

POR UM (NECESSÁRIO) DIÁLOGO ENTRE TEORIA DO ESTADO E CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Giancarlo Montagner Copelli*

RECEBIDO EM:	2.8.2019
APROVADO EM:	11.11.2019

* Pós-doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e doutor em Direito, com área de concentração em Direito Público, pela mesma instituição. Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PNPD/Capes). E-mail: giancarlocopelli@yahoo.com.br

· GIANCARLO MONTAGNER COPELLI

- **RESUMO:** Entre as disciplinas consideradas propedêuticas, a Teoria do Estado, atualmente, coloca-se como uma espécie de “enciclopédia das ciências do Estado”, na contramão do que Miguel Reale já advertia, em meados do século XX, não ser o seu papel. Distanciando-se, assim, da perspectiva que se volta ao conhecimento da realidade estatal – seu verdadeiro propósito –, afasta-se também de novos e importantes fenômenos a impactar essa mesma realidade, como o ativismo judicial, sobretudo em países periféricos, como o Brasil. É nesse sentido que se propõe o diálogo entre a Teoria do Estado e a Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck), como necessário caminho à (re)significação desse campo do ensino jurídico. O método é o fenomenológico-hermenêutico.
- **PALAVRAS-CHAVE:** democracia; ativismo judicial; Crítica Hermenêutica do Direito; Teoria do Estado.

FOR A (NECESSARY) DIALOGUE BETWEEN STATE THEORY AND HERMENEUTIC CRITIQUE OF LAW

- **ABSTRACT:** Among the disciplines considered propaedeutic, State Theory, today, stands as a kind of “encyclopedia of the State sciences”, contrary to what Miguel Reale already warned, in the mid-twentieth century, not to be its role. Thus, distancing itself from the perspective that turns to the knowledge of state reality – its true purpose – it also moves away from new and important phenomena that impact this same reality, such as judicial activism, for example, especially in peripheral countries, such as Brazil. It is in this sense that the dialogue between State Theory and the Hermeneutic Critique of Law (Lenio Streck) is proposed as a necessary way to (re)signify this field of legal education. The method is the phenomenological-hermeneutic.
- **KEYWORDS:** democracy; judicial activism; Hermeneutic Critique of Law; State Theory.

1. Introdução

Com a Constituição de 1988, um amplo catálogo de direitos foi assegurado no Brasil, assinalando, sem dúvida, um importante passo político-jurídico rumo a enlacs mais

efetivos de cidadania no país. Contudo, uma série de barreiras, como históricos déficits de republicanismo, uma cultura patrimonialista e estamental¹, assim como inéditos entraves para o Estado Fiscal (ROQUE, 2017), vem, desde então, obstaculizando a concretização de direitos, sobretudo (mas não apenas) os sociais.

Nesse cenário, o ativismo judicial, que não se confunde com a judicialização da política, surge como inócua tentativa, “à margem do Pacto Constitucional”, de “escapar” a um contexto limitante, abrindo, ainda, o nada republicano espaço para que o magistrado lance seus juízos morais, éticos e políticos ao direito. E isso é, como perpassado pelo contundente posicionamento do professor Lenio Streck (2017b), “ruim para a democracia”. Afinal, desse modo, confunde-se a autonomia do direito com a autonomia dos tribunais (não no sentido institucional, claro, mas na perspectiva decisória de seus componentes).

Contudo, mesmo diante desses *efeitos* - e pela evidente impossibilidade de concretizar as finalidades do Estado Social por *ativismos* -, não faltam aplausos à postura ativista, inclusive (e, possivelmente, sobretudo), no próprio meio jurídico, entre os operadores do direito (STRECK, 2018).

Por sua vez, para além das sensíveis deformações impostas ao modelo democrático, o ativismo judicial, no plano da Teoria do Estado, também se inscreve como um importante fenômeno. E isso ocorre porque seu reflexo incide sobre a forma de organização institucional do poder (conforme cláusula pétrea da Constituição de 1988), sem desconsiderar, claro, o deslocamento de tensões verificados a partir do constitucionalismo social.

