

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 177
Janeiro/março – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Juridicização da Política

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Sumário

Introdução. 1. Concentração e desconcentração de poder: a estruturação clássica da organização do Estado mediante a repartição de funções. 2. A crise no paradigma clássico: deslocamento do eixo de tensão Legislativo – Executivo para Legislativo – Judiciário e Executivo – Judiciário. 3. Juridicização da Política. 4. Aportes finais.

O futuro não é o que se teme, é o que se ousa.
Carlos Lacerda

Introdução

O Estado moderno, desde a versão liberal, foi erigido sob o paradigma organizacional de que a criação e a aplicação normativas são suas funções básicas. Com efeito, a desconcentração do poder absoluto com a queda das monarquias absolutistas da Idade Média irrompeu uma estrutura estatal fundada numa organização a partir de repartição das funções.

De lá para cá, pode-se afirmar que o Estado moderno ainda encontra-se erigido sob o mesmo paradigma; todavia, já se divisam metamorfoses que decorrem da crise vivenciada no relacionamento entre os poderes.

Com efeito, não é preciso ir muito longe para se perceber o alcance do tema ora proposto para exame. A toda hora, a todo instante, as decisões judiciais são objeto

Carlos Alberto Simões de Tomaz é Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB/DF. Doutorando em Direito pela UniSinos/RS. Juiz Federal e professor em Belo Horizonte.

de questionamento. Desde a proferida pelos juízos monocráticos até a da mais alta corte. Não faltam argumentos a favor ou contra essa ou aquela decisão, isso porque o Poder Judiciário tem sido chamado, não raro, a decidir casos difíceis que têm exigido às vezes a substituição da atuação do Executivo, quando define políticas públicas, e também a atuação do Legislativo, na criação de normas.

Nosso propósito não é estabelecer um prognóstico do Estado contemporâneo, mas, sim, contribuir para melhor compreendê-lo; por isso, longe de estabelecer conclusões, tem mais como escopo fomentar o debate, já que, como lembra Vilanova (2003, p. 99):

“A Teoria Geral do Estado é a reação, em termos de conhecimento, por parte do homem, a uma determinada circunstância política em que o homem se acha implantado. O estar incluso dentro de uma circunstância política provoca dois comportamentos diversos: o querer atuar dentro da circunstância, o comportamento como sujeito prático que elabora e, ao mesmo tempo, padece da circunstância; outro é o comportamento como querer compreender e descrever a realidade política circundante, a conduta como sujeito de conhecimento.”

Imerso por essas duas veredas, o cientista do direito depara-se com a necessidade de melhor conhecer o Estado, e o caminho não se avulta outro senão o de sua teorização, que, invariavelmente, passa pela teorização, do direito, justificando os aportes das teorias jurídicas que aqui serão lançados apenas e exclusivamente a esse declarado escopo, sobretudo porque hodiernamente, cada vez mais, torna-se impossível separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, o delegado, etc. –, daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas não se encontram tão mais dissociadas

da ordem prática, e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos abstratos, certas categorias e caminhos hermenêuticos que viabilizam a mobilização de tais categorias e conceitos que a compreensão do Direito e do Estado deixam a desejar.

1. Concentração e desconcentração de poder: a estruturação clássica da organização do Estado mediante a repartição de funções

Equacionar os problemas da agenda mundial do século XXI pressupõe, sem dúvida, uma investigação em torno dos postulados filosóficos que empreenderam a experiência do Estado e do Direito desde o Estado liberal. Neste estudo, procede-se a um corte epistemológico em torno do Estado, para enfrentá-lo apenas a partir do surgimento do Estado de Direito Liberal, sob o fortalecimento do Estado-Nação.

Não se quer, com isso, imprimir menor relevância às experiências vividas pela sociedade anteriormente, que consagraram Estados de organização considerável, como a civilização egípcia, a mesopotâmica, o império persa, as cidades gregas e o império romano, entre outras.

O marco encontra razão de ser em face do fenômeno da racionalização¹ do poder, com o surgimento do Estado liberal burguês, a partir de quando o monarca não mais exercia o poder sob o influxo da vontade divina, não mais inteiramente por vontade própria, mas sob a vontade de

¹ “Novas concepções de Estado, de Direito, de ética, de democracia e de liberdade surgiram e contribuíram decisivamente para as profundas reformas políticas ocorridas a partir da Modernidade [...] Todas estas grandes questões foram tratadas à luz da Razão, de uma racionalidade que passaria a responder pela nova idéia de progresso constante da humanidade. A fé na Razão passou a oferecer os novos rumos da humanidade ocidental. Liberdade, igualdade e fraternidade passaram a se constituir como pano de fundo de um cenário revolucionário para marcar definitivamente o fim do “estado de natureza” e o surgimento do “Estado de Direito”. (PEPE, 2006, p. 09-10).

normas jurídicas escritas, que limitavam o seu exercício.

É dizer, o poder se tornou produto da razão limitado em normas, retirando o monarca do campo do absolutismo para submeter sua vontade à lei. A partir daí, pode-se cogitar, de fato, de uma dicotomia entre Estado e Direito. O Estado passa a ser a fonte de criação e aplicação normativas voltada a limitar o poder real.

Percebe-se, desde aí, o quanto intimamente vinculadas estão as idéias de Direito e de Estado. Sem penetrar na discussão deflagrada por Kelsen (1992, p. 184), para quem “o Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica...”, daí por que entende que “...o Estado pode ser juridicamente compreendido como o próprio Direito” (KELSEN, 1979, p. 424), não se pode perder de vista que a experiência do Estado encontra-se visceralmente ligada à experiência do Direito; decorrendo, assim, a concepção advinda a partir do Estado de Direito Liberal, ou seja, a de que o Direito limita a atuação do Estado.

Descrevendo a ordem medieval, cuja derrocada ensejou o absolutismo no poder, que irromperia, mais tarde, no Estado Liberal de Direito, Crossman (1980, p. 19) assinala que “o homem era preso ao país em que vivia [...] com uma infinidade de obrigações e pouquíssimos direitos...”.

Com efeito, o homem, aqui identificado como servo, via-se na mesma condição que os escravos das civilizações antigas, é dizer: como núcleo de irradiação apenas de deveres, submetido, na verdade, não apenas a uma, mas a três esferas de poder, pois, efetivamente, na ordem medieval podia-se divisar ao menos três núcleos bem definidos de poder: o poder do monarca, o poder dos senhores feudais e o poder da Igreja Católica. A estabilização dessa estrutura, quer no plano econômico, a fim de assegurar a economia inteiramente doméstica, quer no plano político, a fim de garantir o poder real, passava por um emaranhado de interesses em que a figura

da Igreja aparece com imissão não apenas no campo espiritual, como igualmente no âmbito do poder temporal.

