

CONSTITUIÇÃO, PODER JUDICIÁRIO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A NECESSIDADE DO DEBATE “PROCEDIMENTALISMO *VERSUS* SUBSTANCIALISMO”¹

Adalberto Narciso Hommerding²

Sumário: Introdução. 1 Considerações preliminares: acerca da modernidade tardia no Brasil. 2 A Constituição na visão procedimentalista. 3 A Constituição na postura substancialista e o resgate das promessas da modernidade. 4 A importância do debate procedimentalismo versus substancialismo. 5 Considerações finais: os direitos e garantias fundamentais como “ponto de partida” do Estado Democrático de Direito. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo enfoca a necessidade de um debate acerca das visões procedimentalistas e substancialistas sobre o papel da Constituição e do Poder Judiciário, e quais as implicações para a realização dos direitos e garantias fundamentais, ao se escolher um ou outro posicionamento.

Palavras-chave: constituição - procedimentalismo - substancialismo

Abstract: The present article focuses on the necessity of a discussion regarding the procedural and material views about the role played by the Constitution and the Judiciary branch, and on what are the implications for the implementation of fundamental rights by adopting one position or the other.

Words-key: constitution - procedural - material

Considerações preliminares: acerca da modernidade tardia no Brasil

A discussão acerca do suposto fim da modernidade ainda não chegou a um consenso. É possível dizer que a modernidade terminou, sendo cabível, portanto, a utilização do termo “pós-modernidade”³ ou “transmodernidade”⁴. Também se pode considerar a modernidade como um projeto que se desloca⁵, inacabado⁶, ou que,

¹ O presente artigo faz parte da tese “Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil”, defendida pelo autor em outubro de 2005, na UNISINOS/RS, sob a orientação do Prof. Lenio Luiz Streck.

² Magistrado no Estado do Rio Grande do Sul. Professor de graduação e pós-graduação (URI, IESA, UNIJUÍ e Escolas Superiores da AJURIS e do Ministério Público). Mestre em Direito pela UFSC. Doutor em Direito pela UNISINOS.

talvez, ainda nem tenha sido formulado⁷. Até mesmo é possível falar-se em uma modernidade tardia de “ambigüidades análogas”⁸. No caso do Brasil, a modernidade ainda não começou, já que tem sido considerado um país de “modernidade tardia”, em que o *welfare state* não passou de um simulacro⁹. Dito de outro modo, o país vive uma espécie de “pré-modernidade”, situação da maioria dos brasileiros explorados e excluídos socialmente¹⁰. A experiência do Estado do Bem-estar Social, pois, ficou longe de ser concluída no Terceiro Mundo, em que se contam grande parte dos países da Ásia, África, América Central e do Sul, onde há uma nítida contradição entre o quadro social real e os textos das leis e da Constituição¹¹.

Inseridas nesse contexto, as instituições fundamentais do Estado brasileiro continuam sendo as mesmas de há dois séculos. Nesse sentido, instituições como o Poder Judiciário vão perdendo sua legitimidade¹², pois estão se tornando cada vez mais inócuas diante das transformações que se operaram na técnica, na ciência e na economia mundial. Essas transformações acabaram por construir um mundo cujas bases materiais se voltam tanto contra os valores da modernidade, representada por suas instituições, como contra a realização dos direitos fundamentais, que ficam cada vez mais distantes da quotidianidade do homem comum. Nessa senda, não há mais crença na vida democrática e no sentido do público; as antigas fontes de regulação, identificadas anteriormente com o próprio Estado, alienaram-se da vida prática e passaram a ser pautadas não mais pela produção de legalidade por meio de instituições visíveis, mas pela “mão invisível do mercado”, subordinada ao capital financeiro volatilizado, pautando um “novo colonialismo” que legisla “de fora”, exigindo, por meio de sucessivas imposições econômicas, o ajustamento do direito interno às necessidades do capital financeiro transnacional, sob pena de asfixia política e econômica do “país alvo”¹³. O liberalismo, assim, tem conduzido a população dos países pobres à miserabilidade, minimizando a ação estatal e bloqueando a solidariedade humana pela lógica do mercado¹⁴.

Isso tudo se reflete numa crise do Estado e numa crise jurídica. Essa crise jurídica é uma crise da cultura jurídica, que está imersa numa crise de autoridade, de valores éticos, políticos e culturais¹⁵. Nesse sentido, a crise do Judiciário, que integra, por consequência, a crise jurídica, não é independente de uma crise do Estado, que se apresenta nas suas mais diversas formas, notadamente em seu aspecto institucional. Em decorrência da globalização e da quebra da idéia de unidade,

orientada pela idéia de Constituição, a “crise institucional” tem-se caracterizado por uma “fragilização” da Constituição como elemento constitutivo do Estado¹⁶. Em razão disso, a partir dessa crise institucional, surge uma necessidade de questionamento do caráter da Constituição como pacto fundante do Estado, ou seja, se ela ainda pode ser considerada um “contrato social”. Em face da crise do Estado-nação, pois, questiona-se: “como compatibilizar o assim denominado constitucionalismo do Estado Democrático de Direito com esse processo de desnacionalização, desinstitucionalização e desconstitucionalização?”¹⁷. Este é o debate a que se propõe o presente estudo, ainda que sinteticamente.

1 A Constituição na visão procedimentalista

As posturas procedimentalistas (Habermas¹⁸, Luhmann¹⁹, Ely²⁰ e Garapon²¹) têm visto a Constituição como uma “garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei”²². Nessa linha de pensamento, o papel dirigente da Constituição e a sua “força normativa” têm perdido força diante dos imperativos da globalização econômica. Segundo HABERMAS, os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito²³. Nesse sentido, a Constituição não pode mais ser entendida como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de Direito. De outro lado, porém, a Constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. A Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito²⁴. Habermas defende os procedimentos de criação democrática do Direito, protegendo o direito de todos participarem de forma igualitária da “discursividade produtora dos sentidos jurídicos”. Assim, é indispensável a institucionalização de espaços imparciais, que viabilizem a “conversação das pluralidades” e a “produção de consensos”, a partir de um

procedimento que permita a inclusão de todos os cidadãos nos ambientes discursivos. Desse modo, numa sociedade pluralista, a fundamentação das normas jurídicas é resultado de um procedimento democrático que garanta a participação de todos na formulação do Direito. A democracia procedimental apresenta uma função normativa, pois elabora um modelo de Direito que “pode se desenvolver de forma a cumprir sua tarefa de permitir a coexistência de diferentes projetos de vida sem ferir as exigências de justiça e de segurança, necessárias à integração social”²⁵. Serão legítimas e válidas as leis que receberem a aprovação de todos os cidadãos em um procedimento legislativo constituído legalmente²⁶.