Mesmo assim, esse mesmo fenômeno não tem sido objeto de estudo em Teoria do Estado, inclinada, sobremaneira, a três chaves analíticas: uma Teoria *Sociológica* do Estado (voltada a observar os desdobramentos sociais), outra Teoria *Teleológica* do Estado (dedicada à própria finalidade estatal) ou, por último, uma Teoria *Jurídica* do Estado (debruçada à análise do ordenamento que impera em um dado território). Ou seja, ao se posicionar descritivamente, a Teoria do Estado não apenas se coloca como incapaz de verificar uma cultura patrimonialista incrustada na República, “deformando seus próprios conceitos operativos” (REALE, 1952, p. 87), como, ainda, ignora uma série de desdobramentos que mantêm relação com a concretização de direitos em um país de modernidade tardia², caso do Brasil, como o ativismo judicial. Ou seja, falha na

1 Sobre a crítica contemporânea das ciências sociais, ver Faoro (2012).

2 Para usar a expressão de Lenio Luiz Streck (2014).

· GIANCARLO MONTAGNER COPELLI

sua tentativa de conhecer a realidade estatal, que se modifica sob o viés de (equivocada) aceitação do ativismo.

Diante desse quadro, as questões que orientam este estudo, portanto, propondo uma Teoria do Estado que dê conta de seu objeto de estudo na contemporaneidade e na especificidade brasileira, são:

- Como trazer, também para a Teoria do Estado, o ativismo judicial como um importante objeto de estudo?
- Para além de uma Teoria do Direito, como torná-lo objeto de crítica, também, pelo viés de uma Teoria do Estado?

A partir das interrogações que alicerçam o problema aqui proposto, observa-se que não pode haver Teoria do Estado, na contemporaneidade e na especificidade brasileira, que desconsidere esse importante fenômeno, cada vez mais reflexivo e impactante nas instituições do país. *Perceber* isso, contudo, exige um esforço hermenêutico, e é essa a hipótese que aqui se alinha. Afinal, apenas uma leitura hermenêutica, nos moldes propostos pela Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck), comprometida com a democracia e com a Constituição, é capaz de ver o ativismo judicial como um problema *também* na Teoria do Estado, em que o Judiciário, ao embaralhar a aplicação do direito com a moral (ou com a perspectiva política) de seus funcionários-magistrados, transforma-se em uma espécie de *superpoder*, não mais *parte do Estado*, mas uma instituição *descolada e acima dele*, caracterizando, dessa forma, um *novo pacto*. Assim, a hipótese traz, como caminho analítico a percorrer, a ênfase na necessidade de se construir o diálogo entre Teoria do Estado (Social, Democrático e de Direito) e Teoria (Hermenêutica) do Direito. De modo sucinto, o que se pretende é projetar como, sobretudo no exemplo brasileiro, o ativismo impacta a realidade estatal, de modo que tal fenômeno não pode, dado o objetivo primeiro da Teoria do Estado, ser por ela ignorado.

A metodologia aqui empregada terá como abordagem o método fenomenológico-hermenêutico. Tal é embasado a partir de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer³, cuja principal contribuição é justamente romper com as tradicionais estruturas metodo-

3 “Heidegger somente entra na problemática hermenêutica das ciências históricas com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a pré-estrutura da compreensão. Já nós [Gadamer], pelo contrário, perseguimos a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão” (GADAMER, 2008, p. 400).

lógicas à luz da modernidade inaugurada com Descartes⁴. Não há um caminho metodológico que assegure uma resposta antecipada e definitiva aos problemas jurídicos, uma vez que não se podem apreender ou dominar os elementos nele envolvidos (STEIN, 1991).

Feitas essas considerações, ressalta-se a tentativa de se explorar uma possibilidade encoberta pela tradição⁵, promovendo o diálogo entre a Teoria do Estado, sobretudo, orientada a um modelo “Social, Democrático e de Direito”, e uma Teoria Hermenêutica do Direito, notadamente, a partir da obra do professor Lenio Luiz Streck, procurando estruturar a pesquisa como um todo a ser construído⁶.

