

# O direito na mudança paradigmática da pós-modernidade

Mário Soares Caymmi Gomes

## Sumário

1. Introdução.
2. Para um novo modelo de ciência.
3. A crise do direito na pós-modernidade.
  - 3.1. Contornos de uma nova teoria do Estado.
  - 3.2. O Poder Judiciário e a tripartição de funções.
  - 3.3. O direito como exercício retórico-democrático.
  - 3.4. A superação do mito do juiz neutro.
4. Conclusões.

### *1. Introdução*

Vivemos uma época de pós-modernidade, de compressão do espaço-tempo, de novas relações entre o capital e o trabalho e de disseminação de conquistas sociais na esfera legislativa, que dificilmente poderiam ser pensadas um século atrás.

O momento atual provoca nos exegetas novos desafios, dando preponderância aos direitos e valores fundamentais na prática da hermenêutica jurídica, o que os obriga a um debate focado na substância ética do direito do que a sua face puramente procedural.

Essa também é uma época em que a produção do direito deixa de ser prerrogativa exclusiva dos estados soberanos, já que cada vez mais o ordenamento jurídico internacional cria tratados e acordos internacionais que, não raro, se superpõem ao ordenamento jurídico interno. Além disso, estamos vivendo uma nova esfera de implementação dessa legislação, que deixa de

Mário Soares Caymmi Gomes é Juiz de direito do estado da Bahia. Titular da 8ª Vara da Fazenda Pública de Salvador. Mestre em Linguística pela Universidade Federal da Bahia (2009). Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC-SP (2005). Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá-RJ (2003).

ficar a cargo dos estados-membros e passa a ser perseguida por tribunais internacionais de jurisdição global.

A conformação atual do mundo, já dizia Castells (2008), é a da rede, onde tudo é fragmentário e muito pouco do que é realizado no campo da cultura é feito para durar. A necessidade de mudança é o único pilar que parece ainda não ter sido derrubado.

Todas essas transformações geraram um significativo impacto no campo da teoria do conhecimento em geral e da hermenêutica, em especial. O objetivo desse trabalho é exatamente aliar essa abordagem global ao direito, estabelecendo alguns marcos por nós eleitos como significativos para essa compreensão.

Como um recurso para alcançar esse objetivo, promoveremos, na primeira parte desta obra, uma oposição entre as premissas fundamentais daquilo que chamamos de filosofia da ciência moderna, concebida sob a influência de Copérnico e Bacon, relacionando-a com outra, aqui chamada pós-moderna, que se desenvolve sob a égide de Kuhn e Feyerabend.

Em paralelo a esse percurso, traçaremos algumas linhas de contato entre a produção de ciência, em geral, e aquela manipulada no campo do Direito, de modo a verificar que existe uma interação entre elas.

Numa segunda etapa do trabalho, elegeremos, de maneira arbitrária, quatro aspectos em que a oposição entre o arcabouço teórico do direito moderno e o pós-moderno nos parece ser mais evidente, de modo a facilitar a evidenciação dessa mudança, aguçando o interesse do leitor e estimulando-o a buscar outros exemplos e promover, por sua conta, outras análises.

O primeiro desses aspectos trata da mudança na concepção do estado, como noção cara à Ciência Política, e de que modo essa mudança se traduz num esforço de justificação da utilidade desse ente com base em um discurso teleológico, construído pela ética e implementado pela elite política.

O segundo eixo em que nos embasamos tem uma ligação estreita com o anterior. Ele diz respeito à relação de predominância entre as funções no estado atual, que deixa de lado a primazia do Legislativo pelo embate frontal entre Executivo e Judiciário, que lutam entre si pelo papel de destaque como implementadores do chamado estado de bem-estar social.

Num terceiro item, verificaremos de que modo a teoria do discurso tem influenciado a nova concepção do direito, e como esse novo modo de fazer ciência traz a implementação de importantes conquistas da modernidade, com a valorização da complexidade e o desprestígio de uma teoria da verdade, entre outros.

Por fim, será feita uma análise mitológica do papel do juiz, que tem sua função social e profissional modificada com o passar do tempo, deixando de ser neutro para constituir-se não apenas num aliado, mas no próprio garante da efetividade das conquistas constitucionais.

A abordagem que faremos é crítica, no sentido de que buscará desvendar nas entrelinhas das teorias as redes de hegemonia que nela estão subjacentes e que as sustentam, de modo que a teoria do Direito atual seja eminentemente reflexiva e voltada para a emancipação dos seus agentes, em especial dos juízes.

Trata-se de um trabalho multifacetado, que não se apegará apenas a temas exclusivamente jurídicos, mas que agregará a esses conteúdos afins com a ciência política, filosofia da ciência e teoria crítica, num diálogo multidisciplinar que buscará demonstrar a necessidade de se buscar uma nova forma de se pensar o jurídico como um instrumento pragmático, de obtenção de resultados que levem à modificação da realidade social. Aqui ele deixa de ser encarado como uma simples técnica para estar engajado na emancipação, tanto daqueles que com ele lidam – advogados, juízes, membros do Ministério Público, entre outros – como na daqueles aos quais ele é direcionado.

## 2. Para um novo modelo de ciência

Uma reflexão crítica sobre o direito como ciência não pode prescindir de uma abordagem crítica sobre o fazer científico em si mesmo.

Boa parte do direito ensinado nas universidades, e que serve de modelo à atuação judicial, ainda está baseado numa *teoria da ciência clássica ou moderna*, que compreende a ciência como uma decifradora da natureza por meio da mais perfeita das linguagens: a matemática.

Essa teoria surgiu com o Iluminismo e a sua aposta irrestrita na razão como um potencial ilimitado de conhecimento, que chegaria ao ponto de substituir ao próprio Deus. O vetor do saber parte do real para o sujeito, que o desvenda por meio do método cartesiano de progressão paulatina e controlada de sua complexidade, o que só pode ocorrer tendo em vista a absoluta neutralidade do sujeito e a transparência do objeto ao rigor científico.

Só merecia o adjetivo de “científico”, dentro dessa que seria uma peculiar *formação discursiva*, segundo Foucault (2005), aquilo que se submete ao método e aos rigores empíricos dos modelos utilizados pelas ciências da natureza.

Sua característica mais marcante era a descoberta das leis escondidas pelos fenômenos mais evidentes, e que servia para mascará-los. A razão faz com que tudo seja previsível.

Estava aí subjacente uma filosofia de culto à ordem, mecanicista, que tomava a natureza como uma máquina inerte e passiva. Por esse viés, segundo Prigogine e Stengers (1997), o mundo se deixa descobrir pelo intelecto humano por meio de uma racionalização totalitária que não conhece limites e que tende a reduzir as conclusões dessa investigação em termos alienantes do contexto, de modo a fazer imperar uma total homogeneidade.

