

Crise do Direito: fim do Estado?

Emerson Marcelo da Silva¹

Marco Antonio Lima²

Resumo

O presente trabalho tomou como premissa principiológica a ideia de que as contribuições ao estudo e à reflexão a respeito da suposta crise do Estado e do direito devem partir necessariamente do conhecimento da história da figura do Estado nacional moderno e a função que o direito vem desempenhando no cumprimento dos objetivos dos Estados.

A partir desse ponto inicial, foi possível entender a dinâmica histórica da atuação do Estado nacional, primeiro como *Leviathan* absolutista do período feudal, depois como estado garantidor das principais liberdades individuais, passando, então, a assumir um caráter assistencialista, garantidor da justiça social. É a partir do enfraquecimento das estruturas do Estado social, já no início dos anos 70 do século passado, que o mundo se reconfigura economicamente e o estado nacional como conhecido até então é colocado em xeque.

Para compreender as mutações pelas quais passou a figura do Estado nacional no período acima indicado, foi necessário o estudo da literatura produzida na área da Teoria Geral do Estado e Ciência Política. Foi realizada uma pesquisa sobre textos doutrinários da área jurídica, da filosofia e da sociologia.

Verificou-se que a crise do Estado e do direito não é necessariamente uma fase anterior à sua extinção. A existência do Estado e sua legitimidade ainda encontram fundamento nos fatos e na produção legislativa atual.

A crise econômica que teve início em 2008 e o debate acerca do denominado Marco Civil da Internet confirmam a presença do Estado em posição de relevância no mundo contemporâneo.

1 Mestrando em Direito da Sociedade da Informação no Complexo Educacional FMU. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, SP. Advogado. Professor de Legislação no Instituto Filadélfia de São Paulo

2 Mestrando em Direito da Sociedade da Informação no Complexo Educacional FMU. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Guarulhos. Advogado.

Identificou-se que há uma transição de paradigma de sustentação do Estado e da interpretação do direito. Transição desta natureza já ocorreu quando o Estado deixou de ser feudal para ser liberal, assim como quando assumiu posição de garantidor do bem estar social.

Sob o paradigma atual o Estado se apresenta com a proeminência do Poder Judiciário, o que gera consequências positivas e negativas. O presente artigo pretende enriquecer o debate a respeito destas consequências.

Palavras-chave: Surgimento do Estado. Sociedade da Informação. Poder Judiciário.

I. Introdução

As recentes crises que assolaram os mercados financeiros das principais economias do mundo, a partir do final da década passada, trouxeram novamente à tona um debate que viceja nos meios políticos e jurídicos há aproximadamente 30 anos: qual o papel do Estado nacional no mundo contemporâneo?

A globalização econômica conferiu aos mercados um intenso fluxo de recursos financeiros, produtos e serviços, que não tomam conhecimento das fronteiras dos países, movimentando-se muito mais pela lógica do sistema capitalista - que demanda cada vez mais a liberdade dos mercados - do que pelo respeito às soberanias estatais.

Consequentemente, a reboque da chamada crise dos Estados nacionais, vem a crise de seu principal instrumento de controle: o direito. Se a soberania dos estados parece ser colocada em segundo plano, o direito positivo estatal acompanha esse viés decadente do Poder Público, pois o direito é expressão da soberania do Estado.

Os fatores de poder político que atuam na sociedade pretendem assumir a legitimidade para a criação do direito, substituindo o Estado nesta função. As tendências políticas contrárias ao Estado nacional e ao direito fortaleceram-se a partir do final da década de 1970, culminando com a abrangente desregulação em diversos setores econômicos, cujo auge se deu em meados dos anos 1990. As privatizações realizadas massivamente pelos governos de países emergentes de então corroboram esta afirmação.

Diante desta realidade, os protagonistas que atuam nos sistemas jurídicos e políticos nacionais, no mais das vezes, buscam formular alguma frente à corrente contrária ao Estado. Políticos e juristas dedicam-se a construir um arcabouço teórico apto a restabelecer o mesmo grau de poder a eles conferidos anteriormente à globalização. Não obstante, os fatos demonstram que as tentativas de

reação têm restado inócuas diante da rapidez e amplitude com que avança a globalização. Esta atinge um acentuado nível de influência sobre o papel a ser desempenhado pelo Estado no mundo atual. O influxo cada vez mais intenso de inovações tecnológicas constitui-se no fator mais relevante para diferenciar o processo de globalização verificado atualmente em relação a fenômenos semelhantes verificados em outras épocas.