2. O Brasil e o ativismo judicial: uma abordagem histórico-sociológica para um problema jurídico à luz da Crítica Hermenêutica do Direito

Em *Brasil: uma biografia*, Lilia Schwarcz e Heloisa Starling (2015) procuram, de pronto, assentar algumas características bastante típicas do país e que, ao longo desses mais de quinhentos anos, têm tornado difícil a construção da cidadania por aqui. Uma república de valores *falhados* – grifam as autoras –, marcada desde sempre pelo *autoritarismo*, pelo *familismo*, pelo *patrimonialismo* e pelo *personalismo*⁷. Uma *república com donos* (FAORO, 2012) e que, talvez por isso, vem permitindo ao longo do tempo o gozo das promessas da modernidade tão somente a *um certo tipo de cidadão*⁸.

4 Projetoando um “erro fundamental do desenvolvimento do conceito de sujeito desde Descartes”, Heidegger observa que com “ele começa propriamente a fatalidade da filosofia moderna, porque nele o *ego*, o eu é de tal forma empobrecido que não é mais nenhum sujeito. O *ego sum* em Descartes é sem o *ser junto a...*, sem o *ser-um-com-o-outro*. Pois Descartes não chega nem mesmo a colocar a pergunta fundamental, digo, ele não chega nem mesmo a questionar como esse *ego* é, o que significa esse *sum* no *ego sum* em contraposição ao ser, por exemplo, da *res extensa*” (HEIDEGGER, 2008, p. 124-125).

5 Para Heidegger, a fenomenologia tem como uma de suas principais características justamente tal possibilidade (FIGAL, 2005).

6 Considera-se, nesse aspecto, que um “contexto conjuntural não consiste no fato de que uma coisa determina-se incessantemente por meio de outra, mas no fato de tudo sempre estar respectivamente relacionado ao todo” (HEIDEGGER, 2008, p. 80).

7 De acordo com Holanda (1977, p. 101-106): “O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição [... Mas,] No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”.

8 É como bem observa Streck (2014) no primeiro capítulo. Embora refratário à tese do patrimonialismo, também interessante, nesse sentido, é a obra de Souza (2009).

· GIANCARLO MONTAGNER COPELLI

Assim é o Brasil *biografado* por Schwarcz e Starling (2015). Um país definido por uma série de distintas e desiguais posições sociais, permitindo uma mescla – tão exótica ao olho externo – a nos caracterizar como país.

Não. Não se vê – aqui e nessa *mescla que nos caracteriza* – o romantismo de *Casa-grande & senzala*, de Gilberto Freyre⁹, mas, sim, o sentido produzido por uma cruel linguagem – do uso comum de cinco séculos – a dizer e replicar nossas diferenças, a cruelmente legitimar nossos estamentos, tão bem evidenciados por Faoro (2012)¹⁰.

E – por “diferentes” que somos – dizem as autoras de *Brasil, uma biografia*, é que já fomos de tudo: “brancos, negros, mulatos, incultos, europeus, norte-americanos” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 16-17) e também – acrescenta-se aqui – “malandros e heróis” (DAMATTA, 1997). E são essas “figuras”, tão conhecidas a partir da obra de DaMatta, as mais caras à proposta deste estudo. Sobrepõem-se às demais, mas não em seu sentido original.

Explicando:

Aqui, o *malandro* não sai dos carnavais, mas dos palácios do poder. O *malandro* é, no sentido desta proposta, o sujeito herdeiro do patrimonialismo na feliz análise de Streck; é aquele que habita o “andar de cima” e se apropria da *res pública* sem cerimônia¹¹. Patrimonialista, esse *malandro* busca, no infame sentido de um contexto – entoando uma verdadeira ode ao falacioso “sempre foi assim...” –, dominar a estrutura do poder e dela sugar, como um parasita, o que puder (BOMFIM, 2005). O *malandro* é, aqui, o “político”.