O princípio democrático procedimentalista “revela que as normas jurídicas não se fundamentam apenas moralmente, mas também através de acordos negociados, ou barganhas, que se tornam ‘permitidas e necessárias quando apenas interesses particulares e não generalizáveis estão em jogo’”²⁷. A “auto-identificação de um povo também resulta de negociações pragmáticas e políticas”²⁸, e não somente de argumentos morais. Assim, é importante garantir os procedimentos democráticos para que as diferenças, a pluralidade de interesses, as posições divergentes, consigam participar do diálogo e da tomada de decisões. A legitimidade do Direito moderno somente pode ser compreendida a partir da própria racionalidade democrática moderna, pois o sentido do ordenamento não advém de sua forma ou dos conteúdos morais estabelecidos de forma antecipada. Decorre dos procedimentos legislativos viabilizados pela própria estrutura da democracia. Nesse modelo procedimentalista, a participação cidadã e o diálogo são fundamentais para a formação e justificação do Direito, sendo intolerável um protagonismo judicial que interfira na livre construção da discursividade e que evoque para si a tarefa de legislador político, limitando, desse modo, as potencialidades da sociedade civil de fazer chegar as suas demandas ao sistema político²⁹. Não se trata de submissão do Judiciário, mas de reconhecer que os discursos de justificação do Direito não se confundem e não podem ser usurpados pelos discursos de aplicação; razão pela qual a atividade jurisdicional deve manter-se imparcial para não perturbar os espaços de formação do Direito³⁰. Os tribunais constitucionais não podem substituir os discursos políticos, engendrando uma rejustificação do Direito por meio de decisões que disponham dos argumentos legitimadores do Direito como se fossem legisladores indiretos. O tribunal constitucional, na perspectiva procedimentalista de Habermas, “deve ficar limitado

à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. O Tribunal não deve ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução³¹. Não interessa uma pauta de valores previamente estabelecidos, mas a existência de um conjunto de procedimentos democráticos que organize o debate e estimule a participação das pluralidades instituidoras da legitimação da política e do Direito, papel que jamais poderá ser exercitado pelo Poder Judiciário³².

As teorias sistêmicas, ao conferirem à Constituição um cunho meramente procedimental, têm resgatado e, de certa forma, sustentado essa idéia, pois pouco valor têm dado a ela como condição de possibilidade para a transformação social. Nessa perspectiva procedimentalista, pois, não se consegue ver o Direito, e por conseqüência, a Constituição como suporte para uma transformação da realidade. Nega-se ao Direito a possibilidade de produzir mudanças sociais, pois desinteressam em sua análise eventuais condicionamentos políticos, morais ou econômicos³³. A teoria de Niklas Luhmann é um exemplo da independência entre a política e o Direito: o Direito, nessa linha, é um sistema que tem sua própria linguagem e que se auto-reproduz, independentemente do que se passa no sistema político ou nos demais sistemas³⁴. Nessa idéia, pois, a hermenêutica jurídica é alheia também ao ambiente social³⁵, político e econômico, uma vez que o conhecimento é internalizado.

John Hart Ely, que também pode ser considerado um procedimentalista, apresenta posicionamento distinto do procedimentalismo “universalizante” de Habermas e da teoria sistêmica/autopoietica de Luhmann, focando sua idéia no contexto norte-americano, que é afetado por um ativismo judicial intenso, contra o qual se dirige. Para esse jurista, a função dos tribunais é garantir e proteger o direito dos cidadãos de participarem das decisões políticas e governamentais, independentemente do “mérito substancial” das opções políticas em jogo, pois a tarefa de definir os valores e os conteúdos de uma comunidade deve ficar a cargo dos órgãos de representação democrática³⁶. Uma vez que a Constituição se preocupa em manter a liberdade, é compreensível que, para atingir esse objetivo, ela estabeleça *“un conjunto bastante extenso de protecciones procedimentales y mediante un esquema, aún más complejo, diseñado para garantizar que, en lo referente a*

*opciones sustantivas, los procesos de decisión estén abiertos a todos de una forma que se aproxime a una base de igualdad y que quienes toman las decisiones tengan deber de tomar en cuenta los intereses de todos los afectados*³⁷. Aqui se afasta a idéia de uma interpretação constitucional baseada em valores fundamentais, pois a tarefa de buscar valores externos que completem a “textura aberta” da Constituição é uma tarefa inócua. Nesse sentido, basta notar que os valores constitucionais não permanecem inalterados, sendo revogados pelas reformas constitucionais ou mesmo como resultado de pretensões interpretativas, indicando que *“preservar valores fundamentales no es propiamente una función constitucional”*³⁸.

Enquanto os substancialistas (como se verá a seguir) sustentam que as decisões judiciais auxiliam na afirmação dos direitos fundamentais e na realização de uma “agenda igualitária”, especialmente por se tratar da realização, pelo Direito, de princípios jurídicos já admitidos socialmente³⁹, os procedimentalistas acham que o Direito, em excesso, pode ser prejudicial ao regime democrático. Nessa postura, basta citar Habermas e Garapon, cada um ao seu modo, destacando que “o que há de patológico e de sombrio na vida social moderna, do que a crescente e invasora presença do direito na política seria apenas um indicador, deveria encontrar reparação a partir de uma política democrática que viesse a privilegiar a formação de uma cidadania ativa. (...) A invasão da política e da sociedade pelo direito, e o próprio gigantismo do Poder Judiciário, coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e a lei tornando-se as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos”⁴⁰. Assim, a invasão da política pelo Direito “entorpece” a capacidade democrática da sociedade e enclausura todos as possibilidades de emancipação dentro da racionalidade burocrática do Judiciário, aumentando o desprestígio da política e das alternativas democráticas na produção do direito e na condução do devir histórico. As instituições jurídicas e o Poder Judiciário ocuparam um vazio provocado pelo desmantelamento dos vínculos sociais nas sociedades contemporâneas e pela atuação do Estado social que, no seu apogeu, suprimiu as possibilidades de participação pública pela absorção total do jogo político, esgotando o papel de uma cidadania ativa, bem como quando, no seu declínio, abandonou o seu “cliente-cidadão” após acostumá-lo a uma existência fora da política, mas portadora de direitos. Nesse cenário, o indivíduo desenraizado aposta

todas as suas esperanças na atuação jurisdicional, que funcionaria como uma última alternativa para a recomposição de um ideal democrático desiludido⁴¹.

