



CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS JUÍZES: ATIVISMO, SUBSTANCIALISMO OU “BOA INTENÇÃO” NÃO CONDENÁVEL?

PUBLIC POLICIES CREATION BY JUDGES: ACTIVISM, SUBSTANTIALISM OR NON CONDEMNABLE “GOOD INTENTION”?

RAFAEL N. LIMA DE FREITAS * | DJEFFERSON AMADEUS**

RESUMO

A judicialização da política, no Brasil, é um fenômeno inexorável e contingencial. Trata-se, pois, de um fato decorrente do modelo compromissório, dirigente e analítico que a Carta de Outubro adotou. A dimensão desse fenômeno, portanto, não pode depender da vontade solipsista do órgão judicante. Pelo contrário. O Poder Judiciário, neste caso – quando provocado – decide porque a Constituição obrigou-o a decidir. Desse modo, em um país de modernidade tardia, como é o caso do Brasil – onde as promessas da modernidade foram (in)cumpridas – é indene de dúvidas que o Judiciário passa a assumir um papel destaque no cenário brasileiro. Dito de outro modo: a desobediência dos demais poderes para com os objetivos que lhe foram impostos pela CRFB, implica que o Judiciário, como guardião da Constituição, cumpra àquilo que era, em tese, da competência dos outros poderes. Nesse quadro caó(s)tico, ganha sobremodo importância a – distinção – entre substancialismo(s) e ativismo judicial, porque – a pretexto de cumprir uma política pública, sob o manto do substancialismo –, os juízes de terrae brasilis -não raro- têm sido ativistas. Numa palavra: é pela falta de um controle hermenêutico -e, por conseguinte, de uma teoria da decisão- que a judicialização da política tem sido transformada na vulgata do ativismo.

Palavras-chave: Constituição Federal; hermenêutica; substancialismo; ativismo; políticas públicas.

ABSTRACT

The political judicialization, in Brazil, is an inaccurate and inexorable phenomenon. It is about, then, a fact resulting from the engaged, leading and analytical model that the Letter of October has adopted. The dimension of this phenomenon, therefore, can not depend on the solipsistic will of the judicial power. It is quite the opposite actually. The Judiciary, in this case – if instigated – decides why the Constitution imposed it to decide it. This way, in an untimely modernity country, like Brazil – where the promises of modernity have been (un)done – there are no doubts that the Judiciary has taken a highlighted role in the Brazilian scenery. In other words: the other powers' desobedience concerning to the objectives which were imposed on them by the CRFB, implies that the Judiciary, as a guardian of the Constitution, carries out what was, in general, the competence of other powers. In this chaotic case, the distinction between substancialism and judicial activism has become important because – on the pretext to carry out a public politics under the substancialism -, judges from terrae brasilis -not rare- have been activists. In short: it is by the lack of a hermeneutical control -and consequently, a lack of a theory of decision- that the political judicialization has been changed in the vulgate of the activism.

Keywords: Federal Constitution; hermeneutic; substancialism; activism; public policies.

* Pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Direito/SP) sob orientação de Dimitri Dimoulis. Teacher Assistant de “Introdução ao Estudo do Direito” no IBMEC-Rio. Graduando em Direito pelo IBMEC-Rio. rafaelf@id.uff.br

** Mestre em Jurisdição Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Especialista em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. djeffersonadv@yahoo.com.br

Recebido em 26-3-2017 | Aprovado em 10-4-2017



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DA IMPORTÂNCIA DE UM ACORDO SEMÂNTICO (OU DE COMO NÃO PODEMOS DIZER QUALQUER COISA SOBRE QUALQUER COISA); 2 SUBSTANCIALISMO(S); 3 “BOA INTENÇÃO” E CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ATIVISMO OU SUBSTANCIALISMO APLICADO?; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Quando se afirma que a judicialização da política, no Brasil, é um “fenômeno contingente”¹, diz-se no sentido de que decorre da “deficiência dos demais poderes”². Deste modo, no Brasil, o tema das políticas públicas tem saído da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migrado para o Poder Judiciário³. Como resultado -e não raro, ressalte-se- o Judiciário tem decidido sobre políticas públicas em litígios individuais⁴.