E o *herói*? No enredo estamental em que há “donos para o poder” (FAORO, 2012), ou seja, nesse enredo em que há lugares muito bem definidos, com “andares de cima e de baixo”, o *herói* é aquele que se propõe – não na obra de DaMatta (1997), mas neste estudo, frisa-se – a quebrar essa ordem do “sempre foi assim”, “magicamente”. Afinal, em um país desigual como o Brasil, o imaginário do senso comum – que vai pouco a pouco legitimando as diferenças – deixa tudo muito claro: diante de nossas reais condições de justiça, nada se espera das instituições. Só o imponderável, a mágica, pode salvar.

9 Comunga-se da ideia de Souza (2009, p. 39) que vê a proposta freyriana como uma “deliciosa fantasia compensatória”, capaz de encobrir e negar conflitos de quaisquer espécies no Brasil.

10 E também bem lembrados por Streck (2014, p. 30 *et seq.*): “Os estamentos, vistos a partir de *Os Donos do Poder*, mostram-nos que, em determinadas circunstâncias, o Brasil é ainda pré-moderno. Temos uma sociedade de estamentos, que ‘ficam de fora’ da classificação tradicional de classes sociais”.

11 Streck (2014, p. 34) observa, ao relembrar a edição de 14 de janeiro de 2011 do jornal *Folha de S.Paulo*, que “o imaginário patrimonialista está incrustado na administração pública, a ponto de ninguém se surpreender com o fato de a esposa de um secretário da Saúde do Distrito Federal, proprietária de uma clínica médica, receber 1,1 milhão de reais – do próprio Estado onde ele, o marido, é secretário – por serviços prestados”, por exemplo.

E nessa trama que teima em crer em essências – e essências que engessam o futuro –, algo precisa acontecer “fora do jogo institucional”: uma delação premiada, uma escuta ilegal... Enfim... Em um país desigual e injusto como o Brasil, isso não é pouca coisa. É, afinal, a própria justiça. É serviço para herói. Sem dúvida. E o herói é, aqui, o “juiz”.

Esse herói – que existe a partir do *malandro*, portanto –, ao falar muitas vezes um dialeto só seu, reinventa-se em decisionismos e discricionariedades, mergulhado no *bovarismo*¹² que, desde *Raízes do Brasil* (HOLANDA, 1977), nos acompanha: diante do desencanto da realidade, é ora juiz, ora justiceiro¹³ – confundindo papéis e vendo no espelho a si como o “guardião-da-parte-que-falhou” (STRECK, 2017a, p. 34).

Isso explica a tentação do protagonismo do Judiciário em muitas circunstâncias – assim como o massivo aplauso de muitos setores da sociedade –, mas não justifica e menos ainda legitima atuar à margem do contrato, como um “Leviatã todo-poderoso” que decide pessoal e originalmente, como se não houvesse um contexto a se abrir em coerência. Age esse herói como se fosse possível dispensar uma linguagem necessariamente pública a dar forma à democracia¹⁴. Age, enfim, como se não houvesse um direito – fundamental, mais uma vez com Lenio Streck (2014, 2017a, 2017b) – a uma resposta adequada à Constituição Federal¹⁵.

Ocorre – e é a premissa que aqui se acolhe – que democracias não são formas de governo assentadas em valores pessoais, heroísmos, discricionariedades e originalidades. Afinal, como bem ensina Bobbio(2000), a democracia é o regime de quem se coloca sob o ponto de vista do direito, e não do poder.

Por isso, nas democracias – desde já, o *Regime do Direito* – a atuação judicial ocorre – ou deveria ocorrer – dentro de limites. Esses limites são indicados por princípios, que – construídos historicamente, moldados pela coerência facultada pela linguagem pública de determinada comunidade política – são condição de possibilidade para legi-

12 De acordo com Schwarcz e Starling (2015, p. 16, grifo nosso): “O termo tem origem na famosa personagem Madame Bovary, criada por Gustave Flaubert, e define justamente essa alteração do sentido da realidade, quando uma pessoa se considera outra que não é [... O indivíduo] se concebe sempre diferente do que é, ou aguarda que um inesperado altere a *damada* da realidade”. Em Holanda (1977, p. 124), o bovarismo é “um vício de raciocínio [...] um invencível desencanto em face das nossas condições reais”.

