

O MITO DA LEI, O MITO DA AUTORIDADE E A MORTE DOS MITOS: REFLEXÕES SOBRE OS TRÊS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DE ESTADO DE DIREITO

Dhenis Cruz Madeira¹

Resumo: O presente texto objetiva enfrentar as diferenças entre o Estado de Direito Liberal, Estado de Direito Social e o Estado Democrático de Direito, a partir de seus mitos.

Palavras-chave: Jurisdição; Processo; Mitos; Estado de Direito liberal; Estado de Direito Social ; Estado Democrático de Direito.

THE MYTH OF LAW, THE MYTH OF AUTHORITY AND THE DEATH OF MYTHS: REFLECTIONS ON THE THREE CONSTITUTIONAL PARADIGMS OF THE RULE LAW

Abstract: This paper aims to adress the differences between the Liberal Rule of Law, the Welfare State and the Democratic Rule of Law.

Key Words: Jurisdiction; Process;Myths;; Liberal Rule of Law, the Welfare State; Democratic State Rule of Law.

1 INTRODUÇÃO

Quando alguém faz menção aos termos *Estado*, *Direito* ou, unindo os dois anteriores, *Estado de Direito*, para que não surjam ruídos de linguagem ou erros de compreensão, há que se perguntar: Que Estado? Que Direito? O que quer dizer Estado de Direito?

Em artigos, livros, dissertações de mestrado e teses de doutorado, não é raro encontrar as palavras sobreditas sem que se explicita a qual dos paradigmas constitucionais se faz referência ou, pior ainda, usa-se genericamente ditos termos sem cuidado semântico. Muitas vezes, percebe-se que a expressão *Estado Democrático de Direito* é utilizada como sinônima de *Estado Social de Direito*, o que não parece ser adequado.

Tal promiscuidade² no uso de tais expressões não se dá a esmo, afinal, somente após a Segunda Grande Guerra se iniciou um movimento de formulação teórica e normativa do

¹ Realizou pesquisa de pós-doutorado junto ao *Dipartimento di Scienze Giuridiche* (DSG) da *Università degli Studi di Firenze* (Florença, Itália). Concluiu doutorado, mestrado e especialização em Direito Processual pela PUC Minas. Professor dos cursos de mestrado, especialização e graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Membro do *Instituto Panamericano de Derecho Procesal*. Advogado.

<https://orcid.org/0000-0002-0968-2453>

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2371197423400803>

² Recorda-me, aqui, de Francesco Carnelutti que, em passagem de uma de suas obras, afirmou que os juristas empregam algumas expressões jurídicas (no caso, “processo” e “procedimento”) com promiscuidade, sem preocupação semântica, o que, segundo o famoso processualista italiano, seria um erro. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. 4. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classik Book, 2000, p. 477; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 188. Vários outros trabalhos destacam a necessidade de se explicitar o significado das palavras em textos científicos, isto, para evitar dificuldades de compreensão ou a equivocidade.

Estado Democrático de Direito e, dada a influência persistente dos antigos modelos de Estado Liberal e Social de Direito, não é raro conviver com livros jurídicos e leis ainda comprometidas com os paradigmas anteriores.

Em reflexão constitucional, pode-se dizer que o Estado, em si, não representa a democracia. Decerto, o Direito esculpido constitucionalmente é que pode ou não ser democrático, não sendo possível, como queria Kelsen, agregar Estado e Direito no mesmo corpo,³ embora possa existir uma coexistência entre ambos. É essa, outrossim, a acertada conclusão de Ronaldo Brêtas.⁴

Assim, a denominação “Estado de Direito Democrático” parece ser mais apropriada, já que nem todo Estado de Direito é democrático, mas, diferentemente, pode existir um Estado de Direito totalitário. Contudo, desde já, impende ressaltar que se utilizará, ao longo do presente artigo, a expressão “Estado Democrático de Direito”, eis que essa se encontra no *caput* do artigo 1.º da Constituição Brasileira. Porém, fica a ressalva semântica.

O fato é que, dada a necessidade de uma delimitação teórica, ou, mais ainda, de um breve esclarecimento sobre o uso de tais locuções, apresenta-se este trabalho que, com claro objetivo didático e de síntese, tentará diferenciar os três maiores paradigmas constitucionais de Estado de Direito pela análise dos *mitos* que cada um dos mesmos defendem.

