

O LEGADO JURISDICIONAL DA MODALIDADE ESTATAL LIBERAL EM PLENO PARADIGMA INSTITUÍDO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE JURISDICTIONAL LEGACY OF THE LIBERAL STATE KIND IN FULL PARADIGM SET UP BY THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Cristiano Becker Isaia*

Resumo

O presente artigo pretende investigar o ideário jurisdicional presente no Estado de feição liberal de direito, a fim de diagnosticar porque o referido modelo 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. O texto, assim, parte das especificidades peculiares às bases de sustentação do Estado liberal para, num segundo momento, concentrar-se na razão pela qual a atividade judiciária idealizada em tal modelo se mostra eminentemente reprodutiva dos textos legais, dando azo à possibilidade da ocorrência, no instante da aplicação do direito, de decisionismos e discricionariedades.

Palavras-chave: Teoria do Estado. Estado liberal. atividade jurisdicional

Abstract

The present article intends to investigate the jurisdictional ideas in the liberal state, to diagnose why the referred model is still used in court practices and in law schools. Thus, using a critical analysis, this essay proposes a (re)thinking of the specific activities of the Judiciary power in *saying the rights*, function that, since the theory of the separation of powers, assumes an important position in the framework of the state figure. Initially, the specific basis of the liberal State are analyzed in order to explore the reasons why the judicial activity idealized in such model reveal itself eminently reproductive of legal texts, giving space to the possibility of occurrence, in the instant of law application, of discretionary decisions.

Keywords: State theory. Liberal State. jurisdictional activity

Introdução

Para que seja possível falar do (no) Estado, impõe-se a devida pré-compreensão de sua trajetória (em especial no período moderno¹) desde seu nascimento (com a superação da figura do

*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. E-mail do autor: cbisaia@terra.com.br.

1As formas estatais pré-modernas, na classificação de José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck (2008, p.24-25), perpassam: a) pelo modelo *Oriental* ou *Teocrático*, consistente numa forma estatal definida entre as 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.

medieval²) e, da mesma forma, do nascimento do conceito *político* de Estado. Este é inaugurado em meados dos séculos XVII e XVIII, onde 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 racionalidade que supere diversas opiniões e seja aceita por todos. (DUSO, 2005, p.113).

Portanto, é justamente tal contexto (séc. XVII) – manifestado pela idéia de estado de natureza³ - 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 no modelo hobbesiano a 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 coisas (HOBBS, 1992, p.13-18) –, ou de um pacto de consentimento (LOCKE) para reafirmar o conjunto dos direitos já delineados no estado de natureza⁴. Torna-se preciso, assim, ultrapassar o individualismo presente no estado de natureza, o que levou à própria construção do cenário do contrato social, representado por um poder⁵ que não coincide com o governo de uma pessoa, mas de todo um corpo político que tem a igualdade por fundamento. (DUSO, 2005, p.114).

Nessa linha de raciocínio, as teorias contratualistas do Estado em Hobbes (Leviatã, 1651), Locke (Dois Tratados sobre o Governo Civil, 1690) e Rousseau (Contrato Social, 1762) mostram-se determinantes na caracterização dessa união política entre os homens (da origem do Estado e de seu fundamento político a partir de um consenso volitivo onde 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 poder. (STRAYER, 1998, p.10). Veja-se que 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 Strayer (1998, p.15) é elemento de sua constituição a substituição dos laços familiares, ou dos laços que vinculam o homem à atividade

2 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 (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.

3 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. (DUSO, 2005, 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. (MORAIS; STRECK, 2008, p.30-31).

4 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. (BOBBIO, 2000, p.191-192).

5 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. (DUSO, 2005, p. 116-118).

religiosa, por laços idênticos firmados em relação ao Estado, o qual, a partir do exercício de uma autoridade moral, organizou-se estruturalmente, impondo, conseqüentemente, sua supremacia legal.

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. Dessa forma revela-se importante perquirir, ante uma possível ruína da plataforma estrutural do Estado Contemporâneo, de que forma o Estado é atingido por uma crise funcional⁶, tendo perdido a unidade (rumando a uma verdadeira “autarquia”) 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 outro⁷.

Tal 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 Bolzan de Moraes (2002, p.17), 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.

O fato é que os novos textos constitucionais efetivamente procuram 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 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.

1 Um Estado mínimo, eficiente e ágil diante da hipostasiação do indivíduo

Como já referido, o Estado Moderno tem seu nascimento relacionado às deficiências da sociedade política medieval, dada a situação de “insegurança”⁸ proporcionada pelo estado de

6 Neste sentido consultar as obras de José Luis Bolzan de Moraes, 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* (2002). *Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)* (2000).

7 Raciocínio este, que de certa forma, lembra a teoria sistêmica de Niklas Luhmann (2000), 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.

