

Ministério Público e Judiciário no Estado Democrático de Direito

Belmiro Pedro Welter*

O Estado Democrático de Direito suplanta as noções dos Estados Absolutista, Liberal e Social, na medida em que o modelo de produção capitalista e financeiro é de viés social, dando passagem, “por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades” (01).

Essa espécie de Estado “adota a posição de que a Constituição é dirigente e vinculativa, de onde exsurge que todas as normas possuem eficácia, não tendo mais sentido falar em ‘normas programáticas’”, significando que no Estado Democrático, Social e Laico de Direito ocorre um deslocamento da esfera de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Ministério Público e ao Judiciário (02), com “um aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do ‘Welfare State’” (03).

No Estado Constitucional, a expressão “normas programáticas” precisa ser superada, adverte Eros Grau, na medida em que “porta em si vícios ideológicos perniciosos” (04), no que é apadrinhado por Canotilho, ao sustentar que essas normas programáticas têm uma estrutura própria, com juridicidade, vinculatividade e aplicabilidade, pelo que todo aquele que sustentar que essas normas são tão-somente esquemas retóricos ou declamações ideológicas não passa de “jurista imperativista e subsuntivista, que pouco mais vê que a conclusão apodítica dos silogismos de aplicação das normas jurídicas” (05).

* Promotor de Justiça, Mestre e Doutor em Direito.

De acordo com Ferrajoli (06), no modelo paleo-iuspositivista, o Estado era Legislativo/Legal de Direito, tendo o monopólio da produção jurídica, na qual o princípio da legalidade é a norma de conhecimento. Pelo modelo neo-iuspositivista, *o Estado é Constitucional de Direito*, que surgiu na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, instituindo as Constituições rígidas e o controle da constitucionalidade das leis ordinárias com base nos princípios constitucionais.

O Estado Constitucional tem a função da produção legislativa do Direito, ao mesmo tempo em que altera o papel da jurisdição constitucional, determinando ao intérprete a compreensão, interpretação e aplicação das leis somente válidas diante do texto constitucional, declarando, se for o caso, a sua (in)constitucionalidade. Com isso, acrescenta Ferrajoli, também ocorre a necessidade da *subordinação das leis aos princípios constitucionais*, o que representa uma “dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite”.

Esses limites foram estabelecidos devido ao fato de os direitos constitucionais representarem proibições e obrigações impostas aos poderes da maioria, os quais, de outra forma, seriam absolutos. Isso quer dizer, finaliza o autor, que os princípios da legalidade e da reserva legal passam a ter cada vez menos sentido, em vista da fragilidade do Estado (único) Legislativo/Legal, que passou a ser, sobretudo, Constitucional, em que vige a harmonia dos princípios constitucionais, pelo que “una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un *demos*, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto”.

Nesse ponto, Sanchís (07) pondera que, na transformação do Estado Legislativo/Legal de Direito em Estado Constitucional, *a lei deixou de ser a única, suprema e racional fonte do Direito*, motivando a declaração da intransponível crise da dogmática jurídica. O autor quer dizer que o Estado Constitucional criou uma nova teoria do Direito, com base em várias questões, como: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; presença suprema da Constituição em todas as áreas do Direito e em todos os conflitos sociais; intromissão legal do Poder Judiciário no lugar do legislador ordinário; coexistência de uma pluralidade de valores, inclusive contraditórios, no lugar da hegemonia ideológica, “en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”; ao lado “de

cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice”, fazendo com que o legislador cada vez mais perca a sua autonomia, visto que toda as regras ordinárias devem ser, previamente, filtradas pelas normas (regras e princípios) constitucionais.

É necessário (re)lembrar, aduz Streck (08), que é impossível a cisão entre compreensão, interpretação e aplicação, pois uma regra não poderá ser compreendida sem levar em consideração a sua principiologia, porque ela está entranhada no princípio, que se desvela e, ao mesmo tempo, se oculta na regra, mas sempre habita na regra, existencializando-a. O autor demonstra o equívoco da argumentação jurídica por ainda trabalhar com o princípio como regra (ou adotando alguns princípios como meta-princípios), “como se fosse possível transformar a regra em um princípio. Ocorre que ela jamais será um princípio, porque no princípio está em jogo algo mais que a explicação causalista”.

Razão assiste ao autor ao ponderar que há um único caminho à saída da crise do Direito, que é por meio da jurisdição constitucional, sendo preciso promover uma resistência constitucional, mediante a urbanização, humanização e efetivação da Constituição democrática, social, laica, hermenêutica e republicana.