Vivemos hoje um momento histórico cujas características o tornam extremamente peculiar, em razão do surgimento do fenômeno conhecido como Sociedade da Informação. Irineu Francisco Barreto Junior traz explicação bastante elucidativa sobre o que vem a ser tal fenômeno:

A principal transformação recente nas sociedades contemporâneas envolve uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática. Convencionou-se nomear esse novo ciclo histórico de Sociedade da Informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza. (2009, p. 41).

A consolidação da Sociedade da Informação torna inviável um hipotético retorno ao estado anterior. A globalização econômica, fortalecida pela Sociedade da Informação apresenta-se como uma entropia, o que significa dizer que resta inviabilizada a simples tentativa de recondução da realidade atual aos modelos próprios de uma realidade já exaurida.

Os fatos exigem que se avance ao encontro de soluções adequadas a um panorama nunca antes verificado em qualquer quadrante da história mundial. Estudiosos das mais importantes áreas da ciência se esforçam para refletir e pesquisar o mundo contemporâneo, com a esperança de estabelecer novos paradigmas que possam arrefecer a perplexidade gerada pelo mundo em intensa e constante mutação.

2. Problematisações

No bojo destas reflexões, acaba-se por perquirir qual a verdadeira natureza da propalada crise do Estado e do direito. Trata-se de uma fase exatamente anterior à extinção do Estado e do direito? Em outras palavras, o desprestígio dispensado ao Estado nacional e ao direito no mundo contemporâneo pode ser tido como uma fase prévia ao desaparecimento destes?

Apesar do tom apocalíptico da hipótese aventada acima, os estudos empreendidos para a elaboração do presente trabalho não permitem concluir neste sentido de forma pacífica. Não há evidências factuais a comprovar que o Estado caminha necessariamente para o seu ocaso.

Nem por isso é possível dizer que não haja um profundo enfraquecimento dos paradigmas que sustentaram a legitimidade do Estado por séculos, antes do abalo de suas estruturas causado pelo advento da mundialização dos mercados.

Sendo assim, em que consiste a tal crise do Estado e do direito? Seria uma crise de legitimidade? Ou seria possível afirmar que se trata de uma substituição normal de paradigmas, que reflete uma natural experimentação de vicissitudes inerentes à vida do Estado? Já não teria havido fenômeno semelhante quando da transição do Estado absolutista para o Estado liberal e deste para o Estado social?

Não seria natural a perplexidade e insegurança daqueles que vivenciam estes momentos de transição, uma vez que as estruturas dos campos científicos perdem seus alicerces, permanecendo em momento de espera enquanto são construídos aqueles que lhes substituirão?

É possível afirmar que a crise é um fenômeno favorável às mudanças que aperfeiçoam o próprio Estado e o direito, com vistas a uma maior adequação às novas realidades sobre as quais estes pretendem atuar?

O presente artigo procura contribuir para a reflexão exigida por essa gama de questionamentos sobre o papel do Estado e do direito no mundo contemporâneo.

3. A existência do Estado

A tarefa de identificar a origem do Estado nacional e seu conceito não é tarefa das mais fáceis. Paulo Bonavides (2010, p. 55) afirma que “o Estado como ordem política da Sociedade é conhecido desde a Antiguidade aos nossos dias. Todavia nem sempre teve essa denominação, nem tampouco encobriu a mesma realidade”.

Para os fins do presente trabalho, não há necessidade de buscar as origens remotas do Estado, já que o desenvolvimento histórico que interessa aqui nos permite estabelecer um marco histórico a partir do surgimento do Estado moderno, quando as funções foram divisadas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esclarecedora a lição de Paulo Bonavides:

O emprego moderno do nome Estado remonta a Maquiavel, quando este inaugurou O Príncipe com a frase célebre: “Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados. (2010, p. 66).