Consoante a crítica procedimentalista, o ativismo judicial somente pode ser compreendido a partir das transformações da democracia e da crise das idéias e ações republicanas, que padecem de força política para promover as referências necessárias para a vida em comunidade. Para suprir as lacunas de identidade e de autoridade, os magistrados são chamados a se manifestar sobre os diversos campos da vida social, isto é, a vida política, a vida econômica, a vida privada, a vida internacional, a vida moral. Todas elas são afetadas pelo julgamento da jurisdição: “Essa exigência é absoluta. Tudo e todos devem, daí para a frente, ser julgados”⁴². Estando o homem democrático derrotado e o Estado-providência incapacitado de gerir a igualdade prometida, resta depositar as esperanças no Poder Judiciário. Desse modo, o prestígio contemporâneo do juiz procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. Após a “embriaguez da liberação”, diz Garapon, descobre-se que é nossa própria identidade que corre o risco de falhar: a do indivíduo, a da vida social e a do político. O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é ao juiz que se recorre para a salvação⁴³.

Na perspectiva de Garapon, o aumento do ativismo judicial reflete as alterações profundas que afetam a própria democracia nas sociedades contemporâneas, caracterizadas pela afirmação de uma supervalorização simbólica do Direito e de suas instituições. O fim das imunidades políticas tradicionais, a desnacionalização do Direito e a exaustão da soberania parlamentar, obrigada a se adequar às regras de direito internacional, por exemplo, tendem a valorizar a atuação jurisdicional, interna ou externa, como um espaço de aplicação e de garantia das expectativas democráticas. Legislações “abertas” exigem que o magistrado complete o Direito, reduzindo o poder vinculatório do Legislativo e transformando o juiz em um “co-legislador permanente”. Tudo pode ser levado ao Judiciário. Desaparecem as zonas imunes à prestação da justiça.

Por essa razão, Garapon afirma que o “espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política”. O juiz seria o terceiro imparcial que compensaria o “déficit democrático”, proporcionando à sociedade “a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos”⁴⁴. Como modo praticamente normal de exercer a política, a jurisdição torna-se instituidora, reduto das esperanças de uma sociedade desencantada. Mas esse excesso de direito, alerta Garapon, é tão perigoso para a democracia como o pouco uso do direito. O deslocamento da política para a justiça pode viabilizar a instauração de uma tirania das minorias e, inclusive, uma crise de identidade social⁴⁵.

Assim, se pretende auxiliar na reconstrução do civismo e da cidadania ativa, a atividade jurisdicional precisa atuar na reestruturação do tecido da sociabilidade, especialmente nos “pontos quentes”, como os do menor, das drogas e da exclusão social em todas as suas manifestações. Nesses lugares estratégicos, o juiz procederá como “engenheiro” e “terapeuta social”, comportando-se como “foco de irradiação da democracia deliberativa, e vindo a desempenhar uma função essencial na explicitação de um sentido do direito, que não se encontraria mais referido em uma ordem ideal de onde, por reflexo, deveria provir”⁴⁶.

A atuação do magistrado, nesse aspecto, deveria auxiliar os indivíduos a encontrarem, a partir de suas relações sociais, os mecanismos para solucionar os problemas que os afetam⁴⁷. Isso porque, na sociedade contemporânea, ocorre a multiplicação dos espaços decisórios que, paralelamente à jurisdição tradicional, descentralizam os processos democráticos, possibilitando o surgimento de um Direito mais próximo da realidade social, pois oriundo dos próprios interessados. O juiz apresenta-se, portanto, como um agente controlador e zelador das “formalidades” e dos “procedimentos” adotados nos diferentes locais de produção do direito. Esta é a visão, pois, do que se pode nominar “procedimentalismo”.

2 A Constituição na postura substancialista e o resgate das promessas da modernidade

Por outro lado, as posturas substancialistas (Bonavides⁴⁸, Streck⁴⁹, Miranda⁵⁰) têm valorizado a Constituição como instrumento vinculante e programático, diretriz e argumento de conservação do Estado Democrático de Direito, que ainda resguarda, na medida do possível, a ordem e a liberdade nos Estados de periferia, não desconhecendo a politicização do Direito. Assim, enquanto carta prospectiva, “a Constituição acena para o futuro e é uma garantia formal ou, pelo menos, promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente”⁵¹. Nesse sentido, a Constituição é a explicitação do contrato social, assumindo um caráter discursivo, enquanto produto de um processo constituinte. As noções de Constituição, Estado Democrático de Direito e jurisdição constitucional, esta como garantidora da força normativa substancial do texto constitucional, estão umbilicalmente ligadas à noção de contrato social. O Direito é “o global, o que respeita a todos, o que abrange, coordena e sintetiza a pluralidade de grupos, interesses e situações. E terá assim de ser também o Direito constitucional, enquanto se lhe refere constantemente para o fundamentar, reflectir e conter nas suas normas”⁵².

Daí a necessidade de a Constituição, tida como explicitação do contrato social, não poder ser entendida apenas como um “contrato” que se estabelece como uma “terceira coisa” entre o Estado, o Poder, o Governo, com os destinatários. A linguagem constituinte é a “condição de possibilidade do novo”, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do modelo liberal, passando por uma “revolução copernicana” (Jorge Miranda) mediante o “constituir da sociedade”⁵³. Parcela do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição é um “elemento conformado” e “elemento conformador” de relações sociais. É o resultado e fator de integração política, expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, e a sede da idéia de direito nela triunfante; o quadro de referência do poder político que se pretende ao serviço dessa idéia. A Constituição é o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder⁵⁴.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou o paradigma⁵⁵ do Estado Democrático de Direito, que veio agregar um *plus* normativo às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), fazendo com que o Direito passasse a ser transformador. Significa dizer que o texto constitucional passou a deter as condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade⁵⁶. Nesse sentido, é preciso entender a Constituição do Brasil como algo substantivo, uma vez que contém valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por isso é de se deixar assentado que o “constitucionalismo dirigente-compromissário” não está esgotado⁵⁷. A Constituição ainda deve “constituir-a-ação” no Brasil, onde nunca constituiu. Em seu texto, há um “núcleo essencial”, não-cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que necessita ser resgatado⁵⁸.

3 A importância do debate Procedimentalismo versus Substancialismo

Ambas as teses, substancialistas e procedimentalistas, apesar de guardarem diferenças “substanciais”, compartilham, no entanto, da idéia de que o Poder Judiciário se consubstancia como uma “instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã”⁵⁹.

No caso do Brasil, é particularmente necessário apostar no debate⁶⁰ entre procedimentalistas e substancialistas, mas, sobretudo, defender a força normativa e condicionante da Constituição, sem o que restarão desprotegidos os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Se o texto constitucional é condição de possibilidade para transformação social, a ele não pode ser dado valor meramente procedimental. A postura substancialista leva em consideração a mudança de visão que se deve ter em relação à Constituição, ao Poder Judiciário e, nessa perspectiva, ao processo como instrumento para exercício da jurisdição. A crise do Poder Judiciário, da Constituição e, por conseqüência, do processo, não é uma crise

autônoma e com características exclusivas das suas próprias cultura e estrutura. É uma crise ligada às condicionantes culturais, históricas, políticas e econômicas que imperam no Brasil e no mundo. A crise do Judiciário traduz a crise de expansão e do crescimento da sociedade, e a desestabilização dos Poderes entre si, decorrente da expansão da ação do Estado, especificamente do Poder Executivo, nas esferas econômicas tradicionalmente reservadas à iniciativa e à atuação dos monopólios e grupos econômicos organizados⁶¹. O Judiciário, assim, não está fora dos dilemas em que está inserido o Estado brasileiro⁶².