Neste sentido, no item 2 a seguir, passar-se-á pelo *mito da lei* do Estado Liberal de Direito (item 2.1), pelo *mito da autoridade* do Estado Social de Direito (item 2.2) e, finalmente, pela *destruição dos mitos* proposta pelo Estado Democrático de Direito (item 2.3), algo que já esboçamos em publicações anteriores.⁵

2 OS MITOS E OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DE ESTADO

Como se disse, os três paradigmas constitucionais de Estado de Direito, para fins didáticos, serão diferenciados a partir do mito cada um defende, sendo possível identificar, por meio deles, os erros e acertos teóricos de muitos juristas que, sem se preocupar com tal delimitação e distinção, acabam por escrever pilhas e pilhas de livros sem que seja possível identificar, ao menos de forma clara, qual o modelo de Estado e de Direito que adotam. Isto gera, como óbvio, no mínimo, ruídos de linguagem, dificuldades de compreensão ou, pior ainda, a adoção de teorias incompatíveis com o paradigma constitucional vigente.

Ao que parece, ao menos no campo do Direito, o embate travado entre positivistas e pós-positivistas e entre modernistas e pós-modernistas acabam por fazer emergir, justamente, a colisão entre a concepção de legitimidade adotada pelos três maiores paradigmas de Estado de Direito, afinal, o liberalismo jurídico vê a legitimidade na atividade do legislador, o socialismo jurídico a transfere para a autoridade, ao passo que a democratização jurídica a coloca na efetivação participação argumentativa e procedimental dos destinatários das decisões estatais. Trata-se, como dito, do mito da lei, do mito da autoridade e da morte dos mitos propostas pelo Estado Democrático de Direito. Explicar-se-á melhor o tema nas linhas que se seguem que, como dito, não pretendem inovar, mas apenas chamar a atenção para o tema.

2.1 O MITO DA LEI E O ESTADO DE DIREITO LIBERAL

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 352-3.

⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 97-8.

⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 91-99.

É quase um consenso teórico que a **Idade Contemporânea** tem, como marco inicial, o projeto iluminista que culminou na Revolução Francesa de 1789. No entanto, Alasdair MacIntyre⁶ lembra que o iluminismo é anterior ao movimento francês, sendo que a França, segundo ele, foi a mais atrasada dentre as nações iluministas e que os próprios franceses confessaram que se inspiraram nos modelos ingleses, sendo que, na Grã-Bretanha, o movimento iluminista escocês teria ofuscado o inglês. Contudo, MacIntyre reconhece que os maiores nomes da cultura iluminista foram alemães, notadamente, Kant e Mozart, mas, segundo ele, nem os dois alemães superaram, em variedade e extensão intelectual, David Hume, Adam Smith, Adam Ferguson, John Millar, Lord Kames e Lord Monboddo.

O movimento iluminista, que ganhou força nos fins do século XVII, foi encarregado pela consolidação – mas não a criação – do chamado Direito Natural, sendo depois sepultado pelo Positivismo e pela Escola Histórica, ambas no início do século XIX. Vê-se, porém, que tanto no Iluminismo quanto no Positivismo – notadamente, o positivismo exegético –, há uma crença na codificação do Direito.⁷ No Iluminismo principalmente, influenciado pela *razão kantiana*,⁸ primava-se pela confecção de códigos que exprimiriam o Direito Natural, cuja

⁶ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Trad. Jussara Simões. Bauru, SP: EDUSC, 2001, p. 74.

⁷ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 63.