O papel da Igreja nesse cenário era visivelmente distinguido. A hegemonia que o papado exercia sobre os senhores feudais e sobre os monarcas é amplamente divisada na história, quando se sabe que, para satisfação de seus interesses no plano temporal, a Igreja anulava casamentos de nobres, posicionava-se nas guerras e definia marcos para as conquistas².

Alguns acontecimentos levaram à concentração do poder nas mãos do monarca. De fato, a derrocada do feudalismo, entre outras causas, pelo fortalecimento das cidades em face do desvio da economia, que se descola da produção voltada para abastecimento do próprio feudo para chegar à cidade com a expansão do comércio, bem como pela ruína dos senhores feudais após as chamadas “guerras santas”, que consumiram os recursos dos feudos em defesa da propagação da fé católica, e, ainda, pelo enfraquecimento do poder da Igreja Católica em face da reforma protestante

² Esse papel também foi muito bem enfrentado por Crossman (1980, p. 20): “Centralizada no Vaticano, de Roma, com magnífica burocracia e um obediente emissário em cada aldeia podia pressupor que tinha um completo controle sobre a arte, a educação, a literatura, a filosofia e sobre a ciência da cristandade ocidental. Durante séculos, a Igreja Católica deu à Europa Ocidental uma cultura comum que todos os reis e senhores aceitavam. A civilização era católica, e o catolicismo era civilização. Vinculado à terra, limitado em seu comércio e apegado às suas leis, o homem medieval era um cidadão de um país religioso que envolvia a totalidade do mundo ocidental. Por esse motivo, seu pensamento, tanto quanto sua cultura e sua música, eram essencialmente eclesiásticos. Não havia nele nada além da teologia, como não havia terra além do domínio da Igreja Católica. A teológica constituía o *summum* da sabedoria e o papa figurava como o seu senhor espiritual. A teologia podia delegar para a ciência, para a arquitetura ou para a lógica, determinados campos de estudo, do mesmo modo que o papa podia outorgar a certos príncipes o encargo da proteção temporal dos súditos. Existiam disputas sobre a divisão da tarefa e, em consequência, havia lutas entre reis e papas, mas o princípio fundamental permanecia incólume. Em todos os assuntos

com as idéias de Calvino e Lutero, gizou o ambiente propício para o fortalecimento do poder nas mãos do monarca, a ponto mesmo de irromper a laicização quando os interesses de Roma contrariaram os do monarca, de que é exemplo a criação da Igreja Anglicana sob os auspícios de Henrique VIII, rompendo com o poder do papado, que se recusou a anular seu casamento, porque não convinha à Igreja Católica.

O monarca amealhou tanto poder em suas mãos em detrimento dos feudos e da própria Igreja Católica, com o rompimento da aliança do poder temporal com o espiritual, que, em determinado momento, era a única fonte de criação e aplicação normativas, a ponto de Luís XIV estar sempre sendo lembrado pela sua célebre frase: *L'État c'est moi*.

De fato, o Estado, numa visão essencialmente jurídica, era o próprio rei, que enfeixava suas funções típicas: criava o direito (exercia a função legislativa); aplicava o direito para executar sua vontade (a do monarca), exercendo a função executiva; e aplicava o direito para dirimir os litígios (função jurisdicional). O fenômeno da concentração de poder deflagra o aparecimento das monarquias absolutistas.

Numa estrutura em que o poder encontrava-se concentrado nas mãos de uma única pessoa, que revelava, portanto, uma vontade unipessoal, não há espaço para se

espirituais, a Igreja reinava inquestionavelmente. Porém, à universalidade da fé cristã correspondeu, no plano temporal, a crença na natureza universal da lei. A lei não era algo que surgia do desejo de um soberano ou de uma assembleia popular, mas surgia da própria atmosfera da vida social que tudo abrangia. Ela era tão natural ao homem como lhe era natural respirar, comer e beber. Não dependia da razão humana, para sua existência. Era uma verdade eterna que se ia descobrindo em decorrência de um paciente estudo. Quando nós pensamos em uma lei, sabemos que ela é a resultante da vontade de um parlamento ou de uma ditadura. Na Idade Média, se considerava que ela era o marco, dentro do qual os príncipes, os barões e os servos deviam decidir sobre todas as coisas. A lei era uma das dádivas de Deus ao homem, tão intocável, inalterável e independente do capricho humano como os próprios dogmas da cristandade.”

falar em liberdade, em direitos, já que o indivíduo, que era escravo nas civilizações antigas, no império romano e nas cidades gregas, e um servo no sistema feudal, agora era um súdito do rei, desprovido de direitos sob o império das monarquias absolutas, que começou na França e na Espanha, chegando mais tarde à Inglaterra e outras regiões da Europa.

A biografia do Estado está a revelar que, toda vez que o poder se concentra, tende a ser exercido de forma absoluta em detrimento da liberdade individual. Rompe-se com o almejado equilíbrio no binômio *autoridade x liberdade*, que estava longe de ser cogitado na estrutura concentrada de poder das monarquias absolutistas.

Nesse passo, para fazer frente ao poder absoluto das monarquias, surgem os ideais liberais, que continham, em sua essência, duas grandes idéias. A primeira era a *preocupação com a liberdade individual*, que veio a engendrar toda uma política de lutas para se reconhecer os direitos do homem, à época, as preconizadas liberdades políticas, desde o direito deambulatório (a liberdade de ir, vir e de se deixar ficar) à liberdade de pensar e conseqüente liberdade de expressar o pensamento, passando pela liberdade de culto. Era preciso, pois, não somente reconhecer, como assegurar esses direitos ante os abusos do poder absoluto dos monarcas medievais³.

Assim, para que fosse possível o exercício desses direitos por todos, era preciso limitar o poder do monarca. Este não poderia mais concentrar todos os poderes e exercê-los de forma absoluta.

³ Registra Bobbio (2002, p. 20-22) que “há uma acepção de liberdade – que é a acepção prevalecente na tradição liberal – segundo a qual ‘liberdade’ e ‘poder’ são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em contraste entre si e são, portanto, incompatíveis: nas relações entre duas pessoas, à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo de outra e, vice-versa, à medida que a segunda amplia a sua esfera de liberdade diminui o poder da primeira.”