13 Interessante notar que *solipsismo*, *bovarismo* e *heroísmo* parecem ismos de um mesmo grupo, conforme se depreende da leitura de Streck (2017a, p. 60). Afinal, “o sujeito *solus ipse*, que não se compreende como participante de uma comunidade política, mas se pretende o comandante de sentidos, como aquele que coloca a ordem no mundo segundo sua ilimitada vontade” (STRECK, 2017a, p. 60).

14 Empresta-se aqui a leitura de Streck (2014) acerca das *Investigações filosóficas*, de Wittgenstein (1999), para a construção de sua Crítica Hermenêutica do Direito.

15 Segundo Liberati (2013), todos os poderes, e, portanto, o Judiciário também, devem ter seus atos vinculados à Carta Magna.

· GIANCARLO MONTAGNER COPELLI

timar as decisões¹⁶. Afinal, são necessariamente saldo da intersubjetividade dessa mesma comunidade política. São, portanto, públicos, e não o produto da subjetividade, da originalidade de alguém que, *a partir de si*, decide.

Eis aí o problema em torno do ativismo judicial: ao permear o direito com a moral do magistrado, já não se tem mais esse “público produto da intersubjetividade de um determinado grupo”, mas a visão subjetiva de um indivíduo em posição de decidir. Nada pode ser menos republicano, menos democrático. E, em tempos de sucessivas crises, sobretudo políticas, nada pode ser, também, pior às instituições. Não por acaso as questões, aqui, passam a ser: como identificá-lo? Ainda: como diferenciá-lo da judicialização da política?¹⁷

A partir dessas interrogações, ganha relevo uma Teoria do Direito de cariz hermenêutico, em diálogo com a Teoria do Estado. Justifica-se: em meio a um contexto em que a “pauta de atuação dos Poderes passou a ser a concretização dos direitos fundamentais” (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 192), mergulhada em um ambiente de crise e descrédito nas instituições políticas do país, é a partir desse referencial teórico (e ante o esforço analítico pretendido) que se pode analisar o ativismo judicial como uma prática antidemocrática. Daí, portanto, o protagonismo da Teoria da Decisão de Lenio Luiz Streck nesta pesquisa, como um “norte teórico” a guiar a reflexão, sobretudo, a partir de um conjunto de critérios indagativos, voltados a identificar, na decisão do magistrado, um “ato de vontade” (já verificado na *Teoria pura do direito*, de Kelsen)¹⁸.

Por meio desses aportes teóricos, é possível localizar e diferenciar o ativismo da judicialização da política. E isso, na especificidade de um Estado Social, Democrático e de Direito, como o Brasil¹⁹, sem dúvida, é uma importante contribuição teórica, já que

16 Daí, com acerto, pondera Lefort (1991, p. 57): “a lei, sempre irredutível ao artifício humano, só dota de sentido a ação dos homens com a condição de que eles assim o queiram, de que eles assim a apreendam, como razão de sua existência e condição de possibilidade para cada um de julgar e de ser julgado”.

17 Streck (2017b, p. 5) esclarece a diferença, referindo que a judicialização da política é “inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes”. Já o ativismo, bem pontua Clarissa Tassinari (2013, p. 148), deriva de “julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicador”.

18 Streck (2013) lança três questões angulares para identificar o ativismo judicial, diferenciando-o da judicialização da política: primeiro, está o Judiciário diante de um direito fundamental, subjetivamente exigível? Em situações similares, esse mesmo direito pode ser concedido a toda e qualquer pessoa que o pedir? No mais, é possível transferir recursos das outras pessoas para fazer aquela ou um grupo feliz, sem violar a isonomia no seu sentido substancial, já levando em conta toda a força do Estado Social previsto na Constituição? Ver também Streck (2017c).