Sobre esse mesmo tema, Knorr Cetina (2005) afirma que esse período da produção

científica se baseava em quatro pilares conceituais: a) na autonomia da ciência, que se desenvolveria sem vincular-se a qualquer influência externa; b) na produção científica como uma atividade cumulativa e necessariamente progressiva, rumo à verdade; c) na disseminação, entre os membros da comunidade científica, dos princípios do universalismo e desinteresse; d) por fim, na falta de influência da cultura na produção da ciência.

No Direito, a filosofia positivista de culto à norma como núcleo supremo do jurídico, que impõe a depuração de seu objeto de análise pela exclusão de qualquer consideração acerca da moral e do justo (KELSEN, 1984), alinha-se a essa corrente filosófica.

Hoje em dia, no entanto, esse modelo de ciência propalado por Bacon, Descartes e Kant tem recebido golpes certeiros em sua crença na racionalidade absoluta de seus métodos e no rigor de suas experiências.

Um desses golpes veio com a obra de Kuhn (1995), que demonstrou que, ao contrário do que se pensava, a ciência não avança pela simples acumulação de conhecimento. A produção do que ele chama de “ciência normal” parte do pressuposto de que o mundo já é conhecido, que se sabe como ele se comporta e que já se tem uma boa noção de suas leis. Por tal razão, os novos experimentos visam unicamente confirmar essa visão. As revoluções científicas, por sua vez, aparecem quando se apresentam leis ou métodos alternativos que destoam desse núcleo aparentemente estável, de modo a transformá-lo de modo substancial.

A tese dos paradigmas consistiu numa tentativa de retirar da ciência o seu véu sagrado, permitindo que nela se pudesse ver uma face histórica, mutável com o passar do tempo, tributária do momento em que é produzida e de suas condicionantes contextuais. Destarte, os fatos científicos, longe de serem unidades que existem independentemente de nós no mundo,

tornam-se produtos de uma construção, por meio do método de trabalho do cientista, e não um dado que já está lá, apenas à espera de ser vertido em enunciado pela via da linguagem.

Nesse mesmo diapasão, Knorr Cetina (2005, p. 61) afirma que “[...] os produtos da ciência são construções contextualmente específicas que levam as marcas da contingência situacional e da estrutura de interesses do processo pelo qual são gerados, e que não podem ser compreendidos adequadamente sem uma análise de sua construção.”

Feyerabend (1989) potencializa essa crítica ao máximo, quebrando com o prestígio do conhecimento científico como saber superior, defendendo que seja valorizada uma “atitude humanista” que rejeite os padrões universais e adote o princípio do “vale tudo”, pelo qual a violação de regras não é apenas bem-vinda como também desejável para o progresso da ciência. Esse fato se baseia na concepção de ciência do autor que comprehende que todas as metodologias têm as suas limitações e a produção de saber científico não passa de uma espécie de crença.

Outro forte impacto recebido na concepção teórica da ciência moderna deu-se com a Teoria do Caos (GLEICK, 1987) cujo efeito imediato é o questionamento de barreiras estanques entre os saberes, que cada vez mais são concebidos sob a égide da complexidade. Esse tema também vem sendo amplamente desenvolvido na rica bibliografia de Morin (2005), que demonstra que uma nova forma de pensar a ciência não é apenas inovadora, mas, também, necessária se queremos, de fato, compreender de um modo mais completo os fenômenos que são submetidos à análise do corpo científico.

É em decorrência disso que nessa nova fase exige-se do homem da ciência uma postura crítica em relação à produção e circulação do saber, visto que esse não resulta de uma simples constatação do mundo como ele é, mas é resultado de uma cons-

trução, um constante fazer ou, se preferir outro termo, um vir-a-ser.

Por meio dessa atitude crítica, nenhuma produção de conhecimento, seja ela ou não rotulada de ciência, produz-se como uma linguagem depurada, neutra, matematicamente precisa, capaz de refletir o mundo tal qual ele é. O ato epistemológico é sempre tributário do lugar social de quem o produz, ou seja, ele é um saber contextualizado e fragmentário, sabedor de que a busca por essências imutáveis nos objetos estudados não passa de uma ilusão ideológica.

A aplicação dessa teoria ao direito fez com que Clève (2001) salientasse a importância de que ele seja estudado no bojo de sua face política e enquanto espaço da luta de classes.

Por esse ponto de vista, o cientista (aí incluído o jurista) deixa de ser o sujeito de laboratório, asséptico, apegado aos dados e aos números, axiologicamente neutro e despido de preconceitos. A missão da crítica é exatamente humanizar a ciência, demonstrando que ela é tão falha quanto aquele que a gera.

Na pós-modernidade, e em especial nas ciências sociais (no interior das quais inserimos o direito), aprendemos com os pragmatistas que o mundo somente existe para nós como parte de um jogo simbólico (WITTGENSTEIN, 2002), e não apenas como moléculas que formam sólidos, líquidos e gases. Por tal razão, as coisas somente passam a ter significado para nós quando inseridas no campo da cultura. Com a psicanálise (FREUD, 1997), verificamos que o homem é clivado pelo inconsciente e, por tal motivo, não é senhor de si mesmo nem das suas vontades. Com Marx (1999), sabemos que a forma como nos relacionamos com os nossos semelhantes e com os objetos que nos cercam é tributária das relações de produção impostas pela classe social dominante.

O direito recebe o impacto desse novo paradigma. Ele deixa de se respaldar na neutralidade do sujeito, na transparência

do objeto e na pureza da linguagem para dar destaque à dimensão *política* do sujeito, à *complexidade* do objeto e ao caráter *pragmático* da linguagem.

Com base nessa premissa, que toma o ato de interpretação como uma *praxis* aberta, que nega ao real e aos dados da experiência uma dimensão ontológica distinta da matéria humana, dissolvendo qualquer limite rígido entre sujeito e objeto (STRECK, 2007), é que desenvolvemos o tema em questão promovendo, com isso, uma aplicação prática da teoria da mudança paradigmática de Boaventura Santos (2005).

A seguir, e aprofundando-nos mais no tema, verificaremos as premissas conceituais da teoria da pós-modernidade e de que maneira podemos relacioná-la com uma nova forma de pensar o direito.

### *3. A crise do direito na pós-modernidade*

A teoria da pós-modernidade se assenta na modificação do modelo de produção capitalista hoje em vigor.

Segundo Harvey (2005), o liberalismo idealizado pelas revoluções burguesas do século XIX encontrou o seu ápice na economia fordista, baseada em maquinário pesado e na política da intervenção limitada do Estado na economia e na vida privada dos cidadãos. Hoje, no entanto, esse modelo encontra-se desgastado pelo reconhecimento, por meio do estado social democrático, de que o modelo liberal é incapaz de distribuir as riquezas necessárias ao bem-estar de todos.