Com a Constituição do Brasil de 1988 houve uma mudança fundamental no Estado brasileiro, que foi a “constitucionalização” de inúmeros direitos sociais e coletivos. Assim, de uma ordem em que o acesso ao Judiciário se restringia a pedir proteção para o que já se tinha, passa-se agora, a partir da Constituição, a uma “ordem promocional”, em que se pode recorrer ao Judiciário para obter o auxílio que ainda não se tem, mas que se deseja por força das promessas constitucionais⁶³. O Poder Judiciário do Brasil, no entanto, pensado na modernidade, cujas promessas ainda não foram efetivadas no país, juntamente com o Estado, está em crise⁶⁴, pois vem perdendo legitimação como Poder. Essa perda de legitimidade do Judiciário decorre diretamente de sua ineficácia⁶⁵ como instância de resolução de conflitos, principalmente daquelas demandas sociais, coletivas, que surgem com o Estado Social, e da incapacidade de seus juízes de compreender adequadamente o que significa o Estado Democrático de Direito e quais as implicações da Constituição no processo de aplicação do Direito, que, no Estado Democrático de Direito, tende a ser uma conduta pautada em critérios adequados ao conteúdo material da Constituição, isto é, aos direitos e garantias fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais, assim, estão ligados diretamente à noção de Constituição, Estado Democrático de Direito e democracia. Ao se fragilizar a Constituição, ao não aplicá-la, fragilizam-se os demais.

Considerações finais: os direitos e garantias fundamentais como “ponto de partida” do Estado Democrático de Direito

O sentido da democracia é uma “decorrência de conteúdos em disputa”. Assim, a “luta democrática” não ocorre, obrigatoriamente, entre “democratas” e “não-democratas”, mas entre diferentes entendimentos da democracia; entendimentos que pressupõem pertencimento de classe, de grupos identitários, ideologia, etc⁶⁶. Não se pode falar em democracia, contudo, sem falar em determinadas categorias, tais como os direitos humanos e fundamentais. Há um grau de “incompletude” na democracia no âmbito do Estado Democrático de Direito. O ponto de partida, contudo, não havendo um teto limite, deve ser o dos direitos e garantias fundamentais. O Estado é permeado por instâncias de mobilização e desmobilização política permanentes; tem uma estrutura volátil, informada por determinadas balizas que são seus marcos substanciais. Essas balizas são os direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição da República. A força do Estado está no seu poder de intervir eficazmente no plano dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, na força que tem para promover e prover os direitos e garantias fundamentais. Daí a necessidade de um Estado que se faça presente como “articulador e reordenador de espaços democráticos”, presença essa que é inevitável em países periféricos como o Brasil⁶⁷.

O que delimita, portanto, o tamanho do Estado é o número de demandas que necessita atender e a força que precisa despender para tanto, isto é, a medida eficaz do exercício necessário da força para atender as prerrogativas e as demandas necessárias e reprimidas⁶⁸. A delimitação do tamanho do Estado, pois, não é dada pela relação “tamanho-força”, mas pela relação “força-demanda”. O Estado brasileiro é grande e fraco, pois não dá conta de modo eficaz das demandas que lhe são endereçadas. Também por isso se pode dizer que o Poder Judiciário, cujos procedimentos racionalizados não têm protegido os direitos sociais, pois projetados para resolução de lides individuais, é grande e fraco, uma vez que não dá conta eficazmente das demandas que tem de resolver. No plano hermenêutico, significa dizer que a interpretação do Direito desconforme ao conteúdo material da Constituição “anula-o” como Poder de Estado. Os direitos e garantias fundamentais,

assim, passam a ser apenas objeto da retórica, sem que sejam efetivados, ocasionando uma “fragilização” do próprio regime democrático, que neles se fundamenta.

Os direitos e garantias fundamentais estão diretamente ligados à democracia, sendo que esta possui dois significados distintos, representados pelas expressões “democracia formal” e “democracia substancial”⁶⁹. A primeira diz respeito aos meios, que são precisamente as regras de comportamentos universais, mediante o emprego dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso, ou seja, independentes da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para alcançá-los. Uma vez que, na história da teoria democrática, entrecruzam-se motivos de métodos e motivos ideais, que se encontram fundidos na teoria de Rousseau, segundo a qual o ideal igualitário que a inspira (democracia como valor) se realiza somente na formação da vontade geral (democracia como método), ambos os significados de democracia são legítimos historicamente⁷⁰.

No plano do Direito e, notadamente, no âmbito jurisdicional, a “democracia substancial” dá-se pela realização dos direitos e garantias fundamentais por meio do processo judicial, que é o instrumento (condição de possibilidade para o exercício da jurisdição) do Poder Judiciário para a efetivação desses direitos, sendo ele mesmo um direito e uma garantia fundamental. Mesmo na visão procedimentalista de Robert ALEXY⁷¹ isso é notado, uma vez que as normas de procedimento devem ser de forma a que, com suficientes probabilidade e medida, seu resultado responda aos direitos fundamentais⁷². É neste sentido, pois, que a “ação” do Poder Judiciário deve ser compreendida: todas as suas decisões devem adequar-se aos valores plasmados na Constituição da República, que é a carta dos direitos e garantias fundamentais⁷³.

Referências

ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do direito e do estado: filósofos da idade moderna*. v. II. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre : Fabris, 2001. 239 p.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. 355 p.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2001. 607p.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito, marxismo e liberalismo*. Florianópolis: CESUSC, 2001. 174p.

_____. *Operadores jurídicos e mudança social: sentidos comuns, novo sentido e outros consensos (Gramsci e o Direito Alternativo)*. In: *Revista crítica jurídica; revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*. Fundación iberoamericana de derechos humanos. Curitiba, n. 20, jan-jul/2002. 282p.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. 352p.

AZEVEDO, Plauto Faraco. Direito, epistemologia e neoliberalismo. In: *Revista crítica jurídica; revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*. Fundación iberoamericana de derechos humanos. Curitiba, n. 19, jul-dez/2001. 338p.

BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer. Hermenêutica plural: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 481p.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. 666p.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 506p.

_____. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 498p.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 481p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. In: *Revista da procuradoria-geral do estado*. v. 25, n. 56, 2002.

