito de Direito*.⁶²

Assim, justamente quando o tema é interpretação-fundamentação-aplicação do Direito, o juiz “júpiter”, ao fomentar a cisão entre *casos fáceis* e *casos difíceis*, propõe como método de solução dos primeiros a figura da subsunção, onde o juiz num processo lógico-dedutivo

⁶¹ Expressão de LENIO STRECK utilizada no texto *Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto*. Op. cit., p. 103.

⁶² Referência completa: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendez. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

praticamente “lavaria as mãos” na aplicação do Direito ao caso concreto, subsumindo diretamente as regras existentes no ordenamento jurídico ao referido caso. A referida postura colore, por exemplo, o silogismo entre questão de fato e de questão de direito utilizado classicamente na elaboração das sentenças judiciais, método vinculado a uma cultura jurídica *standartizada* por manuais jurídicos (para tanto, consultar as obras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, BARBOSA MOREIRA, GALENO LACERDA, J. J. CALMON DE PASSOS, somente para citar estes) ao tratarem do tema *direito processual civil*.

Os casos difíceis, para o mesmo positivismo, seriam solucionados pela atividade criativa do juiz, a partir de “sua experiência”, permitindo que este fizesse a escolha entre uma ou outra solução para o caso concreto submetido a seu crivo, tese defendida contemporaneamente por HANS Kelsen e pelo já citado HERBERT HART. O referido perfil jurisdicional, que incorpora em sua gênese o ideal jurídico clássico, tem em sua base de atuação o modelo de direito constituído através dos códigos, estruturado, como bem lembra FRANÇOIS OST⁶³, a partir da formação piramidal de modelo kelseniano, em que cada norma deve ser analisada a partir de sua relação com a norma superior (a norma hipotético-fundamental kelseniana). O direito, por sua vez, acaba definido sistematicamente a partir da recepção de validade de suas normas, às quais devem se relacionar (e esse é sua condição de possibilidade para o ingresso no plano da validade) com a norma fundamental não-positiva (KELSEN), onde o jurista deve descrever a organização em sociedade, a organização de poder, que assumindo uma forma escalonada culmina em uma constituição, justificada pela norma suprema, a norma fundamental⁶⁴, o que nos interessa no presente estudo ao trato com a questão do próprio Estado.

Para FRANÇOIS OST, o modelo jupiteriano engendraria quatro perspectivas de análise. Em primeiro lugar, a relacionada ao monismo jurídico, para a qual o direito adota a forma dominante da lei positiva acoplada aos códigos. Em segundo, a compreensão adstrita ao monismo político ou da soberania estatal, para o qual o processo de codificação supõe o resultado de um processo de identificação nacional e centralização administrativa. Em

⁶³ Cf. OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez*. In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 14, Alicante, 1993, p.173.

⁶⁴ Cf. BARZOTO, Luis Fernando. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 644.

terceiro, a de que o movimento da codificação traduz uma racionalidade dedutivista e linear, onde as soluções particulares são resolvíveis a partir de regras gerais. Finalmente, a compreensão justificada a partir da constatação de que a codificação supõe uma concepção de tempo orientada a um futuro controlado, descansando sobre a crença do progresso e da história.⁶⁵

É possível afirmar, nesse diapasão, que o modelo de juiz jupiteriano, demonstrando-se fortemente atuante nos tribunais, ao ignorar a diferença ontológica entre texto e norma, conferindo carga plenipotenciária aos textos legais na pressuposição de que estes carregam consigo seu próprio sentido, *não está preparado a enfrentar os novos conflitos de massa nascidos a partir do momento em que a questão social* (dos direitos de igualdade, econômicos e culturais) *foi agregada ao movimento do constitucionalismo contemporâneo* (notadamente no século XX), o que ocorreu notadamente com a Constituição Mexicana (1917) e com a de Weimar (1919). Com efeito:

O constitucionalismo social traz consigo o reconhecimento constitucional desta *questão social* que advém das transformações operadas pelas revoluções industriais, pelo novo modelo de produção (fabril) e pela emergência de uma nova categoria social - o proletariado ou as classes operárias. Esta *questão social* vem apresentada constitucionalmente sob os inéditos *direitos sociais l.s.* - de igualdade ou direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs) - que em tudo diferem dos primeiros, em particular por exigirem uma maior e mais qualificada intervenção estatal, com a elaboração e implementação de *políticas públicas prestacionais* para a sua satisfação, o que faz desviar o foco das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da atividade executiva. Não basta, a partir de então, apenas legislar, é necessário assegurar a usufruição dos direitos constitucionalizados por intermédio de políticas públicas implementadoras dos conteúdos reconhecidos pelo legislador, com a adoção de práticas administrativas implementadoras.⁶⁶

Diante disso, cumpre-nos fazer referência, no capítulo seguinte, às razões que sustentam a transmutação do Estado Liberal, assumindo feitiço social⁶⁷. O ponto de partida

⁶⁵ idem, ibidem, p. 174-175.

⁶⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *O estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade*. Material fornecido e de autoria do professor BOLZAN DE MORAIS em ocasião da realização de disciplina *Transformações do Estado Contemporâneo* perante o curso de doutoramento do autor do presente texto junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos no ano de 2008.

⁶⁷ Sem olvidar a implementação do Estado Socialista (revolução russa, 1917), a qual procurou romper com o modelo de economia e sociedade capitalistas e, da mesma forma, com os valores liberais.

será o movimento constitucional supracitado, fornecendo elementos de compreensão para que se diagnostique qual o modelo jurisdicional almejado, diante da própria crise do Estado Social, em razão da inserção da “questão social” nas referidas Constituições, que teve como “mola-mestra” as revoluções industriais e o crescimento da classe operária.

3. O WELFARE STATE (INTERVENCIONISTA) E A APROXIMAÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE: O JUIZ “CRIATIVO” E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Se for correto afirmar que o Estado Constitucional do século XVIII (de atuação absenteísta) não mais satisfaz as exigências da coletividade, dando proeminência ao limite do Estado em relação a seu então poder de interferência diante do indivíduo⁶⁸, também o é que o constitucionalismo do século XX, ao agregar aos textos constitucionais a chamada *questão social*, o fazendo através da intenção protetiva aos direitos sociais (econômicos, culturais, etc.), exige uma maior interferência do Estado em relação ao andar da sociedade. A emergência da classe proletariada impôs que o Estado repensasse o seu ímpeto legislativo, passando a se preocupar com a implementação dos próprios conteúdos legislados⁶⁹. A lei funcionaria não mais como ordem geral e abstrata, mas como meio de acesso, como condição de possibilidade à ação concreta estatal.

Isso se deu com a emergência de novos *detentores de direitos*, em especial a classe proletariada⁷⁰, aproximando Estado e sociedade civil em razão da revisão dos pressupostos que informavam a ordem liberal. Conseqüentemente, a carência assistencialista impregnada nas posturas liberais levou ao nascimento da era da justiça social, a qual via o indivíduo como

⁶⁸ Sobre isso, interessante a constatação de BOLZAN DE MORAIS e LENIO STRECK, para quem o projeto liberal, ainda que tenha trazido o progresso econômico e a valorização do indivíduo, gerou, por outro lado, uma postura ultra-individualista, assentada em um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade onde há o direito, e não o poder de ser livre. In: *Ciência política e teoria do estado*, op. cit., p. 69.

⁶⁹ Até mesmo porque, para MAURO CAPPELLETTI, a origem do Estado social se deve, da mesma forma que o liberal, à atividade legislativa. In: *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1999, p. 43.

⁷⁰ Para CAPELLA na segunda metade do séc. XIX as classes trabalhadoras haviam materializado em sindicatos e associações políticas a consciência de ser exploradas e oprimidas, razão pela qual os trabalhadores se mobilizaram para conseguir a limitação legal da jornada de trabalho, para ver reconhecido o direito de greve e o de filiação sindical e para legalizar seus próprios partidos políticos. In: CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 159.

parte integrante de uma determinada classe. Diante disso, refere VIANNA:

Se o direito privado clássico se assentava sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto da autolimitação dos indivíduos, o fato de ele ter admitido um elemento de justiça, como a proteção do “economicamente desfavorecido” introduzida pelo Direito do Trabalho, emprestou-lhe (ao Estado) um novo significado, pondo-o também a serviço da justiça social.⁷¹

Se o ator político privilegiado no Estado liberal é o partido (que representa os interesses do indivíduo), no Estado de feição social é o sindicato (que atua em nome da classe), cuja plataforma promove a agregação de grandes interesses homogêneos, propondo políticas estruturais de médio e longo prazos.⁷² Tal intervencionismo, característico do *Welfare State* (Estado de bem-estar social), fez com que a partir de uma série de direitos⁷³ ditos “negativos” (de abstenção), passasse o Estado (na busca do bem estar geral e no controle dos aspectos econômicos, culturais, etc., da sociedade) a atuar na consecução de direitos “positivos” (prestacionais), o que se deve ao fato de que o modelo político liberal de direito, ante o processo de produção industrial, acabou por não mais satisfazer as exigências da classe operária.⁷⁴ Nesse contexto, exige-se um agir do Estado – e da jurisdição, dada a ampliação do objeto da tutela jurídica a partir da emergência da conflituosidade social⁷⁵ – calcado numa nova *postura ativista*, superando (pretendendo superar) o distanciamento para com a sociedade. Isso porque a passagem estatal de feição liberal a social,

⁷¹ Cf. VIANNA, Luiz Werneck... [et al.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan: 1999, p. 16.

⁷² A referida constatação é de CELSO CAMPILONGO, que visualiza concretas imbricações diante da atuação classista entre partidos e sindicatos. In: *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. Artigo publicado na obra *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Organização de José Eduardo Faria. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

⁷³ Ainda que atualmente não se fale numa dicotomia entre direitos negativos e positivos, mas um inter-relacionamento.

⁷⁴ Para CAPELLA entre os direitos de abstenção (liberdades clássicas) e os direitos sociais (prestacionais) há uma diferença fundamental: os primeiros são *direitos frente ao estado*. Este pode fazê-los respeitar a seus funcionários por meio de sua só e exclusiva atividade. Já os direitos sociais exigem uma atividade meta-estatal, pois afetam à economia, necessitando do concurso da esfera privada. Nesse sentido, precisam de uma arrecadação fiscal suficiente para financiar as prestações que lhe dão conteúdo. In: CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 202.