O renomado constitucionalista traz aquele que entende ser o mais completo conceito de Estado, formulado por Jellinek (1914, *apud* BONAVIDES, 2010, p. 71), “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”.

O Estado moderno sofreu o maior impacto em sua história quando do surgimento do Constitucionalismo moderno. As experiências constitucionais no Reino Unido, nos Estados Unidos da América e na França foram as maiores fontes de formação dos principais modelos de Estado constitucional moderno e contemporâneo.

Sobre a experiência do Reino Unido, pode-se afirmar que:

Ao final do século XVI, a Inglaterra já havia se firmado como uma monarquia estável, um Estado protestante e uma potência naval. Ali seriam lançadas, ao longo do século XVII, as bases do constitucionalismo moderno, em meio à turbulência institucional resultante da disputa de poder entre a monarquia absolutista e a aristocracia parlamentar. (BARROSO, 2010, p. 11)

Quanto aos Estados Unidos da América, ressalte-se que:

A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of law*). (BARROSO, 2010, p. 17).

Na França ocorreu o evento histórico que melhor sintetizou as lutas políticas e sociais que ocorriam em fins do século XVIII nos países do hemisfério norte, a Revolução Francesa.

Sob o lema de liberdade, igualdade e fraternidade, promoveu-se um conjunto amplo de reformas aristocráticas, que incluíram: a) a abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; c) a elaboração de uma nova Constituição, concluída em 1791; d) a denominada constituição civil do clero. (BARROSO, 2010, p. 26).

Nestas breves linhas, pretendeu-se delinear as principais características do Estado moderno. Em ponto mais adiantado deste trabalho, serão úteis os esclarecimentos trazidos neste tópico, máxime para o fim de identificar se atualmente a existência do Estado encontra-se em risco, bem como para identificar os paradigmas que sustentaram e sustentam a atuação política e jurídica do Estado.

4. A legitimidade do Estado

Max Weber afirmava que o Estado configura o monopólio exclusivo da força. Para ele, o Estado tinha em mãos a legitimidade para uso exclusivo da violência, sendo esta entendida como o poder de impedir o livre arbítrio dos indivíduos. A legitimidade, desse modo, advém do consentimento dos indivíduos, que aceitam a concentração da força nas mãos deste ente abstrato chamado Estado.

A legitimidade consiste no assentimento dos governados em aceitar a submissão à força exercida pelos governantes. Para Weber (2010, p. 57), “o Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores.

O sociólogo alemão concebeu três razões que justificam a legitimidade do Estado: o poder da tradição, o poder carismático e a legalidade. Não é pertinente ao estudo empreendido no presente artigo um aprofundamento das formas weberianas de legitimação do poder do Estado. Por isso, passamos ao estudo de outra teoria que embasa a legitimidade do Estado: a doutrina contratualista.

Sob a expressão “doutrina contratualista” pode-se alocar as teorias formuladas por Thomas Hobbes (séc. XVII) e Jean-Jacques Rousseau (séc. XVIII), cujos traços principais e em comum – colocadas à parte diversas e profundas divergências entre as ideias destes autores – são: a) a ideia de um estado original do ser humano, em que os indivíduos detêm toda a sua liberdade; b) a necessidade de operar um acordo entre todos os seres humanos para abandonar este estado original e ingressar num estado de sociedade a fim de alcançar maiores vantagens para a realização das potencialidades humanas; c) a delegação de parcela da liberdade de todos os indivíduos para um ente abstrato chamado Estado, que terá o poder de interferir na esfera particular dos indivíduos, para ordenar a vida em sociedade; d) esta delegação se dá por meio de um pacto social ou contrato social.

O estado de natureza de Hobbes e o estado de sociedade de Rousseau evidenciam uma percepção do social como luta entre fracos e fortes, vigorando o poder da força ou a vontade do mais forte. Em toda parte reinam a insegurança, a luta, o medo e a morte. Para fazer cessar esse estado de vida ameaçador e ameaçado os humanos decidem passar à *civitas* ou à sociedade civil, isto é, ao estado civil, criando o poder político e as leis. (CHAUÍ, 2003, p. 373).

A legitimidade do Estado encontra amparo então na aceitação dos indivíduos em delegar parte de sua liberdade a este ente abstrato, para que crie um ambiente favorável ao desenvolvimento das potencialidades humanas.