A segunda idéia, por sua vez, decorrente da primeira, dizia respeito à *desconcentração do poder*. Poder concentrado, já se disse, identifica-se com o exercício despótico em detrimento das liberdades individuais. Era imprescindível a desconcentração do poder. Dentro desse clima, vem à tona a célebre obra de Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, preconizando a separação tripartida dos poderes.

A Montesquieu (2003) deve-se, realmente, a divulgação da teoria da separação dos poderes; no entanto, convém lembrar que Locke (1963), na obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, alude à matéria com base na prática inglesa. Sim, porque na Inglaterra, desde 1215, quando o baronato inglês impôs ao Rei João Sem Terra a *Magna Charta Libertatum*, divisava-se o aparecimento de atuação legislativa, sem que fosse representativa da vontade do monarca. Era, na verdade, uma manifestação corporativa da aristocracia feudal em face de seu rei, mas é possível divisar, sem dúvida, um ponto de partida para irradiação dos direitos do homem, como se colhe do art. 39º daquele texto, assim vazado: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

Como registra Bonavides (1993, p. 34), o célebre livro de Locke ficou longe de alcançar os efeitos do *Espírito das Leis* em matéria de contenção de poder. Coube mesmo a Montesquieu o mérito da sistematização teórica da separação dos poderes e a sua divulgação no mundo político. Em Locke, ressalta o mestre cearense, “o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata.”

Porém, a idéia de separação dos poderes remonta, na verdade, à antiguidade. Mes-

mo em Aristóteles ela é encontrada, como chama a atenção Jellinek (1973, p. 452), fazendo ver que a “célebre teoria de Aristóteles sobre as três partes do poder, limita-se simplesmente a descrever os caracteres típicos dos Estados Gregos daquela época, Senado, Autoridades, Tribunal Popular, e as atividades que estes exercitam, derivam de uma divisão dos assuntos do Estado”.

No entanto, foi ao sabor do liberalismo que a doutrina da separação dos poderes foi levada a extremos. Enquanto na França o poder do soberano hipertrofiava-se em detrimento dos Estados Gerais, na Inglaterra ocorria o contrário. O parlamento inglês adquiria cada vez mais poderes em detrimento do poder real. Daí a preocupação de Montesquieu⁴ em separar os poderes e fixar-lhes a esfera de competência.

A primeira constituição a adotar o princípio foi a norte-americana de 1787. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, formulada na França em 1789, dispõe no art. 16: “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Depois, a Constituição francesa de 1791 adotou o princípio que, a partir daí, tornou-se praxis nas constituições do mundo moderno.

Na verdade, o exercício despótico do poder é incompatível com a vivência da liberdade. Daí a preocupação com a divisão do poder em funções distintas para ser exercido por órgãos distintos. Só com a divisão dos poderes, lembra Groppali (1953, p. 213), é que há uma

⁴ Cf. Montesquieu (2003, p. 165-166), “há em cada Estado três espécies de Poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-rogas aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamamos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamamos simplesmente o poder executivo do Estado.”

“maior garantia da liberdade individual, fixadas de modo preciso as atribuições de cada um dos poderes, o cidadão é assegurado em sua liberdade, seja pela certeza do direito que regula as relações sociais, seja pelo fato de tanto os órgãos do poder executivo quanto os do poder judiciário, privados da atividade legislativa no exercício de suas funções, serem contidos nos limites de normas pré-constituídas pelos órgãos do poder legislativo.”

Enfim, o exercício da liberdade exige condições de clareza e certeza. Somente a norma legislada poderia, ao definir as condutas, estabelecer essas condições. A legalidade surge como dado imprescindível.

Significa dizer, desde aí, que no modelo clássico de organização a relevância recaia sobre a função legislativa exercida ao escopo de limitar o exercício do poder pelo Executivo. Ou por outras, como expressa Bonavides (1993, p. 38):

“Na sociedade estatal, a liberdade primitiva, para ser parcialmente recuperada, fez-se liberdade jurídica. A organização política restitui aos indivíduos, através da lei e da participação na elaboração da vontade estatal, os direitos que estes lhe haviam cometido, limitando a própria liberdade, ao estatuírem as bases do contrato social...”

Essa liberdade, todavia, não se estendia efetivamente às classes menos favorecidas. Restringia-se a uma generalização nominal e, como faz ver Bonavides (1993, p. 38), “disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e assim concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal”.

Do chamado Estado liberal, não obstante proclamar tantas liberdades, tantos direitos, como se sabe, não se conseguiu

o esperado. Com efeito, limitou-se apenas a reconhecer direitos – é certo, agora de forma expressa, pois o *ius nom scriptum*, inadequado, porque revelava um direito contingente e circunstancial vinculado à vontade momentânea do monarca, cede espaço para o direito escrito, que assume suas próprias conotações, como já se assentou, com o surgimento das primeiras constituições escritas e, depois, com o fenômeno da codificação, que se estenderia por todos os Estados europeus –; porém, proclamar direitos não significa assegurá-los.

O Estado liberal, na verdade, revela o que se convencionou denominar “Estado policial”, porque apenas reconheceu, fazendo vazar em normas jurídicas, as chamadas liberdades públicas, não se preocupando em estabelecer meios para que os direitos reconhecidos fossem efetivados. Com isso, o Estado assumia uma atitude passiva, abstendo-se de prestações voltadas para imprimir eficácia aos direitos fundamentais. Enfim, quem já era livre continuava a ser, como igualmente quem não gozava de liberdade, não obstante agora a tivesse expressamente reconhecida, continuava na condição de alijado desse direito inerente à natureza humana.

A opção social veio para corrigir a falha e não desconsiderou os pressupostos filosóficos do Estado liberal. No entanto, consciente de que só é vivenciada a liberdade onde se estabeleçam condições de igualdade, acrescentou um novo dado a ser observado.

Pode-se afirmar que o jusnaturalismo é o pressuposto filosófico fundamental do Estado liberal, erigido sob três matices: 1º) a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à vida e à liberdade, sob suas várias acepções (deambulatória, de crença, etc.); 2º) o respeito da parte do Estado por meio de limites pré-constituídos e estabelecidos em normas a tais direitos, o que conduzia a uma postura negativa do Estado diante deles, e que Canotilho (1992, p. 519) denomina *abstinência estatal*; e 3º) a

liberdade encarada como liberdade-defesa ou liberdade-autonomia em face do poder do monarca.