⁷⁵ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. Op. cit., p. 37.

[...] caracteriza a ultrapassagem de um modelo estatal liberal – eminentemente conservador, servindo à manutenção do status quo, para outro de cunho social, preocupado com a propriedade (sem absolutizá-la), sem o otimismo do sistema anterior para com os efeitos das forças socioeconômicas, preocupado com a transformação da sociedade, capaz de “oferecer aos administrados uma larga gama de bens e serviços de prestações e medidas positivas, orientadas, notadamente, no sentido da realização da justiça distributiva.⁷⁶

Na tentativa de melhorar a condição de vida da classe trabalhadora, a aposta do Estado, agora, é a de promover o assistencialismo mediante a implementação da mais variável gama de políticas públicas de ordem social. Tal ideal é indissociável à crítica ao Estado liberal-burguês, o que fez de MARX e ENGELS⁷⁷ precursores na matéria. Diante disso, é possível afirmar que a intervenção da ideologia do movimento socialista é capaz de explicar o próprio nascimento do Estado na modalidade social (que foi bem mais além), formação estatal objeto do presente capítulo.

A partir da constatação de que a história da sociedade é a história da luta de classes, MARX e ENGELS dão início a seu manifesto demonstrando que o modelo burguês-individualista não superou a disparidade social para com o proletariado, colocando-os em verdadeira contraposição, a ponto de denominá-los “blocos inimigos”.⁷⁸ Já a burguesia, oprimida no sistema feudal, passou a opressora no Estado de feição liberal, o que se deu ante a complexização e sofisticação das políticas de mercado, as quais impulsionaram o processo industrial. Diante disso,

[...] cada uma das etapas do desenvolvimento da burguesia acompanhou-se de um progresso político correspondente. Ela foi inicialmente um grupo oprimido sob o jugo dos senhores feudais, organizando a própria defesa e sua administração na comuna (nome dado na França às cidades nascentes), aqui república urbana independente, ali terceiro estado tributado pelo rei. Posteriormente, na época da manufatura, tornou-se um contrapeso à na monarquia descentralizada ou absoluta, fundamento essencial das grandes monarquias. Com a criação da grande indústria e do mercado mundial, a burguesia conquistou finalmente a dominação política exclusiva no moderno Estado parlamentar [...] A burguesia desempenhou na História um papel revolucionário decisivo. Onde quer que tenha chegado ao poder,

⁷⁶ Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-92.

⁷⁷ Ver MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista (1848)*. Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 24.

a burguesia destruiu todas as relações feudais, patriarcais, idílicas. Estilhaçou, sem piedade, os variegados laços feudais que subordinavam o homem a seus superiores naturais, e não deixou subsistir entre os homens outro laço senão o interesse nu e cru, senão o frio “dinheiro vivo” [...] Reduziu a dignidade pessoal a simples valor de troca e, em lugar das inúmeras liberdades estatuidas e arduamente conquistadas, erigiu a liberdade única e implacável do comércio. Em resumo, substituiu a exploração disfarçada sob ilusões religiosas e políticas pela exploração aberta, cínica e brutal.⁷⁹

É justamente por isso que o acordo democrático de classes vai fomentar a construção do marxismo sob o edifício da crise que separa o trabalho do capital. Nesse contexto, é verdade que o Estado social representa uma superação do modelo liberal, mantendo-se, todavia, conservador à ordem capitalista⁸⁰, o que o difere substancialmente do socialismo de origem marxista. Ainda que fiel ao capitalismo, a postura do modelo estatal social procura romper com o liberalismo econômico e a supervalorização do indivíduo, fomentando a intervenção da promoção social, o fazendo através da implementação de políticas públicas sociais, onde o direito assume uma posição que lhe é absolutamente inovadora.

Antes de aprofundar o referido fenômeno, mostra-se relevante retornar às bases de instauração da *questão social* nos textos constitucionais, para quem a Constituição alemã de Weimar é um marco fundamental. A instauração da democracia social, um dos objetivos das constituições do período pós-primeira guerra mundial, pretendeu levar aos referidos textos legais inúmeros dispositivos ditos sociais, tais quais os referentes à ordem econômica, família, cultura, etc., o que se constata nas constituições de boa parte de alguns Estados europeus. Representando um compromisso aberto de renovação democrática, segundo BERCOVICI⁸¹, a mais célebre destas Constituições foi a de Weimar, de 1919.

A obra de BERCOVICI propõe a compreensão da Constituição de Weimar através de duas perspectivas: a de uma constituição que objetivava um programa reformista para a sociedade alemã, cujo expoente intelectual encontra-se em HERMANN HELLER; a de uma

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 29-30.

⁸⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Op. cit., p. 196.

⁸¹ Referência da obra: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: a atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 26.

constituição que redundava numa proposta conservadora na dimensão social e rupturista na dimensão institucional, liderada por CARL SCHMITT. A proposta reformadora significava a passagem gradual do Estado liberal para o socialismo, isto é, para uma economia controlada pelas instituições públicas e orientada para a distribuição social do excedente econômico.⁸² A conservadora apresentava um quadro dos vínculos entre o Estado e a economia que embutisse uma crítica ao individualismo liberal e, ao mesmo tempo, assimilasse a perspectiva da economia de mercado, ou de uma economia o mais livre possível das intromissões do Estado⁸³, protegendo as instituições mais tradicionais e conservadoras do sistema jurídico-político alemão.

O jurista alemão CARL SCHMITT, para BERCOVICI, teria acusado o liberalismo de ser incapaz de pensar a origem do ordenamento (a soberania), haja vista que para os liberais a exceção (referindo-se ao estado de exceção)⁸⁴ não pertenceria ao direito público. O estado de exceção se justificaria pela ameaça à unidade política, sendo a verdadeira condição de possibilidade para se alcançar à origem do direito.⁸⁵ Em CARL SCHMITT o Estado Liberal (neutro) tenderia a dar lugar ao Estado Totalitário⁸⁶, expressão estatal absolutamente antiliberal, com surgimento justamente agregado às insuficiências do legado do referido modelo notadamente no pós-primeira guerra mundial, em tempos de crise econômica e social.

⁸² Idem, ibidem, p. 10.

⁸³ Idem, ibidem, p. 11.

⁸⁴ O agir politicamente deflagrado no estado de exceção é objeto de pensamento do filósofo GIORGIO AGAMBEN, para quem, enquanto figura da necessidade, o estado de exceção apresenta-se como uma medida ilegal, mas perfeitamente *jurídica e constitucional*, que se concretiza na criação de uma nova ordem jurídica. Para um maior aprofundamento consultar: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 44-45.

⁸⁵ Idem, ibidem, p. 65-69.

⁸⁶ Para HANNAH ARENDT o totalitarismo não se coaduna com as demais formas de opressão política que temos conhecimento (despotismo, tirania e ditadura), sendo que o caracteriza o nascimento dos movimentos nazistas e comunistas nos anos trinta é que eles se dirigem a uma massa anteriormente considerada como apática ou indiferente por todos os demais partidos, aproveitando-se assim do “colapso do sistema de classes” nas nações europeias. Nesse diapasão, os movimentos totalitários se servem do socialismo ou do racismo, esvaziando-os de seu conteúdo utilitário. Disso resulta que a mentira e a ficção são erigidas em necessidades da arte política. E disso resultam também as características institucionais do totalitarismo no poder. Para a supracitada filósofa os regimes totalitários distinguem-se não apenas por sua manipulação particularmente impiedosa do poder político, mas pelo fato de que fazem nascer “um conceito inteiramente novo, sem precedentes de poder”, o qual reside quase exclusivamente na “força produzida pela organização”. Sobre o tema consultar a seguinte obra da autora: *As Origens do Totalitarismo: o paroxismo do poder*. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1976.

A partir da idéia da politização de tudo o que fosse econômico⁸⁷, social, cultural e religioso, rompendo com a dicotomia entre Estado e sociedade, os quais nesta modalidade estatal se interpenetram reciprocamente, passando todos os domínios à esfera do político, a proposta totalitária é orientada para a construção de uma nova ordem sobre a plataforma do Estado neutro, ao individualismo e ao solipsismo da burguesia.⁸⁸

Tal experiência política, que a partir da Itália (com Mussolini) se difundiu por vários países da Europa entre as duas grandes guerras, teve como expoente o Estado fascista italiano e o nacional-socialista germânico, cuja marca fulcral retrata a concentração do poder numa única pessoa não eleita democraticamente pelo povo, a qual se alia o não-reconhecimento aos indivíduos de direitos e liberdades absolutos ou originários, bem como a rejeição à oposição política sufragada pela publicização do partido único.⁸⁹ Escapando ao direito, colocado à margem da legitimação, o estado total representa a sujeição total do indivíduo à nação⁹⁰, a partir do momento em que a inquietação do liberalismo faz surgir uma crise dos valores da civilização. É possível, assim, encontrar numerosos indícios de uma tomada de consciência que, na tentativa de aproximar Estado e sociedade, caracteriza o projeto totalitário, condenando para sempre o indivíduo, sujeito-objeto do modelo liberal.⁹¹

O movimento fascista italiano, dessa forma, apresenta-se em contrariedade ao legado da Revolução Francesa, tendo como objetivos (ainda que não expressamente declarados) o fortalecimento da desigualdade e da opressão. Sua instituição é com maestria lecionada por CHÂTELET e PISIER-KOUCHNER, para quem, diante da passagem do modelo de Estado neutro ao total,

[...] a dualidade Estado/sociedade é a expressão de uma polêmica política, a que opõe historicamente os partidários do Estado burguês (Estado constitucional, Estado de Direito, Estado legislador, Estado de representação popular) aos partidários do Estado monárquico (Estado Absoluto, Estado de governo). O sucesso

⁸⁷ Apud BERCOVICI, Gilberto. In: *Constituição e estado de exceção permanente: a atualidade de Weimar*. Op. cit., p. 93.

⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, p. 130-131.

⁸⁹ Idem, ibidem.

⁹⁰ Cf. CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX: História do Pensamento Político*. Op. cit., p. 573.