19 O Brasil, com as constituições de 1934 (pioneiramente) e de 1988 (acenando definitivamente para uma finalidade de justiça social), assenta-se como um Estado Social Democrático e de Direito. É “social” porque persegue tal finalidade; é “democrático” porque organiza o poder a partir desse regime; é “de direito” porque, sem importar a quem, a legislação deve ser cumprida pelas instituições competentes (O’DONNELL, 1998).

não se pode (ou não se deve) esperar ver a cidadania e a própria justiça (ou o que dela, subjetivamente, se “imagina”) alcançadas pela mediação “mágica” do juiz.

Embora, como bem pontua Clarissa Tassinari (2013, p. 148), “o problema do ativismo [seja] de cunho interpretativo, de observar se a intervenção ocorreu dentro dos limites constitucionais, questionando sua legitimidade a partir de critérios igualmente jurídicos”, de modo que ele “aparece como um problema criado exclusivamente pelo âmbito jurídico”, seus reflexos vão, como se pôde até aqui depreender, muito além desse campo. Claro. Se a postura ativista, por um lado, enfraquece as instituições políticas, catapultando a jurídica a *status* de “superpoder”, modifica, por outro, a dinâmica de articulação entre os Poderes. Por isso, se a Teoria do Estado dedica-se ao “conhecimento da realidade estatal”, como põe Miguel Reale (1952), não pode ser alheia ao ativismo judicial como um importante objeto de estudo.

3. A Teoria do Estado para além de uma “enciclopédia das ciências do Estado”

Em linhas muito sucintas, evitando uma desnecessária sobreposição de conceitos que, seguramente, não contribuem à perspectiva aqui proposta, a Teoria do Estado, como hoje se conhece, surgiu em fins do século XIX. Foi uma tentativa de, a partir de uma série de desdobramentos ao longo do tempo, propor o estudo do Estado como unidade, ou seja, a partir de uma visão de conjunto. Miguel Reale, em texto de 1952, contudo, já advertia sobre os possíveis “enganos” desse “novo ramo”, desdobrado em três chaves analíticas: uma Teoria *Sociológica* do Estado (voltada a observar os desdobramentos sociais), outra Teoria *Teleológica* do Estado (dedicada à própria finalidade estatal) ou, por último, uma Teoria *Jurídica* do Estado (debruçada à análise do ordenamento que impera em um dado território).

Ou seja, como se vê, ao se posicionar descritivamente, a Teoria do Estado foi incapaz de verificar uma cultura patrimonialista incrustada na República, “deformando [portanto] seus próprios conceitos operativos” (REALE, 1952), em que pese o fato de que, já em meados do século passado, Reale(1952) alertava que tal esforço acadêmico não se punha - ou não deveria se colocar - como uma tentativa de sistematizar resultados. De outro modo, dela não se deveria fazer (como claramente se tem feito) uma espécie de “enciclopédia das ciências do Estado”. Longe disso, o propósito da Teoria do Estado, para Reale (1952), era o “conhecimento da realidade estatal”.

Prescritiva em relação a esse campo jurídico-político, essa visão, como se depreende, é angular à discussão proposta. A partir dela, afinal, entende-se que o estudo em Teoria do Estado não pode ser estanque, voltado à determinação de conceitos instrumentalizados por outras áreas do saber. Afinal, isso significaria um limite à Teoria do Estado. E de que valeria, no mais, uma Teoria do Estado que não respondesse às necessidades da atualidade?

Sem perder de vista esse ponto de partida, tem-se, por outro lado, uma série de transformações afetando a estrutura estatal, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo. A organização política e social típica da modernidade, sem dúvida, vem modificando-se ao longo do tempo. E, na contemporaneidade – é possível dizer –, esse mesmo modelo organizativo assume forma e finalidade distintas das verificadas em sua conformação embrionária, qual seja, a do absolutismo e, sequencialmente, mesmo em relação ao Estado Liberal.