⁸A tentativa de fundamentação da teoria física de Isaac Newton (1642-1727) constituiu uma das preocupações da filosofia moral de Immanuel Kant (1724-1804). Para o físico inglês, toda ação (entendida aqui como *movimento*) dá-se em decorrência de uma causa externa, uma força aplicada a um corpo. Não há, portanto, um corpo que seja a causa de seu próprio movimento: na natureza, inexistente uma *ação livre*. Partindo dessa teoria, Immanuel Kant questiona acerca da existência ou não, no campo moral, de uma *ação livre*, vale dizer, de uma ação em que o sujeito fosse a própria causa. Concluindo que a ação humana também sempre possuirá uma causa, Kant chega a seguinte ilação: no campo *moral*, a ação humana livre é aquela cuja causa é a própria Razão. Por sua vez, a razão seria uma faculdade humana capaz de impingir normas de conduta moral (chamada de *deveres*) ao indivíduo. Assim, a ação livre é aquela que atua segundo o *dever* (normas morais criadas pela Razão Pura), e não por outras causas, como o desejo de alcançar a felicidade, o temor da sanção ou quaisquer outras. Ser livre, na acepção kantiana, é não se submeter a nenhuma norma externa. Dentro desse raciocínio, só se possui *autonomia* quando se é criador das próprias regras de atuação (chamadas de *máximas*). Veja-se que, em Kant, o *livre-arbítrio humano* é determinado pela Razão Pura, enquanto o *arbítrio animal* (chamada de *arbitrium brutum*) é determinado pelas *inclinações* (regras de atuação não determinadas pela razão, mas pelo instinto, preferências, etc). Nessa toada, mostra possível distinguir a *moralidade* (campo em que a ação obedece ao dever que, por sua vez, é instituído pela Razão Pura) e a *legalidade* (campo em que a ação é movida por inclinações, como o temor da sanção, e não pelo dever). Pode-se agir *com o dever* (legalidade) ou *por dever* (moralidade). A *legalidade* indicaria o *modo* de ação, enquanto a *moralidade*, além do *modo*, a *causa* da ação. Veja-se que, se para Isaac Newton a *lei física* era uma constante *universal* que valia em todas as situações e em qualquer lugar, a *lei moral* de Immanuel Kant também era universalizável e valia incondicionalmente para todos e em qualquer lugar. Justamente dessa última idéia advém a do *Imperativo Categórico*, pois, em Kant, para que uma máxima se converta em lei moral, deve ser universal, ou seja, deve poder ser exigida a todas as pessoas e em todas as situações, sendo que um dever criado pela Razão Pura, em nenhum caso, poderia se contradizer. Esse raciocínio originou, por sua vez, o princípio da *não-contradição*: ou a lei moral é válida para todos os casos ou não é lei moral, ou deve-se aplicá-la ou não, pois o imperativo categórico da generalidade exige que a máxima da ação possa ser sempre universal, não se podendo preocupar com os reflexos práticos das atuações. Por esse prisma, fica fácil entender porque Kant entregaria seu aluno à polícia política do Kaiser (Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: Revista de Direito Comparado. v.3, 1999. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1998, e Mandamentos, maio 1999, semestral, p. 484-5). Assim como a *Moral*, o *Direito* também encontraria seu fundamento na *liberdade*, pois Kant afirma que o Direito nasce justamente da necessidade de harmonizar as várias liberdades dos indivíduos, sendo, portanto, um *conjunto de normas que conciliam o arbítrio de um ao arbítrio de outro*, alinhavando, pois, a *lei universal da liberdade*. Fácil lembrar, aqui, da repetida parêmia de que a

origem seria a própria razão humana. Criava-se a *crença na razão*⁹ - em oposição à crença religiosa -, trazendo a necessidade de se sistematizar normas jurídicas, via códigos, que rejeitavam os dogmas de qualquer natureza, notadamente os de origem religiosa e mesmo a tradição romana. Proibia-se, desde modo, a interpretação das leis, pois, segundo se pensava, os códigos seriam perfeitos e regulariam toda situação jurídica concreta. Dito positivismo exegético se apoiava, em grande medida, na ideia cartesiana de que existia um *primum verum* no Direito, ou seja, um ponto de partida discursivo inquestionável, que era a própria lei, algo que foi questionado, sem sucesso em seu tempo, pelo jurista napolitano Giambattista Vico¹⁰ (1668-1744).

Assim, mesmo com o esforço contrário de Vico, essa corrente teórica racionalista resultou no movimento de codificação jurídica dos séculos XVIII e XIX, ganhando o impulso do positivismo, espalhando-se pela Europa e, pode-se dizer, pelo mundo.

O Iluminismo privilegiava a liberdade individual o que acabou por soerguer a concepção liberal de Estado. O Estado, assim como o juiz, basearam suas funções na