O estudo de Castells (2008) vai mais adiante ao sustentar que hoje vivemos na nova fase capitalista do “informacionilismo”, que significaria um certo tipo de acumulação flexível, que se vale da tecnologia para a geração de conhecimento e migração de capital, sem reconhecimento de fronteiras.

Faria (1999) salienta que, neste cenário globalizante, os referenciais institucionais, organizacionais, políticos e jurídicos, for-

jados desde o século XVII, perderam a sua centralidade e exclusividade, de modo que a preocupação pelos problemas nacionais é deixada de lado em prol do internacionalismo e da formação de blocos de Estados e organismos multinacionais que, por sua vez, passam a condicionar toda a pauta econômica, jurídica e social do globo.

Na atualidade pós-moderna, o poder e o direito não têm um centro de referência absoluta (TWINNING, 2000; SANTOS, B., 2005); a soberania dos estados é cada vez mais tênue e vem sendo substituída pela teoria do poder constituinte como uma tentativa de se conceber esse conceito como um dispositivo instrumentalizador do princípio democrático (BERCOVICI, 2008).

E não é só no âmbito do capital e dos estados que podemos mencionar como reflexos da fratura da pós-modernidade no mundo de antanho.

Também na esfera íntima, da subjetividade, o homem é diferente daquele que viveu em tempos modernos. Bauman (2000), outro conhecido analista da contemporaneidade, salienta que hoje em dia o homem se movimenta no terreno da incerteza, já que os lugares sociais tradicionais (família, emprego etc.) têm sofrido mutações severas, a ponto de não mais servirem como referencial de comunidade. Por essa razão, o indivíduo, hoje, vive como uma mònada, a construir e reformular o seu lugar e a sua identidade. É a ele que é outorgado o dever de dar sentido à sua existência, já que não pode recorrer a um nenhum objeto estável que possa fazê-lo por ele.

Esses fatores acabaram por trazer resultados na esfera política. Se ela podia ser vista como uma disputa entre agendas de alternativas estanques, polarizadas por grupos (direita e esquerda) e partidos políticos, hoje o fazer político não pode ser mais situado no restrito campo governamental. A sua importância está fragmentada entre o antigo modelo estatal e os múltiplos atores transnacionais e organizações civis de todo tipo que também exploram politicamente

os seus propósitos e lutam entre si pela hegemonia.

A época moderna resultou em uma hermenêutica individualista dos direitos fundamentais do homem, que deveriam servir ao sujeito como garantia contra os excessos do Estado, o que lhes emprestava um conteúdo de limitação ou de *non facere* (STRECK, 2007).

Isso se perdeu com o advento da pós-modernidade desde que o capitalismo, reconhecendo a sua incapacidade de distribuir condições dignas de existência material a todos, passou a tornar o estado o garante de um piso mínimo de solidariedade.

Em conclusão, podemos afirmar que o impacto da pós-modernidade, como sendo um conjunto de fatores que trazem aos elementos tradicionais da teoria jurídica uma mudança crucial, pode ser sintetizado da seguinte forma, de acordo com Bittar (2003, p. 79-80):

“[...] perdem significação: a universalidade da lei, pois os atores sociais possuem características peculiares não divisáveis pela legislação abstrata; o princípio da objetividade do direito, que o torna formalmente isento de qualquer contaminação de forças políticas, quando se sabe que a legislação vem formulada na base de negociações políticas e partidárias; a idéia da contenção do arbítrio pela lei, fator em descrédito frente à ineficácia e à inefetividade das atitudes de combate à corrupção e às taxas elevadíssimas de impunidade; a regra da igualdade perante a lei, como garantia da indistinção e do deferimento dos mesmos direitos a sujeitos igualmente capazes e produtivos no mercado, quando se sabe que as oportunidades são maiores para uns e menores para outros; a idéia de que a codificação representaria uma obra científico-legislativa, obra-prima do saber jurídico, com disciplina única e sistemática das matérias por ele

versadas, insuscetíveis de lacunas e de erronias, possibilitando a exegese harmônica do sistema, quando se sabe que os códigos possuem o mesmo potencial de dissincronia com as mudanças sociais que os demais textos normativos; a tripartição clara das competências das esferas e das instâncias do poder como forma de manter o equilíbrio do Estado, o que na prática resulta em dissintonia entre as políticas legislativas, as políticas judicárias e as políticas administrativas e governamentais, criando Estados simultâneos orientados por valores desconexos; a idéia da democracia representativa como fomento à igualdade de todos e à realização da vontade geral rousseauiana, quando se sabe que a população vive à mercê dos usos e abusos na publicidade, no discurso e na manipulação políticas; a intocabilidade da soberania, como forma de garantia da esfera de atuação com exclusividade dos poderes legislativos, jurisdicionais e executivos em bases territoriais fixas e determinadas na ordem internacional, quando se sabe que a interface da internacionalização dos mercados e da interdependência econômica tornam inevitável o processo de integração; [...]”.

Essas mudanças no campo do jurídico ficam ainda mais evidentes se examinamos, como exemplo, as transformações ocorridas em quatro de seus pilares tradicionais:

- a) o conceito de estado;
- b) a teoria da divisão de poderes;
- c) o discurso centrado no real e na verdade;
- d) a neutralidade do juiz e a sua despolitização.

### 3.1. *Contornos de uma nova teoria do estado*

Uma teoria crítica do Estado nos informa que ele não existe por si mesmo visto estar inserido na história e vinculado ao

contexto das lutas de poder hegemônicas travadas no seu interior (MIAILLE, 2005).

Com base no novo paradigma pós-moderno, todo Estado deve ser entendido como uma construção social que foi arquitetada para transformar a realidade de certa maneira. O modo como isso deve ocorrer está estampado em sua Constituição, que deve almejar o bem comum por meio da satisfação de certas garantias jurídicas e necessidades básicas, elementos esses a serem compreendidos como o seu pacto fundamental, a pautar todo o seu agir.

Longe de interpretações simplistas da realidade que opõem, de um lado, um estado que é puro poder e coação e, do outro, indivíduos coagidos e oprimidos sob o seu jugo, a nova concepção do Estado vê a sociedade de modo complexo. Esse novo modelo, que segue as lições de Foucault (2004), reconhece que as lutas hegemônicas não estão situadas apenas no enquadre estatal, mas também estão disseminadas numa miríade de relações de nível microfísico como a igreja, a escola, a universidade, o escritório, a família e tantos outros espaços onde relações de poder e dominação são travadas, reguladas e influenciadas.