⁹¹ Idem, ibidem, p. 565.

dos primeiros impõe uma formalização constitucional: a neutralização do Estado. O Estado é declarado como fundamentalmente neutro em relação à sociedade: suas intervenções são declaradas mínimas [...] O Estado governante é proclamado neutro, mas se realiza como doador de leis e suprime a possibilidade da sociedade de auto-organizar. Suprime-se como Estado e se apodera da totalidade das relações sociais. Por isso a sociedade que se organizou a si mesma como Estado está em vias de passar do Estado neutro do séc. XIX para o Estado potencialmente total.⁹²

Em verdadeira crítica ao Estado total e a idéia de estado de exceção permanente, ambos defendidos por CARL SCHMITT, HERMANN HELLER supunha a superação do estado liberal pelo estado social como a única forma de integrar os trabalhadores no Estado e, ao mesmo tempo, salvar a democracia e a Constituição. A partir da relação dialética entre Direito e Estado, HELLER questiona o *porquê* e o *para que* do Estado e do Direito, tentando escapar a uma redução meramente formalista desses fenômenos.⁹³ A proposta de HELLER é a de uma teoria do Estado atual, que compreenda o Estado enquanto realidade. Seu esforço é o de colocar em novos termos o problema da unidade política, buscando compreender o Estado não a partir do direito que o constitui, mas ligado à realidade social. O Estado não pode ser visto como um setor isolado e independente de toda atividade social.⁹⁴ Ao pretender conciliar democracia e socialismo, o Estado, para HELLER, tem uma função social, onde,

[...] a essência do político é o equilíbrio dialético entre a unidade e a diversidade infinita dos atos sociais para a obtenção de uma unidade política ordenadora e ordenada. São os atos de decisão política que estabelecem e mantêm em vigor a ordem jurídica, cuja existência depende permanentemente dessa unidade de decisão em um território determinado.⁹⁵

Em HELLER a compreensão do fenômeno estatal social refugiria ao ideal socialista de MARX e ENGELS, porquanto a preocupação destes se resumiria no combate ao Estado de classe, não ao Estado em si. Para o renomado autor, o fundamento último do Estado social

⁹² Idem, ibidem, p. 570.

⁹³ Cf. DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Ed. Landy, 2002, p. 143.

⁹⁴ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: a atualidade de Weimar*. Op. cit., p. 110-112.

⁹⁵ Idem, ibidem, p. 114.

residiria na idéia de justiça social, com a evolução da justiça jurídico-formal para a justiça econômico-material.⁹⁶ Tais percepções demonstram-se extremamente interessantes para compreendermos a relação existente entre o ideário social proposto nas Constituições do pós-primeira guerra mundial e a função jurisdicional do Estado na perspectiva social. Com efeito:

A expansão da complexidade social, o aumento e a diferenciação quantitativa e qualitativa dos conflitos sociais levam ao Estado a necessidade da decisão jurídica, não mais como uma resposta direta e imediata às expectativas morais de resolução dos conflitos, mas como um imperativo da mudança jurídica e social; uma imposição do caráter de variabilidade intrínseca que caracteriza as normas de direito no Estado moderno evidenciando sua positividade. A assunção de novos papéis sociais e programas decisórios pela sociedade retira do direito, pelo menos em parte, a rigidez inerente às estruturas normativas de fundamentação valorativa do agir humano, promovendo uma espécie de secularização das decisões jurídicas: racionalização empírica das alternativas de decisão colocadas à disposição do sistema jurídico.⁹⁷

É assim que o exercício da função jurisdicional assume nova roupagem diante da emergência do Estado Social de Direito. Do apego aos textos legais como se plenipotenciários fossem e da hipostasiação do método subsuntivo como forma de solução de conflitos (“técnicas” verificáveis na atuação jurisdicional diante do modelo liberal), o poder judiciário, através da atuação dos juízes, vê-se, agora, compelido a dar conta da multiplicação dos direitos sociais, o que o atinge em cheio, até mesmo ante seu despreparo no enfrentamento de ditas questões. De um viés individual para a promoção do grupo diante da massificação das demandas sociais no plano da resolução dos conflitos, a atuação jurisdicional é encurralada num verdadeiro descompasso para com as expectativas sociais coletivas, assemelhantes ao espectro de direito liberal-individualista (o que até então representava uma realidade), o que leva a instância judiciária à condição de interlocutora de uma nova estratégia política.⁹⁸

Nesse passo almeja a consecução da *questão social*, fazendo de suas estruturas o meio de acesso a tal desiderato, convertendo-se “numa espécie de alvo privilegiado da matriz organizacional do Estado para a alocação e processamento das reivindicações veiculadas

⁹⁶ Idem, ibidem, p. 118.

⁹⁷ Cf. RIBEIRO. Paulo de Tarso Ramos Ribeiro. *Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 31.

⁹⁸ Idem, ibidem, p. 43.

pelos movimentos sociais”.⁹⁹ Para BOLZAN DE MORAIS e LENIO STRECK o caráter intervencionista, marca característica do *Welfare State*, não foi uma novidade do século XX, diferenciando o papel interventor contemporâneo e o assistencialista, verificável, de certa forma, desde que o Estado começou a se aproximar da chamada *questão social*, que ao ameaçar a burguesia forçou-a a flexibilizar o regime liberal, principalmente em razão da facilitação à intervenção do Estado nas questões de ordem econômica.¹⁰⁰

Apontam os referidos autores que a principal diferença entre o modelo de Estado interventivo e o assistencialista está em que as atividades reguladoras do Estado não significam a troca das liberdades pessoais dos indivíduos, emergindo-se o *Welfare State* como consequência das políticas definidas a partir das grandes guerras.¹⁰¹ Daí que é justamente a partir de tal momento que o Direito deixa um estado de esclerose funcional para se engendrar em verdadeiro ator ativista, o que leva à aproximação do Estado para com a sociedade, dada mesmo a função promocional de sua nova roupagem.

Dessa forma a atividade judiciária sofre uma verdadeira reviravolta, tornando-se mais atuante e, nas palavras de DOGLAS CEZAR LUCAS, “mais discricionária para atender à aplicação de um direito que se torna mais principiológico e mais aberto, exigindo, por consequência, uma atuação mais presente do magistrado”.¹⁰² Segue o autor ainda a referir que “não se trata de iniciar um relativismo jurisdicional sem parâmetros, mas de uma necessária discricionariedade para interpretar e aplicar os ideais constitucionais apresentados em forma de princípios constitucionais semanticamente abertos”.¹⁰³ Se o Estado agora tem o dever de garantir a alimentação, habitação, mínimo de renda, medicamentos, etc., é a atuação jurisdicional a verdadeira condição de possibilidade para tanto, o que será ainda mais intensificado diante do espectro estatal *democrático de direito*.

Não obstante, ainda que não haja uma verdadeira alteração no núcleo básico das modalidades estatais liberal e social de direito, os quais mediam seu campo de atuação em

⁹⁹ Idem, ibidem, p. 44.

¹⁰⁰ In: *Ciência política e teoria do estado*, op. cit., p. 68-76.

¹⁰¹ Idem, ibidem, p. 78.

¹⁰² Ver: *A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada*. In: O Estado e suas crises. Org. José Luiz Bolzan de Moraes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 183.

¹⁰³ Idem, ibidem.

função da adaptação à ordem normativa, um privilegiando o indivíduo e o outro o bem-estar comum, o Estado social de Direito vê-se sufragado por um anseio coletivo que agora reivindica igualdade (que será a marca da modalidade democrática de direito). A tal reivindicação se alia uma certa insuficiência do Estado em implementar os direitos ditos sociais, o que acabou gerando dúvidas, conflituosidade e novos atores num contexto de insuficiência de recursos e da reviravolta nas formas político-econômicas contemporâneas.¹⁰⁴

Nesse particular, tendo-se em vista as inúmeras transformações pelo qual ultrapassou o Estado social (por primeiro: de seu surgimento às décadas gloriosas; por segundo: do início dos anos de 1970 até o esvaziamento de sua plataforma estratégica), é importante referir que, notadamente no segundo momento, este Estado se viu confrontado com suas próprias limitações, inviabilizando que as previsões constitucionais que o acompanhavam fossem levadas a cabo.

Disso resulta uma situação de exclusão social, o que o Estado do bem-estar não teve como controlar. Assim, diante de uma situação de insuficiência na prestação das políticas públicas e de insatisfação popular na realização, pelo Estado, das promessas delineadas, o deságüe das esperanças do povo não visualiza outro destinatário que não o poder judiciário. Vê-se que mesmo ante a crise do Estado social é possível qualificar o Direito (e em especial a Jurisdição, como órgão legitimado a dizê-lo) deste modelo através de uma postura que, ao pretender assumir uma nova função diante da inefetividade do poder executivo, aproxima o Estado da sociedade civil a partir da possibilidade que exsurge a qualquer cidadão do povo de fazer exigir o cumprimento dos direitos de ordem social (o que, repita-se, se intensificará no Estado Democrático de Direito).

A este (povo) serão alcançados, além dos tradicionais, novos instrumentos processuais, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de injunção, a ação por descumprimento de preceito fundamental, dentre outros. Tal possibilidade, que se traduz na democratização do acesso à jurisdição, leva o judiciário a invadir o território da política, evidenciando seu espectro instrumental na consecução dos direitos sociais, em especial das políticas públicas. Para JUAN RAMÓN CAPELLA,

¹⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *O estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade*. Op. cit.