Segundo Rafael Tomaz de Oliveira, há uma distinção qualitativa entre ativismo judicial e judicialização da política. Enquanto o ativismo está ligado a um ato de vontade do órgão judicante, sendo este contingencial, a judicialização não depende desse ato volitivo, mas decorre da expansão da sociedade e que encontra seu ponto na capilarização no Poder Judiciário, e nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional, dessa forma, sendo o ativismo um problema interpretativo e a judicialização um fenômeno político, e os remédios para controlá-los diferentes. O autor admite o fenômeno do dirigismo constitucional e da inflação legislativa (inexorável), além do aumento da litigiosidade, dos quais contribuem para aumentar o espaço de interferência do judiciário no âmbito de regulamentação projetado pelo texto constitucional e do manancial legislativo. O autor também enseja que a Constituição dirigente conferiu caráter vinculante e a mesma estabelece

¹ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31

² TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 36-37. Registre-se, por relevante, que o fenômeno da judicialização da política não é um fato exclusivo do (e no) cenário brasileiro. Neste diapasão, com apoio nas lições de Ran Hirschl, Vanice do Valle vai dizer –e isso não pode passar despercebido–, que “é importante ter em conta que a judicialização da política não se constitui privilégio do cenário brasileiro, alcançando mais recentemente às grandes decisões de cunho político, como já adverte Hirschl. Não menos relevante é o registro do mesmo autor canadense de que esse fenômeno é de ser compreendido dentro de uma dinâmica de jogos do poder, que conta com uma certa leniência dos demais braços funcionais; quadro que todavia está sempre sujeito á reversão, como sói acontecer no cenário político. HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: 4 abr. 2009).

³ TÊMIS, Limberger; SOARES, Hector Cury. *As políticas públicas, a Democracia e a Burocracia: Caminhos e (des)caminhos do poder judiciário em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2395.pdf, acesso em 10 de maio de 2014.

⁴ VALLE, Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 57 e 145.

a efetivação de seus elementos através do controle de constitucionalidade via Poder Judiciário, diminuindo assim, a autoridade do poder legislativo⁵.

Posteriormente, Rafael Tomaz de Oliveira admite a distinção feita por Chistopher Wolfe: a distinção entre o ativismo estadunidense, a experiência alemã e o ativismo judicial à brasileira. Na seara do ativismo estadunidense, o autor conclui que o controle de constitucionalidade ocorreu de forma gradativa e não linear. O autor traça a divisão tripartite de “Eras”, em que ilustra as eras de não admissibilidade do controle de constitucionalidade até os dias atuais, iniciando pela necessidade de efetivação da vontade da lei, passando pela modificação das normas pelos juízes à luz de circunstâncias e experiências e chegando à Corte de Warren e Burger. Na experiência alemã o autor se baseia na Jurisprudência dos Valores, do qual, oferece uma alternativa ao positivismo e ainda, querendo a Alemanha mostrar para o mundo que iria aceitar a Lei Fundamental e não mais representar um risco, a decisão se justifica intersubjetivamente. Entretanto, o autor acredita que isso possibilitaria decisões ativistas eivadas de subjetivismo inconsciente. Enquanto no Brasil, o ativismo aparece no momento que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos na Constituição, agindo de forma discricionária. Ou seja, nos Estados Unidos e Alemanha o ativismo está ligado à manutenção e efetivação de direitos fundamentais, onde se busca adequação constitucional, enquanto no Brasil, o ativismo coíbe os direitos fundamentais ao proceder o STF em esferas que não lhe foi atribuída competência, infringindo tais competências por motivo de relevância social⁶.

Nesse contexto, fazem necessárias algumas indagações fulcrais: o Poder Judiciário pode formular uma política pública? E quando esta formulação ocorre, o Poder Judiciário foi substancialista ou ativista? Há diferença entre ambas as posturas? E se a criação da política pública decorre de uma “boa intenção” do juiz, isto a torna legítima? Não obstante “o reconhecimento das políticas públicas como objeto de estudo, no contexto da reflexão sobre o governo e seus parâmetros de agir, apresente-se, na maioria das áreas de conhecimento, ainda como fenômeno relativamente novo”⁷.

Assim, no que diz respeito aos posicionamentos jurídicos acerca desta temática, três posições destacam-se: de um lado, aqueles que negam a possibilidade do Poder Judiciário criar políticas públicas⁸. De outro lado, os que assumem, digamos, uma postura mais radical e, em razão disso, entendem que o Poder Judiciário não pode -sequer- efetuar “controle”⁹ de

⁵ No processo de inflação legislativa o autor ilustra com a problemática do direito penal e processual penal, processual civil e suas micro reformas, medida provisória, cláusulas gerais. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdiçãoRafael.pdf/>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

⁶ Op. cit.

⁷ VALLE, Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 33.