De igual modo, a nova concepção da teoria da ideologia, que Marx (1999) definia como uma “falsa consciência”, que opunha burguesia e proletariado, em prejuízo desses últimos, deixou de ter um sentido monolítico. A partir do trabalho de Abercrombie, Hill e Turner (1996), verificamos que a ideologia é um campo fragmentário, que se refrata em inúmeras concepções de identidade e por variados tipos de resistência, o que nos leva a pensar o estado como um repositório de acordos sociais e estratégias hegemônicas em constante mutação, longe de alcançar um resultado estável por muito tempo.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Marilena Chauí (2001, p. 3) define a ideologia em termos pós-marxistas como “forma específica do imaginário social moderno, é a maneira necessária pela qual os agentes sociais representam para si mesmos o aparecer social, econômico e político, de tal sorte

A grande discussão que atualmente se levanta, por meio da nova teoria do estado hoje gestada, é a da legitimidade, que nos convida a questionar criticamente as opções políticas feitas pelos governantes e legisladores e que, por outro lado, não se satisfaz com a tese da democracia como um expediente puramente procedural.

Agora não basta apenas a obediência a um rito consagrado por meio de uma norma hierarquicamente superior, que pretendia, sob os auspícios da mentalidade positivista moderna, esgotar-se em si mesmo como fonte única do direito que identifica legalidade com legitimidade. O debate pós-moderno instaura uma discussão sobre a necessidade de opor a esse discurso formalista uma conquista ética e moral, polêmica essa que Streck (2007) adverte estar no centro de uma tentativa de justificação solidária do estado. Também é por essa lógica que Boaventura Santos (2005) nos fala que o império da racionalidade cognitivo-instrumental deve ser substituído pela racionalidade do conhecimento-emancipação, tendente a capacitar os agentes à discussão racional dos pressupostos éticos do saber e do poder, de modo a prestigiar, em especial, o princípio da comunidade.

São essas noções que perpassam, por exemplo, uma obra pós-moderna sobre a teoria geral do estado de Morris (2005), por exemplo.

Para ele, o estado não deve ser tomado como um objeto acabado ou uma necessidade absoluta. Ele é, por um lado, um artifício e, por outro, um instrumento para a obtenção de imperativos de justiça e legitimidade. Por tal razão, “os Estados devem ser justificados em função de como beneficiam o povo; idealmente, portanto, eles se destinam a ser aventuras coopera-

que essa aparência (que não devemos simplesmente tomar como sinônimo de ilusão ou falsidade), por ser o modo imediato e abstrato de manifestação do processo histórico, é o ocultamento ou a dissimulação do real”.

tivas para vantagem mútua" (MORRIS, 2005, p. 25).

Por isso, o estado não é uma entidade autônoma nem um organismo com vida própria, destacada, em absoluto, das necessidades de seus membros. O seu traço característico mais acentuado é o "compromisso de fidelidade" com os seus cidadãos, prometendo e cumprindo as suas promessas. Por essa via, um Estado só se torna justificado se ele respeita a justiça, em especial os direitos humanos fundamentais.

Outra obra que segue a mesma linha é a teoria do estado de Martin Kriele (2009) em que a função da legitimidade predomina desde o primeiro capítulo, no qual se destaca a necessidade de o Direito não ser reduzido à forma ou à lei, já que, para além desses elementos, ele também está ligado à moral e, assim sendo, estando comprometido, desde a raiz, com a instrumentalização de uma pauta mínima de existência digna.<sup>2</sup>

Por esse viés, o estado não é. Ele não é o final da experiência política humana, mas um vir-a-ser mutável no decorrer da história, ideia essa que se afina com a ideia de Streck (2007), que separa a evolução da ideia de Estado em três fases distintas.

Em primeiro lugar, o estado liberal de direito, nascido com a ascensão hegemonic da burguesia capitalista ao poder, era pautado pelo absoluto individualismo e a doutrina absenteísta, que busca provocar a menor intervenção possível no campo econômico. Com o passar do tempo, e encontrando-se o sistema de produção capitalista em sua fase madura, reconhecida a sua incapacidade de promover o bem comum, instaura-se, desde então, a partir do pós-guerra, o estado social de direito, que já admite a intervenção como mecanismo de disciplina e extirpação dos excessos da

<sup>2</sup> Isso fica claro quando o autor afirma na obra citada que "[...] um poder público é legítimo quando vale como completamente justificado aos olhos de seus subjugados. Na atualidade, um poder público só vale como justificado, quando puder ser fundamentado através de considerações materiais-racionais" (KRIELE, 2009, p. 54).

liberdade contratual e econômica, além de reconhecer princípios comuns e intrínsecos à dignidade humana. Por fim, diz ele, estamos vivendo o modelo do estado democrático de direito que "pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar níveis reais de igualdade e liberdade" (STRECK, 2007, p. 38).

Essa fase do Estado Democrático implica uma tentativa de "refundação" desse termo, de modo a suprimir o hiato antes existente entre estado e sociedade, de modo a reconhecer a importância dos partidos políticos, grupos de interesse e iniciativas individuais como elementos importantes na formulação das leis e nos acordos de governabilidade.

Parafraseando Marx, poderíamos dizer que o que importa para esse novo modelo de estado não é mais interpretar as necessidades humanas, mas efetivamente torná-las realidade pela transformação das ideias sobre o ente estatal, de modo a capacitar os agentes sociais como coautores da aventura em prol do comunitarismo e do seu legado de princípios.

Por meio desses pensamentos, averiguamos que a noção do estado contemporâneo passa pela noção de justiça democrática e social e que "uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou, de uma vez para sempre, as leis justas. Uma sociedade justa é uma sociedade onde a questão da justiça permanece constantemente aberta" (CASTORIADIS, 2007, p. 122).

### *3.2. O Poder Judiciário e a tripartição de funções*

A teoria da divisão das funções tornou-se o princípio básico regulador do estado constitucional moderno, por meio do qual foram consolidados os direitos individuais e a proteção dos súditos contra os excessos reais, com a imposição de limites ao poder.

Além disso, com essa teoria também se procurou garantir uma certa dose de participação popular na formação da vontade estatal, germen insofismável do princípio democrático.

Os estudos dos filósofos e cientistas políticos, tais como Locke, Hobbes, Montesquieu e Rousseau, concediam a preponderância, nesse esquema de divisão, ao legislativo, considerado fonte e verdadeiro fundamento do estado, enquanto o judiciário, em relação aos demais, nem tinha uma posição de independência ou destacada importância.

É por essa razão que Montesquieu (2000) prepuinha que o judiciário fosse designado como “poder executivo das coisas que dependem do direito civil”, a ser composto por membros do povo, necessitando funcionar apenas por determinados períodos do ano, durante o tempo que a necessidade requer. A tanto ia a falta de uma verdadeira independência dessa função que ele chega a dizer que o poder de julgar “[...] é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir esse efeito” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172). Os magistrados, seguindo as lições desse mestre, deveriam limitar-se a ser “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem o seu rigor” (Idem, p. 183).