Com efeito, para Canotilho (1992, p. 519), a teoria social dos direitos fundamentais, “ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estatal, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estatal é concebida não como um *limite*, mas como um *fim* do Estado”.

De fato, o Estado começou a perceber que a pretendida efetividade dos direitos fundamentais passava necessariamente por exigir dele prestações existenciais de caráter positivo. Trocando em miúdos, o Estado precisava descruzar os braços e criar condições para que o fraco se tornasse forte perante o forte. Assim, sem se afastar do pressuposto filosófico do Estado liberal, a preocupação vai recair sobre a igualdade. A verdade é que a concepção social revela que somente a igualdade é capaz de proporcionar a vivência da liberdade.

Assim, a atuação do Estado voltada para imprimir condições com vistas a implementar a igualdade e, dessa forma, garantir a vivência da liberdade passou a exigir intervenção de sua parte em áreas que antes se supunha de atuação exclusiva da atividade privada.

O Estado, com efeito, intervém na propriedade para limitar o seu abuso e assegurar sua função social, na saúde, na educação, por meio de prestações positivas, desviando, sem desconsiderar, mas exatamente ao escopo de bem equacionar, a atenção voltada para o binômio *liberdade x autoridade* agora para o binômio *trabalho x capital*. A bem da verdade, o problema do Estado, ontem, hoje, e, ousa-se afirmar, sempre, será bem equacionar esses dois binômios. Portanto, do Estado interventor exigem-se prestações positivas de caráter existencial ou deveres sociais nas áreas de habitação, trabalho, saúde, educação, cultura, lazer, etc.

Enfim, quando sob o influxo das idéias marxistas concebeu-se, segundo lembra Canotilho (1992, p. 521), que “a criação de condições materiais possibilitadoras do livre ‘desabrochar’ dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia”, o Estado deixou de ser apenas um interventor para se tornar monopolizador e, além de se visar uma minimização ou redução da dimensão subjetiva dos direitos humanos, deparou-se com uma “tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais, econômicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas”.

É nesse sentido que se se legitima na teoria socialista até mesmo a supressão de direitos para que se pudesse alcançar as condições de plenificação advindas do ideal socialista. E foi exatamente por isso, por olvidar o outro lado da balança, a liberdade, que restou amesquinhada ou mesmo aniquilada em detrimento da hipertrofia da igualdade, que a opção socialista extrema não conseguiu seu desiderato.

Impende, agora, enfrentar a opção democrática. Primeiramente, anote-se que os pressupostos filosóficos do liberalismo e do Estado social foram encampados pelo Estado democrático. Não obstante, a liberdade agora tem um novo sentido, não quer mais significar a liberdade-autonomia, porém uma liberdade-participação. A preocupação não é mais o homem indivíduo, mas o homem-membro da sociedade. No dizer de Pedrosa (1978, p. 11), “o autêntico Estado de Direito não se pode satisfazer em fixar o modo de *como* deve ser exercido o poder; é igualmente decisivo estabelecer *quem* deve exercê-lo.”

Bobbio, buscando uma definição mínima de democracia, inspira-se em Kelsen (1992, p. 278) quando o mestre da escola de Viena, em sua visão positivista, aponta para o Estado democrático como aquele em que há liberdade política, o que existiria quando o indivíduo participa do processo

de criação e aplicação normativas e por isso submete-se à vontade política estabelecida. Essa liberdade política ensejaria, segundo Kelsen, uma vontade geral que se legitimaria se erigida a partir da obediência a procedimentos formais de investidura e exercício do poder pré-estabelecidos pelo Direito que, assim, limitaria o próprio Estado, fazendo surgir uma auto-obrigação da parte deste na medida em que ocorreria a submissão do Estado ao Direito por ele próprio criado (KELSEN, 1979, p. 416-417). Nas palavras do mestre italiano:

“... o único modo de chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos...” (BOBBIO, 2002, p. 30-31).

Esse ponto de partida, para enfrentar a teoria democrática, atrelando a democracia à existência de regras adrede definidas para ensejar a investidura e o exercício do poder e que não poderiam ser alteradas durante o jogo senão pela via de normas também previamente definidas

ao declarado escopo, também foi dividido por Dworkin (2001, p. 6-7), quando afirma que:

“Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas”.

Nesse quadro, exsurge no Estado democrático o princípio da legitimidade como essencial. Não basta a desconcentração do poder, é necessário que o seu exercício pelos órgãos competentes repouse no consentimento popular. Não basta a proclamação solene dos Direitos, é preciso cercar o indivíduo de garantias, para preservar e evitar que esses direitos sejam sufocados pelo exercício da autoridade.

No entanto, a pugna existente no binômio *autoridade x liberdade* persiste, e aí é que reside o âmago da questão, pois a intenção, quer no Estado liberal, quer no Estado social, quer no Estado de Direito democrático, sempre foi a de que “o Estado que faz e desfaz o direito esteja essencialmente limitado por ele” (SALDANHA, 1980, p. 9).

Nessa ordem, portanto, a idéia de Estado de Direito democrático sempre estará ligada a dois fatores: 1º) a limitação jurídica e legitimação do poder; 2º) a eficácia dos mecanismos garantidores dos direitos fundamentais, aí incluídos não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais e, ainda, os “[...] designados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente”, como com bastante precisão lembra Mathias (1997, p. 10).

A bem da verdade, há de se notar que somente a concepção democrática pode proporcionar a existência de tais pressupostos, que, em conjunto, dirigem-se para a satisfação de um básico direito fundamental: a felicidade, como aponta Bobbio (2000, p. 11).

O enfrentamento de tais questões ensejou o deslocamento do eixo de tensão antes, sob o paradigma liberal, irrompido entre os Poderes Legislativo – Executivo para os Poderes Legislativo – Judiciário e Executivo – Judiciário. Esse deslocamento tem provocado profundas metamorfoses na estrutura organizacional do Estado, como adiante se examinará.

2. A crise no paradigma clássico: deslocamento do eixo de tensão Legislativo-Executivo para Legislativo- Judiciário e Executivo-Judiciário

Para Streck e Bolzan (2004c, p. 163), “a clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de há muito está superada”.