[...] manifesta-se assim o caráter *político* de todo direito – começando, naturalmente, pelo direito privado –, e sua inevitável função redistributiva. Visto de outro modo: se desvela a falta de imparcialidade do direito, supostamente ocultada no estado gendarme pelo caráter *geral* da lei.¹⁰⁵

Agora se mostra possível qualificar a atitude jurisdicional (o que se fortificará na Estado Democrático de Direito) no Estado social como interventivo-ativista, o que leva a um (re)pensar no agir da jurisdição que pretende superar as funções tradicionais de *proteção* e *repressão* (já descritas quando tratamos do Estado e da jurisdição no prisma liberal), seguindo a técnica de controle social-promocional do próprio Estado. Em razão de tal transformação no espectro estatal, é evidente que a atuação dos juízes sofre sérias implicações, até mesmo porquanto a eles também se exige a contribuição para tornar efetivos os programas sociais, o que, segundo CAPPELLETTI, podem (os juízes) fazer “controlando e exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.¹⁰⁶

Diante disso, tomando-se por emprestada a nomenclatura de autoria de CAPPELLETTI na obra *Juízes Legisladores?*, é possível afirmar que o modelo de juiz que se enquadra na modalidade social de Estado de direito é o “criativo”, o que se justificaria pelo aumento do poder discricionário dos juízes oriundo da tentativa de implementação das políticas público-promocionais delineadas por este Estado. O fato é que o juiz pensado pelo Estado social mostra-se conformador e executor da justiça social¹⁰⁷, trazendo ao judiciário (o que para alguns é uma virtude) o qualitativo *ativista*, o que o levou a encarar um verdadeiro dilema: permanecer fiel à concepção tradicional dos limites da função jurisdicional ou elevar-se ao nível dos outros poderes a ponto de controlá-los, tornando-se o *terceiro gigante*.¹⁰⁸

A qualidade social presente no Estado de referida modalidade exigiu que o judiciário optasse pela segunda alternativa (o que ocorreu, pode-se dizer, com mais intensidade, nos

¹⁰⁵ In: CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Op. cit., p. 159.

¹⁰⁶ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Op. cit., p. 42.

¹⁰⁷ Cf. BARROS, Flaviane de Magalhães. *A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 132.

¹⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 47.

Estados Unidos e Inglaterra), pelo que os juízes tornaram-se os controladores não só da atividade do mundo privado-individual como também dos poderes políticos.¹⁰⁹ O juiz “criativo”, nesse diapasão, seria uma verdadeira antítese ao modelo clássico jurisdicional (de Justiniano a Montesquieu), onde a atividade dos juízes se resumiria na simples declaração do direito a partir dos textos legais. Assim, a partir de uma nítida “valoração pessoal”¹¹⁰, o juiz “criativo” pretenderia superar a inanimada função jurisdicional de atuar como “boca da lei” (o que nunca foi, a não ser quando o juiz precedia a lei), o fazendo na aposta à discricionariedade judicial calcada numa espécie de *prerrogativa de escolha* que afrontaria a solipsista *vontade da lei*. Sobre isso refere CAPPELLETTI:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”.¹¹¹

Resta evidente que o qualitativo da discricionariedade é a pedra-de-toque do juiz de espectro “criativo” de CAPPELLETTI, que se vê na obrigação, a partir da supracitada *prerrogativa de escolha*, de implementar os valores que dão sustentáculo a constitucionalização da *questão social* a partir do uso do monopólio da jurisdição. O problema inerente à referida atuação – que a bem da verdade, por óbvio, não se limita ao espectro do Estado social, tendo sido neste trabalho utilizada a partir de uma crítica ao pensamento de CAPPELLETTI e sua *discricionariedade judicial* – está em que aquilo que tem início com a subjetividade dos juízes pode terminar em decisionismos e arbitrariedades interpretativas.¹¹²

Dessa forma, tendo-se claramente em vista que o assistencialismo presente na

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 49.

¹¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 33.

¹¹¹ Idem, *ibidem*.

¹¹² A referida constatação foi elaborada com extrema propriedade por LENIO STRECK no artigo intitulado *Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto*. Op. cit., p. 102.

atividade jurisdicional do Estado social pode ser feito sem a prática de decisionismos ou arbitrariedades (o que será abordado no capítulo subsequente, especialmente quando tratarmos do Estado Democrático de Direito na perspectiva dworkiniana da coerência e integridade), o modelo jurisdicional do juiz “criativo” cappellettiano acaba por incorrer no mesmo problema da atividade jurisdicional no espectro liberal, o qual, ao também apostar no poder discricionário do juiz, fomenta a insistência positivista no âmbito do dizer o direito estatal. Isso se justifica ante ao fato de que é o positivismo, a partir de concepções ficcionais (tais como a plenipotenciariação das regras, o desleixo para com os princípios constitucionais, etc.), que terá a pretensão, ao hipostasiar as regras jurídicas, de conferir carga plenipotenciária aos textos legais a partir do desejo imensurável em prever todas as hipóteses aplicativas em direito, ignorando que a partir do neoconstitucionalismo do segundo pós-guerra operou-se a tentativa de superação do referido modelo-de-regras com a inserção dos princípios constitucionais.

Diante disso, aceitando-se ou não o caráter ativista da atividade jurisdicional no modelo de Estado de Direito Social (tese, como se viu, por todos, defendida por CAPPELLETTI), a referida postura leva a uma conseqüência inafastável, traduzida na invasão da política pelo direito, o que se justifica ante ao fato de que as pretensões sociais não se mostram resolvidas pela promoção das políticas públicas. Tal fato, aliado aos novos movimentos sociais, intensifica ainda mais a procura pela jurisdição como meio de atuação do político, marca registrada do Estado de Direito de feição democrática. Com efeito, leciona BOLZAN DE MORAIS:

Neste contexto, a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se, assim, um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta, hoje, em projetos de *reforma do Estado* e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das *promessas perdidas*, submetida, agora, à exaustão de suas fórmulas.¹¹³

¹¹³ Idem, ibidem.

Nascido do movimento neoconstitucionalista de feição social, o Estado Democrático de Direito se vê “confrontado com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e, de outro lado, delimitado com as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista”¹¹⁴. Tal ideário irá perpassar pela séria e contundente reflexão da atividade jurisdicional e sua inter-relação com a atividade política, o que se passa a enfrentar no capítulo que segue.

4. OS NOVOS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NO PARADIGMA INSTITUÍDO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PERIGO CONSTANTE DA RESISTÊNCIA POSITIVISTA: O (INCESSANTE) EMBATE ENTRE DECISIONISMO E INTEGRIDADE DO DIREITO

Já se fez referência ao fato de que a resistência positivista mantém os operadores do direito como reféns de um paradigma interpretativo que idolatra a supremacia das regras em detrimento de princípios constitucionais, o que torna ainda mais dificultosa a missão do Estado de espectro democrático de direito. Efetivamente, se a Constituição necessita ser compreendida para ser interpretada, sua aplicação depende da realização, por parte dos juízes, do *processo hermenêutico*. Definitivamente, é chegada a hora de (re)discutirmos quais as condições de possibilidade para a realização dos direitos fundamentais e da democracia.

Nesse sentido, a gênese conteudística da formação estatal estampada pela forma democrática de direito é fruto de uma série de conquistas, que ao longo dos anos se destinaram a traçar uma plataforma que superasse – sem absolutamente esquecer-los – os direitos individuais e coletivos, concentrando-se nos movimentos sociais. A preocupação desta modalidade estatal é para com os interesses difusos referentes a coletividades indefinidas e sujeitos indeterminados¹¹⁵, os quais exigem uma nova postura da atividade jurisdicional, até mesmo porque a referida modalidade estatal assenta-se na democracia e nos direitos fundamentais, pelo que,

¹¹⁴ Idem, *ibidem*.

¹¹⁵ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. Op. cit., p. 34.

[...] a multiplicação de “novos atores sociais”, envolve também o alargamento dos objetos de tutela jurídica e, mais do que isso, a explosão de uma conflituosidade social que, sem perder de vista o confronto trabalho/capital, assume muitas vezes facetas multipolares e dificilmente enquadráveis na rígida moldura normativista.¹¹⁶

Isso se deve ao fato de que ao prognóstico da legalidade o Estado Democrático de Direito agrega o qualitativo da *busca pela igualdade da comunidade*, o fazendo através de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade, aliada a um sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos que vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades.

Assim, o adjetivo “democrático” se justifica em razão da superação de um Estado de Direito meramente formal a um Estado que estampa concretizar a justiça social, o que pretende fazê-lo a partir da consolidação dos valores fundantes da comunidade.¹¹⁷ É justamente por isso que a proposta da referida modalidade estatal ultrapassa a formulação liberal e social de direito, consistindo-se, para BOLZAN DE MORAIS e LENIO STRECK, como um *plus* normativo em relação às formulações anteriores.¹¹⁸

Se o modelo liberal, após sua formalização à plataforma legal, se constituiu Estado de Direito, tendo a lei como ordem geral, e no espectro social de direito agregou-se ao Estado um ideário prestacional-interventivo, onde a lei passou a ser instrumento de implementação das promessas, no perfil democrático de direito dá-se o surgimento de uma nova roupagem. Esta é colorida pela questão da *igualdade*, que pretende ser instrumento de transformação da realidade para inserir à gênese liberal e à questão social o “asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”¹¹⁹ através de um projeto solidário.

Dessa forma, no intuito de um *constituir da sociedade*, a jurisdição passa (deveria passar) a ser a verdadeira condição de possibilidade para a implementação da chamada *questão social*, no interior da qual o Direito passa a ter um papel de transformação social,

¹¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 37.

¹¹⁷ Cf. REALE, Miguel. *O Estado Democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹¹⁸ In: *Ciência política e teoria do estado*, op. cit., p. 99.

¹¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 104.

superando o próprio modelo de Estado social.¹²⁰ Isso será realizado a partir da participação do judiciário na concretização dos anseios da sociedade, momento em que cabe ao mesmo “garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática”.¹²¹

Assim, seja diante da perda de exclusividade no exercício das funções estatais, seja em razão das modificações sofridas pela sociedade (em função da complexidade da sociedade contemporânea), a plataforma político-jurídica do Estado Democrático de Direito exige que se pense em uma espécie de aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário, retomando, porque não, a *unidade* perdida. Justamente por isso é que o exercício jurisdicional recebeu, diante da referida modalidade estatal, tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais.

Tal atuação significa uma necessária invasão, pelo judiciário, nas competências dos poderes legislativo e executivo (tema que retrata nitidamente o embate entre procedimentalistas e substancialistas), profanando o princípio democrático da separação dos poderes, que encontra raízes, como já se fez referência, na perspectiva liberal. Esta, ao hipostasiar o indivíduo, se pensada à luz dos ditames instituídos pelo constitucionalismo presente no Estado Democrático de Direito, caminha de encontro ao alcance da democracia contemporânea, que a partir de uma atuação judicial transformadora da realidade é calcada no prisma substancial, através de uma postura promocional-prestacional.