Como pode-se ver, a lei era considerada a fonte das fontes, como sustenta Tavares (2003) e, por ser expressão da vontade geral, era identificada ao próprio direito.

A transição do Estado de Direito ao Estado de Bem-estar Social fez com que houvesse uma modificação na própria concepção de lei que, longe de ser elaborada com expressões de suposta interpretação unívoca, passaram, em especial nas Cartas Políticas, a conter termos de conteúdo semântico aberto – polissemia – a que exigir do magistrado uma atividade integrativa

incessante para o preenchimento dessas lacunas, com vistas à sua adaptação aos casos concretos submetidos ao seu crivo.

De outra parte, e ainda em decorrência das mudanças experimentadas pela aceleração do tempo da pós-modernidade, a maior instância produtora de legislação passou a ser o Executivo que, por meio de expedientes com nomes diversos como, v.g., Medida Provisória, no Brasil; decretos de necessidade e urgência, na Argentina; decretos, no Peru etc., vem conseguindo implementar a sua política na esfera legislativa com retardo menor do que o naturalmente imposto pelo tradicional procedimento de elaboração das leis.

Por fim, como um outro fator de mudança paradigmática da concepção da lei, podemos apontar a influência dos grupos de pressão na defesa de seus interesses, que condicionam a pauta do Executivo e exercem forte apelo aos deputados e senadores, não sendo incomum a contratação de pessoal, com destaque para os chamados *lobistas* (para um apanhado mais completo desse fenômeno, Cf. GOMES, M., 2005).

A antiga noção de lei, assim, perdeu a sua aura de primado máximo do direito. Esse rompimento com o legalismo aconteceu, de acordo com Hespanha (apud TAVARES, 2003, p. 53), por três fatores especiais: “(i) desobediência generalizada à lei; (ii) não-aplicação ou aplicação seletiva das leis pelos órgãos oficiais; (iii) ineficiência da aplicação coercitiva da lei entre os particulares”.

A crise da legalidade deixou patente que não adiantava apenas criarem-se leis. Era necessário que houvesse coragem e disposição para fazê-las cumprir, daí o avançamento do executivo.

Por outro lado, também fazia-se necessário que os cidadãos não ficassem à mercê apenas do executivo para a implementação dessas leis. O novo paradigma pós-moderno do direito amplia a legitimação dos atores sociais para a produção de efeitos conformes a Constituição, e admite que o

judiciário também exerce um importante papel na concretização dessas promessas. Os magistrados, portanto, deixam de atuar apenas como coibidores dos excessos de interferência do estado na esfera subjetiva individual para se tornarem catalisadores de mudanças sociais, especialmente no caso de mora estatal.

Cappelletti (1999), confirmando a nossa assertiva, salienta que, concomitante com o alargamento do espaço de atribuição do executivo e com a explosão do garantismo social e o crescente aumento da interferência privada por meio da legislação, também o judiciário teve a sua dimensão tornada mais complexa, em especial pela expansão da criatividade dos juízes no desempenho de seu labor, em especial na interpretação da lei e, ainda, pela teoria da superioridade normativa da Constituição, que põe o juiz em lugar de destaque em relação às demais funções estatais.

Esses fatores ajudam-nos a perceber que a configuração e a realidade do Estado não é algo fixo. A noção do que é o Estado é algo mutável, em certa medida, com o passar dos tempos, o que nos obriga a afastar qualquer tipo de ideia que nos leve a concebê-lo como uma essência petrificada, mas como um tornar-se, uma construção.

Sob essa perspectiva crítica, Cornejo (2002) nos indica que a complexidade social do mundo atual interpela os magistrados de maneira peculiar visto que eles são arrastados para um conjunto contraditório de vetores, entre os quais se destacam uma formação ainda fortemente pautada pela tradição positivista, que reduz o direito à norma e, de outro lado, uma nova maneira de se conceber a *práxis jurídica*, cada vez mais intervencionista e, a um só tempo, por um direito deslegalizado em favor do executivo ou, então, superlegalizado em virtude dos valores, princípios e normas programáticas insertas nas Constituições.

O magistrado, nesse panorama, vê-se clivado por uma necessidade de produzir cada vez mais sentenças, como se estivesse

numa fábrica que remonta ao capitalismo fordista, em que o seu labor é reputado algo corriqueiro e trivial tal qual o aperto de um botão ou o torno de um parafuso, e, ao mesmo tempo, é interpelado pelo desempenho de uma função social relevante que demanda tempo e um quê de sensibilidade para afinar-se ao apelo desesperado do outro nas ações de obrigação de fazer para fornecimento de medicamentos de alto custo, para combate à corrupção, e para o controle das políticas públicas.

O juiz da pós-modernidade é, portanto, aquilatado, a um só tempo, pela sua capacidade de superação do monstruoso volume de trabalho que lhe é designado ante as arcaicas condições de trabalho, que ainda levam o pessoal de apoio a amarrar autos com barbante e a numerar folhas e a carimbá-las e, a um só tempo, pela sua capacidade de desempenhar o esperado anseio social de “politização da justiça” ou “ativismo judicial” que são o último recurso do cidadão contra a ineficiência de um estado cada vez mais cego às metas que ele impõe a si mesmo.

Esse conjunto de circunstâncias nos permite verificar que a configuração de repartição das funções do Estado, concebida como mecanismo de governabilidade e, ao mesmo tempo, garantia do cidadão, está em colapso em relação à sua concepção original, exigindo que os magistrados, sendo elite tecnicamente competente, venham em seu socorro e busquem, pela sua politização e protagonismo, a adoção de medidas que diminuam o fosso entre a realidade legislativa e o mundo em que vivemos.

### *3.3. O direito como exercício retórico-democrático*

De Platão a Descartes (pelo menos) que se discute o conceito de verdade na filosofia, como a possibilidade da língua de refletir o mundo tal como ele é, sem distorção.

Galileu, por exemplo, dizia que a língua do universo “está escrita em língua

matemática, e os caracteres são triângulos, círculos e outras figuras geométricas, e sem tais meios é impossível entender humana-mente algo a seu respeito" (apud BANFI, 1986, p. 84). O conhecimento perfeito, por-tanto, deve ser tão preciso e transcenden-te quanto o são as formas geométricas.

No paradigma pós-moderno, que se apoia no culturalismo e na crítica do real, nenhuma instância pode-se dizer monopo-lista da verdade nem a sua dona, já que na pós-modernidade a ninguém é dado dizer ou ter a última palavra sobre algo. Por isso, os teóricos desse movimento salientam que tudo que existe está sujeito a múltiplas miradas e interpretações. O mundo está fragmentado e já não mais existe espaço para uma noção tão antidemocrática como essa da verdade, que tolhe os sujeitos de questionar continuamente o que existe, na busca de novas respostas sobre o seu ser.