liberdade de um termina quando começa a do outro. O Direito, com isso, seria uma exigência da própria concepção universal de liberdade que, por sua vez, seria um *direito inato* de todo ser racional. Em Kant, há dois tipos básicos de Estado: o Estado da Natureza e o Estado Civil. No primeiro, que sequer poderia ser chamado de Estado na concepção atual, não se encontra, diante de um conflito, um juízo competente para prolatar a sentença. O Estado da Natureza, portanto, incita a autotutela, pois os direitos não são juridicamente protegidos e os conflitos resolviam-se pelos costumes e uso da força – haveria uma *situação fática*, e não propriamente uma *situação jurídica*. Já o Estado Civil seria aquele que garante, pelo Direito, a vida, o livre uso do corpo e a propriedade, tríade que esboçaria as condições básicas para a liberdade. O Estado Civil, nesse sentido, seria o único capaz de assegurar o desenvolvimento do Direito, pois só nele se teria a criação de normas ditadas pelos legisladores públicos. No Estado Civil, diferenciavam-se a posse (natural, física) da propriedade (jurídica) já que a coerção jurídica possibilitaria a permanência do direito do proprietário sem que o mesmo fosse obrigado a, efetivamente, valer-se da força. Destarte, em reflexão que interessava a burguesia da época, o Direito do Estado Civil distinguia a *posse empírica* (física, fática, protegida pela força) da *posse inteligível* (jurídica, protegida pelo Direito). Em Kant, a passagem do Estado Natural para o Estado Civil, por ser esse último um garantidor do (conato) direito de liberdade, era um *dever* (obrigação moral) de todos e de cada um, e não um fim utilitário, como o era para Locke e Hobbes. Nesse sentido é que a *coerção estatal* se justificava, pois, para o pensamento kantiano, haveria uma tendência de oposição geral (chamada de *insociável sociabilidade*) que constantemente ameaçava a dissolução da própria sociedade e, mesmo com o Estado Civil, tal perigo não deixaria de existir. A coerção estatal seria a negação da violência que, por sua vez, seria a negação da liberdade. A coerção estatal afirmaria a liberdade civil. Decerto, Kant também era um contratualista, sendo que seu *contrato originário* baseava-se em peculiares idéias de *liberdade* (busca da felicidade limitada pela busca do outro), *independência* (capacidade de *alguns* membros da sociedade – homens livres e capazes – ser cidadãos, ou seja, co-legisladores) e *igualdade* (possibilidade de cada membro da comunidade coagir todos os demais, com a ressalva de que o chefe de Estado estaria acima dos outros, podendo constranger sem ser constrangido) as quais não se mostram adequadas ao Estado Democrático de Direito. Por tudo que foi alinhavado nessa nota de rodapé, pode-se perceber o porquê da filosofia de Immanuel Kant ser apontada como a grande alicerçadora do Estado Liberal. Por fim, registre-se que a quase-totalidade das idéias contidas nessa nota de rodapé nada mais é que um apanhado da judiciosa análise feita por Marcelo Campos Galuppo (*Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 77-99) num dos capítulos de sua obra. Tentou-se, aqui, fazer uma breve síntese da razão kantiana e sua relação com o Estado e o Direito.

⁹ Diz-se isso porque, por influência de Kant, a razão era vista como algo que precisava ser descoberto (achado) pelo próprio homem. Por força do movimento iluminista, havia uma crença de que a razão humana era capaz de criar Códigos e Leis perfeitas, que exprimiriam uma verdade não-contraditória e de cunho absoluto. Entretanto, como foi esboçado no capítulo I do presente trabalho, a linguagem jurídico-processual admite a possibilidade de erros e contradições da lei, razão pela qual se ajusta melhor à contemporaneidade.

¹⁰ Cf. MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação Jurídica: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 246.

intervenção mínima, privilegiando, com relação às provas e argumentos dos autos, a iniciativa das partes. Idéias como a do princípio dispositivo, princípio da inércia, da iniciativa da prova exclusivamente às partes, do recurso voluntário,¹¹ *pacta sunt servanda* se baseiam na concepção de **Estado Liberal**, em que o Estado é um mero expectador do duelo travado pelos cidadãos.¹² As leis só existiam para proteger a esfera privada dos indivíduos e, tal como afirmava a *liberdade kantiana*,¹³ todos tinham o direito de buscar a *felicidade*,¹⁴ e, sendo esse o empreendimento individual, não é dado ao Estado intervir nessa busca. Prevaleciam os direitos individuais, também conhecidos como direitos de primeira geração.