Marilena Chauí (2003, p. 373) ensina, ainda, que:

Os teóricos invocarão uma cláusula do Direito Romano – “Ninguém pode dar o que não tem e ninguém pode tirar o que não deu” – e a Lei Régia romana – “O poder pertence ao povo e é por ele conferido ao soberano” – para legitimar a teoria do contrato ou do pacto social.

Feitas as descrições das teorias que fundamentam a existência e a legitimidade do Estado, passemos à análise da atual realidade e do seu papel no mundo contemporâneo.

5. O protagonismo do Estado no mundo contemporâneo

O Estado moderno nunca esteve livre de críticas. Desde o seu surgimento, sempre houve quem o atacasse ou propugnasse pela sua extinção. Curiosamente, nos tempos atuais, até mesmo marxistas e neoliberais não se incomodam em andar juntos quando se trata de defender o fim do Estado.

A despeito disso, não é aconselhável que o estudioso do tema limite-se a tocar apenas a superfície do problema. É imperioso que nos afastemos do senso comum que insiste em anunciar a extinção do Estado, para que logo depois a realidade dos fatos venha a desmentir estes libelos contrários à existência do Estado.

A crise econômica que assolou os mercados financeiros mundiais a partir de 2008 acabou por conferir respaldo ao fortalecimento do papel do Estado no mundo contemporâneo.

Pouco antes de eclodir a crise econômica, era comum a pregação pela desregulação dos mercados financeiros, sob o argumento de que a legislação era um entrave ao funcionamento natural e virtuoso dos sistemas financeiros e econômicos.

Entretanto, com a quebra de importantes agentes do mercado financeiro mundial, diversas empresas privadas, sobretudo as que atuavam no sistema bancário ou securitário, socorreram-se dos cofres públicos dos Estados europeus e norte-americano.

Muito se fala em enfraquecimento da soberania estatal em razão da formação dos blocos econômicos e políticos, como, por exemplo, a União Europeia. Não obstante, diante da crise econômica, o erário dos Estados nacionais foram os grandes agentes da recuperação econômica que ainda se ensaia nas principais economias do mundo.

Este fato corrobora a afirmativa de que o Estado nacional ainda encontra posição de destaque nos planos políticos, jurídicos, sociais e econômicos de todo o mundo.

No Brasil, a atual discussão a respeito do chamado Marco Civil da *Internet* pode ser apontada como outro exemplo de fortalecimento do papel do estado. Muitas das principais críticas são no sentido de que o poder público tem sido moroso para oferecer soluções legislativas, administrativas e jurídicas para a regulamentação do ambiente virtual.

Ora, se prevalecesse realmente a ideia de enfraquecimento do Estado, os setores econômicos e sociais que transitam pela *internet* já teriam conseguido alcançar consensos, ainda que mínimos, hábeis a compor os diferentes interesses dos usuários deste meio de comunicação.

No entanto, a realidade que se verifica demonstra exatamente o contrário, isto é, a incapacidade dos particulares de formularem por si sós regramentos razoáveis para solução de seus conflitos de interesses, sendo necessário o socorro do Estado para a produção de leis, a execução de medidas administrativas e o julgamento das lides provenientes do uso da *internet*.

Isso demonstra que o Estado ainda encontra legitimidade para sua existência.

Na medida em que os indivíduos e os grupos econômicos e sociais que utilizam a *internet*, mobilizam-se para exigir do Estado que produza uma regulamentação, eles sinalizaram que aceitam delegar parcela de sua liberdade para que se obtenha uma regra que ponha termo à desordem, anarquia e barbárie no ambiente digital, reconhecendo, ainda, o monopólio da força nas mãos do Estado. Presente, então, a legitimação da atuação estatal.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 69-70), hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo ensina que:

O Estado contemporâneo tem o seu perfil redefinido pela formação de blocos políticos e econômicos, pela perda da densidade do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento do seu poder diante da globalização. Mas não há qualquer sintoma de que esteja em processo de extinção ou de que a ele será reservado um papel secundário. O Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno. Mesmo quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público. Superados os preconceitos liberais, a doutrina publicista reconhece o papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas e na proteção diante da atuação abusiva dos particulares. O Estado, portanto, ainda é protagonista da história da humanidade, seja no plano internacional, seja no plano doméstico.