É por esse viés, por exemplo, que Barthes (1988) proclama a morte do autor como uma forma de potencializar a parti-cipação do leitor na produção de sentidos da obra de arte literária.<sup>3</sup> De igual modo, o direito tem pregado a morte do chamado originalismo, que concebe o legislador como o dono dos sentidos da norma por ele editada, repositório fixo e imutável de sentidos, segundo a tese amplamente desenvolvida em especial em parcela dos constitucionalistas norte-americanos (Cf. RAKOVE, 1997), para considerá-la como o início de um discurso que leve em conta o caso concreto, a argumentação tópica e o contexto.

<sup>3</sup> "Uma vez afastado o Autor, a pretensão de 'decifrar' um texto se torna totalmente inútil. Dar ao texto um Autor é impor-lhe um travão, é prové-lo de um significado último, é fechar a escritura. [...] Na escritura múltipla, com efeito, tudo está para ser *deslindado*, mas nada para ser *decifrado*; a estrutura pode ser seguida, 'desfiada' (como se diz de uma malha de meia que escapa) em todas as suas retomadas e em todos os seus estágios, mas não há fundo; a escritura propõe sentido sem parar, mas é para evaporá-lo: ela procede a uma isenção sistemática do sentido" (BARTHES, 1988, p. 69).

Como se vê, o pólo hermenêutico preponderante deixa de ser o objeto a ser compreendido, ou o fato a ser subsumido às prescrições legais, movendo-se no sentido do sujeito conhecedor. Isso, por sua vez, implica uma relativização do mundo como um repositório autossuficiente de sentido, o que resgata a tese kantiana de que a apre-ensão do objeto-em-si é impraticável e, por esse modo, as coisas são apenas o que são na medida em que participam do fluxo se-miótico de produção de sentido e, portanto, não podem dele se desvincular.

Ciente desse problema, Patterson (1996, p. 151) aponta a diferença entre uma teoria da verdade moderna e outra, pós-moderna, salientando que:

"De um ponto de vista modernista, a 'verdade' denomina a relação entre uma proposição enunciada e algum estado de coisas que faz essa pro-posição verdadeira. A visão que eu identifico como 'pós-moderna' rejeita o projeto de solucionar a conexão entre proposições e o que as faz ver-dadeiras. De um ponto de vista pós-moderno, dizer que alguma proposição é verdadeira é o mesmo que dizer que 'um falante adequadamente colo-cado que usasse essas palavras nesse sentido seria plenamente afiançado/ justificado (*warranted*) em tomar como verdadeiras essas afirmações naquela situação'" (Hillary Putnam)

O centro da verdade, portanto, não é o mundo, mas o sujeito. Os objetos só nascem como tais se se puder reconhecer neles a sua face humana e, por isso, não valem por si mesmos, mas enquanto articulados no conjunto de propósitos e finalidades que são característicos de uma teoria da ação pragmática (RORTY, 2002).

É a essa relativização da noção de ver-dade que Foucault (1999) se refere quando sustenta que a verdade também tem uma história e que ela não pode ser tida como uma essência, assim como o próprio sujeito do conhecimento tem uma história e muda

com o tempo. São as práticas sociais, as formas como se disciplinam e organizam os discursos ao redor de determinados temas que criam a verdade como um modo de consenso e não como reflexo daquilo que é. Ele conclui:

“As práticas judiciais – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas jurídicas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas” (FOUCAULT, 1999, p. 11).

Com base nessa premissa, exige-se do juiz não uma atitude meramente passiva no que tange à interpretação e aplicação da lei. É dever do magistrado manter o espírito crítico e aferir, com base no caso concreto, a melhor solução para o caso, o que não se coaduna com a superfície textual e os sentidos imediatos de uma exegese literal. O sistema jurídico completo precisa ser pensado e justificado em cada uma das decisões proferidas, de modo que o ato de julgar deixe de ser uma busca mecânica de correspondência do fato à norma. Aliás, com base nos ensinamentos aqui adotados, não seria possível chegar-se a alcançar tal correspondência, na medida em que nem o fato nem a norma possuem uma existência que possa ser abstraída da experiência e da cognição humana.

Destarte, ao magistrado cabe essa liberdade que a morte da verdade lhe traz e,

a um só tempo, a suma responsabilidade de, carecendo de um pilar robusto que possa amparar o seu silogismo, estabelecer discursivamente, por meio de uma fundamentação coesa, ética e democrática, os fundamentos humanos (e não apenas legais ou supralegais) que o fizeram chegar ao seu convencimento.

Isso permite que o princípio democrático não acabe sendo deturpado pela “tirania da maioria”, circunstância essa que vem sendo apontada como a principal fraqueza da concepção representativa da democracia. Por meio de ações de fiscalização dos atos dos demais poderes, e de ações coletivas e individuais, o Judiciário, ainda que composto por uma minoria, é convidado a avaliar as premissas democráticas e, pela via do discurso, legitimar-se pela linguagem, com argumentos contundentes e analistas experimentados e afinados com o seu tempo e com os ideais constitucionais, qualidades essas que deveriam estar incorporadas ao perfil de todos os magistrados.

### *3.4. A superação do mito do juiz neutro*

No Estado de Direito originário do liberalismo, segundo o espírito postulado por Montesquieu, o magistrado tinha o mesmo perfil do cientista das ciências naturais: era devotado à sua função, completamente neutro, alheio aos problemas sociais, partilhando a crença de que a razão pura podia solucionar todos os dilemas da aplicação da lei. Desse modo, a atitude interpretativa do magistrado era encarada como uma operação mecânica, assim como o físico via o mundo como uma máquina cujos segredos ele conseguiria desvendar por meio da experimentação e da disciplina científica.

Esses caracteres compõem aquilo que Foucault (2005) chama de “formação discursiva”, composto pelas ideias predominantes em cada época a respeito de certos temas, estabelecendo em seu entorno um sistema de regras de aglutinação de enunciados em determinado sentido, que limitam não apenas aquilo que pode ser

dito, mas também como esses dizeres serão recebidos pelos seus membros.<sup>4</sup>

O modelo de juiz do paradigma liberal não é o mesmo da pós-modernidade já que, nesta, é enfatizado o seu dever de implementar, nos seus julgados, os valores do Estado Democrático de Direito, com a adoção de um papel hermenêutico ativo em prol da legitimação das promessas constitucionais de justiça e igualdade.

Quando se pensa, hoje, no juiz, não se pode fazê-lo como reflexo de um “super-homem” que é diferente dos demais mas como alguém sensível às necessidades sociais. O magistrado é alguém que sabe ser clivado pelo inconsciente que precisa manter uma atitude crítica com relação a eles. Cabe a ele, ainda, valorizar a sua expe-

e sabe (ou deveria saber) como lidar com esses sentimentos na hora de julgar.<sup>5</sup>

A oposição entre essas formações discursivas pode ser bem delimitada na de Luiz Flávio Gomes (1997) na medida em que ele diferencia três tipos de discurso sobre o juiz, cujas principais características compilamos na tabela abaixo.