8 Sobre a referida situação de insegurança verificável pelo homem medieval, leciona Crossman (1992, p. 32-33): “*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 sus propias armas y argucias. Si le fallaban, no había tribunal de apelación. Maquiavelo es la 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*”.

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. (MORAIS, 2008, p. 42).

Sob o argumento de que o Estado não poderia sofrer qualquer limitação de sua autoridade, seja pela igreja ou por outro Estado, Maquiavel (1996) é precursor em cunhar a primeira teoria relacionada ao Estado-Nação, o que significa, nas palavras de Crossman (1992, p.32), “*que ningún poder espiritual podía constituirse en rival del Estado; la aparición de esa teoría destruyó para siempre el viejo orden mundial*”. 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. (ESPINDOLA, 2005, p.39). 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.

Ao reunir as funções legislativa, executiva e judiciária, o monarca-soberano faz do Estado Moderno uma figura que inaugura definitivamente a institucionalização do poder, o qual 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 Absolutista. (CROSSMAN, 1992, p.42) primeira versão do Estado na modernidade. É por isso que na procura de sustentação do elemento território (um dos elementos-base da teoria do Estado na modernidade), o modelo absolutista se consistia num espectro de verdadeira apropriação do rei sobre o Estado, onde o soberano exercia o poder sem controle, de forma independente e autônoma, pelo que Albano Pêpe (2007, p.21) chega a referir 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”. Já o homem, que no medievo era propriedade do senhor feudal, no Estado Absolutista passa a súdito do rei (MORAIS, 2008, p.46), 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 Francesa⁹ (1789), às quais se aliam a Inglesa e a Americana, exurgindo justamente daí a segunda versão do Estado moderno: o liberal. Nesse 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. (BONAVIDES, 1972, p.06). 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. (BONAVIDES, 1972, p.06).

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 possível a partir do contributo de Locke e Montesquieu. (BONAVIDES, 1972, p.09) em contraposição ao pensamento de Maquiavel centrado na concentração do exercício do poder. Para Gustav Seidler (*apud*

9 Para Crossman (1992, p.106) “*el significado de la Revolución no descansa en las instituciones políticas a que dio lugar, sino en las ideas que evocó y diseminó en todo el mundo. Durante ciento vintiocho 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*”.

BONAVIDES, 1972, p.10) “Locke, muito menos radical que Montesquieu, engendrou essa divisão apenas como princípio de limitação do poder entre o monarca e a representação popular”. Trata-se, nesse diapasão, de pura técnica do liberalismo como movimento da modernidade, surgindo como resposta ao absolutismo especialmente na eleição da assembleia parlamentar.¹⁰

Nesse particular, o movimento estatal liberal deseja um Estado mínimo, eficiente e ágil (SANTOS, 1991, p.85), apostando na liberdade individual como uma de suas pilasstras. Sua “palavra-chave” 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, o fazendo através de uma política de “obediência a certas normas jurídicas, cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir, em consequência, o controle do poder pelos seus destinatários.”(SUNDFELD, 1992, p.35).

Há, assim, 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 teoria da separação dos poderes. (LUCAS, 2005, p.177).

É justamente nesse contexto que o Estado-Gerente, expressão cunhada por François Châtelet e Évelyne Pisier-Kouchner (1983), 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” (CHÂTELET; PISIER-KOUCHNER, 1983, p.16). 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. (CHÂTELET; PISIER-KOUCHNER, 1983, p.80).

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”. (CHÂTELET; PISIER-KOUCHNER, 1983, p.83).

Ao qualitativo *humanista* alia-se ao Estado-Gerente o valor oriundo das premissas do *pluralismo político*, não impedindo que cada governo se empenhe no sentido de perpetuar sua

10 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. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, v. 1, n. 6, p.29-72, 2008.

gerência e de se instituir como o bom representante da coletividade, o que garante a independência da sociedade com relação às instâncias estatais. (CHÂTELET; PISIER-KOUCHNER, 1983, p.120). 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. (CHÂTELET; PISIER-KOUCHNER, 1983).

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. (CHÂTELET; PISIER-KOUCHNER, 1983, p.122).

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 sanção, uma de suas ferramentas legais), pois se cada um tem o direito natural¹¹ 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. (BARZOTO, 2006, p.125).

2 A atividade jurisdicional no Estado liberal: um (necessário) retorno ao passado para entender o presente

Assim, é possível constatar que no Estado de modalidade liberal o Direito aparece como

11 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 argüindo 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). (BARZOTO, 2006, p.240).

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) (MORAIS; STRECK, 2008, p.91), o que 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. Tal circunstância 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 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. (MORAIS; STRECK, 2008, p.92).