Analisando a *Constituição Liberal*, que aqui é chamada de “constitución republicana”, Maurizio Fioravanti mostra a concepção de liberdade de Immanuel Kant (1724-1804):

En una serie de ensayos escritos y publicados entre 1793 y 1797 Kant indica el camino de la *constitución republicana*, que, según él, desde la perspectiva de una verdadera y auténtica filosofía de la historia, es la constitución del futuro, a la que el gobierno deberá conformarse a través de una obra de constante y gradual reforma. La constitución republicana es ante todo un conjunto de principios, que Kant enuncia con ejemplar claridad. El primero es el principio de libertad, que consiste en la libre persecución de la felicidad por cada uno, siempre que no impida la misma búsqueda por parte de los otros ciudadanos.¹⁵

¹¹ Cf. COUTURE, Eduardo J., *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 36-7.

¹² Sobre a relação entre Constituição, Processo, Decisão e Estado Liberal, recomenda-se: CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos de interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito*. Revista de Direito Comparado. Revista de Direito Comparado. v.3 (1999). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG (1998) e Editora Mandamentos, maio 1999, semestral, 1999, p.478-9. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 54-63. COUTURE, Eduardo J., *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 35-59. DEL NEGRI, André L., *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 21-2. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 120-132. HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 1995, p. 107-121. LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 26-7. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 44, v. 1.

¹³ Sobre a concepção de liberdade kantiana, dentre outras obras, sugere-se: GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 84-99. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 270-3. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 123-8.

¹⁴ Sobre tal concepção de liberdade e felicidade, colhe-se da obra de Immanuel Kant, citado em nota de rodapé por Galuppo, o seguinte trecho: “Liberdade: ‘Ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à Liberdade de os outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante, e que pode coexistir com a Liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível”. (KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 75 *apud* GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 90).

¹⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 123. Conferir também a nota de rodapé anterior.

Legalidade e liberdade andariam de mãos dadas, já que, no pensamento liberal, a lei serve justamente para garantir a liberdade individual. *Non c'è libertà senza legalità* (não existe liberdade sem legalidade), lembrando aqui a famosa frase de Piero Calamandrei.¹⁶

O individualismo liberal pode explicar porque, nos momentos iniciais da Idade Contemporânea, os juízes deveriam aplicar as leis literalmente e, por esse meio, acreditava-se inibir o arbítrio dos julgadores e do Estado. O juiz era tão-somente, como diziam os liberais, a *boca da lei*, numa tradução da expressão francesa. De forma inequívoca, esse amordaçamento dos julgadores se devia ao receio burguês de que encontrar juízes ainda comprometidos com os ideais absolutistas. Como disse Ovídio Araújo Baptista da Silva, o liberalismo, por meio do positivismo jurídico de cunho iluminista, pretendia que o Estado fosse neutro frente aos valores.¹⁷

Esta tentativa de organizar as normas jurídicas e criar um sistema formal fechado, sem a influência de valores ou objetivos metajurídicos, acabou por fomentar, como se disse, o positivismo científico¹⁸ e o movimento de sistematização e codificação de inspiração liberal. Assim, no Estado Liberal de Direito, a cognição jurisdicional deveria ser uma atividade lógica, racional, quase matemática, que não admitia interpretação ampla dos fatos ou das leis. Prevalecia o *primum verum* do texto normativo, que prescindia do intérprete.

Fácil perceber os métodos de interpretação criados pela hermenêutica jurídica clássica (gramatical, histórico, lógico-sistemático, comparativo, teleológico) foram fortemente influenciados por esses ideais iluministas.¹⁹

Obviamente, o Liberalismo trocou o dogma religioso pelo dogma da razão.

A lei foi mitificada, pela crença na perfeição dos códigos legislativos e, por lógica, do legislador detentor de uma razão pura de matriz kantiana.

2.2 O MITO DA AUTORIDADE E O ESTADO DE DIREITO SOCIAL

Não se nega que o liberalismo jurídico teve o mérito de organizar a forma de elaboração de leis e códigos legislativos. Sem dúvida, não se trata de algo irrelevante. A Ciência Jurídica e a prática legislativa foi, sem dúvida, beneficiada pelo pensamento liberal.

Dita sistematização legislativa proposta pelo Estado Liberal de Direito foi importante para, de certo modo, evitar o arbítrio dos agentes estatais, porquanto a norma escrita pode funcionar como uma forma – ainda que tênue – de controle dos atos da autoridade pública, afastando-se da simples tradição aristocrata. Fato é que o autocrata não convive bem com a fiscalização.