6. Paradigmas de atuação do Estado

Vimos que a crise do Estado e do direito não é a antessala da extinção destes. Há na verdade uma perplexidade originada da insegurança que advém da transição de um paradigma que alicerça o Estado e lhe dá conformação, para outro mais adequado às demandas da sociedade atual, a Sociedade da Informação.

Se é certo que as exigências dessa nova sociedade são ricas, plurais de significados e intensas em seu ritmo cambiante, não é menos certo que o Estado já passou por outros momentos de transição de paradigmas em outras épocas.

Em breves palavras, é possível descrever uma linha histórica básica para retratar os estágios de mutação pelos quais passou o Estado nacional. Este surgiu aproximadamente no séc. XV, para fazer frente ao poder político feudal. Posteriormente, com os movimentos libertários, o Estado assumiu feições liberais, com fins de proteção das liberdades individuais.

Com o recrudescimento das mazelas sociais durante a Revolução Industrial, grupos sociais organizados, como partidos políticos e sindicatos, demandaram a assunção de um novo papel pelo Estado, o papel de provedor de justiça social.

Aproximadamente em 1970, o Estado do Bem Estar Social tem sua eficiência questionada. O inchaço das demandas sociais sobrecarregou o Estado, inabilitando-o para o cumprimento de suas finalidades. Os grupos econômicos capitalistas deram nova roupagem às ideias do liberalismo econômico, no que se convencionou chamar de neoliberalismo, e empreenderam profundas reformas nas estruturas dos Estados nacionais.

Com o surgimento da globalização econômica, potencializada pela descoberta crescente e incessante de inovações tecnológicas, o Estado nacional passou a sofrer novos ataques, que questionam sua legitimidade e sua eficiência.

Durante todo esse caminho, o direito nunca deixou de ser o principal instrumento de consecução dos objetivos estatais. E a cada conformação nova assumida pelo Estado, o direito acaba sendo utilizado como mecanismo de realização dos novos objetivos da sociedade política organizada, o que interfere na interpretação que se deve fazer sobre o sistema jurídico.

Além disso, as instituições encarregadas de interpretar e aplicar o direito acompanham os rumos ditados pelas ordens políticas e econômicas que comandam o Estado e acabam por nortear a produção e interpretação do ordenamento jurídico.

Quando o Estado tomou feições liberais, o paradigma que inspirou a criação das instituições e do direito era uma profunda desconfiança em relação aos poderes Executivo (já que era exercido pela nobreza que ruía com a Revolução Francesa), e Judiciário, uma vez que os juízes eram nomeados pela nobreza.

Em um contexto social marcado por turbulências e rupturas, o constitucionalismo francês tinha como principal alvo os aparatos da Administração e da Justiça, dominados pelos representantes e pela mentalidade do *'ancién regime'* e confiava no Parlamento que era composto, em sua esmagadora maioria, por representantes da burguesia [...] (DIMOULIS, D.; MARTINS L., 2006, p. 31)

Sendo assim, era natural que o paradigma estabelecido foi aquele que conferiu o mais alto poder ao Parlamento. O governo não era mais de homens, mas de leis. A supremacia da lei surgiu como princípio central neste momento, elevando as instituições que integravam o Poder Legislativo ao ápice dos sistemas político e jurídico. Este paradigma, da supremacia do Parlamento e da lei, influenciou os países europeus e todos aqueles que nos tomaram como matriz de inspiração.

Diante da hegemonia do Parlamento, segundo Marinoni (2008, p. 27), o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação.

No momento em que o Estado é chamado para ser agente de promoção da justiça social, faz-se necessário conferir a ele poderes suficientes ao cumprimento deste desiderato. O direito toma forma, então, de postulados políticos hábeis a pausar a atuação do Poder Executivo, no sentido de implementação de políticas públicas.

A consequência direta da interação entre os poderes é a proeminência do Poder Executivo, pois é a Administração Pública que será responsável pela concretização das demandas sociais inscritas nas legislações produzidas neste período da evolução da figura do Estado.