Contudo, para além das conhecidas mutações, que fizeram passar do absolutismo ao Estado Democrático, é possível apontar, também, para transformações nas funções do Estado. Especificamente no segundo pós-guerra – e, no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988 – com textos políticos substanciais – e materialmente vinculantes –, a pauta dos Poderes do Estado passou a ser a concretização de direitos fundamentais. E, tal cenário, associado a uma série de contextos limitantes, trouxe à tona fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial, por exemplo, como bem demonstra uma série de estudos acadêmicos (WANG, 2008; WANG *et al.*, 2014). A questão, assim, permanece: como conhecer a realidade estatal (finalidade da Teoria do Estado), sem considerar fenômenos como o ativismo judicial?

4. Conclusão

Embora me filie à tradição que não coloca o ativismo como reflexo da demanda por direitos em um país de *modernidade tardia*, em uma espécie de *obrigatória* relação de causa e consequência, considero-o como importante e contemporâneo fenômeno a embaraçar os poderes da República. Quero dizer, a luta por direitos não impõe o ativismo que, no mais, como *ato de vontade*, já podia mesmo ser verificado na *Teoria pura do direito*, de Kelsen.

Contudo, em ambiente permeado por uma série de obstáculos à concretização de direitos, inegavelmente essa mesma postura ganha relevância, recebe até mesmo

aplausos e, evidentemente, de maneira equivocada, *legitima-se* para muitos operadores do direito e distintos setores da sociedade. Nada mais nocivo à democracia.

Para além disso – e respondendo às interrogações que movem este estudo –, considerando, ainda, a análise da *realidade estatal* o objetivo da Teoria do Estado, concluo necessário o estudo desse fenômeno não apenas como um *problema jurídico*, mas também como um *problema em Teoria do Estado*, uma vez que essa verdadeira *doxa* em relação ao Estado Social afeta, sobremaneira, as funções estatais e o próprio regime político.

Alcançar essa crítica, contudo, impõe um esforço hermenêutico e, também por isso, justifica-se a proposta de diálogo entre a Teoria do Estado e uma Teoria Hermenêutica do Direito, como *caminho possível* para uma Teoria do Estado que responda aos problemas da contemporaneidade e da especificidade brasileira.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOMFIM, M. *A América Latina: males de origem*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2005.
- DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FIGAL, G. *Martin Heidegger: fenomenologia da liberdade*. Tradução Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- GADAMER, H.-G. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- HEIDEGGER, M. *Introdução à filosofia*. Tradução Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HOLANDA, S. B. de. *Raízes do Brasil*. 11. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1977.
- LEFORT, C. *Pensando o político: ensaios sobre a democracia, revolução e liberdade*. Tradução Eliane Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- LIBERATI, W. D. *Políticas públicas no Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- O'DONNELL, G. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América latina. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 5, 1998, p. 37-61.
- REALE, M. Direito e Teoria do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 48, p. 84-94, 1952. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0,5&q=direito+e+teoria+do+estado+miguel+reale. Acesso em: 3 jan. 2018.

· GIANCARLO MONTAGNER COPELLI

ROQUE, T. O combate às desigualdades exige um novo pacto capaz de atualizar os princípios que deram origem ao Estado de bem-estar social. *Revista do Instituto Humanitas da Unisinos*. 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/570811-o-combate-as-desigualdades-exige-um-novo-pacto-capaz-de-atualizar-os-principios-que-deram-origem-ao-estado-de-bem-estar-social-entrevista-especial-com-tatiana-roque>. Acesso em: 25 ago. 2017.

SCHWARCZ, L. M.; STARLING, H. M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SOUZA, J. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

STEIN, E. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1991.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, L. L. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?* 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a.

STRECK, L. L. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017c.

STRECK, L. O motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. *Revista Consultor Jurídico*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativism>. Acesso em: 2 ago. 2019.

STRECK, L. L.; BOLZAN DE MORAIS, J. L. *Ciência política & Teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2>. Acesso em: 12 fev. 2018.

WANG, D. W. L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 5, 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/33348>. Acesso em: 30 jan. 2018.

WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. Tradução José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.