Na verdade, hoje se divisam novas funções, o que se percebe com o aparecimento de órgãos controladores das atividades desenvolvidas pelos demais, que se pode denominar função controladora, e aqui encontra-se o desempenho de órgãos como o ministério público e os tribunais de contas, ou mesmo, ainda, a atuação dos órgãos de cúpula como gestores da esfera privada, sobremodo quando essa se organiza para subsidiar ou mesmo substituir o Estado gerando novos espaços de criação e aplicação normativas (a moderna função de gestão).

Isso não significa dizer, todavia, que os mecanismos estruturalizantes adotados classicamente pelo Estado estejam superados. Passam, evidentemente, por metamorfoses, o que se percebe quando se enfrentam as crises vivenciadas no relacionamento entre os poderes. De fato, é

produto dessa crise, na expressão de Streck e Bolzan (2004c, p. 163), o “deslocamento da esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”, que há de se compreender a organização do Estado contemporâneo.

Isso acontece, efetivamente, em decorrência de uma superação, ainda que parcial – porque o Estado não abandonou integralmente o modelo –, do mecanismo da estruturação organizacional funcional preconizada desde o Estado Liberal, que concebia a separação de competência dos órgãos de poder ordenada pelo fim⁵, vale dizer: criação e aplicação de direito, como caminho para garantir a vivência da liberdade.

De mecanismo de contenção do poder, a organização funcional passa, ela própria, a cumprir determinadas tarefas preconizadas mercê da atribuição de novos valores. Essa transformação foi percebida com clareza por Canotilho (1992, p. 689-690), quando afirma que a compreensão material das estruturas organizatório-funcionais do Estado implica:

“(1) articulação necessária das *competências e funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuídas aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias, não como meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado Liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras normas de *acção* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação econômica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais; (3) a atribuição de um carácter de acção aos preceitos organizatórios implica,

⁵ Segundo Malberg (1948, p. 253), o critério de distinguir as funções do Estado em razão do fim remonta a Jellinek, e não é seguro porque funções diversas podem ter fim idêntico e uma mesma função finalidades diversas.

concomitantemente, a articulação das normas de competência com a idéia de *responsabilidade constitucional* dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autônoma de tarefas; (4) apuramento de uma noção de *controle constitucional* que não se limite a enfatizar unilateralmente o controle jurídico das inconstitucionalidades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não-cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania.”

O redirecionamento da crise partindo dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário decorre, nesse espectro, da assunção por este poder de responsabilidades constitucionais afetas aos demais; quer quando atue como legislador de terceiro grau⁶, quer decidindo aspectos inerentes a políticas públicas.

Inicialmente, o eixo de tensão eclodiu entre os Poderes Legislativo e Executivo. Deveras, os Estados que sobreviveram ao peso da 1ª Grande Guerra começaram a enfrentar o século XX com enormes dificuldades. Na verdade, a grande crise econômica que assolou o mundo após o conflito veio a ensejar profundas modificações no plano interno. A economia das nações estava arrasada e a ação dos governos se desenvolvia no sentido de restaurar as suas economias; ao mesmo tempo, no plano externo, a preocupação com as relações internacionais e o medo de um novo conflito criaram todo um clima de expectativa e precaução, tanto que passou a haver uma corrida em procura de armamentos para que assim pudessem os Estados se apresentar preparados no caso

⁶ Segundo Bonavides (2001, p. 21), “em todo sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, três legisladores perfazendo as tarefas normativas do regime. Um legislador de primeiro grau que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico

da eclosão de novo conflito. Essas, entre outras, foram as causas que determinaram um novo conflito entre os Estados, agora em maior proporção em face do desenvolvimento científico e tecnológico por que passava a humanidade.

Foi nesse conturbado período que apareceu a chamada *legislação governamental*. O fato é que, durante a época dos conflitos, exigia-se uma maior rapidez nas tomadas de decisão. Não se podia esperar pelos processos legislativos normais. Tudo exigia celeridade. Uma decisão não tomada a tempo poderia acarretar sérios prejuízos. Nesse clima, o Executivo atraiu para si grande parte das funções tipicamente legislativas.

No entanto, esperava-se que, “findos os conflitos, a situação voltasse à normalidade constitucional, mas o que se verificou foi que ‘outras causas vieram a justificar e conservar aquelas práticas excepcionais: a inflação, a crise econômica, a deflação, mantiveram os governantes em estado de ‘mobilização’ que, embora pacífica, continuou a reclamar medidas extraordinárias. Os povos e as autoridades foram, assim, se habituando a esse esbulho de autoridade legislativa” (BURDEAU, apud RAO, 1962, p. 526).

Todavia, o eixo de tensão deslocou-se para o Legislativo – Judiciário e igualmente para o Executivo – Judiciário.

3. Juridicização da Política

Ressalta Luhmann (1985, p. 34) que “a diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas...”. A questão diz respeito, portanto, a perquirir até que ponto os juízes podem

limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir,

criar normas, não apenas atuando dentro de uma margem já previamente delineada – mas não precisada pelo legislador –, mas também a esse se substituindo. Luhmann já asseverava que a interpretação dessa diferenciação era imprecisa (1985, p. 34).

Essa zona de tensão tem sido denominada “juridicização da política” ou “politização do Poder Judiciário”. Muitos têm se ocupado da questão. Luhmann (1985, p. 34-60), Dworkin (2001, p. 3-152) e Streck (2004a, p. 33-63), sob perspectivas diferentes, oferecem elementos ao debate.

Para Luhmann (1985, p. 35), a diferenciação não pode residir na oposição da generalidade própria da lei em confronto com a norma particular criada pelo juiz. A partir do momento em que se opera a generalização das expectativas, porque congruentes – o que significa dizer que casos iguais devem ser decididos da mesma forma –, a generalidade também repousaria na decisão judicial. Haveria, a partir daí, uma generalização primária que residiria na lei, e uma generalização secundária vazada na decisão judicial erigida a partir da formulação de princípios jurídicos. A legislação vê-se transformada nesse procedimento de estruturação congruente secundária – criação da decisão judicial – em critério de diferenciação técnica.

O problema, todavia, reside na circunstância de que, ao contrário do legislador, que pode decidir (entenda-se: generalizar expectativas) sem comprometer-se com elas – é dizer, uma lei pode ser facilmente revogada por outra –; o juiz, segundo Luhmann (1985, p. 35), “compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas”

depara-se-nos, em escala de verticalidade, o legislador de segundo grau, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional, recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, depara-se-nos o legislador de terceiro grau, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes.”

para idênticos casos futuros. Um novo direito apenas poderá ser criado quando ele tratar novos casos constituindo casos diferentes (LUHMANN, 1985, p. 36).