É com base nisso que se pôde afirmar, diante do fato de que no Estado de feição liberal há uma dupla dimensão estabelecida entre princípio democrático de um lado e função de garantia de outro, que a jurisdição do referido modelo possuía caráter reprodutivo da atividade legislativa, não invadindo, portanto, a atuação dos demais poderes¹²², características que não se fizeram presente (ao menos com tamanha intensidade), na segunda (social) e

¹²⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Op. cit., p. 03.

¹²¹ Cf. OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 339.

¹²² Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de... [et al.]. *A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito*. In: Artigo publicado junto ao Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 314-315.

terceira (social-democrática) modalidades estatais de Direito. O fato é que no Estado de feição liberal há, a partir da separação dos poderes e funções estatais, como ensina LÊNIO STRECK, um verdadeiro “bloqueio” dos poderes do Estado, os quais deveriam ser controlados pela Constituição (que estrutura o próprio princípio separatista e das garantias dos indivíduos).¹²³ Diante das discrepâncias geradas pelo capitalismo (modelo econômico do liberalismo), surge a necessidade na regulação/promoção das leis de comércio e de economia de mercado, momento em que aparece a chamada *questão social*, tornando-se o ponto central do Estado de espectro social.

No entanto, particularmente a partir do segundo pós-guerra, aflora a hermenêutica da transformação do *status quo*, haja vista que alguns países passaram a colocar em seus textos constitucionais mecanismos e valores que levam o Direito a uma condição jamais antevista, ou seja, como instrumento de luta e de transformação da realidade.¹²⁴ Tal também se justifica pelo fato de que,

[...] es posible en muchas ocasiones traducir una política - v.gr. la protección del interes público - en términos de derechos - v.gr. los derechos de los individuos que conforman la mayoría de la comunidad -, y viceversa. De outro lado, los derechos de segunda geración cansagrados en las constituciones del Estado social - como lo han señalado Habermas e Teubner - son el resultado de una mezcla entre principios y políticas. De hecho, es posible concebir estos derechos - v.gr. el derecho a la vivienda o a la salud - como una juridización de estándares que en el Estado liberal funcionaban como políticas dependientes del buen funcionamiento de la economía. La juridización implica la posibilidad de que los individuos puedan exigir por vía judicial las prestaciones estatales previstas en las normas que consagran estos derechos; el juez, en estas circunstancias, debe tener en cuenta necesariamente argumentos de políticas - *policies* -, como los efectos de la protección de un derecho en la marcha de la economía.¹²⁵

Todavía, mesmo diante de todas essas transformações e do ideário presente no Estado

¹²³ É justamente por isso, particularizadamente em relação ao Brasil, que BOLZAN DE MORAIS afirma: “essa impotência histórica do Poder Judiciário em impor-se dentro do quadro institucional do País como um efetivo guardião e realizador dos projetos constitucionais deve-se, em grande parte, a sua dependência política em relação ao Poder Executivo, órgão que em toda história constitucional teve a atribuição da indicação dos membros de nossa Corte máxima”. Idem, *ibidem*, p. 330.

¹²⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Op. cit., p. 104-106.

¹²⁵ In: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Estudio preliminar de Cezar Rodríguez. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 79.

de feição democrática de direito, a resistência positivista mantém-se fortemente atuante no mundo jurídico, seja na prática do ensino (para tanto, basta perceber a contínua utilização, pelos professores da área jurídica, de manuais, códigos comentados, Constituição “esquemática”, etc.) seja na práxis dos Tribunais, os quais ainda continuam a crer numa prática subsuntivo-dedutivista, que ao plenipotencializar a regra incorrem na mesma ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história. Permitem, assim, que o juiz faça a “melhor” escolha, através de uma “melhor” interpretação, ignorando os espectros formal e material da Constituição.

Dessa forma o Judiciário, em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, de economia globalizada e interesses supra-individuais, continua a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre *sujeitos iguais*, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios e do resgate do mundo prático pela filosofia. Permanece, em tal plataforma, o Poder Judiciário, como bem refere CEZAR LUCAS, a administrar “os conflitos sociais da mesma forma que protegia a propriedade e a liberdade no séc. XVIII, isto é, racionalizando e institucionalizando os conflitos em vez de enfrentá-los com suas complexidades”.¹²⁶

Tal problema se agrava ainda mais diante da resistência positivista no exercício da jurisdição – que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar (!) –, tendo como uma de suas bases de sustentação justamente a admissão da discricionariedade e de decisionismos, ignorando o fato de que os textos não são plenipotenciários. Se, como se viu, as posturas positivistas acabam por cindir casos fáceis de casos difíceis, propondo como método de solução dos primeiros a figura da subsunção, onde o juiz num processo lógico-dedutivo “lavaria as mãos” na aplicação do Direito ao caso concreto, subsumindo diretamente as regras existentes no ordenamento jurídico ao referido caso, em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito ainda se apostam em subsunções, ponderações e interpretações calcadas em procedimentos.

A prova maior disso está, por exemplo, em ALEXY (especialmente na obra *Teoria da*

¹²⁶ Cf. LUCAS, Douglas Cesar. *A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada*. Op. cit., p. 188.

Argumentação Jurídica)¹²⁷, que como forma de evitar a possibilidade da prática de qualquer atitude discricionária pelo intérprete socorre-se aos princípios, seguindo a onda interpretativa do segundo pós-guerra, onde se evidenciaram as insuficiências do monopólio da lei como norte para a aplicação do Direito, até mesmo porque os textos constitucionais deste período passam a se assentar em princípios e não mais em regras. Dessa forma os princípios, para LENIO STRECK, “passariam a compor o novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das fases anteriores do Estado e do Direito”.¹²⁸

Todavia, a teoria de ALEXY acaba por retornar ao problema da discricionariedade (e ao positivismo por consequência) quando elege a ponderação como o método aplicável na ocorrência dos casos denominados *difíceis*. O retorno à discricionariedade está no problema que circunda qual princípio deve o intérprete aplicar na solução do referido caso (difícil), lembrando que para ALEXY os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente. É justamente por isso que o método da ponderação trabalha com uma atitude de sopesamento (escolha) do princípio a ser aplicado ao caso concreto, deixando (continuando a deixar, como o fez o positivismo) essa escolha ao intérprete (do caso concreto): o juiz. Conseqüentemente, se são os princípios hierarquizados axiologicamente, é justamente a atividade subjetiva do intérprete que irá definir qual princípio deve e qual não deve ser aplicado, atitude esta incontrolável a partir de uma racionalidade e incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse particular, a teoria da argumentação jurídica de ALEXY articula os princípios como mandados de otimização, ou seja, como “regras” destinadas à estruturação de outras regras que, além de atuarem em verdadeira abertura interpretativa, utilizam-se do princípio da proporcionalidade como o método fulcral de solução aos famigerados *casos difíceis*. Veja-se que para HUMBERTO ÁVILA, seguidor de ALEXY, a proporcionalidade, que deixaria de ser um princípio e passaria a ser uma metanorma, tem aplicabilidade “nos casos em que exista

¹²⁷ Referência completa: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

¹²⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. cit., p. 176.

uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível”¹²⁹, onde a “exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito”.¹³⁰ Todavia, no que consiste um meio ou fim concretamente perceptível? Fica claro que é o intérprete quem irá escolher o melhor dentre os possíveis, o que retoma, da mesma forma, o problema da discricionariedade.

A tentativa de superação da discricionariedade somente será proposta por DWORKIN, ainda que este mantenha a cisão entre casos fáceis e difíceis¹³¹, mas para quem as partes em um processo têm direito a obter uma solução (que DWORKIN denominará de *resposta correta*) em acordo com o ordenamento jurídico pré-existente, o que se opera tanto nos casos fáceis quanto nos difíceis através da utilização dos princípios vigentes no ordenamento jurídico.¹³² A distinção (não cisão) entre princípios e regras será fundamental para que DWORKIN negue a possibilidade da prática de decisionismos ou discricionariedades na órbita jurisdicional no Estado Democrático de Direito, sustentando que enquanto as regras operam no sistema *tudo ou nada* – cuja incidência (da regra) está condicionada à possibilidade de que os fatos previstos por uma regra se façam presentes –, os princípios, que estariam por detrás de todas as regras, não seguiriam essa lógica, podendo se manter vigentes mesmo que não haja um nexo direto entre os fatos e a suposta conclusão jurídica àquele caso concreto.¹³³

O referido raciocínio é perfeitamente aliável à concepção jurisdicional presente no Estado Democrático de Direito, diante da profunda intervenção do Poder Judiciário na realização das promessas sociais constitucionais (consecução das políticas públicas), tornando-se a verdadeira condição de possibilidade para a reescrita da democracia a partir do deslocamento (no contexto Constitucional) da concepção formal para substancial, o que, para

¹²⁹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, p. 112-123.

¹³⁰ Idem, *ibidem*.

¹³¹ Para DWORKIN haverá um caso difícil quando os fatos e as normas relevantes permitem mais de uma solução pelo sistema jurídico composto por regras e princípios. In: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Estudio preliminar de Cezar Rodríguez. Op. cit., p. 68.

¹³² Idem, *ibidem*, p. 35-37.

¹³³ Idem, *ibidem*, p. 49-50.

FERRAJOLI, implica equipará-la ao Estado de Direito, refletindo os interesses de todos.¹³⁴

Diante de tudo isso, se no Estado de feição democrática o Direito passa a ser transformador da realidade, impõe que se (re)pense a atividade jurisdicional nesta modalidade estatal, especialmente no que se refere às decisões judiciais, para além da hipostasiação no apego a questões formais e técnicas, percorrendo um caminho à definição de direitos dos cidadãos¹³⁵, a partir de uma atitude ativa não-discrecional na concretização de uma justiça substantiva e da própria cidadania, atuando o juiz como um construtor do equilíbrio entre interesses supra-individuais¹³⁶, angariando forças a viabilizar o cumprimento dos direitos sociais numa plataforma que almeje superar a crise epistemológica pelo qual atravessa o direito e, conseqüentemente, a jurisdição. Com efeito, leciona CEZAR LUCAS:

A crise da Jurisdição revela-se como uma crise dos fundamentos dogmáticos da modernidade jurídica que, orientada para a preservação do passado por meio de práticas jurídicas de repetição, é incapaz de trabalhar com a diferença, com a complexidade da sociedade global, bem como não é apta a tomar decisões que garantam o futuro.¹³⁷

A atividade interpretativa no Estado Democrático de Direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com *sua* “vontade”, “experiência”, etc., interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis pelo método do sopesamento), para “descobrir” o conteúdo da norma, extraíndo o “significado ideal” do texto. Em seu lugar impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade social e política de suas decisões, buscando dar coerência e integridade ao Direito¹³⁸, ciente de sua responsabilidade ante uma Constituição diretiva fundamental, que é condição de possibilidade para o funcionamento do Estado de feição democrática de direito, incompatível com qualquer espécie de discricionariedade (positivista) ou decisionismo.