Como vetor tanto do progresso material quanto da justiça social, o Executivo se converteu em instrumento de consecução de objetivos concretos; seu sistema jurídico é, então, concebido como técnica de gestão e regulação da sociedade. (FARIA, 2010, p. 7)

Após a Segunda Guerra Mundial, os países envolvidos no conflito passam a buscar a produção de um direito que sirva para evitar a legitimação de futuras atrocidades baseadas na legalidade. Altera-se, assim, o paradigma do Estado e do direito, abandonando o padrão puramente legalista para engendrar um novo direito, no qual há prevalência dos princípios que inspiram todo o sistema jurídico.

A ampla positivação de princípios nas legislações, sobretudo nas Constituições, aliada ao uso cada vez mais corriqueiro de conceitos jurídicos indeterminados nos textos das leis levou o direito a um estado em que a exigência de argumentação do intérprete se acentuou. Essa realidade alçou o Poder Judiciário ao posto mais relevante da regulamentação da sociedade, já que sempre foi tido

como o intérprete final do direito. Este o paradigma que determina a interpretação atual do sistema jurídico.

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto. (MARINONI, 2008, p. 103.)

Essa prevalência do Poder Judiciário sobre os demais poderes não se faz sem ressalvas. A dinâmica de atuação dos magistrados não é a mesma dos administradores públicos ou dos legisladores. A própria legitimidade dos juízes para regular amplos campos da realidade é questionada, já de início, por não serem agentes públicos eleitos pelo povo. Essa discussão é citada aqui apenas a título de exemplo, pois seu aprofundamento foge à finalidade precípua deste trabalho.

A despeito das críticas, exige-se do jurista uma postura prospectiva, que busque novas orientações para o deslinde dos problemas que a Sociedade da Informação apresenta. Exigir que o Poder Legislativo atue de maneira mais profícuo tem como consequência a inflação legislativa, que é fator de enfraquecimento do próprio direito. Paradoxalmente, se o legislador tentar acompanhar a constante modificação do mundo atual, produzindo leis na mesma medida em que a realidade se altera, causará desprestígio ao direito.

E mais, curiosamente, a expansão do direito legislado teve como consequência a ampliação do direito judiciário.

José Eduardo Faria, comenta o fenômeno que se convencionou chamar de “inflação legislativa”, isto é, o hábito de produzir regulamentação jurídica em excesso (embora o autor se refira à produção de normas pelo Poder Executivo, a crítica em tudo se aplica à produção exagerada de leis pelo Poder Legislativo):

No limite, esse processo leva à própria anulação do sistema jurídico, pois, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os devedores, num círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum. (FARIA, 2010, p. 9)

Ocorre, então, que a responsabilidade por dar a palavra final a respeito dos direitos acaba nas mãos dos juízes. Essa realidade gera certa perplexidade, uma vez que o paradigma anterior é rompido.

O ato de interpretar o texto da lei já é o bastante para que se admita certa dose de discricionariedade para que o juiz, quando aplicar o direito, faça escolhas entre mais de um sentido possível. Como se não bastasse, os ordenamentos jurídicos posteriores à Segunda Guerra Mundial passaram a incluir cada vez mais princípios e conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais.

É sabido que enunciados normativos dotados de princípios e conceitos jurídicos indeterminados possuem menor densidade normativa, que deve ser delineada pelo intérprete a partir da análise do caso concreto. Isto conferiu muito mais poderes de criação do direito aos juízes, intérpretes finais do direito.

A discussão sobre as possibilidades de criação do direito pelos juízes não é novidade. Há pelo menos dois séculos juristas debruçam-se sobre o tema.

No Brasil, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ainda diz que, «Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito».

Lembre-se que trata-se do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, ou seja, de uma época anterior ao surgimento do paradigma que sustenta o Estado e o direito hoje. Dava-se franca preferência pelo direito legislado, mesmo quando fosse preciso fazer uso de lei aplicável a caso semelhante (analogia), em detrimento dos princípios gerais do direito, que figuravam na última posição no mencionado texto legal.

O julgamento por equidade, que também se constitui em substituição ao direito positivado expressamente em leis, era desencorajado, sendo exigido pelo artigo 127 do Código de Processo Civil que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” Nota-se claramente a opção inquestionável pelo texto legal, em detrimento das construções teóricas produzidas pelo magistrado sem a observância da lei.