_____. Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, n. 15, abr. jun. 1996.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 592p.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *A democratização do poder judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 1998. 189p.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. 353p.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2004. 246p.

COELHO, Luís Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Boiteux, 2001. 175p.

CRUZ, Luis M. *La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos*. Granada: Comares, 2005. 147p.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre: Universidad de los Andes, 1997. 292p.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998. 155p.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232p.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 272p.

GENRO, Tarso. Reflexão preliminar sobre a influência do neoliberalismo no direito. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 70, ano XXIV, jul. 1997. 429p.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre a facticidade e a validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2 vols. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro. v. 1 – 1997, 354 p., e v. 2 – 1997, 352 p.

_____. *Direito e moral*. Tradução Sandra Lippert. Lisboa: Piaget, 1992. 123p.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 540p.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. 271p.

HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Tradução e prefácio de Alexandre F. Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. 576p.

JAMESON, Fredric. *Una modernidad singular: ensayo sobre la ontologia del presente*. Traducción de Horacio Pons. Barcelona: Gedisa, 2004. 204p.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. 224p.

KEMPSKI, Jürgen von. Filosofia da política. In: HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Tradução e prefácio de Alexandre F. Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. 576p.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectivas, 1998. 257p.

LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 592p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 2.

tir. São Paulo: Malheiros, 1998. 155p.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La constitución abierta y sus "enemigos"*. Madrid: Beramar S.A., 1993. 93p.

LUCAS, Doglas César. A crise funcional do estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 315p.

LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. 1993. 444p.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia do direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. 252p.

_____. *Sociologia do direito*. v. II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 212p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1994. 136p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. Preliminares: o Estado e os sistemas constitucionais. 6. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1997. 435p.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. 546p.

MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 315p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 592p.

_____. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 592p.

_____. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 592p.

_____. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 592p.

PINTO, Céli Regina Jardim. Democracia como significante vazio: a propósito das teses de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe. In: *Sociologias*. Porto Alegre: IFHC/UFRGS, ano 1, n. 2, jul./dez. 1999.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. 128p.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002. 349p.

RODRÍGUES-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales: enunciados en el art. 53.1. de la Constitución española*. Granada: Comares, 1996. 252p.

STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. Mestrado e doutorado 2001. Centro de ciências jurídicas. São Leopoldo: Unisinos, 2001. 344p.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319p.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710p.

_____. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, dez. 2003. 336p.

TERRA, Ricardo. *Kant & o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. 65p.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 272p.

WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. I. Florianópolis: Habitus, 2001. 279p.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do estado*. Porto Alegre: Fabris, 1990. 64p.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997. 349p.

³ A modernidade de que se fala – utiliza modernidade como condição cultural. Quando se trata de falar em modernidade como condição, está se fazendo referência a um fenômeno de organização cultural, um paradigma que surge para o Ocidente desde o século XVI e persiste até o século XX, não tendo seu fim nada a ver com o emblemático ano 2000. O que dela perdura não é outra coisa que alguns de seus enclaves decadentes, por muitos conhecidos como pós-modernidade”. WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. I. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 178. 279p. A pós-modernidade, nesse sentido, é a “decadência” da modernidade sonhada pelo Iluminismo que se tornou impotente diante dos desafios que a história colocou para o homem. Pelo mito, a modernidade fez o homem acreditar que pudesse controlar a sua história, o que não passou de ilusão.

⁴ Nesse sentido: COELHO, Luís Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Boiteux, 2001. 175p.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 11. 271p.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1. 540p.

⁷ LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores do Occidente, 1993, p. 444. 444p.

⁸ JAMESON, Fredric. *Una modernidad singular: ensayo sobre la ontología del presente*. Traducción de Horacio Pons. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 22. 204p.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, p. 205, dez. 2003. 336p.

¹⁰ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito, marxismo e liberalismo*. Florianópolis: CESUSC, 2001, p. 55-56. 174p.

¹¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Direito, epistemologia e neoliberalismo. In: *Revista crítica jurídica; revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Fundación iberoamericana de derechos humanos. Curitiba, n. 19, jul-dez/2001, p. 139-156. 338p.

¹² Na Europa, a crise por que passam as instituições jurídicas também tem sido notada. Houve uma ruptura com a tradição, que acabou por torná-las questionáveis diante das novas formas de Estado. O futuro e a legitimidade dessas instituições depende, agora, de se tornarem novamente “dignas de crédito”, no sentido de atenderem aos seus fins, para poderem ser aceitas. KEMPSKI, Jürgen von. Filosofia da política. In: HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Tradução e prefácio de Alexandre F. Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 513. 576p.

¹³ GENRO, Tarso. Reflexão preliminar sobre a influência do neoliberalismo no direito. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 70, ano XXIV, p. 38-39, jul. 1997. 429p.

¹⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco. Direito, epistemologia e neoliberalismo. In: *Revista crítica jurídica; revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Fundación iberoamericana de derechos humanos. Curitiba, n. 19, jul-dez/2001. 338p. O que se tem vislumbrado na prática “é o reforço desta postura, quando as Constituições dos Estados Nacionais e o próprio constitucionalismo moderno são revisitados, na medida em que o prevailecimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral se esvanece, perdendo-se o que Dalmo Dallari chama de padrão objetivo do justo, muito embora tenha-se que relativizar esta objetividade, tratando-a como um referencial ético-jurídico que busca garantir conteúdos mínimos de convívio social”. STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73. 710p.

¹⁵ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Operadores jurídicos e mudança social: sentidos comuns, novo senso e outros consensos (Gramsci e o Direito Alternativo)*. In: *Revista crítica jurídica; revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Fundación iberoamericana de derechos humanos. Curitiba, n. 20, jan-jul/2002. 282p.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 142. 183p.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73. 710p.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. v. 1 – 1997, 354 p., e v. 2 – 1997, 352p.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252p.; LUHMANN, Niklas, *Sociologia do direito*. v. II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 212p.; LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. 1993. 444p.

²⁰ ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre: Universidad de los Andes, 1997. 292p.

²¹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 272p.

²² Ver a crítica de STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 74. 710p.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 242. 354p.