Não se pode negar, hoje, que o juiz também é um ser político, já que é impossível a qualquer indivíduo despir-se dessa faceta que faz dele quem ele é. Dentro dessa perspectiva, trabalhamos com o juiz como um agente político, afirmação essa que tem encontrado apoio em boa parte da doutrina estrangeira e nacional (HIRCHL, 2004; SHAPIRO; SWEET, 2002; GUARNIERI; PEDERZOLI, 2002; CAPPELLETTI, 1999;

<i>Juiz segundo o modelo empírico-primitivo</i>	<i>Juiz segundo o modelo tecnoburocrático</i>	<i>Juiz segundo o modelo democrático contemporâneo</i>
<p>Seleção sem preocupação com o aspecto técnico;</p> <p>Inexistência de concurso público;</p> <p>Escolha político-partidária;</p> <p>Adoção da “cooptação” como forma de seleção;</p> <p>Nível de serviço precário;</p> <p>Ausência de grandes discussões jurídicas;</p> <p>Juiz de perfil deteriorado, asséptico, neutro, nada politizado;</p> <p>Subordinação ferrenha;</p> <p>Inexistência ou precário controle de constitucionalidade das leis;</p> <p>Cultura jurídica positivista-legalista.</p>	<p>Magistratura técnica, burocrática, hierarquizada, “eunuco político”;</p> <p>Seleção dos juízes por concurso;</p> <p>Estado de Direito regido pela legalidade e distante da constitucionalidade;</p> <p>Inexistência de Democracia Substancial;</p> <p>Pouca sensibilidade para as desigualdades sociais;</p> <p>Rígido positivismo legalista;</p> <p>Não aceitação da Jurisdição Internacional;</p> <p>Juiz de perfil deteriorado, legalista, asséptico, neutro, “carreirista”;</p> <p>Independência mais formal.</p>	<p>Seleção técnica de juízes;</p> <p>Primazia do controle de constitucionalidade;</p> <p>Juiz politizado, engajado eticamente;</p> <p>Conhecedor do Direito Internacional, em especial dos Direitos Humanos;</p> <p>Domínio da Jurisprudência Internacional;</p> <p>Reduzida burocacia;</p> <p>Magistratura “pluralística e dinâmica”;</p> <p>Liberdade de associação;</p> <p>Preocupação com a construção do modelo constitucional.</p>

riência pessoal na atividade de julgar, e não tentar extirpá-la a todo custo. O juiz tem medos, vontade de progredir na carreira,

AGUIAR JÚNIOR., 2006). Não estamos falando de política partidária, que é vedada ao magistrado, mas de sua *politização hermenêutica*.

Essa lição vem sendo cada vez mais repetida na doutrina brasileira, como podemos observar do trecho adiante coligido:

<sup>4</sup> Foucault (2005, p. 43) denomina a noção de formação discursiva da seguinte maneira: “no caso em que se puder descrever, entre um certo número de enunciados, semelhante sistema de dispersão, e no caso em que, entre os objetos, os tipo de enunciação, os conceitos, as escolhas temáticas, se puder definir uma regularidade (uma ordem, correlações, posições e funcionamentos, transformações), diremos, por convenção, que se trata de uma *formação discursiva* [...]”.

<sup>5</sup> Para uma análise mais completa das diferentes metáforas que circundam a mitologia da identidade do juiz vide a nossa dissertação de mestrado (GOMES, M., 2009).

“Os membros do Poder Judiciário devem ser considerados como agentes políticos porque participam, por meio de suas decisões (sentenças), das atividades sociais, do ajustamento de planos econômicos e da reformulação de políticas públicas, formadoras do Estado Democrático de Direito. [...]”

Assim, o juiz, enquanto atua como agente político, concentra poder e autoridade para aplicar os princípios de igualdade e de justiça social nos casos concretos e para direcionar juridicamente o funcionamento do Estado” (HESS, 1995, p. 48).

O papel do juiz é político pois dele se exige que crie o direito, outorgando-lhe a tarefa cada vez mais espinhosa de determinar qual a melhor solução ou o melhor sentido de vocábulos cuja largueza semântica é cada vez maior.<sup>6</sup> Pode-se falar que esse labor também é político posto que o Judiciário, em vez de lidar apenas com o julgamento de casos individuais, também tem sido instado, por meio dos conflitos de massa, a editar provimentos de abrangência geral, no âmbito de todo um município, estado e, não raro, de todo o país. Tudo isso faz com que o limite entre o julgar e o legislar torne-se absolutamente impreciso (e, para alguns, inexistente). Uma terceira maneira de designar o caráter político do juiz consiste no fato de ser ele tomado como o último paladino da defesa da Democracia, o único apto a cumprir as promessas do constitucionalismo social ou nova ordem constitucional (TUSHNET, 2003), sendo atribuída a tarefa de transformar a realidade por meio das decisões, não mais se limitando à clássica teoria da subsunção do fato à norma.

A fase do juiz “escravo da lei”, mero aplicador silogístico do direito, chegou ao fim. Ele também cria o direito (CAPELLETTI, 1999) e, para tanto, faz uso de certa dose de

<sup>6</sup> Sobre o tema e ainda noções mais precisas sobre os dilemas que a ambiguidade e vaguez da linguagem geram no direito, vide a obra de Carrió (1994).

criatividade e, ainda, de inteligência teleológica da norma de modo que busca a melhor solução para o caso concreto. Por tal razão,

“[...] ao Juiz compete a função política de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalista do Direito. Esta contribuição é por demais incisiva, tanto na prática judicial alternativa em benefício dos setores sociais menos favorecidos, quanto na apreciação real das necessidades fundamentais da vida social e na realização dos fins libertários do Direito; pois, este, enquanto fenômeno universal, deve ser a ‘afirmação possível da libertação conscientizada’ e não instrumento de controle e repressão de um bloco de poder hegemônico” (WOLKMER, 2007, p. 187).

Cabe, ainda, frisar que, no desempenho do dever de julgar, não tem mais cabimento o juiz arrogante, “dono da verdade”, que, por meio de tais expedientes, se afasta do convívio social. A magistratura precisa, como demonstra Prado (2003), reconhecer a necessidade de exercitar o autoconhecimento para que possa melhor lidar com os seus recalques de personalidade, o inconsciente e o exagero (*hybris*) que uma suposta ilusão do poder pode gerar. É importante lembrar que o juiz deve ser, em primeiro lugar, *juiz de si mesmo* e, como homem que é, saber lidar com as suas iniquidades e fraquezas, que são inerentes a qualquer mortal, evitando transferi-las aos casos sob o seu cuidado.