A Constituição Federal de 1988 desferiu um duro golpe nesta maneira de interpretar o direito. Houve, então, uma inversão na ordem acima indicada, com a colocação dos princípios gerais do direito no posto mais alto da hermenêutica jurídica. Fácil perceber que a consequência direta deste fenômeno foi a expansão dos poderes dos juízes no que se refere à possibilidade de criar o direito.

Mauro Cappelletti (1993, p. 21), em importante obra sobre a atuação judicial, afirmou que:

O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.

As mudanças operadas na realidade, que culminaram na consolidação da Sociedade da Informação (mudanças comportamentais, negociais, morais e outras) não permitem que o legislador acompanhe a rapidez das inovações tecnológicas, que se sucedem ininterruptamente e numa velocidade cada vez mais impactante para que possa regular estes fenômenos suficientemente.

O direito fundado em princípios e conceitos jurídicos indeterminados pode se mostrar hábil a conter essa disparidade entre a realidade e a regulação estatal, na medida em que o intérprete é capaz de atualizar o direito e amoldá-lo às exigências do seu tempo.

Os enunciados normativos dotados de princípios e conceitos jurídicos indeterminados possuem menor densidade normativa, que deve ser preenchida pelo intérprete a partir da análise do caso concreto. Isto conferiu muito mais poderes aos juízes, intérpretes finais do direito.

Importante ressaltar que há um fortalecimento do papel do Estado, pela simples razão de que o Poder Judiciário é um e seus poderes.

Na Alemanha, cuja Lei Fundamental influenciou a Constituição Portuguesa de 1976, que, por sua vez, foi modelo de inspiração para a nossa Constituição Federal de 1988, a perplexidade com o direito judiciário também é faz presente.

Robert Alexy (2008, p. 27), comentando a realidade alemã do pós-guerra, diz que:

Se a discussão sobre os direitos fundamentais não pudesse ter outra sustentação além do texto constitucional e do vacilante solo de seu surgimento, seria de esperar uma luta de ideias sem fim e quase sem limite. Se não é isso o que ocorre, isso se deve, em grande medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

Cappelletti não demonstra preocupação com a criação do direito pelos juízes. O autor diferencia os aspectos processuais e substanciais da criação do direito judiciário. Afirma que no aspecto substancial a atuação do juiz pode ser semelhante à do legislador. Entretanto, ainda segundo seu entendimento, as garantias do processo, como contraditório, imparcialidade e inércia da jurisdição, diferenciam a criação do direito pelo juiz (por meio do processo judicial) do legislador (por meio do processo legislativo).

Outro equívoco que pode ser apontado em certas manifestações de indignação contra o Estado e o direito é aquele que propugna que o ordenamento jurídico reflita a mais absoluta identidade com a realidade que se quer regular. O fato de a *internet* ser um ambiente surpreendentemente novo leva-nos a pensar

que o direito a ser produzido para regulá-la deva retratar com muito rigor as características do objeto a ser regrado.

Diante das condutas praticadas pelos protagonistas da *internet*, como o *Google* ou o *Facebook*, caracterizadas pela complexidade dos sistemas de transmissão de dados por eles utilizados, muitos estudiosos do direito aceitam resignados a suposta impossibilidade de enquadrá-los em qualquer ordenamento jurídico, dando como certo o insucesso de qualquer tentativa de amoldar as relações estabelecidas por estas empresas e os usuários da *internet* a qualquer tipo de norma jurídica.

Como consequência, o direito acabaria relegado a um papel coadjuvante na Sociedade da Informação. O ordenamento jurídico seria rebaixado a uma função descritiva da realidade, o que o descaracterizaria em sua essência. Acabaria na posição de mero legitimador das práticas verificadas no ambiente virtual.

Ocorre que o direito é uma ciência deontológica, isto é, trata-se de formulação dogmática do dever-ser. Caso o direito limite-se a reproduzir os dados e características do objeto regulado, então passa a ser ciência ontológica, fenômeno do ser, o que descaracterizaria o próprio direito, que passaria a adotar técnicas da sociologia, da antropologia ou da história.