Tal fato foi notado por estudiosos de outros campos do saber. Por exemplo, Jacques Derrida, em entrevista, recordou que muitos estudiosos excluíram a escrita do campo da linguística,²⁰ por considerarem-na inútil, perigosa, estranha à língua, superficial, patológica,

¹⁶ Cf. CALAMANDREI, Piero. *Non c'è libertà senza legalità*. Bari: Laterza, 2013.

¹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 193.

¹⁸ Neste sentido, sobre a ligação entre o pandectismo e o positivismo científico, notadamente o trabalho de Windscheid, conferir o primoroso trabalho: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung). Trad. António Manuel Botelho Hespanha. 2. ed. – Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 491, 492, 509-511.

¹⁹ Cf. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 113.

²⁰ Num trecho, Jacques Derrida (*Posições*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. – Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p. 30-1) chega a dizer: “Sabe-se como Saussure, de acordo com uma operação tradicional, realizada também por Platão, Aristóteles, Rousseau, Hegel, Husserl, etc., excluiu a escrita do campo da linguística – da língua e da fala – como um fenômeno de representação exterior, ao mesmo tempo inútil e perigoso: ‘(...) o objeto linguístico não se define pela combinação da palavra

viciosa, tirânica, teratológica, um disfarce, etc. Em outra obra,²¹ apoiado no *Fedro* de Platão, o filósofo franco-magrebino recorda que a relação do tirano com a norma escrita não é amistosa.

Não obstante o mérito do Estado de Direito Liberal de sistematizar os textos normativos, o mesmo costuma ser acusado de estimular a exploração do homem pelo homem,²² sendo que as péssimas condições de trabalho existentes durante Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX alastrou a miséria, razão pela qual o modelo de Estado não-intervencionista precisou ser repensado.

Da concepção do Estado Mínimo (Liberal) surgiu outra, não menos radical: a do Estado Interventor, ou melhor, do **Estado de Direito Social**, também conhecido como Estado do Bem-Estar Social, Estado Republicano²³ ou *Welfare State*.²⁴

A intervenção estatal, de mínima, passou a ser máxima, sendo que o nominado *interesse público* teria uma supremacia sobre o *interesse particular*. Nesse sentido é que foi facultado ao juiz o poder de desprezar as provas, os argumentos e, até mesmo a lei, em prol de um *interesse público* apenas por ele capitado e compreendido.

A Constituição Mexicana de 1917 e a alemã de Weimar (1919) costumam ser apontadas pelo inauguradoras normativas desse modelo de Estado Social. Dito paradigma trouxe a idéia de que o Estado deveria agir efetivamente e sem limites claros para garantia dos chamados direitos sociais (direitos de segunda geração). Foi justamente essa crescente força do Estado e a possibilidade de se afastar a normatividade para atendimento de um (obscuro) bem-estar social que ocasionou, no período entre a Primeira e Segundas Guerras Mundiais, a eclosão de modelos apoiados na força da autoridade como o socialista soviético, o fascista italiano e o nazista alemão, todos eles, baseados na idéia de *interesses de todos* que, ontem e hoje, em realidade, escondem os *interesses de poucos*. Nestes modelos, a igualdade estava acima da liberdade e, em caso de confronto, a primeira deveria tomar o lugar da segunda. A II Guerra Mundial demonstrou que o tão alardeado bem-comum nunca foi alcançado.

No Estado Social da primeira metade do século XX, a cognição jurisdicional era uma atividade que pertencia exclusivamente ao juiz, que poderia livremente valorar e valorizar as provas, ainda que em prejuízo das partes, bastando apenas que se apoiasse na mítica idéia de interesse público.

Se o Estado Liberal encarregou de mitificar a lei, o Estado Social *mitificou a autoridade*.

O grande perigo do Estado Social de Direito que eclodiu na primeira metade do século XX é o *mito da autoridade*, ou, em outras palavras, criação de um espaço nu,²⁵ um espaço infiscalizável do soberano, porquanto a ideia de que a autoridade – seja ela quem for – é a

escrita e da palavra falada; esta última, por si só, constitui tal objeto', 'a escrita é (...) estranha ao sistema interno da língua', 'a escrita obscurece a visão da língua; não é um traje, mas um disfarce'."

²¹ Cf. DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. Tradução de Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005, p.44-47.

²² CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos de interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito*. Revista de Direito Comparado. Revista de Direito Comparado. v.3 (1999). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG (1998) e Mandamentos, maio 1999, semestral, 1999, p. 479.

²³ O termo "Estado Republicano" pode ser depreendido da tradução do escrito de Jürgen Habermas: HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 1995, p. 107-121.