²⁴ *Idem*, p. 326. Emmanuel Kant, um dos maiores expoentes da filosofia da consciência e da idéia liberal, reconhecia a necessidade da existência de uma Constituição que assegurasse determinados fins do Estado. A exigência de uma constituição republicana, que é a base para o Estado Democrático de Direito, é, assim, um elemento básico do direito público kantiano, detendo, pois, um caráter essencial. Para isso, deve contar com instituições que garantam continuamente a realização do direito. Sabe-se, porém, que Kant, em nenhuma hipótese, admitia a desobediência civil. Sendo um racionalista, acreditava que o direito positivo deveria realizar o direito natural que lhe dá fundamento, devendo a lei, mesmo em desacordo com o direito natural, ser obedecida. Isso significa que, num sentido kantiano, as Constituições, por mais que pudessem ser tidas como uma “necessidade”, um “estado jurídico necessário que reunisse os homens sob uma influência única”, ou mesmo como uma “expressão do direito natural”, não tinham toda a força normativa que, numa postura substancialista, se reconhece ter. A idéia do filósofo, pois, constitui-se numa manifestação plena e atual do pensamento liberal, que, não se nega, deixa ao cidadão um espaço de liberdade. Esse espaço, porém, já está previamente definido, limitado, traçado, ao final, pelas regras do liberalismo, isto é, pelas regras de mercado, e não pela Constituição. A Constituição, aqui, não tem a importância que lhe é dada pela tese substancialista. A modernidade, construída sob o império da lei, divorciou o direito da realidade histórica. O cidadão foi reduzido a mero “consumidor da lei” que, praticada pelos juristas, passou a ser uma lei opressiva, pois comprometida com práticas de governo e *lobbys*. Nesse aspecto, a lei, na concepção de Kant, nada mais é do que uma lei garantidora da liberdade contra o Estado, ou seja, garantidora e preservadora da autonomia privada. Nesse sentido, os três princípios da Constituição republicana apresentados por Kant: liberdade para todos os membros da sociedade; a dependência de todos e de cada um de uma única legislação comum; e igualdade como cidadãos, perante a lei. Consultar: CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 129. 353p. Consultar: KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 149-161. 224p.; também: TERRA, Ricardo. *Kant & o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 29-58. 65p.; ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do direito e do estado: filósofos da idade moderna*. v. II. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 153. 239p.

²⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 152. 232p.

²⁶ Para HABERMAS, “legalidade pode gerar legitimidade, unicamente, na medida em que a ordem jurídica reage, de modo reflexivo, à necessidade de justificação, que nasce com um direito que se torna positivo, precisamente na medida em que os procedimentos jurídicos de decisão, que facultam os discursos morais, são institucionalizados”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução Sandra Lippert. Lisboa: Piaget, 1992, p. 57. 123p.

²⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 155. 232p.

²⁸ *Idem, ibidem*.

²⁹ Conforme VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 29. 272p.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354p.

³¹ Conforme STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73. 710p.; VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 29. 272p. Para Cristina QUEIROZ, a posição dos tribunais no sistema jurídico “obedece a dois elementos basilares: positividade e democratização. Ambos desenvolvem efeitos recíprocos. A ‘positividade do direito’, operada primeiramente com os códigos, e, depois, com a promulgação das constituições escritas, não garante por si só a ‘democratização da política’. Esta implica uma maior ‘proteção jurídica’ do indivíduo e dos seus direitos constitucionais’. Daqui decorre uma intrínseca ‘processualização’ do direito que chega também ao direito constitucional. É o que HABERMAS designa, de modo sugestivo, por ‘paradigma da compreensão procedimental do direito’ e do ‘sistema jurídico’”. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 289. 349p.

³² Consultar: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2004. 246p. Habermas acredita que nas sociedades multiculturais é impossível estabelecer um pacto em torno de valores éticos substantivos, razão pela qual ele defende a adoção de procedimentos que garantam a participação de todos os indivíduos na elaboração de uma cultura política comum, na qual os cidadãos respondam ativamente pela produção e interpretação de seu próprio direito. Sufragando a postura procedimentalista habermasiana acerca do papel do Supremo Tribunal Federal no modelo constitucional brasileiro e o caráter procedimental do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito: LAGES, Cíntia Garabini. *Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 469-515. 592p.

³³ Nesse sentido, é oportuna a análise de Osvaldo Ferreira de MELO, quando refere que há juristas preocupados com a exclusiva função de explorar o sistema positivo, negando o papel transformador e progressista do direito e seu vínculo com a política. MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 45. 136p.

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. 252p. Na teoria de Niklas Luhmann, “a função dos tribunais é a de

‘desparadoxizar’ o sistema jurídico. Na verdade, a ‘interpretação judicial’ e o ‘poder judicial’ exercem uma importante função de ‘moderação’ e de ‘legitimação’ das decisões tomadas pelo corpo legislativo. Esse efeito de ‘moderação’ não representa, porém, nenhuma distorção da vontade popular ou da democracia. Senão, veja-se: a) *primo*: porque essa interpretação é permitida pelo sistema jurídico; b) *secundo*: porque assenta numa noção de ‘limitação’ conatural ao constitucionalismo; c) *tertio*: porque resulta incoerente e absurdo estabelecer um corte entre o processo legislativo e o processo judicial. No limite, é incorrecto afirmar que entre o legislador e o juiz não intercede nenhuma relação de ‘cooperação’ e ‘diálogo’ recíprocos”. Nesse sentido, QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 290. 349p.

³⁵ Ora, não pode haver uma hermenêutica desvinculada da sociedade, das pessoas, isto é, uma hermenêutica que seja alheia às condições de mundo e aos seres humanos. Não há hermenêutica alheia ao homem e não há homem alheio à hermenêutica. Esta é uma condição da humanidade da qual não se podem destacar os seres. BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer. *Hermenêutica plural: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica*. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 183. 481p.

³⁶ Para Ely, nas democracias representativas (como é o caso dos Estados Unidos da América), quem deve proceder às “determinações valorativas” são os eleitos (Executivo e Legislativo), ficando os magistrados alheios ao sistema governamental. ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre: Universidad de los Andes, 1997, p. 130. 292p.

³⁷ ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre: Universidad de los Andes, 1997, p. 127. 292p.

³⁸ *Idem*, p. 113. No mesmo sentido de que a interpretação do processo político não pode reduzir a Constituição a uma ordem concreta de valores e de que a Jurisdição Constitucional não deve ser uma guardiã republicana de “pretensos” valores ético-políticos tidos como homogêneos ou majoritários na sociedade, função que seria adequada à Jurisdição Constitucional do Estado Social, consultar: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 299. 592p.; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 366-367. 592p. Há que se dizer, contudo, que, mesmo na visão procedimentalista, há o alerta de que não se pode ver a Constituição numa postura “derrotista” e nem jogá-la contra si mesma. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 77-78. 592p.

³⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24. 272p.