É por isso que o Direito assume um novo papel diante do Estado Democrático de

¹³⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Ed. Trotta, 2001.

¹³⁵ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de... [et al.]. *A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito*. Op. cit., p. 322.

¹³⁶ Idem, ibidem.

¹³⁷ Cf. LUCAS, Douglas Cesar. *A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada*. Op. cit., p. 193.

¹³⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. cit., p. 272.

Direito, representado pela relação entre jurisdição e legislação (política), o que leva à constatação de que realmente “a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofa em que convergem as dimensões democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida)”.¹³⁹ Ao invés de uma prática subsuntivo-dedutiva e de um agir que fomenta a ponderação do valor do direito ao obnubilar a singularidade do caso concreto – realizando a prática da arbitrariedade e da discricionariedade – impõe-se ao Poder Judiciário uma atuação que rume à coerência e integridade necessárias a assegurar uma condição de igualdade aos casos submetidos a seu crivo, seja os que se referem à solução de conflitos individuais seja os de ordem social.

Isso somente será possível quando os “operadores” do Direito (que não acompanhou o giro lingüístico ontológico na filosofia) se derem conta – a hermenêutica jurídica terá um papel fundamental neste des-velamento – que os sentidos não estão nos textos legais, mas são inseridos pelo intérprete, o qual, numa linguagem gadameriana, “norma” o texto a partir de sua pré-compreensão (aqui, da Constituição) e de sua condição de ser-no-mundo, não olvidando, em momento algum, para se chegar à coerência e à integridade do Direito, em respeitar o próprio texto, “ao qual deve ser atribuído um sentido a partir do caso concreto sob sua análise”.¹⁴⁰ É justamente nesse ponto que a hermenêutica filosófica assume um papel de extrema importância no discurso jurídico, até mesmo porque seu mote central relaciona-se com a busca da compreensão de algo, ou seja, com o processo de tornar compreensível um texto, um gesto, etc., aproximando através da linguagem (que é condição de possibilidade) o sujeito cognoscente (que não instaura, mas é instaurado)¹⁴¹ do objeto investigado.

As influências da hermenêutica filosófica no direito revelam-se, nesse norte, pela tentativa de libertação do pensamento jurídico apegado ao paradigma da filosofia da consciência de cariz cartesiano, rompendo, por assim, com os parâmetros da hermenêutica clássica ao instigar a igual alforria (o que não é nada fácil) do Direito do paradigma

¹³⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Op. cit., p. 107.

¹⁴⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. cit., p. 324.

¹⁴¹ Cf. MOREIRA FILHO, José Carlos. *Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 84.

metafísico-positivista. Pretende fazê-lo através das noções de tradição, história efetual, linguagem, faticidade (razão prática) e modo-de-ser-no-mundo, vetores filosóficos da ontologia fundamental de MARTIN HEIDEGGER (1889-1976), que abordou a atividade humana em sua relação com o mundo, e da hermenêutica filosófica de HANS-GEORG GADAMER (1900-2002), a partir da hermenêutica da faticidade, legando o sustentáculo filosófico sobre a utilização da linguagem como condição de possibilidade interpretativa.

É importante que se diga que a hermenêutica filosófica, quando recepcionada no Direito (o que ainda é um lento processo), tem a missão, através dos referidos vetores, de romper com a plenipotenciariade da regra e do modo de aplicação reprodutivo do direito, conferindo ao texto constitucional um *status* diferenciado no sistema. A partir de uma interpretação jurídica que *se aproxima de uma realidade social*, a mesma fomenta a necessidade de encontrar a resposta (constitucionalmente) adequada para cada caso concreto a partir do des-velamento (*alétheia*)¹⁴² do *ser* (sentido) da Constituição e da atuação jurisdicional na apreciação (compreensão) das microscópicas parcelas de história (lide) submetidas a seu crivo.

Trata-se, como afirma CASTANHEIRA NEVES, de decidir com vistas à pragmática função de resolver o conflito ou problema presente na situação concreta que se deve solucionar juridicamente.¹⁴³ Urge, assim, que se busque uma jurisdição *apta* a contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente Democrático, que possibilite a efetividade da Constituição como uma forma *apta* a constituir o resgate dos direitos fundamentais e da democracia.

Nesse particular, no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, todas as possibilidades de decisionismos (positivista) e discricionariedades devem, obrigatoriamente, dar lugar à percepção integrativa do Direito. Tal exige sua aplicação de forma coerente com

¹⁴² Para Heidegger deve-se traduzir a palavra *alétheia* por “desvelamento”, em lugar de “verdade”, pois essa tradução não é somente literal, mas compreende a indicação de repensar originalmente a noção corrente de verdade como conformidade de enunciação, no sentido, ainda incompreendido, do caráter do *ser* desvelado e do desvelamento do *ente*. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 12ª edição. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I, p. 187.

¹⁴³ In: MOREIRA FILHO, José Carlos. *Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual...* Op cit., p. 86.

as regras, princípios e decisões judiciais pré-existentes no contexto donde de está a dizê-lo¹⁴⁴, blindando a possibilidade da emissão de decisões em conformidade a “íntima convicção” do julgador, tese que, por outras palavras e significados, encontrará guarida em DWORKIN na obra *O império do Direito*.¹⁴⁵

Para DWORKIN o Direito como integridade irá rejeitar o problema dos juízes em descobrirem-no ou inventarem-no, porquanto devem atuar a partir do pressuposto de que direitos e deveres legais foram criados pela comunidade, o que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade, em que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal”.¹⁴⁶ Respeitando a história, preocupando-se em oferecer um futuro honrado, o direito nesta perspectiva se mostra a antítese da postura decisionista ou discricionária jurisdicional, deplorando “o antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’”¹⁴⁷, ou seja, de que os sentidos se dão no distanciamento sujeito-objeto e não na intersubjetividade, através da linguagem. Diante disso, sustenta um verdadeiro rompante do método interpretativo-aplicativo verificável nas posturas positivistas jurídicas, caracterizadoras do modelo jurisdicional do Estado de feição liberal, onde a atividade de dizer o direito revela-se eminentemente reprodutiva dos textos legislativos, o que subtrai do Poder Judiciário qualquer possibilidade que refuja à proteção dos direito individuais, relegando as questões sociais a um segundo plano.

Rechaçando o método subsuntivo-dedutivo na interpretação-aplicação do direito e a possibilidade da “melhor escolha” entre uma “gama de possibilidades”¹⁴⁸ (agir discricionário), o Direito enquanto integridade, diante do Estado Democrático de Direito, a partir dos princípios constitucionais, pretende superar a plenipotenciariade da regra que se apresenta no modelo de direito (positivista jurídico) e Estado liberal-individualista, para o qual o texto contém todas as hipóteses aplicativas e acaba,

¹⁴⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. cit., p. 334.

¹⁴⁵ Referência completa: DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 271-272.

¹⁴⁷ Idem, ibidem, p. 274.

¹⁴⁸ Sobre a tese da “melhor” interpretação, em antítese ao pensamento dworkiniano, consultar: FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta*. In: Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 324 e seguintes.

[...] ficando a ‘disposição’ da solipsidade do intérprete, permitindo que este adjudique sentidos em total descompasso com os elementos trazidos pela tradição e pela cultura, que estabelecem, por exemplo, no nosso modo prático de ser no mundo, os limites semânticos de cada texto.¹⁴⁹

O agir jurisdicional na referida modalidade estatal exige uma hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do Direito, o que implica na construção da atividade jurisdicional a partir da utilização dos princípios constitucionais, aos quais as decisões devem sempre fazer referência, do mesmo modo em relação às decisões precedentes de dada matéria. É assim que o Direito, como leciona VERA KARAM DE CHUEIRI, recuperará a sua dignidade científica, política e ética no âmbito das humanidades, enquanto via para a fundamentação de um projeto de justiça social.¹⁵⁰

É justamente por isso que a referida perspectiva fomenta um rompante com o positivismo jurídico, que ao “analisar” o Direito como um modelo-de-regras (diferenciadas de outras regras, v.g., como as morais) que deve abranger as relações jurídicas de uma sociedade, acaba por autorizar os juízes, quando diante de um *hard case*, a julgar (e não decidir)¹⁵¹ a partir de seu “poder de escolha”, criando um novo regramento para a solução daquele caso concreto, produto de uma atividade dedutivo-analítica na seleção das regras que melhor solucionam o caso. Para DWORKIN (conceito que se busca emprestado para definir a gênese da atuação estatal-jurisdicional no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito) o Direito enquanto integridade carece da compreensão de uma verdadeira coerência principiológica que refuja ao ideário das concepções¹⁵² convencionalistas ou pragmatistas do

¹⁴⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 6. Porto Alegre: IHJ, 2008, p. 284.

¹⁵⁰ Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995, p. 164.