De outra parte, não é apenas na concreção do direito que se avoluma a importância da racionalidade política do juiz. Esse ingrediente também deve ser levado em conta nos países onde a escolha dos magistrados das Cortes Supremas fica a cargo, total ou parcialmente, do Executivo. A título de exemplo sobre esse ponto, obras como a de Sunstein, Schkade, Ellman e Sawicki (2006) evidenciam, de maneira empírica, que os magistrados nomeados pelos partidos republicano ou democrata para Cortes Federais tendem a emitir votos alinhados

com as pautas ideológicas desses partidos o que demonstra que todo magistrado tem um senso político que, esteja ele cioso de sua existência ou não, tem um importante papel no seu labor.

Pode-se concluir que a atual dimensão crítica da tarefa judicial põe de lado vários mitos sobre o juiz e, por outro lado, propõe que se veja, de modo coerente com os primados da hermenêutica pós-moderna, a atribuição de julgar como o desempenho de uma atividade finalística que não é pura ou voltada para si mesma, mas que só pode ser compreendida se vislumbrada no conjunto das relações de poder e dos embates hegemônicos dentro do espaço do Estado, assim como dentro da dimensão de efetivação e legitimidade dos agentes públicos por meio do discurso.

#### *4. Conclusão*

A concepção teórica do direito vem-se transformando na pós-modernidade como reflexo de uma nova maneira de se encarar a própria função e o método de se fazer ciência.

A ciência aqui chamada moderna tinha uma concepção do conhecimento como espelho do mundo, que nos fala em linguagem matemática. Esse espelho, no entanto, se partiu em milhares de pedaços e refrata toda a imagem sempre de maneira mais ou menos distorcida.

A pós-modernidade, portanto, nos ensina a lidar com essas refrações buscando uma harmonia na complexidade, recusando fronteiras rígidas e métodos excludentes. Ela reconhece que o mundo é volátil, as identidades são provisórias e a marca do poder e da ideologia está disseminada nos objetos, de modo que já não os percebemos com os olhos ingênuos de outrora, mas como peças fundamentais que interpellam os sujeitos num jogo semiótico de linguagem que torna desimportante a sua composição física ou química para destacar a sua necessária humanidade.

Constatamos que esses ensinamentos teóricos se disseminam nas práticas sociais e científicas. O objetivo deste trabalho foi apontar alguns exemplos de como essa mudança paradigmática da ciência atingiu o direito, de modo a exigir dele uma modificação de algumas de suas premissas mais tradicionais, aqui eleitas como sendo: a) o estado como fonte do jurídico e da norma, b) a separação das funções como garantia liberal; c) o justo como expressão da verdade; e, finalmente, d) o juiz como operador neutro.

No final desse percurso, verificamos que a) a existência do estado já não vale por si mesma, posto que exige a observância a primados éticos e aos direitos fundamentais; b) que a separação das funções, cada vez mais tênue, desprestigia o legislativo em prol de um fortalecimento do judiciário, único capaz de pôr freio à expansão legislativa do executivo; c) que o discurso jurídico não pode mais centrar-se no objeto nem na existência da verdade mas, sim, numa teoria democrática, que permita o diálogo com a sociedade; d) finalmente, que o juiz é uma figura essencial na aplicação do direito em tempos de pós-modernidade exatamente porque a ele é atribuída a tarefa política de colmatar os princípios e termos polissêmicos, cada vez mais disseminados no ordenamento, de maneira que ele precisa-se manter sensível aos anseios sociais e na necessidade de tornar-se um garante das conquistas sociais consagradas na Carta Política.

Esperamos com esses delineamentos provocar uma reflexão na comunidade jurídica a respeito do tema, contribuindo para o debate e permitindo aos leitores uma visão – entre as muitas possíveis – sobre essa temática.

#### *Referências*

ABERCROMBIE, Nicholas; HILL, Stephen; TURNER, Bryan S. Determinismo e indeterminismo na teoria

- da ideologia. In: ŽIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 350, p. 213-235, 2006.
- BANFI, Antonio. *Galileu*. Lisboa: Edições 70, 1986.
- BARTHES, Roland. *O rumor da língua*. Tradução Mário Laranjeira. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BITTAR, Eduardo C. B. *A crise do Direito na pós-modernidade*: um balanço jusfilosófico da experiência brasileira contemporânea. 2003. 389 f. Tese de Livre-Docência - Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CARRIÓN, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução Guy Reynaud. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*: o discurso competente e outras falas. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *O Direito e os direitos*: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y division de poderes hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.
- FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização econômica. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia. *O cinqüientenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução Octánnny S. da Mota e Leônidas Hegenberg. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder*. Roberto Machado (Org.). 20. ed. São Paulo: Graal, 2004.
- \_\_\_\_\_. *A arqueologia do saber*. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- FREUD, Sigmund. *O mal estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.
- GLEICK, James. *Chaos: making a new science*. New York: Penguin, 1987.
- GOMES, Luiz Flávio. *Da dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Mário Soares Caymmi. Crise do conceito de legalidade: aproximações. *Revista de Direito Privado*, [São Paulo], v. 6, n. 21, p. 353-380, jan./mar. 2005.
- \_\_\_\_\_. *A identidade da magistratura na narrativa jurídica*: uma perspectiva da análise de discurso crítico. 2009. 208 f. Dissertação (Mestrado em Lingüística) - Instituto de Letras, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *The power of judges*. A comparative study of courts and democracy. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- HESS, Heliana. *Instrumentos de atuação do juiz-agente político no Estado Constitucional de Direito* (contribuição do Direito de Ordenação Social Alemão). 1995. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito de Teoria do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.
- HIRCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- KNORR CETINA, Karin. *La fabricación del conocimiento*. Un ensayo sobre el carácter constructivista y contextual de la ciencia. Tradução de Maria Isabel Stratta. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

- KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do Estado*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- KUHN, Tomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- MARX, Karl. Para a crítica da economia política: do capital - O rendimento e suas fontes: a economia vulgar. In: \_\_\_\_\_. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Tradução Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 8. ed. rev. e mod. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*. Tradução Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.
- PATTERSON, Dennis. *Law & truth*. New York: Oxford University Press, 1996.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium, 2003.
- PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A nova aliança: metamorfose da ciência*. Tradução Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.
- RAKOVE, Jack N. *Original meanings*. Politics and ideas in the making of the constitution. New York: Vintage, 1997.
- RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade: escritos filosóficos I*. Tradução Marcos Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. v. 1.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics and judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.
- SUSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington: Brookings, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.
- TWINING, William. *Globalisation and legal theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico filosófico: investigações filosóficas*. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.