Porém, o próprio Luhmann (1985, p. 35) adverte para a circunstância de que “toda proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica⁷ é, no entanto, perigosa, pois leva a determinações rígidas, dificilmente retratáveis, o que é arriscado principalmente no contexto rapidamente mutável da sociedade moderna”.

De fato, a experiência tem demonstrado que é mais fácil mudar uma lei do que uma generalização congruente consolidada na jurisprudência, sobretudo quando, igualmente ao que acontece na generalização primária, os juízes encontram-se, do mesmo

⁷ No sistema jurídico pátrio, a introdução, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, das súmulas vinculantes revelará uma generalização congruente consolidada pela jurisprudência. Assim, essa proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica terá maiores dificuldades de modificação, não obstante se tenha admitido como legitimados para deflagrar o processo ao declarado fito os mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (CF: art. 103-A, § 2º), pois, não se olvide, é no próprio órgão que condensou ou generalizou o entendimento que o mesmo poderá ser modificado. Atento para o problema, Streck registra: “ementas e enunciados em geral, que são predominantes no ‘mundo jurídico’, não têm força de lei e não gozam dos ‘requisitos’ da regra-abstratação e generalidade. E de qualquer modo não abarcariam todas as hipóteses de aplicação. Mas, ao serem assim utilizados, transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra (e o princípio é a razão prática da discussão jurídica; é a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso – concreto –, que só existe na sua singularidade, irrepetível, pois!). Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por ‘mera subsunção’ (sic). Dito de outro modo: precedentes não ‘universalidades’ de cada caso jurídico. A partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de ‘subsumir’ o particular ao geral/universal. Interpretar (e aplicar) não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral... E exemplos de pautas gerais são comuns e recorrentes na nossa jurisprudência. Dito de outro modo, no ‘verbete jurisprudencial’ não está contida a essencialidade (ou o *holding*) relativa ao que seja uma insignificância jurídica (como era o caso *sub judice*). Como diz Heidegger, tomar aquilo que

modo que o legislador, afetos a um tratamento oportunístico dos valores.

É exatamente por isso que Dworkin (2001, p. 3) assevera, ao abrir a discussão sobre a tensão, que “as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm consequências para as controvérsias políticas.”

Em que sentido, portanto, deve-se conceber a juridicização da política? Dworkin (2001, p. 6-7) toma como ponto de partida para alcançar uma resposta a concepção de Estado de Direito que opere o magistrado. Para ele, a expressão *Estado de Direito* pode ser enfrentada a partir de duas concepções: a primeira, do ponto de vista formal a que ele denomina concepção “centrada no texto legal” e, a segunda, do ponto de vista material denominada concepção “centrada nos direitos”⁸.

“é” por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica. Por tal razão é que o saber representativo (metafísico), ao invés de mostrar o ente como ele é, acaba por escondê-lo e anulá-lo, fincando o ‘crime como o crime’ afastado, obnubilado. Cumpre destacar, nesse sentido, que vem sendo prática recorrente em *terrae brasilis* – não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de ‘pautas gerais’. Tal menção pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, *mas nunca fundamentar, de per se, a decisão*. Com efeito, como venho denunciando de há muito, os verbetes jurisprudenciais (ou enunciados) não possuem uma essência (acompanhada de um sentido em-si-mesmo) que seja comum e que se adapte (ou abarque) a todos os ‘casos’ jurídicos. Na verdade, aplicados de forma descontextualizada, levam ao obscurecimento da singularidade do caso.” (STRECK, 2006b, p. 215-217).

⁸ A diferenciação entre Estado de Direito em sentido formal e material na linha do pensamento de Kelsen foi muito bem deduzida por Pedrosa (1978). Naquele inédito trabalho, a autora demonstra que toda comunidade política tem forma e conteúdo. A forma se identifica com a própria ordem jurídica estatal, daí por que se vale do positivismo Kelseniano para concluir

A concepção centrada nos direitos “pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo [...] O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais...” (DWORKIN, 2001, p. 7).

A partir daí, Dworkin (2001, p. 10) demonstra que a conduta dos juízes que adotam a concepção de Estado de Direito centrada no texto legal resvala para admitir que, na solução dos casos, “devem tentar descobrir o que está ‘realmente’ no texto jurídico” e, ainda, que estariam proibidos de decidir “com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes uma decisão sobre o que deveria estar lá.”

Por outro lado, se o juiz amolda-se à concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, terá presente que o texto jurídico não é a fonte exclusiva dos direitos⁹. Terá mais presente ainda que “os direitos morais

que “todo Estado é Estado de Direito”, porquanto ordem coercitiva. Todavia, se a análise for orientada para o exame dos fins e dos meios vinculados à idéia de um Estado ideal, a investigação descortinará para se verificar se a ordem é justa e aqui a conclusão será a de “alguns Estados não são Estados de Direito”. Também sob o influxo das idéias de Kelsen, Bobbio (2000, p. 17-19) coloca a questão na mesma esteira percorrida por Dworkin. Confira-se: “Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio ‘invioláveis’ (esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana). Desse ponto de vista pode-se falar de Estado de direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora.)”

⁹ A idéia de não se reduzir o Direito apenas ao texto da lei é antiga: *se a justiça vem apenas pela lei,*

que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal. Portanto, uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista deste ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa” (DWORKIN, 2001, p. 15). O juiz, nesse último modelo, prossegue Dworkin (2001, p. 15):

“tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.”

Todavia, para quem não superou a idéia de que direito é muito mais que a norma jurídica escrita, ou por outra, para quem vive sob o império da segurança sedutora da hermenêutica metodológica, o primeiro caminho alvitrado por Dworkin será trilhado sem dificuldades. Ou existe norma e a incidência dessa sobre um fato permite a extração de certo efeito, ou a resposta a uma demanda é não.

Do ponto de partida Streckiano, por sua vez, a vivência do autêntico Estado de Direito repousaria hodiernamente na atuação do Poder Judiciário, já que “inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2004a, p. 55).

A atuação do Judiciário como mecanismo de transformação tem sido, como já se

então Cristo morreu inutilmente, era o que propagava São Paulo: (Gal. 2: 19 – 21).

viu, objeto de investigação. A análise de Streck tem a originalidade de apontar o caminho da hermenêutica filosófica como novo paradigma em direção àquilo que Rocha (1995, p. 137, 153, apud STRECK, 2004a, p. 59) denomina “democracia juristicista”.