⁸ Para uma análise profunda do tema, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 64 e ss. VALLE, Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 149-156; COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do Estado Moderno: in: *Para viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 157-158; KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002; TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁹ Nesse sentido, a (contundente) posição de José Antônio Avelãs Nunes: “É-me, por isso, muito difícil aceitar a tese da jurisprudência brasileira, segundo a qual o Poder Judiciário tem toda a legitimidade para intervir nesta

Afinal, – sob o argumento do(s) substancialismo(s) – os juízes de *terrae brasilis* vêm propondo “soluções”¹⁶ ativistas. Daí a relevância de –num momento posterior– debruçar-se de modo mais profundo nestes dois pontos. Após isso, chegar-se-á naquilo que, neste trabalho, será o ovo da serpente: os juízes decidem –determinando a criação de políticas públicas– porque -julgando-se substancialistas?- querem fazer “boa justiça”¹⁷.

Ora, diz Gadamer: o ‘justo’ “é totalmente relativo à situação ética em que se encontra. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato, quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas ‘em si’, independentes da situação que as reclame”¹⁸.

Na denúncia, portanto, restará latente as críticas ao “senso comum teórico”¹⁹ e a decorrente pauta estratégica em que se resumem as decisões judiciais para, a partir de então, desconstruir as bases ideológicas dessa “razão instrumental”²⁰ que impede o acontecer das políticas públicas.

Numa palavra final, concluir-se-á com Jacinto Coutinho que:

¹⁶ As aspas são propositais porque cremos que -nunca- o ativismo judicial poderá ser considerado uma solução. Em sentido oposto ao que se afirma aqui, isto é, entendendo como “saudável” o ativismo judicial, Peter Haberle: “Como observador participante, estou contente que os tribunais constitucionais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais Poderes a atuar.” (...) “A Argentina conta com uma Corte Suprema com um grande mestre como o juiz Zaffaroni, que graças ao ativismo judicial pode superar algumas deficiências do sistema.” . Entrevista concedida Raúl Gustavo Ferreyra. A discussão acadêmica aconteceu em 21 de abril de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/entrevista-haberle-portugues.pdf>, acesso em 27/05/2014. Tal afirmação deve ser lida com parcimônia. Por isso, tem razão Lenio Streck, que, ao analisar a palavras do autor alemão, concluiu o seguinte: “a discussão de Haberle sempre precisará ser contextualizada pelo simples fato de que seu contexto vivencial concreto é outro – jurisprudência dos valores e todas suas consequências já aqui delineadas – que é bem diferente daquele que se apresenta em *terrae brasilis*. Portanto, não me parece conveniente que juristas brasileiros “recebam” a entrevista como uma ode ou louvação ao ativismo”. STRECK, Lenio Luis. *O que é isto – decidido conforme a minha consciência?* Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2010, p. 22.

¹⁷ Aqui vale a reflexão: se o ativismo é bom, dependeremos, então, da “bondade dos Juízes”. Mas o problema é que, como diz Jacinto Coutinho: “O enunciado da ‘bondade da escolha’ provoca arrepios em qualquer operador do direito que frequenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a ‘bondade’ do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o critério, ou seja, o que é ‘bondade’ para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a ‘sua bondade’ responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, ‘quem nos salva da bondade dos bons’?, na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001-2002). Rio de Janeiro, 2002, p. 188.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 52.

¹⁹ Expressão criada por Luis Alberto Warat. Nas palavras do mestre: “chamar-se-á “senso comum teórico” a essa montagem de noções – representações – imagens – saberes, presentes nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como um arsenal de ideologias práticas. Em outras palavras, essa montagem corresponde a normas que disciplinam ideologicamente o trabalho profissional dos juristas”. WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979, p. 19.

²⁰ A razão Instrumental, como mecanismo de castração e dominação do homem, se reproduz e fortalece, sufocando todas as oportunidades na história em que o homem buscou uma sociedade mais fraterna. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 54.

Não pode – e não deve – o poder judiciário (porque abusivo, dado extrapolar suas atribuições) em reconhecendo como correta a adequação possível, impor outra, de sua lavra, quiçá por a entender mais justa, ou por bondade, ou por capricho ou outro fundamento. Isto seria *decisionismo* (Ferrajoli) e interessa pouco à democracia porque se não pode definir, senão pela cabeça do autor, aquilo que seria justo, o bondoso, o capricho ou qualquer outro atributo utilizado²¹.

1 DA IMPORTÂNCIA DE UM “LIMITE SEMÂNTICO” (OU DE COMO NÃO PODEMOS DIZER QUALQUER COISA SOBRE QUALQUER COISA)

Segundo Walber Araújo Carneiro, “todos os estudos da contemporaneidade nos levam à conclusão de que se vive uma crise no Direito”²². Mas, afinal, o que é isto – uma crise? Ora, é impossível discutir o que é uma crise sem –antes– sabermos como se dão nossos entendimentos ou divergências a respeito de sua definição e sua aplicação. Então, diz Streck: “precisamos compartilhar um “conceito”²³, de modo que nossas divergências sobre seu conteúdo sejam autênticas”²⁴. Caso contrário: “estaremos falando qualquer coisa sobre qualquer coisa”²⁵. Isso assim se passa porque, ademais – como bem observou o retrocitado autor: “Não adianta discutirmos sobre as exigências da “democracia” se eu e você temos em mente noções diferentes desse conceito. Nesse caso, a discussão não seria sobre democracia, mas sobre o uso correto da palavra democracia”²⁶.