Acerca da compreensão que o intérprete precisa cultivar diante da jurisdição constitucional, promovida pela linguagem principiológica democrática e republicana, Streck esposa a ideia de que é preciso compreender a diferença entre jurisdição constitucional e legislação, tendo em vista que não há democracia sem respeito aos direitos e às garantias fundamentais pessoais e sociais do Estado laico, social e democrático. Isso quer dizer que foi promovida uma revolução constitucional, um novo paradigma, uma nova legitimidade no princípio da separação de poderes, porque o Ministério Público não tem mais a singela atribuição de apêndice do Estado e nem o Poder Judiciário de executar a legislação, e sim promoverem a jurisdição constitucional, exigindo dos demais Poderes da República os direitos e as garantias inseridas na Constituição Cidadã.

A função jurisdicional passou do sistema legalista à principiologia constitucional, social, democrática e republicana do Direito, afastando a anterior pré-compreensão da existência de normas constitucionais não auto-aplicáveis, visto que a Constituição *constitui*, passando a ter função dirigente, transformadora, não sendo apenas um texto que tem condição de possibilidade de outro texto, e sim “un fenómeno construido históricamente como producto de un pacto constituyente, en cuanto explicitación del contrato social”.

Não destoa dessa compreensão Ferrajoli, quando aduz que, no Estado Democrático de Direito, “el Derecho ya no está subordinado a la política como si fuera de ella un mero instrumento, sino que es la política la que se convierte en instrumento de actuación del Derecho”. Quer dizer, a Constituição do País é um medicamento contra as maiorias, contra a política, rumando no sentido da superação da igualdade formal e na direção da concretização da igualdade material, para que o Ministério Público e o Poder Judiciário, as mais democráticas Instituições do País, exerçam o seu poder/dever perante os demais Poderes e Instituições da República, garantindo a isonomia e a vinculação social do Direito entre todos os jurisdicionados.

É no Estado Democrático, Laico e Social de Direito que se encontra a maior resistência à dogmática jurídica, porque essa forma de Estado fortalece o direito fundamental à democracia, um apanágio da humanidade, porque sem ela não há liberdade, hermenêutica, cidadania, dignidade e nem condição humana, não se constituindo uma forma de governo, mas, sim, um princípio jurídico que serve de base para os Estados de Direito tridimensional: de primeira (Estado Liberal); de segunda (Estado Social) e de terceira dimensões (Estado Democrático, Social e Laico de Direito) (09).

É por isso que Gadamer verbera que a compreensão histórica da tradição é a revolução mais importante da Idade Moderna, caracterizando-se pela plena consciência “de la historicidad de todo presente y de la relatividad de todas las opiniones” (10). O autor critica a utilização do método da dogmática jurídica, uma vez que, no terceiro milênio, a humanidade não se encontra na Era da certeza, e sim da incerteza jurídica, em vista da fulminante transformação social, em que a modernidade sólida foi dissolvida, tornando-se líquida.

Exige-se do intérprete/julgador, na compreensão de um texto, o conhecimento sobre a totalidade da linguagem do sistema jurídico-político-social, em que a Constituição de um País precisa estar municiada com normas flexíveis, ajustáveis em tempo real, adaptáveis a fatos cada vez mais líquidos e inéditos (11). Quer dizer que a humanidade vive em tempo singular, que alguém qualificou de *era da incerteza*, visto que, muito do que parecia ser perene, tornou-se instável diante da voracidade das transformações culturais (12).

Esses são alguns motivos pelos quais é possível perceber que a dogmática jurídica é manifestamente antidemocrática, incompatível com o atual Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual não deve preponderar a vontade única do legislador, cabendo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário compreender e adequar o texto, de forma hermenêutica, com vinculação social e constitucional do Direito.

A esse respeito, Moraes e Agra (13) testemunham o seguinte: “Enquanto nos modelos liberais havia um sentido que levava as decisões públicas a uma constante tentativa de normatização do político, numa busca constante de certeza e determinação institucional, nos modelos democráticos de direito esse sentido inverteu-se, estando, agora, num fluxo contrário que determina, muito mais, a politização do jurídico”. Nessa perspectiva, o Ministério Público e o Poder Judiciário devem assumir uma nova postura, mais constitucional e política (social), à medida que a eles também cabe, ao lado dos demais Poderes e Instituições, dar uma nova dimensão, em cada caso concreto, às normas (regras princípios constitucionais), (mal)tratados, antes da Constituição de 1988, como meros programas futuros e dependentes unicamente de ações por parte do Poder Executivo.