⁴⁰ *Idem*, p. 25. Habermas parece temer uma “racionalidade ilimitada da decisão judicial”, pressupondo uma racionalidade idêntica à do legislador. Na prática, isso acabaria por transformar a “teoria do

discurso jurídico” numa “teoria da legislação”. Essa “vitória política”, no entanto, como aponta Ely, é hoje irreversível, representando “o sentido moderno do controle de constitucionalidade, ‘aberto’ a fundamentos éticos e políticos, numa palavra, uma teoria construtivista da interpretação em direito constitucional”. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 296. 349p. Também Luis M. Cruz adota uma postura procedimentalista, ao acatar a tese de Robert Alexy quanto ao papel a ser desempenhado pelo Tribunal Constitucional. Nesse sentido, o autor teme que o Tribunal Constitucional resvale para um “paternalismo judicial” que possa resultar numa transição do Estado Legislativo para o Estado Jurisdicional do Tribunal Constitucional. Para evitar esse risco, diz Cruz, “es necesaria, a juicio de Alexy, ‘una incorporación exitosa de la jurisdicción constitucional em el proceso democrático’. Esto supone que el Tribunal Constitucional se conciba como una instancia de reflexión del proceso político y que sea aceptada como tal. Para ello, no sólo debe exigir negativamente que el resultado del proceso político no contradiga con los parámetros de los derechos fundamentales, sino que además debe fundamentar positivamente su exigencia de tal manera que los ciudadanos puedan aprobar racionalmente los argumentos del Tribunal”. CRUZ, Luis M. *La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos*. Granada: Comares, 2005, p. 125-126. 147p.

⁴¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 25. 272p.

⁴² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 25. 272p.

⁴³ *Idem*, p. 26-27.

⁴⁴ *Idem*, p. 48.

⁴⁵ Além da acomodação das instituições políticas, a expansão substancial do individualismo moderno também contribuiu para a afirmação de um protagonismo do Poder Judiciário. Na ausência de identidade, de laços sociais e de um conflito central, os tribunais são transformados em “arena de perseguição” e “espetáculo de vinganças”, fazendo, principalmente, do direito penal e de seus instrumentos punitivos um caminho sedutor para alimentar as individualidades sem referência social. Mesmo a singularidade da tragédia, do horror, da violência e do medo torna-se assunto público, a ponto de pautar as novas demandas políticas, conduzindo, não raras vezes, à produção de leis circunstanciais. O sofrimento sedutor, característica típica de uma sociedade que derruiu com o poder de identidade dos laços sociais, possibilita a formação de um consenso arcaico, emocional, que impede o aparecimento de um interesse comum e que permite a mobilização social apenas em situações de urgência. A jurisdição, neste contexto, constitui-se como gestora de emoções, de vinganças e de consensos firmados em razão do sofrimento dos cidadãos-vítimas, uma vez que, na ausência de um projeto democrático partilhado para a condução do futuro, a alternativa derradeira para a sociedade desarticulada é unir-se em torno da justiça dos tribunais, os verdadeiros guardiões das promessas da modernidade. *Idem*, p. 101.

⁴⁶ Para Garapon, do campo da democracia deliberativa “deve emergir um direito não-estatal, comunitário, com o que se estabelece uma fragmentação pluralista da vontade e da soberania, abandonando-se a arena da democracia representativa e a perspectiva de formação da vontade geral”. Nesse sentido, VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 27. 272p.

⁴⁷ *Idem, ibidem*.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 506p.; BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 498p.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319p.

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. 546p. Salienta-se aqui a contribuição de J. J. Gomes Canotilho, em seus primeiros escritos sobre a Constituição dirigente, quando o autor defendia uma postura mais substancialista da Constituição, vendo nela um texto vinculativo. Nesse sentido, consultar: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. A contribuição primeira de Canotilho “é o esforço de aprofundamento e de procura de efectividade da Constituição dirigente ao serviço do alargamento das tarefas do Estado e da incorporação de fins *economico-sociais* positivamente vinculantes das instâncias de regulamentação jurídica. A política não é um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado e a vinculação jurídico-constitucional dos actos de direcção política não é apenas uma vinculação através de limites mas também uma verdadeira vinculação material que exige um fundamento constitucional para esses mesmos actos. E a Constituição não é só uma ‘abertura para o futuro’ mas também um projecto material vinculativo, cuja concretização se ‘confia’ aos órgãos constitucionalmente mandatados para o efeito. Há que distinguir uma direcção político-constitucional (direcção política permanente) e uma direcção política de governo (direcção política contingente). O valor condicionante positivo da Constituição pressupõe a configuração normativa de ‘actividade de direcção’, cabendo a esta, por sua vez, um papel criativo, pelo menos na selecção e especificação dos fins constitucionais e na indicação dos meios ou instrumentos adequados para sua realização”. Conforme MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade*. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 63. 531p.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 75. 710p. Na doutrina espanhola, quanto à postura substancialista no sentido de que a jurisdição constitucional deve proteger a primazia da Constituição, sendo o meio do Estado contemporâneo para a realização dos valores superiores e fundamentais que os homens reconhecem como tais, v.g., dignidade humana, liberdade, igualdade etc., consultar: RODRÍGUES-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*: enunciados en el art. 53.1. de la Constitución española. Granada: Comares, 1996. 252p. Também Luis PRIETO SANCHÍS, para quem a justiça constitucional não pode abdicar de sua competência de “configuração” sobre os direitos sociais. Essa competência é naturalmente compartilhada com o legislador. Seus limites, porém, são impossíveis de serem traçados com precisão. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 116. 128p.

⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. Preliminares: o Estado e os sistemas constitucionais. 6. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 16. 435p.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, p. 223, dez. 2003. 336p.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 67-68. 531p.

⁵⁵ A expressão “paradigma do Estado Democrático de Direito” é tomada aqui como um novo “modelo” de Estado que, necessariamente, deve ser reconhecido pela comunidade jurídica. Aproxima-se da idéia de Thomas Kuhn para quem um paradigma é um modelo ou concepção, calcado em certos pressupostos, que são aceitos pela comunidade científica como “verdades” indiscutíveis. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectivas,

1998. 257p.

⁵⁶ Nesse sentido, por todos: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319p.