²⁴ Estado-Providência. Sobre o significado do *Welfare State*, sugere-se: SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 293-8.

²⁵ Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. Il potere sovrano et la nuda vita*. Torino: Giulio Einaudi, 1995.

tradutora privilegiada do interesse público ou a *locutora autorizada da lei*²⁶ tende a jogar o discurso jurídico-político para o autoritarismo, algo que a história já demonstra ser uma verdade.

Claro que, quando se descreveu algumas características do Estado Social de Direito, quis-se mostrar, sobretudo, os primórdios de tal paradigma estatal, que ganhou força no período que precedeu a II Grande Guerra. Hoje, no entanto, a expressão ganha significados distintos, o que prejudica a compreensão do tema. Atualmente, no ambiente vulgar da rede mundial de computadores (internet), é comum se indicar os países da Escandinávia como exemplos bem-sucedidos de *Welfare State*, ou, pior ainda, de países socialistas. Entretanto, ao que tudo indica, os mencionados países nórdicos se aproximam mais do Estado de Direito Democrático do que dos modelos descritos anteriormente, afinal, o índice de liberdade econômica dos mesmos é um dos maiores do globo,²⁷ bem como a preocupação com a efetivação dos direitos coletivos. Ao que parece, há, nos países escandinavos, um respeito à liberdade individual, ao livre comércio, sem desprezo aos direitos sociais e coletivos, havendo uma recomendável compatibilização dos direitos de primeira e segunda gerações, razão pela qual os mesmos não se encaixam perfeitamente ou exclusivamente nos modelos liberal e social. Aliás, no campo da *práxis*, não existe um sistema jurídico, político e econômico puro.

2.3 A MORTE DOS MITOS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após a Segunda Grande Guerra Mundial (1939 a 1945), viu-se que a suposta coesão ética do Estado Social - especialmente, no socialismo soviético, no nazismo e no fascismo -, em realidade, nunca existiu. Tanto a União Soviética de Stalin, quanto a Alemanha de Hitler e a Itália de Mussolini reforçaram o mito da autoridade e foram comandadas com mão de ferro por seus líderes.

A *visão republicana*²⁸ do *Welfare State* tentou conseguir a *identidade* com a opressão das *diferenças*,²⁹ sendo que tais atos, na maioria das vezes, eram amparados pelo Direito: no Estado Social do início do século XX, o Direito acabou por se transformar num instrumento da autoridade para a prostração das minorias.

Nesse contexto, diante do perigo da *sobrecarga ética*³⁰ do discurso político, inicia-se o movimento constitucionalista, mais evidente nas décadas de 1970 e 80, que tenta assegurar o

²⁶ Sobre a expressão *locutor autorizado da lei*, conferir: WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996, p. 81.

²⁷ Apenas como comprovação, a Islândia (11º lugar), a Dinamarca (14º), a Suécia (19º), a Finlândia (20º) e a Noruega (26º) estão entre os países melhor classificados no ranking. O Brasil, por curiosidade, está no lugar 150º na mencionada lista. Conferir o índice de liberdade econômica de 2019. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/>. Acesso em 03/10/2019.

²⁸ Expressão utilizada por Jürgen Habermas (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 3, p. 107-121, jan./jun./1995) para designar o Estado Social (Bem-Estar Social). Também é intitulada como *visão comunitarista*, em oposição à concepção individualista do Estado Liberal.

²⁹ Sobre as distinções entre igualdade e identidade, bem como entre desigualdade e diferença, indica-se: GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 214.

³⁰ A concepção de Estado Social pressupõe um *projeto comum* da sociedade ligado por um gigantesco *consenso ético-político*. Haveria, na visão republicana, um *bem-comum* a ser coletivamente buscado e interpretado, porquanto a sociedade que a integra seria homogênea culturalmente, ainda que, para isso, fosse necessário implementar uma *educação cívica* idônea a formar cidadãos vocacionados para essa tarefa. Nessa concepção, o texto constitucional seria um repositório de valores comuns, e não uma base do discurso processual. Por isso, com Habermas, mostra-se adequado o emprego da locução “sobrecarga ética” para designar uma das características

direito das minorias e o respeito às diferenças, na tentativa de superar o *autoritarismo* no discurso jurídico.

Nasce então o embrião do **Estado Democrático de Direito**.