Streck (2004b, p. 179-196), não obstante proclame que o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade¹⁰, alerta para a circunstância de que a juridicização da política, conquanto condição de possibilidade no Estado Democrático de Direito, “não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, de uma atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer”, na precisa lição de Cittadino (2002, p. 39, apud STRECK, 2004b, p. 195).

Diferentemente de Dworkin, Streck tem a experiência de um operador do Direito em um Estado periférico em que são gritantes as deficiências do poder público na satisfação das políticas públicas estabelecidas na Constituição. Nos exemplos por ele ofertados¹¹, confira-se que o magistrado,

¹⁰ Porque “as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito, não estão relegadas somente ao governo e à administração (Gilberto Bercovici), mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário”. (KRELL, 2000, p. 41, 55, apud STRECK, 2004b, p. 194)

¹¹ “No Brasil, alguns exemplos mostram a viabilidade da tese do deslocamento do centro de decisões acima especificado. Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isso

ao decidir, invadiu a esfera de atuação do Executivo no âmbito das políticas públicas para garantir vagas em ensino fundamental, o que pode ter ocorrido em detrimento, por exemplo, de ampliação de leitos em hospitais. Isso, obviamente, seria inconcebível no paradigma da estruturalização funcional clássica.

A obra de Dworkin (2001, p. 10) é também rica em exemplos, e não poderia deixar de ofertá-los ao examinar a questão. Um deles chama a atenção porque diz com os limites da atuação do Judiciário “ao criar norma geral”. Trata-se do caso *Charter*, em que o Judiciário inglês teve de estabelecer se proibir a participação de negros como sócios de uma agremiação política encontrava vedação na lei que estabelece que as organizações que servem a “uma parte do público” não devem praticar discriminação.

Um olhar sobre a hermenêutica clássica mandará o juiz aferir a vontade do legislador ao estabelecer na norma a expressão etimológica “uma parte do público”, e a

aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública?, pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. *O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas.* Não houve contestação por parte da prefeitura. Esse fato, complementa Ruiz, mostrou que é possível utilizar o Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes. Na mesma linha, demonstrando o novo perfil do Poder Judiciário – não mais como mero assistente e, sim, intervencionista, em face do deslocamento de tensão já delineado anteriormente –, vale conferir a decisão prolatada pelo magistrado Ivo Dantas, no processo n. 1.404/88 – JCJ do Recife, tendo como pano de fundo os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal. Segundo a sentença, “à

questão se tornará semântica, até mesmo por decomposição para saber o que é público, como precisar uma parte dele, etc. Na perspectiva dessa linha, Dworkin (2001, p. 11) compreende que:

“diferentes juízes darão diferentes respostas a essas questões de semântica; nenhuma resposta será tão claramente correta a ponto de todos concordarem com ela. Não obstante, cada juiz estará tentando, de boa-fé, seguir o ideal do Estado de Direito segundo o livro das regras porque estará tentando, de boa-fé, descobrir o que as palavras do texto legal realmente significam.”

O enfrentamento sob outro prisma, tal como sustentado por Streck (2004a, p. 45-46), ou mesmo sob o ponto de partida da concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, como quer Dworkin (2001, p. 15), aponta para que a decisão deverá privilegiar os direitos de fundo e o direito que o cidadão possui de a eles ter acesso mediante o exercício da jurisdição, cuja decisão deveria expressar a vontade geral implícita no direito positivo e nos princí-

primeira vista tem o empregador o poder potestativo de despedir, mormente se entendermos o inciso I do art. 7º de forma isolada. Contudo, a primeira lei da Hermenêutica é no sentido de nenhum artigo, inciso, parágrafo ou alínea poder ser entendido de forma isolada; devem, sim, ser interpretados sob a ótica sistêmica, tanto inter, quanto intra-sistematicamente. *Ademais, os princípios próprios da Interpretação Constitucional deverão estar obrigatoriamente presentes.* Assim, a despedida arbitrária, além dos ressarcimentos pecuniários previstos no art. 10, I, do ADCT, passa a ser informada pelos PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS do art. 1º, III, e IV, bem como pelo art. 193, ambos da Constituição vigente. Nos Princípios Fundamentais, vê-se, então, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem por fundamento, entre outros, o trabalho, como valor social. *Ora, o valor social não pertence nem ao empregado, nem ao empregador, mas, sim, à sociedade como um todo.* Ela não poderá, dia após dia, receber em seu seio pessoas que, sem motivo e por simples fundamentação no poder de despedir, percam o emprego sem motivo justificado, como, aliás, entendem, além da Alemanha, os sistemas italiano, espanhol e português.” (STRECK, 2004a, p. 57-58).

pios selecionados como de valor permanente (tradição).

Essa visão *redentora* do Judiciário encontra objeções que podem ser sintetizadas nas seguintes indagações: o Poder Judiciário se encontra legitimado para essa atuação? Os juízes estão preparados para fazê-lo?

Observe-se, primeiramente, que essa visão não pretende que o Judiciário, de modo indiscriminado, e se substituindo ao Executivo, passe a ditar as políticas públicas, ou, ainda, passe a criar normas gerais substituindo-se ao legislador.

Mas o primeiro argumento contrário à tese substancialista da politização da jurisdição vem exatamente da preocupação democrática com a legitimação. Se, de regra, não eleitos pelo povo, se as decisões que os juízes tomam não estão submetidas ao controle popular, então não teriam legitimação para tanto.

Na verdade, a questão tomada sob esse prisma parte de um pressuposto formal para a legitimação ditado pelas regras do jogo, que podem, obviamente, ser modificadas por regras adredemente estabelecidas. A legitimação, sob essa vertente, decorre do procedimento, que deve expressar uma vontade geral, satisfazendo uma expectativa congruente generalizada (LUHMANN, 1985, p. 34) e não a frustrando.

4. *Aportes finais*

Se os juízes, de acordo com a estruturação clássica do Estado, não estão formalmente autorizados a tomar decisões políticas primárias, podem vir a substancialmente ter que tomá-las ante a necessidade de satisfazer os direitos do cidadão de modo a velar pela tradição dos princípios e valores eleitos pelo sistema. Aqui, a decisão judicial poderá ser tão legítima ou ilegítima quanto a lei, na medida em que revele ou não expectativas sociais congruente generalizadas.

O dilema em adotar, entre nós, a politização da decisão judicial sob o veio subs-

tancialista reside, como aponta com precisão Streck (2004a, p. 54), na circunstância de que o Judiciário está preparado para “lidar com conflitos inter-individuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento de problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988...”.