⁵⁷ Ao contrário da posição substancialista que defendia, Canotilho apresenta hoje um posicionamento diferenciado do que adotava, dando a entender que se esgotou o constitucionalismo dirigente. Para o jurista, as constituições dirigentes (ou textos constitucionais dotados de programaticidade) – como é o caso da Constituição brasileira de 1988 – estão sob o olhar de “escárneos” e mal-dizeres, sendo que o pensamento liberal e vários olhares políticos, doutrinários e teóricos, proclamam a falência dos “códigos dirigentes”, pois o mundo é caracterizado pela conjuntura, riscos e particularismos. Assim, a Constituição programática, além de ser o “rostro normativo da utopia”, tem ao seu lado uma filosofia e um voluntarismo desmedido que fatalmente conduz a querer fixar tudo. Essas Constituições “conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas”. Assim, a idéia de diretividade constitucional tem sentido se inserida no chamado “constitucionalismo moralmente reflexivo”. As constituições dirigentes (constituições programático-estatais) ergueram o Estado a “homem de direção” exclusivo da sociedade, convertendo o direito em instrumento funcional dessa direção. Na maioria das vezes, a constituição dirigente-programática traz consigo a idéia de conformação do mundo político-econômico por meio do direito estatal sob a forma de pirâmide. Além disso, há outras fragilidades nos textos constitucionais dirigentes. Uma delas é o seu autismo nacionalista e patriótico. A fragilidade da programaticidade constitucional não está apenas na “conversão irrealista de uma folha de papel em instrumento dirigente da sociedade”, mas no fato de que se arroga ao papel de transformadora do mundo, sem que se dê conta de que está cercada por outros mundos. Como exemplo, reportando-se ao texto originário da Constituição portuguesa, Canotilho refere que não há como programar normativamente a transição para o socialismo num país só quando os contextos envolventes apontam para uma interdependência e cooperação crescentes entre os Estados. O caso português e o caso brasileiro (internacionalização e “marcosualização” neste) mostram que as ordens jurídicas nacionais transformaram-se em ordens jurídicas parciais; as constituições são relegadas para um plano “mais modesto” de “leis fundamentais regionais”. “Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizacionais, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, n. 15, abr. jun. 1996, p. 7-17. A tomada de posição quanto ao abandono da Teoria da Constituição dirigente fica visível, ainda, num ensaio posterior e mais recente de Canotilho, quando refere que a “Constituição dirigente” não é a melhor teoria da Constituição de uma comunidade assente numa imposição de valores, mais ou menos comunitariamente partilhados. É “uma proposta de conformação normativa da política; não é um código moral do ‘bem’ e do ‘mal’ de uma comunidade. Dirigismo constitucional e demonologia constitucional não se casam bem”. Canotilho acusa aqueles que o criticam pelo abandono da Teoria da Constituição dirigente, vislumbrando neles “alguns laivos de nacionalismo republicano de esquerda e de patriotismo constitucional”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Estado adjetivado e a teoria da Constituição*. In: *Revista da procuradoria-geral do estado*. v. 25, n. 56, 2002, p. 25-40.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito*. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. Mestrado e doutorado 2001. Centro de ciências jurídicas. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 115. 344p.

⁵⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*.

Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24. 272p. Embora não manifestando aquiescência explícita quanto ao cunho procedimental da jurisdição constitucional, mas, de certa forma, acatando a tese luhmanniana procedimentalista acerca do Direito, sem excluir, contudo, a postura substancialista, Menelick de Carvalho Neto parece apresentar uma postura intermediária, isto é, conciliatória (se assim se pode nomeá-la) entre as posições procedimentalistas e substancialistas, afirmando que os direitos fundamentais adquiriram uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto, mas lembrando que “uma concepção distinta e respectivamente adequada acerca da atividade hermenêutica ou interpretativa do juiz integra cada um desses paradigmas, a configurar distintos entendimentos, por exemplo, do princípio da separação dos poderes, o que nos permite detectar, também aqui, uma grande e significativa transformação na visão dessa atividade, bem como um incremento correspondente de exigências quanto à postura do juiz não somente em face dos textos jurídicos dos quais este hauriria a norma, mas inclusive diante do caso concreto, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do Direito, tal como ressaltado na atual doutrina constitucional e na teoria geral do Direito por seus teóricos centrais como Konrad Hesse, Robert Alexy, Friedrich Muller, Klaus Günther, Laurence Tribe, Ronald Dworkin, Gomes Canotilho, Paulo Bonavides e Oliveira Baracho, entre tantos outros”. CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.37-38. 592p.

⁶⁰ Sobre o tema, consultar, principalmente: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710p.; LUCAS, Douglas César. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 315p.

⁶¹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *A democratização do poder judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 19. 189p.

⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 70. 155p.

⁶³ *Idem*, p. 70.

⁶⁴ Nesse aspecto, desponta a “crise funcional”. Os poderes estatais têm perdido sua “exclusividade”. A discussão da crise funcional retoma outro elemento que identifica a experiência estatal: a especialização das funções, isto é, a produção legislativa (Hobbes), a idéia de jurisdição (Locke) e a função executiva em razão do conjunto de prestações públicas às quais o Estado se vê condicionado. No Estado liberal, a “ação administrativa” era quase uma “ação de polícia”. No Estado Social, em que a Constituição assume um feitiço social, o Executivo deve “prestar” no sentido de atuar positivamente para a realização dos direitos fundamentais. Assim, há “uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do indivíduo”. Nesse sentido, não se pode pensar em uma volta às bases do “Estado Mínimo”, caminho que está fechado e diante do qual se pode dizer que a sociedade está num “ponto de não-retorno”. Essas funções do Estado apropriam-se da idéia de soberania, da idéia de que só o Estado “pode” e que, portanto, só há um direito estatal. Essa exclusividade, porém, tem perdido sentido. É necessário “que se analise (...) a transformação que se observa nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de

importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra. Neste ponto, teríamos que retomar o histórico caracterizador da teoria da especialização de funções do Estado para percebermos que autofagicamente, hoje, uma pretende/busca sobreviver 'à custa' da(s) outra(s)". STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 148. 183p. Não há mais exclusividade legislativa, pois há outros setores e ordens, diversos dos do Estado, que produzem sua própria normatividade, independentemente do Estado. O Estado contemporâneo, assim, não mais tem o monopólio da produção e distribuição do direito. Embora o direito estatal seja o modo de juridicidade dominante, há outros modos de juridicidade que com ele convivem na sociedade e outros direitos que com ele se articulam de modos diversos. No âmbito da jurisdição, significa dizer que sua "exclusividade" também perdeu muito do "sentido original". Há mecanismos próprios de resolução de conflitos (v.g. mediação), independentes do Estado, que podem contribuir para a pacificação social (se é que isso existe) com muito mais eficiência do que o Judiciário.

⁶⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997, p. 87-92. 349p.

⁶⁶ PINTO, Céli Regina Jardim. Democracia como significante vazio: a propósito das teses de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe. In: *Sociologias*. Porto Alegre: IFHC/UFRGS, ano 1, n. 2, jul./dez. 1999, p. 77.

⁶⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do estado*. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 43. 64p.

⁶⁸ Essas conclusões se devem também ao professor Rogério Gesta Leal, com quem o autor do presente texto, nas aulas do Doutorado na UNISINOS/RS, travou proveitosas discussões, principalmente acerca da teoria habermasiana e da crise do Estado Social.

⁶⁹ Conforme BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 328-329. 666p.

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. 355p. Também: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. 352p.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2001, p. 458. 607p.

⁷³ Os tribunais constitucionais, na verdade, decidem sobre questões do poder político, reformulando questões atinentes aos direitos fundamentais e do Estado Democrático e Social de Direito. LUCAS VERDÚ, Pablo. *La constitución abierta y sus "enemigos"*. Madrid: Beramar S.A., 1993, p. 74. 93p.