Com ele, cai o mito da lei (defendida pelo Estado Liberal) e o mito da autoridade (em que se apoiava o Estado Social), sendo que o novo paradigma estatal repulsa as decisões arbitrárias.

Percebeu-se que tanto a sociedade liberal quanto a republicana, centralizava-se no Estado, mas, enquanto o Estado Liberal era visto como um guardião da sociedade de mercado, o Estado Social seria encarregado de institucionalizar uma inexistente comunidade ética³¹ em torno de um líder.

O modelo democrático, distinto dos anteriores, tenta fazer com que os cidadãos participem das decisões políticas, não sendo necessário devolver à autoridade pública – e aqui se pode incluir o juiz³² – os poderes que o iluminismo liberal lhe retirou.

A lei e os fatos, agora, podem ser interpretados de forma compartilhada, diferentemente do que ocorria no positivismo exegético do liberalismo, sendo que, pela mesma face, tal interpretação não pode mais se apoiar em juízos de equidade ou no bem-estar social, expressões tão gratas ao *Welfare State*.

A hermenêutica decisional, principiológica por excelência, passa a ser regida pelos direitos fundamentais, e não mais pela “letra fria” da lei (Estado Liberal) ou pela pressuposta sensibilidade social do agente governativo (Estado Social).

No Direito Democrático, o juiz possui um papel importantíssimo para a formação do provimento (decisão jurisdicional), mas não mais importante do que o papel das partes. O provimento é fruto de um debate amplo ocorrido entre as partes, sendo que o decididor deve julgar *com as partes*, e não *apesar* delas.

O Estado Democrático de Direito abandona o mito, quer seja o da lei infalível, quer seja o da autoridade sábia.

As Constituições Democráticas de todo o mundo passam a delinear mecanismos procedimentais de fiscalização dos atos dos agentes governativos, sendo os mesmos responsabilizados por seus atos e controlados pelos destinatários da norma.

Eis o motivo pelo qual, hoje, usa-se muito a palavra **transparência** como forma de propiciar que os cidadãos fiscalizem os atos das autoridades públicas. Nas democracias, **mais importante do que indagar quem será o governante é saber como fiscalizá-lo**.³³

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As bases normativas do Estado Democrático de Direito, no Brasil, foram consolidadas com a Constituição de 1988. Mas, no campo da aplicação, a caminhada ainda é longa, porquanto o Brasil ainda possui déficits de efetivação dos direitos individuais, coletivos e

do discurso político-republicano. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 1995, p. 107-121. Também: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 69-74.

³¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 65.

³² Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 219.

³³ É o que está em: POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1987, p. 140, t. 2. Também se valendo do mencionado trecho de Popper: DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 70-71.

difusos. O tempo atual é de transição rumo ao Estado Democrático de Direito, daí o porquê de existirem pilhas e pilhas de obras jurídicas, artigos científicos e de leis que ainda abrigam conceitos que, após crivo hermenêutico, não são acolhidos pelo paradigma constitucional vigente.

Cabe a todos aqueles comprometidos com o Direito Democrático formar essa nova base teórica e funcional para proteger a liberdade sem que isso signifique suplantar a igualdade e o direito das minorias.

Mesmo nos países de maior tradição democrática, há sempre uma tensão que propõe o regresso aos regimes apoiados no carisma de líderes totalitários das mais diversas matrizes ideológicas. Quase sempre, esta pressão se dá pela voz de governantes que se dizem tradutores de um falso bem-comum ou interesse público.

Sabe-se que a lei - em seu sentido amplo, ou seja, incluindo o texto constitucional – é um projeto de construção de uma nova sociedade. A Constituição não prevê que o Direito deve se adaptar à realidade, mas, ao revés, pretende construir um Direito que altere a realidade vivida pela sociedade, transformando-a.

Fato é que ainda temos muito o que pensar, escrever e fazer.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer. *Il potere sovrano et la nuda vita***. Torino: Giulio Einaudi, 1995.

CALAMANDREI, Piero. **Non c'è libertà senza legalità**. Bari: Laterza, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos de interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**. v.3 (1999). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG (1998) : Mandamentos, maio 1999

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000

COUTURE, Eduardo J., **Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano**. Buenos Aires: Depalma, 1999

DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. Tradução de Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 7. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

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

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 1995

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões. Bauru, SP: EDUSC, 2001

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento & Cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica**: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo. Curitiba: Juruá, 2014

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996