¹⁵¹ Para compreender a diferença entre julgar e decidir consultar as seguintes obras do professor OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA: *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª edição. São Paulo: ed. RT, 1997; *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁵² Para o convencionalismo o direito só irá se legitimar quando sustentado por uma decisão política do passado, que promova o consenso entre os juristas, podendo ser reduzida à obediência e respeito às convenções pretéritas. Em caso de anomia, o juiz estaria habilitado a criar o Direito ou se valer de seu poder discricionário. Logo, para o convencionalismo não existe direito a não ser o extraído de decisões por meio de técnicas referentes à questões de convenção. Para o pragmatismo o direito seria fruto da criação do judiciário. Dessa forma, para o pragmatismo as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser à decisão judicial, que, ao final, deve se revelar a melhor para a comunidade como um todo, o que habilita o juiz a se desvincular de toda e qualquer decisão

direito, não desprezando os ideais de equidade (*fairness*), justiça (*justice*) e devido processo legal (*procedure due process*), exigindo uma atuação estatal coerente de princípios. Dessa forma a referida perspectiva negará que as manifestações do Direito sejam meros relatos pretéritos (tese convencionalista) ou simplesmente programas de futuro (tese pragmatista), até mesmo porque as posições interpretativas oriundas da tese dworkiniana funcionam numa espécie de simbiose entre as posições que se voltam ao passado e as que se voltam ao futuro.¹⁵³

A tese dworkiniana do direito enquanto integridade tem em sua plataforma estrutural o respeito à história, mas não a uma história que leve o agir jurídico a algo em desuso. O historicismo da tese se sustenta quando o ato interpretativo é pensado no presente, retornando ao passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim exija.¹⁵⁴ É por isso que a prática jurídica pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes que almejem um futuro digno ao Direito.¹⁵⁵ O fato é que DWORKIN, numa perspectiva hermenêutica, respeita o valor da tradição – em verdadeira crítica ao historicismo e a ficcional imunidade do homem aos fatos da história –, fazendo referência (quando da trata da interpretação jurídica) metaforicamente a uma espécie de “romance em cadeia”, como o escrito por uma série de romancistas, onde cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo.

Assim é o Direito. Assim é a atividade jurisdicional sob a tese da integridade do Direito. Por ela os juízes sabem (ou deveriam saber) que outros juízes decidiram casos afins àquele submetido agora em juízo, devendo “considerar as decisões deles como parte de uma longa história que têm de interpretar e continuar”.¹⁵⁶ Daí que o assistencialismo presente no agir jurisdicional diante da inserção da *questão social*, notadamente a partir do constitucionalismo do segundo pós-guerra, implica, no Estado Democrático de Direito, uma

política do passado, aplicando um direito novo que ele mesmo criou. Para maiores aprofundamentos sobre ambas as percepções sobre o Direito consultar: DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 185 e seguintes; FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2008, p. 207 e seguintes.

¹⁵³ Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Op. cit., p. 209-210.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Op. cit., p. 274.

¹⁵⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 286.

atuação a partir dos pilares da coerência e da integridade, os quais acabam por blindar a prática decisionista-discrecional jurídica, funcionando como um elemento de promoção da vida moral e política dos cidadãos, onde a política ganhará um significado mais amplo, transformando-se “numa arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor”.¹⁵⁷

Se o Estado Democrático de Direito foi concebido para transformar a realidade (sem decisionismos ou discricionariedades judiciais), superando os modelos de direito liberal e social, é chegada a hora, finalmente, de rejeitar as opiniões pessoais dos operadores do Judiciário, destacando-se sua responsabilidade política. Isso faz lembrar, por exemplo, a utilização reiterada da prática de “sentenças aditivas”, através das quais os juízes, num verdadeiro *solipsismo intelectual das conseqüências*, pensam fazer justiça ao implementar os direitos sociais assegurados na Constituição em casos individuais (sem respaldo coletivo) sem a intermediação de normas legais ou regulamentares expedidas pelo Legislativo ou Executivo, desconsiderando por completo as previsões orçamentárias (determinadas, v.g., pela Lei Orçamentária Anual - LOA) correlatas a “reserva do possível”.¹⁵⁸

Ante a resistência da postura liberal diante do atual quadro jurisdicional – o que se verifica através da contínua prática do método subsuntivo no momento da aplicação do Direito pela utilização (sem interpretação) mecânica da lei –, pensar o Direito diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito leva a profanar o sentido comum teórico que se sacralizou no imaginário dos juristas, fomentando um diálogo com a história a partir da tradição, onde o Direito funcione como produto coletivo de uma determinada sociedade em sua complexidade¹⁵⁹, o que significa, noutras palavras, que o Judiciário, não numa forma solipsista, deve atuar como guardião das orientações da vida em sociedade.

Disso que se depreende que o Estado contemporâneo depende diretamente de uma

¹⁵⁷ Idem, ibidem, p. 211.

¹⁵⁸ Para um maior aprofundamento sobre as sentenças aditivas e sua relação ao princípio da reserva do possível vide: SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Op. cit., p. 217.

atuação jurisdicional que proporcione o fortalecimento (coerente) da Constituição a partir da aplicação dos princípios constitucionais, da filtragem hermenêutico-constitucional e de uma interpretação conforme a Constituição. Estas se demonstram as ferramentas que se colocam aptas a prestar guarida aos direitos fundamentais e à democracia, pilstras do Estado de feição democrática de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho propôs pensar a evolução do Estado contemporâneo à luz da prática jurisdicional verificável em cada modelo estatal, a partir notadamente do modelo liberal de Estado, afinal de contas é chegada a hora de se (re)discutir quais as condições de possibilidade para a realização dos direitos fundamentais e da democracia, nem que para tanto se tenha que profanar a imagem de um Estado que se sacralizou perante a cultura jurídica, tanto da cátedra quanto da práxis. Nesse contexto é que se pensou a atividade jurisdicional diante da evolução do próprio Estado, pelo que se pôde perceber que, em pleno paradigma instituído pelo Estado de feição democrática de direito ainda se mostram presentes, como herança das práticas jurisdicionais das modalidades estatais liberal e social, práticas de ordem decisionista e discricionária na solução de conflitos eminentemente individuais.

Dessa forma o Judiciário, em tempos de economia globalizada e interesses supra-individuais, continua a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre sujeitos iguais, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios diante do movimento constitucionalista do século XX. Pensar a atividade jurisdicional nesse século é pensar a Jurisdição como guardiã dos direitos difusos e coletivos próprios da plataforma social, o que impõe que as decisões busquem, tanto quanto possível, atingir um máximo grau de coerência (jurisdicional) e integridade (do direito), o que leva a constatar, desde o momento inicial desta pesquisa, as seguintes conclusões:

I. Diante da idéia de *estado de natureza* peculiar ao contexto do século XVII, o homem pretenderá superar, a partir de sua reunião com outros homens e do estabelecimento de um pacto de preservação de suas vidas, o conjunto dos direitos já delineados em tal *estado de natureza*, o que leva a necessidade da construção de um novo cenário: o *contrato social*;

II. O exercício do poder (coercitivo) através de uma prática de concentração à figura do rei – onde o monarca-soberano, ao reunir as funções legislativa, executiva e judiciária, faz do Estado Moderno uma figura que inaugura definitivamente a institucionalização do poder, o qual era exercido ilimitadamente pelo rei – trouxe a reboque o controle do poder normativo, o que se deu justamente a partir da unidade entre Estado e Direito. É justamente a partir desta constatação que se revela importante perquirir, ante a uma possível ruína da plataforma estrutural do Estado Contemporâneo, de que forma o Estado é atingido por uma crise funcional, tendo perdido a unidade (rumando a uma verdadeira “autarquização”) e exclusividade no exercício de suas funções clássicas, o que se demonstra, v.g., a partir da judicialização da política e do novo perfil atribuído ao poder judiciário diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito;

III. Diante disso, resguardando os direitos de liberdade, o modelo liberal encontra na teoria da separação dos poderes o método fulcral de sua constituição, estruturando a salvaguarda das liberdades na decomposição da soberania numa pluralidade de poderes, desejando um Estado mínimo, eficiente e ágil, apostando na liberdade individual como uma de suas pilstras;

IV. Há, no Estado liberal, uma subordinação do poder de controle do Estado ao Direito, exigindo que a atuação estatal seja exatamente adstrita aos ditames legais, razão pela qual o ordenamento jurídico demonstra ser um limitador da vontade do governante e, ao mesmo tempo, um garantidor do conjunto de direitos e garantias individuais, os quais não podem ser extrapolados nem mesmo pelo Estado, o que encontra guarida na plataforma da separação dos poderes;

V. Assim, é possível constatar que no Estado de modalidade liberal o Direito aparece como limitador do poder governamental, sendo um instrumento de importância cabal para que o próprio Estado implemente seus propósitos. Se ao governo do Estado de modalidade liberal somente é permitido atuar nos limites do ordenamento jurídico, é justamente nesta modalidade estatal que tem surgimento o movimento das codificações, campo vasto para a constituição e fortalecimento do positivismo jurídico, organizado em torno de uma visão científicista do Direito, fazendo com que o Estado liberal aposte suas fichas na atividade legislativa através da positivação dos direitos e garantias individuais, até mesmo porque tem a função ordenadora e fixadora das bases legislativas numa tentativa de superação do

jusnaturalismo, restando ao Judiciário a função única e simplista de dizer o direito *conforme* os ditames outrora fixados e delineados pelo poder legislativo, cabendo à atividade jurisdicional a fiscalização do cumprimento das determinações legais, tanto as da administração do Estado como as dos próprios cidadãos, primando, em relação a estes últimos, na solução de conflitos interindividuais;

VI. O “modelo” de juiz que se encaixa na concepção de Estado liberal é o de roupagem jupiteriana (que também representaria a figura estatal Liberal de Direito), sempre proferindo suas decisões desde cima, do alto de um monte Sinai, a partir da filiação irrestrita à figura do direito posto, de feição piramidal, o que importa constatar ante ao fato de que a atividade jurisdicional correspondente ao Estado liberal, ou, melhor dizendo, a “mentalidade” peculiar ao pensamento liberal, caracterizada pela prática interpretativa subsuntivo-dedutivista ainda não sucumbiu, seja na práxis jurisdicional seja nas academias de ensino;

VII. O referido modelo jurisdicional acaba por corromper a atividade interpretativa mediante um processo reprodutivo no momento da aplicação do direito. O juiz “júpiter”, assim, permanece arraigado ao paradigma metafísico-positivista de interpretação-aplicação do direito, uma vez que a partir da vinculação ao método atribui carga plenipotenciária à regra jurídica, ignorando a existência de princípios constitucionais, o que permite ao mesmo que faça a melhor escolha (de forma absolutamente ficcional) dentre a gama de possibilidades que o texto legal lhe confere;

VIII. O modelo de juiz jupiteriano, que permanece fortemente atuante nos tribunais, ao ignorar a diferença ontológica entre texto e norma, conferindo carga plenipotenciária aos textos legais na pressuposição de que estes carregam consigo seu próprio sentido, não está preparado a enfrentar os novos conflitos de massa nascidos a partir do momento em que a *questão social* (dos direitos de igualdade, econômicos e culturais) foi agregada ao movimento do constitucionalismo contemporâneo;

IX. A emergência da classe proletariada impôs que o Estado repensasse o seu ímpeto legislativo, onde a lei funcionaria não mais como ordem geral e abstrata, mas como meio de acesso, como condição de possibilidade à ação concreta do Estado, o que se deu com a emergência de novos detentores de direitos, em especial a classe proletariada.