Os contextos históricos entre os séculos XVIII (racionalismo jurídico, absolutismo) e XXI (hermenêutica, democracia) são manifestamente diversos, pelo que o caráter antidemocrático da dogmática jurídica reside nas seguintes hipóteses, por exemplo: a dogmática surgiu numa época em que sequer havia Estado de Direito, e como nos últimos cinquenta anos houve mais mudanças sociais do que nos últimos cinquenta mil anos (14), foram re-designados o Estado, a sociedade, a família, já que;

em lugar das sociedades nacionais, surgiu *a sociedade global* (15), e a sociedade absolutista foi transformada em sociedade democrática;

o pensamento unívoco da dogmática permite ao intérprete apenas a liberdade de fazer tudo quanto permite a lei, desfrutando da sensação de liberdade se permanecer fiel à lei (16), a única verdade, que abarca o Direito, com o que somente seria justo o que estiver expresso na lei, ditada pelo legislador;

a comunidade jurídica foi invadida com um paradigma matemático e lógico, que se acostumou a pensar no código binário “certo” ou “errado” (biológico ou não biológico, em matéria de família), exigindo do intérprete a aplicação da vontade do legislador, sob pena de ser tachado de arbitrário. Essa ideia advém de Hobbes, do século XVIII, “de que é preferível ter um juiz ‘subordinado’ do que a sociedade submeter-se aos caprichos de um julgador arbitrário” (17). Mais recentemente, no século XX, essa ideia hobbesiana foi reproduzida por Giuseppe Chiovenda (18), ao afirmar que a jurisdição “tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei”, atestando, equivocadamente, que não é possível cumprir a vontade do Direito, mas, tão-só, os limites estreitos da lei;

a dogmática jurídica adota a ideia hobbesiana, de que o ser humano renunciou à sua consciência privada, havendo tão-só “uma consciência pública, da qual o soberano é o único intérprete” (19);

a cultura jurídica promove a separação entre fato e Direito, entendendo que o Direito é a produção da vontade do legislador, manifestada por meio da lei, que é a única verdade, justa e sagrada. É por esse motivo que, ainda hoje, retumba no País o pensamento de Ihering, não obstante tenham transcorrido mais de cento e cinquenta anos, quando disse que “ao jurista que esteja a fazer ‘ciência’, é-lhe vedado sequer pronunciar a palavra *vida*” (20), indicativo de que, em pleno terceiro milênio, continua abissal a distância entre a realidade, o fato e a compreensão do Direito;

a liberdade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, fazendo com que seja totalitária e absolutista a conduta de resistência ao diálogo, ao vir-à-fala. É dizer, não é possível promover os ideais de Justiça sem linguagem, diálogo permanente, portanto, sem hermenêutica, o confronto com os preconceitos claros e turvos, a fusão de três horizontes hermenêuticos (do texto, do autor e do intérprete), com a compreensão da tradição do direito e sem aceitar que o Outro possa ter razão;

como o mundo ocidental não se encontra no racionalismo da Idade Moderna, mas em plena Era Constitucional, é manifestamente antidemocrática a omissão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em seccionar o fato da norma, ao exigir o estrito cumprimento da lei, destoando da ideia de Direito, em manifesta contradição à linguagem da República Democrática e Social de Direito, manifestamente principiológica;

a comunidade jurídica, ao seguir as ordens do legislador, como ocorre desde a origem do Estado Moderno, séculos XVII e XVIII, esqueceu-se que “o texto não existe sem a norma;

o texto não existe em sua ‘textitude’; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido) texto” (21), sendo, por isso, que *sempre sopra a realidade* (22), que não pode ser totalmente compreendida nem mesmo pela linguagem. Isso porque não é possível compreender toda a tradição histórica do Direito, tendo em vista que o ser humano é lançado em um mundo pré-existente, repleto de preconceitos puros e impuros, que nunca poderão ser totalmente absorvidos.

É por isso que Canotilho, invocando Luhmann, lembra que “as Constituições dos Estados deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas”. Depois, o autor português, citando Lenio Luiz Streck, lembra que “a associação de Estado e Constituição, Constituição e Estado, é, de resto, claramente afirmada pelos nossos interlocutores brasileiros”, os quais afirmam, com incisividade, que “uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde de uma teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação de políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição”.