Konrad Hesse teceu crítica neste sentido ao abordar as teses formuladas por Ferdinand Lassalle, que culminaram com a conclusão de que a constituição jurídica não passa de retrato da constituição real, formada pelos fatores reais de poder. Para Lassalle, a constituição jurídica é mero pedaço de papel.

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que as relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política. (HESSE, 1991, p. 11).

7. Conclusão

O Estado moderno surgiu para fazer frente ao poder feudal, de modo que a sua primeira feição é a de um garantidor de direitos básicos dos cidadãos. Nem

por isso o Estado ficou imune a críticas. Cada fase histórica de desenvolvimento do Estado traz em seu bojo uma série de críticas à própria existência deste ente.

Recentemente, com a crise econômica de 2008, veio à tona novamente a questão a respeito do fim do Estado e da crise do direito. O poder soberano estatal, que já vinha sendo dado como morto, tanto em razão da criação de blocos econômicos e políticos, quanto por causa da intensa desregulação verificada nos tempos mais recentes, ressurge com força renovada quando as principais empresas privadas buscam socorro dos Estados nacionais.

Por isso, como dizer que o Estado caminha inexoravelmente para o seu fim? O direito passa por uma fase de reestruturação de seus paradigmas, mas os fatos não nos permitem concluir de forma tranquila que essa transição seja apta a extinguir o Estado, tampouco o direito produzido pelas instâncias estatais.

Vimos que os fatores que fundamentam a existência e a legitimidade do Estado estão intactos, a despeito das severas críticas que vem sofrendo, principalmente após a saturação do Estado do bem-estar social.

O Estado direciona a interpretação do direito conforme as ideologias dos detentores do poder. No quadro atual, há proeminência do Poder Judiciário, em razão do direito baseado em princípios que se produz nas principais democracias do mundo ocidental.

O ordenamento jurídico pautado por princípios exige maior atuação do intérprete, que deve conferir densidade normativa para normas a serem complementadas por elementos do caso concreto. O juiz, como intérprete final do direito, assume posição de destaque neste modelo.

A proclamada crise do direito é fruto, então, da natural perplexidade com que os intérpretes encaram a transição de paradigmas. O modelo de Estado no qual o Poder Executivo tinha posição de superioridade, em razão da responsabilidade pela implementação de políticas públicas de toda ordem começa a ceder passo para um modelo em que o Poder Judiciário torna-se agente de consolidação da justiça social.

Abstract

This study took as its premise the principled idea that contributions to the study and discussion about the supposed crisis of the state and the law must necessarily from the knowledge of the history of the figure of the modern nation state and the role that law has played in meeting the objectives of states.

From that starting point, it was possible to understand the historical dynamics of the performance of the national state first as *Leviaethan* the absolutist feudal period, then state as guarantor of the main individual freedoms, then going to take one guarantor assistance nature of social justice. And it is from the weakening of the

structures of the welfare state since the early 70s of last century, the world reconfigures itself economically and the national state as known so far is put in check.

To understand the changes through which it passed the figure of the national state in the above period, the study of literature produced in the area of General Theory of State and Political Science was needed research on doctrinal texts of the legal department of philosophy and sociology was performed.

It was found that the crisis of the state and law are not necessarily prior to its extinction phase. The existence of the state and its legitimacy are still the basis of facts and in the current legislative output.

The economic crisis that began in 2008 and the debate about the so-called Civil Rights Framework Internet confirm the presence of the state in a position of relevance in the contemporary world.

It was identified that there is a paradigm shift from state support and interpretation of law. Nature of this transition has already occurred when the state ceased to be feudal to be liberal, and when he took position as guarantor of social welfare.

Under the current paradigm the state has the prominence of the Judiciary, which generates positive and negative consequences. This article aims to enrich the debate about these consequences.

Keywords: Emergence of the State. Information Society. Judiciary.

Referências Bibliográficas

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, L.R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, P. **Ciência política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPPELLETTI, M. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHAUÍ, M. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

DIMOULIS, D.; MARTINS L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FARIA, J. E. (Org.). **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2010.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, L. G. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAESANI, L. M. (Coord.). **O direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2009.

WEBER, M. **Ciência e política. Duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2010.