Conseqüentemente, a carência assistencialista impregnada nas posturas liberais levou ao nascimento da era da justiça social, a qual via o indivíduo como parte integrante de uma determinada classe;

X. Na tentativa de melhorar a condição de vida da classe trabalhadora, a aposta do Estado, agora, é a de promover o assistencialismo mediante a implementação da mais variável gama de políticas públicas de ordem social. Diante disso, a atividade judiciária sofre uma verdadeira reviravolta, tornando-se mais atuante e mais discricionária. Ante a crise do Estado social é possível qualificar o Direito (e em especial a Jurisdição, como órgão legitimado a dizê-lo) deste modelo através de uma postura que, ao pretender assumir uma nova função diante da inefetividade do poder executivo, aproxima o Estado da sociedade civil a partir da possibilidade que exsurge a qualquer cidadão do povo de fazer exigir o cumprimento dos direitos de ordem social, aos quais serão alcançados, além dos tradicionais, novos instrumentos processuais, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de injunção, a ação por descumprimento de preceito fundamental, dentre outros;

XI. A atitude jurisdicional (o que se fortificará na Estado Democrático de Direito) no Estado social é interventivo-ativista, o que leva a pensar o agir da jurisdição como um agir que pretende superar as funções tradicionais de *proteção e repressão*, seguindo a técnica de controle social-promocional do próprio Estado. Em razão de tal transformação no espectro estatal, é evidente que a atuação dos juízes sofre sérias implicações, até mesmo porquanto a eles também se exige a contribuição para tornar efetivos os programas sociais;

XII. O modelo de juiz que se enquadra na modalidade social de Estado de direito é o “criativo”, o que se justificaria pelo aumento do poder discricionário dos juízes oriundo da tentativa de implementação das políticas público-promocionais delineadas por este Estado, pelo que os juízes tornaram-se os controladores não só da atividade do mundo privado-individual como também dos poderes políticos;

XIII. Tendo-se em vista que o assistencialismo presente na atividade jurisdicional do Estado social pode ser feito sem a prática de decisionismos ou arbitrariedades, o modelo jurisdicional do juiz “criativo” cappellettiano acaba por incorrer no mesmo problema da atividade jurisdicional no espectro liberal, o qual, ao também apostar no poder discricionário do juiz,

fomenta a insistência positivista no âmbito do dizer o direito estatal, pelo que a referida postura leva a uma consequência inafastável, traduzida na invasão da política pelo direito, o que se justifica ante ao fato de que as pretensões sociais não se mostram resolvidas pela promoção das políticas públicas, fato que aliado aos novos movimentos sociais, intensifica ainda mais a procura pela jurisdição como meio de atuação do político, marca registrada do Estado de Direito de feição democrática;

XIV. A gênese conteudística da formação estatal estampada pela forma Democrática de Direito é fruto de uma série de conquistas, que ao longo dos anos se destinaram a traçar uma plataforma que superasse – sem absolutamente esquecê-los – os direitos individuais e coletivos, concentrando-se nos movimentos sociais. A preocupação desta modalidade estatal é para com os interesses difusos;

XV. Ao prognóstico da legalidade o Estado Democrático de Direito agrega o qualitativo da busca pela igualdade da comunidade, o fazendo através de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade, aliada a um sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos que vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades;

XVI. Dessa forma, no intuito de um *constituir da sociedade*, a jurisdição passa a ser a verdadeira condição de possibilidade do referido perfil estatal, no interior da qual o Direito passa a ter um papel de transformação social, onde o texto constitucional procura romper com o modelo de Estado e de Direito liberal-individualista-normativista (que ainda sobrevive), conferindo à Constituição a base de toda a juridicidade e a função de garantidora dos direitos humanos como promotora dos direitos sociais. A plataforma político-jurídica do Estado Democrático de Direito exige que se pense em uma espécie de aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário, retomando, porque não, a *unidade* perdida. Justamente por isso é que o exercício jurisdicional recebeu, diante da referida modalidade estatal, tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais;

XVII. Tal atuação significa uma necessária invasão, pelo judiciário, nas competências dos demais poderes (tema que retrata nitidamente o embate entre procedimentalistas e

substancialistas), profanando o princípio democrático da separação dos poderes;

XVIII. Ainda assim a resistência positivista mantém-se fortemente armada no mundo jurídico, seja na prática do ensino (para tanto, basta perceber a contínua utilização, pelos professores da área jurídica, de manuais, códigos comentados, Constituição “esquemática”, etc.) seja na práxis dos Tribunais, os quais ainda continuam a crer numa prática subsuntivo-dedutivista, que ao plenipotencializar a regra incorram na mesma ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história, permitindo que o juiz faça a “melhor” escolha, através de uma “melhor” interpretação, ignorando os espectros formal e material da Constituição;

XIX. A atividade interpretativa no Estado Democrático de Direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com *sua* “vontade”, “experiência”, etc., interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis pelo método do sopesamento), para “descobrir” o conteúdo da norma, extraíndo o “significado ideal” do texto. Em seu lugar impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade social e política de suas decisões, buscando dar coerência e integridade ao Direito;

XX. No paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, todas as possibilidades de decisionismos (positivista) e discricionariedades devem, obrigatoriamente, dar lugar à percepção integrativa do Direito, o que exige sua aplicação de forma coerente com as regras, princípios e decisões judiciais pré-existentes, blindando a possibilidade da emissão de decisões em conformidade a “íntima convicção” do julgador, tese que, por outras palavras e significados, encontrará guarida em DWORKIN na obra *O império do Direito*;

XXI. Ao afastar a possibilidade de utilização do método subsuntivo-dedutivo na interpretação-aplicação do Direito e a possibilidade da “melhor escolha” entre uma “gama de possibilidades”, o Direito enquanto integridade pretende superar a plenipotenciariiedade da regra que se apresenta no modelo de direito (positivista jurídico) e Estado liberal-individualista, para o qual o texto contém todas as hipóteses aplicativas, exigindo uma hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do Direito, o que implica na construção da atividade jurisdicional a partir da utilização dos princípios constitucionais, aos quais as decisões devem sempre fazer referência, do mesmo modo em relação às decisões

precedentes de dada matéria;

XXII. Para DWORKIN, o Direito enquanto integridade carece da compreensão de uma verdadeira coerência principiológica que refuja ao ideário das concepções convencionalistas ou pragmatistas do direito, negando que as manifestações do Direito sejam meros relatos pretéritos (tese convencionalista) ou simplesmente programas de futuro (tese pragmatista), até mesmo porque as posições interpretativas oriundas da tese dworkiniana funcionam numa espécie de simbiose entre as posições que se voltam ao passado e as que se voltam ao futuro;

XXIII. É imprescindível, para a correta utilização dessa perspectiva teórica, que a Constituição seja compreendida e interpretada, porquanto sua aplicação depende da realização, por parte dos juízes, do *processo hermenêutico*. Tal atitude é plenamente corroborada pelo *Estado Democrático de Direito*, que pretende introduzir novos valores perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução e apresentação de Selvino José Assman. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo: o paroxismo do poder*. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1976.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 1ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª edição. São Paulo: ed. RT, 1997.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BARZOTO, Luis Fernando. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: a atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2ª edição. São Paulo: Ed. Mandarim, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)*. Artigo publicado junto ao Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

_____. *O estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade*. Material fornecido e de autoria do professor JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS em ocasião da realização de disciplina *Transformações do Estado Contemporâneo* perante o curso de doutoramento do autor do presente texto junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos no ano de 2008.

_____. *A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito*. In: Artigo publicado junto ao Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 6ª edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; ESPÍNDOLA, Ângela. *O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da constituição brasileira de 1988*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 6. Porto Alegre: IHJ, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. Artigo publicado na obra *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Organização de José Eduardo Faria. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1999.

CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX: História do Pensamento Político*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1983.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.

CROSSMAN, R. H. S., *Biografia del Estado Moderno*. Traducción de J. A. Fernández de Castro. Ciudad del México: Fondo de cultura econômica, 1992.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Ed. Landy, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003.

DUSO, Giuseppe. *Do poder natural do poder civil: a época do contrato social*. In: O Poder: história da filosofia política moderna. Giuseppe Duso (org.). Tradução de Andrea Caiacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?* In: O Estado e suas crises. Org. José Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Ed. Trotta, 2001.

FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta*. In: Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendez. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 12ª edição. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LUCAS, Douglas Cesar. *A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada*. In: O Estado e suas crises. Org. José Luiz Bolzan de Moraes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Ed. Ibero-Americana, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Maria Lucia Cumo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista (1848)*. Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MOREIRA FILHO, José Carlos. *Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

OST, FRANÇOIS. *Contar a lei*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005.

_____. *Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez*. In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 14, Alicante, 1993.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. *O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Modernos*. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Sreck, Leonel Severo Rocha... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO. Paulo de Tarso Ramos Ribeiro. *Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.

ROCHA, Leonel Severo e outros. *Auto-referência, Circularidade e Paradoxos na Teoria do Direito*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2002.

RODRÍGUEZ, Cezar. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

SANTOS. Francisco de Araújo. *O Liberalismo*. Porto Alegre: Ed. da Universidade (UFRGS), 1991.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

STRAYER, Joseph R. *As origens medievais do estado moderno*. Tradução de Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: Ed Gradativa, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iuris, 2007.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos*. Artigo publicado junto ao periódico Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. André Leonardo Copetti Santos, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha; São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

_____. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. *Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto*. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Ovídio Araújo Baptista da Silva ... [et al.]. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

VIANNA, Luiz Werneck... [et al.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan: 1999.