Mais adiante, Canotilho aduz que as Constituições nacionais estão hoje em rede, conversando com as outras Constituições e esquemas organizativos supranacionais, que desbancam algumas normas e princípios das próprias Constituições nacionais, fazendo com que se instaure a fraqueza destas Cartas, uma vez que “quem passa a mandar, quem passa a ter o poder são os textos internacionais. Mas a directividade programática permanece, transferindo-se para estes” (23).

No Estado Constitucional não prevalece a vontade soberana do Estado, e sim a Arte da palavra, do diálogo, do contraditório, da discussão, do debate, da argumentação, da justificação, da fundamentação, da compreensão, da retórica, da hermenêutica, da práxis, da liberdade de pensamento, enfim, a Arte constitucional, à medida que o ser humano está inserido em um mundo essencialmente hermenêutico e democrático, em que *a palavra se torna rainha* (24).

A dogmática jurídica também é antidemocrática porque, em plena Era hermenêutica, democrática, laica, social, universal e líquida, proíbe que o ser humano tenha capacidade de *historicizar* a modernidade, na qual nada pode aspirar ao ‘selo da eternidade’ (25). Com efeito, a dogmática jurídica aprisionou parte do Direito, ao não compreendê-lo pela jurisdição constitucional, continuando o ser humano refém do legislador e da comunidade jurídica, ao ser mantido o mesmo mundo matemático e genético das leis, impedindo que o Direito possa reconhecer a realidade da vida, superando a metodologia jurídica do fato (26).

Como o Poder Judiciário e o Ministério Público têm o poder/dever de ser o mais democrático dos três Poderes e das Instituições, respectivamente, sempre salvaguardando a principiologia do Estado Constitucional, ampliam as suas missões constitucionais de harmonizar o paradigma da dogmática jurídica, afastando a neutralidade (o mais grave de todos os preconceitos) do legislador/intérprete/julgador, para não ser mero reflexo da neutralidade do Estado Democrático de Direito (27), já que, como refere Heidegger, “um homem verdadeiramente sábio não é aquele que persegue cegamente uma verdade. É somente aquele que conhece constantemente todos os três caminhos, o do Ser, o do não ser e o da aparência” (28).

Numa só palavra, *quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa* (29), não podendo, de antemão, abandonar-se cegamente à causalidade das próprias opiniões, para que, de maneira cada vez mais obstinada, não dê ouvidos à opinião do texto constitucional (30). É dizer, o Promotor de Justiça e o Magistrado seriam maus hermeneutas se imaginassem poder ou dever ter a última palavra, tendo em vista que a história está em curso, pelo que o ser humano nunca compreenderá

a totalidade dos acontecimentos do passado, do presente e do futuro, que estão sempre presentes e diferentes em todos os eventos da vida, significando que, quando faltam a Constituição, “o tempo e a tradição, falta-nos a chave da compreensão!” (31) do Direito.

Referências

1. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004. p. 38.
2. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 68, 93 e 98.
3. MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: _____ (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.
4. GRAU, Eros Roberto. Resenha do prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 8.
5. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*. Portugal: Almedina, 2006. p. 211-2.
6. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Trotta, 2005. p. 14, 16- 21, 24 e 28.
7. SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Editorial Trotta, 2005. p. 131-133.
8. STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 241-242. 2006.
9. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 445-452.
10. GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la consciencia histórica*. 2. ed. Traducido: Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Tecnos, 2001. p. 41.
11. ENGELMANN, Wilson. A Crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 256-259.
12. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Coisa julgada relativa? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, n.1, p. 363-364, 2003.
13. MORAIS, José Luiz Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 218, 221-222, 2004.
14. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 171.

15. ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30.
16. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 297.
17. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 243.
18. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução: Paolo Capitano. São Paulo: Bookseller, 2000. v. 2. p. 8.
19. BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução: Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 60.
20. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 302.
21. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2005. p. 175-176.
22. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre, 2005. p. 180.
23. CANOTILHO, J.J. Gomes. Desde a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p.15, 25, 28, 135-136 e 185. (1ª Parte, Videoconferência e 2ª Parte, Mesa redonda 21/02/02 – UFPR).
24. CHÂTELET, François. *Uma história da razão: entrevista com Émile Noël*. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 16.
25. SILVA, Ovídio Araújo Baptista Silva. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 264.
26. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 84.
27. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 111.
28. HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. p. 139.
29. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 358.
30. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 76.
31. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 206.