Isso acontece, registra Streck (2004a, p. 35-36) citando Faria (1995, p. 14-15), porque, “não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos”.

Ainda pode-se referir como causa a circunstância de que os juízes, de regra, não se encontram habituados a lidar com a Constituição como um sistema estruturante dotado de sentido¹², isto é, que deve revelar expectativas congruente generalizadas pelo procedimento social, produto da seletividade de princípios e valores de modo que a efetividade que lhe devem imprimir não pode frustrar aquelas expectativas.

De qualquer modo, reste assente que a juridicização da política não implica definitivamente uma hegemonia do Poder Judiciário sobre os demais poderes. Ao contrário, realça o dever constitucional – que pode se encontrar expresso ou não em uma constituição – no sentido de que o magistrado deve assegurar a eficácia dos mecanismos que a própria constituição estabelece para a vivência de uma democracia participativa, mormente em constituição compromissária e dirigente, como a brasileira, cujo texto

¹² A concepção ora imprimida à constituição está erigida a partir do conceito de direito elaborado por Luhmann (1983, p. 183).

incorpora princípios como a dignidade da pessoa humana, o estado democrático de direito, a erradicação da pobreza, a função social da propriedade e uma série de programas ao escopo de efetivá-los.

Não impressiona, a ponto de abalar a convicção pela legitimação dessa atuação, a circunstância de, no sistema jurídico brasileiro, os membros do Poder Judiciário não serem eleitos pelo povo. Deveras, é preciso ter em mente que os juízes, tal qual os parlamentares – ao estabelecerem a generalização primária – encontram-se, igualmente, afetos a tratamento oportunístico de valores. Significa, desde aí, que uma sentença pode ser tão ilegítima quanto uma lei, na medida em que a decisão primária frustrate as expectativas sociais.

Deveras, insistir na deslegitimação do Poder Judiciário significa sobrelevar o aspecto formal (mecanismos formalmente definidos para a investidura), como se o conceito de Estado de Direito pudesse se definir apenas sob o ponto de vista formal.

É, aliás, por privilegiar a decisão primária, divisando que a interpretação autêntica da lei deve fazer vir à tona a vontade do legislador ou o chamado sentido da lei, que, nas práticas jurídicas – parodiando Dworkin –, os princípios não são levados a sério. Queremos dizer com isso que a decisão judicial não se revela como avalista do compromisso que a Constituição fez com os princípios e, nesse sentido, será tão ilegítima quanto a lei que frustra as expectativas sociais.

Ao declarado escopo, o caminho se avulta por deixar a via larga do constitucionalismo de regras para seguir a vereda de um constitucionalismo de princípios, de modo que se possa deixar eclodir o potencial emancipatório do direito nos Estados de modernidade tardia.

A missão da jurisdição por esse viés não descortina – é bom que se diga – uma missão redentora. Não se trata de uma revolução. É, antes, e já tão tarde, mas

ainda a tempo, o despertar de um novo paradigma na estrutura organizacional do Estado e igualmente na estrutura científica do direito, que propugna por afastar a hermenêutica clássica voltada para imprimir autenticidade à interpretação que revele a vontade do legislador, o espírito da lei, etc. para fazer com que as práticas jurídicas se voltem para o conteúdo principiológico dos sistemas jurídicos e a decisão judicial, sob esse contexto, satisfaça, o melhor possível, aqueles princípios.

Uma coisa, porém, os juristas devem estar atentos: costuma-se dizer que na arte, imaginação e criação não há fronteiras. Em direito sim! E isso precisa ser percebido pelos cientistas do direito, sobretudo pelos membros do Poder Judiciário, que precisam compreender que *não podem dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*, ou, dizendo de outro modo, na abertura significativa dos textos jurídicos, há limites.

Com efeito, para Dworkin (2002; 1999),¹³ o juiz tem o dever de decidir ainda que em se tratando de casos difíceis, em que, não encontrando regras na ordem jurídica positiva, buscará outras pautas regulatórias: os precedentes ou os costumes, e se valerá dos princípios que se avultam, assim, erigidos à condição de justificação da estrutura jurídica, política e moral. É dizer, ao decidir, o juiz deve levar em conta essas pautas regulatórias de modo que a interpretação seja com elas coerente, o que acontece, aqui lembrando Streck (2006, p. 217), na exata medida em que o juiz não decide *exclusivamente* com base em sua visão própria de mundo, ou em seus princípios de convicção pessoal, passando a concretizar uma interpretação que, “do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto”.

¹³ Cf. DWORKIN, 2002, capítulo 4 e ainda DWORKIN, 1999, capítulo VII.

Por certo, a maioria esmagadora de nossa magistratura não se encontra preparada para tal mister e as razões são várias, que se apontam desde a formação acadêmica até questões institucionais. Isso, não obstante, não deve servir de empecilho a que os cientistas teóricos, os advogados, os membros do ministério público, os delegados de polícia comecem a deduzir suas elaborações de modo a despertar na magistratura o caminho que deve ser palmilhado, ao mesmo tempo em que dela, magistratura, exige-se um despertar para tanto.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- _____. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. In: RAO, Vicente. Os poderes legislativo e executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias: a legislação governamental ou delegada e os regulamentos: a natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações. *Separata dos Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto*, Recife, 1962.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- CROSSMAN, R. H. S. *Biografia do estado moderno*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2001.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- FARIA, José Eduardo. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.
- KRELL, Andréas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, n. 10, 2000.
- GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do estado*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1973.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: M. Fontes, 1992.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MALVERG, R. Carré de. *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.
- MATHIAS, Carlos Fernando. Ponto final. *Correio Braziliense*, Brasília, 9 jun. 1997. Caderno Direito e Justiça, p. 10.
- MONTESQUIEL, Charles de Secondat Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: M. Claret, 2003.
- PEDROSA, Maria Bernardette Neves. Estado de direito e segurança nacional. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 7., 1978, Curitiba. *Tese...* Curitiba: OAB, 1978.
- PEPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 2 v.
- ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-nacional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- RAO, Vicente. Os poderes legislativo e executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias: a legislação governamental ou delegada e os regulamentos: a natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações. *Separata dos Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto*, Recife, 1962.
- SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias*. Recife: UFPE, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004c.

VILANOVA, Lourival. O problema do objeto da teoria geral do estado. In: _____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi, 2003. 1 v.