Calha registrar que o Estado de Direito, onde 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 (1972, p.47) 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. É justamente em razão do fato de que ao governo do Estado-Gerente somente é permitido atuar nos limites do ordenamento jurídico, que nesta modalidade estatal aflorou o movimento das codificações, campo vasto para a constituição e fortalecimento de um positivismo jurídico organizado através de uma visão cientificista do Direito (que até hoje resulta na formação de um senso comum teórico espreado no mundo jurídico, blindando a construção de um aporte crítico e reflexivo do imaginário jurídico). Assim, o Estado de feição liberal aposta 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. (STRECK, 2004, p.112).

Dessa forma, no afã de evitar o cometimento de qualquer abusividade do Estado para com o indivíduo, resta (no Estado liberal) 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, primando, em relação a estes últimos, na solução de conflitos interindividuais. Para Streck (2004),

[...] 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.

Isso 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 Cappelletti (2008, p.229), 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). Para o 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. (CAPPELLETTI, 2008, p.229).

Diante de tais constatações é possível delinear a desenvoltura da atividade jurisdicional no modelo de Estado liberal, ou, melhor dizendo, da “mentalidade” peculiar ao pensamento liberal. O referido 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, ainda que o modelo liberal de Estado, na perspectiva em que foi criado, tenha se esgotado diante de uma nova exigência: a *questão social*. A referida “passagem” se 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. (ESPINDOLA, 2005, p.47).

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 (1993) no texto intitulado *Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz* (ainda que sejam fortes as críticas direcionadas ao texto em apreço) (STRECK, 2008, p.97-116), 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. (FRANÇÓIS, 1993, p.169-194). 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 distribuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia esse punto focal de donde irradia toda justicia. (FRANÇÓIS, 1993, p.170).

Nesse particular mostra-se nítida sua (do juiz jupiteriano) filiação intelectual ao método da subsunção, até mesmo porque o modelo piramidal-dedutivo (STRECK, 2004, p.103) 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. 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 (no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito), o modelo de juiz jupiteriano (que se mantém!) sustenta a cisão entre casos fáceis e casos difíceis no plano da teoria jurídica (STRECK, 2007), 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. 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 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*. Já os casos difíceis 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 Herbert Hart (2002).

Tal 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 Ost (1993, p.173), a partir da formação piramidal de modelo kelseniano, onde 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). O jurista deveria, por assim, descrever a organização em sociedade, a organização de poder, que assumindo uma forma escalonada culmina em uma constituição, justificada pela norma suprema, a norma fundamental (BARZOTO, 2006, p.644), o que nos interessa no presente estudo ao trato com a questão do próprio Estado.

Para François Ost (1993), 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 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. (BARZOTO, 2006, p.174-175).

É possível afirmar, nesse diapasão, que o modelo de juiz jupiteriano, o qual, como já referido, 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* (notadamente no século XX), o que impõe que se repense a referida atividade em consonância com o ideário presente no Estado de perfil democrático de Direito.

Veja que ainda neste, ou seja, em pleno século XXI, o Poder 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 e do resgate do mundo prático pela filosofia. Permanece, em tal plataforma, o Poder Judiciário, como bem refere Cezar Lucas (2005, p.188), 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”.

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, o que encontra raízes no modo “liberal” de dizer o direito.

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 cidadãos (MORAIS, 2002, p.322), a partir de uma atitude ativa não-discricionária na concretização de uma justiça substantiva e da própria cidadania, atuando o juiz (não solipsista) como um construtor do equilíbrio entre interesses supra-individuais (MORAIS, 2002), 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.

Conclusão

O presente trabalho propôs pensar a atividade jurisdicional presente no Estado contemporâneo a partir da atuação do Poder Judiciário no Estado de feição liberal, cujo modelo se mantém fortemente presente nos tribunais e nas academias de ensino. 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 pesquisou a atividade jurisdicional no Estado de modalidade liberal, 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 da referida modalidade estatal, práticas de ordem meramente reprodutiva, 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.

Diante disso, pensar a atividade jurisdicional no presente 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).

Referências

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

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

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

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

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: Zahar, 1983.

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

DUSO, Giuseppe. Do poder natural do poder civil: a época do contrato social. In: _____ (Org.). **O poder: história da filosofia política moderna**. Tradução de Andrea Caiacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p.112-136.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação? In: MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.29-72.

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

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: MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.169-224.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Ibero-Americana, 2000.

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

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **O estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade**. Material fornecido na disciplina *Transformações do Estado Contemporâneo*. Curso de doutoramento. Rio Grande do Sul: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008.

_____. **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). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

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

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

_____. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. **Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho,** Alicante, nº 14, p.11-29, 1993.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Modernos. *In:* SRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.35-53.

SANTOS, Francisco de Araújo. **O Liberalismo.** Porto Alegre: UFRGS, 1991.

STRAYER, Joseph R. **As origens medievais do estado moderno.** Tradução de Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: 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. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

_____. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. *In:* STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.-.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público.** São Paulo: Malheiros, 1992.