Com essas observações iniciais, pretendemos enfatizar a importância de se distinguir o ativismo do substancialismo. Ora, de nada adianta criticar o ativismo, se os juízes de *terrae brasilis* continuarem achando que –ao criarem políticas públicas de acordo com a sua consciência– estarão sendo substancialistas²⁷. Ledo engano. O fato é que não adianta mudarmos o nome das coisas se as coisas não forem mudadas. Serão as mesmas coisas, com nomes diferentes, mas continuarão sendo as mesmas coisas²⁸.

Dito de outro modo: não adianta mudarmos o nome do ativismo se o ele não for controlado hermeneuticamente. Será a mesma coisa, com nome diferente (“ativismo judicial

²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martonio Mont’Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 232.

²² Op. cit.

²³ Remete-se o leitor à nota de rodapé nº 16, na qual está esclarecida o que entendemos por “conceito”.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 292.

²⁵ Op. cit.

²⁶ Op. cit.

²⁷ Ao criarem-se políticas públicas volitivamente, os juízes tranquilizam-se do sentimento de culpa, conforme atestado por Luis Alberto Warat: “Não podemos esquecer que quando se banaliza o terror e as mortes também se está tranquilizando o sentimento de culpa, o horror que pode invadir a alma dos genocidas (algo, do mais próprio deve morrer quando se assassina ou se tortura). Salvando as distâncias, no mundo jurídico as sanções são formas de banalização do horror que escondem e ao mesmo tempo tranquilizam a alma dos juízes quando dispõem sanções, limites (em termos de terror)”. WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁸ Op. cit.

despreparado”²⁹, como quer, por exemplo, Virgílio Afonso da Silva), mas –vejam– continuará sendo a mesma coisa. É dizer: (preparado ou não...) será sempre ativismo.

A partir de Lenio Luiz Streck, pode-se distinguir as teses procedimentalistas e substancialistas, no sentido que como contraponto às teses procedimentalistas tem-se Cappelletti sustentando que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo aos que necessitam, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial e Ronald Dworkin (mesmo sendo defensor de uma posição liberal-contratualista) se aproxima dessa posição, de certo modo em alguns pontos. Ademais, a partir de Laurence Tribe, pode-se advogar que o procedimento deve completar-se com a teoria e valores substantivo³⁰. Assim, teorias procedimentalistas parecem apreciar que o processo é algo em si valioso, logo dizer que o processo é em si mesmo valioso, significa afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva. Laurence Tribe ainda enseja que as pessoas excluídas da participação política possuem também um fundamento substantivo: a legislação que discrimina deve ser rechaçada com base em uma ideia sobre o que significa pessoa, e a própria ideia de segregação de negros e mulheres somente pode ser rechaçada encontrando uma base constitucional de que em nossa sociedade tais ideias estão substantivamente fora do lugar. Ou seja, para Laurence Tribe circunscrever a interpretação constitucional à ideia de abertura política supõe um círculo fechado. Por isso, as teorias defensoras da Constituição como

²⁹ “Diversos exemplos das conseqüências do que eu chamaria de “ativismo judicial despreparado” podem ser encontrados na atividade de diversos tribunais brasileiros. Por exemplo, ao distribuir tratamentos médicos de forma individual (i.e., sem considerar as políticas governamentais na área), os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área da saúde (ou em outras áreas), mesmo que eles consigam ‘resolver’ alguns casos isolados. Isso porque, em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender as decisões judiciais”. O autor afirma que, diante da inexistência de recursos para todas as carências sociais, as decisões do juiz concedendo medicamentos em demandas individuais implicam no deslocamento de recursos de outras áreas. Assim, muito embora haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são histórias de sucesso coletivo. Nessa esteira, conclui que “esses direitos não podem ser tratados, exceto em casos excepcionais, como se seguissem o mesmo padrão individualista em que se baseiam relações entre um credor e um devedor. (...) Se, pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for” (SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmiento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 595-596). Uma pequena observação faz-se necessária: tem razão o prestigiado autor, em seu exemplo, quando dispõe que tal conduta consubstancia-se em ativismo. Equivoca-se, no entanto, ao nosso ver, quando dá-lhe ao ativismo o epíteto de despreparado. Isto posto, exsurge a indagação: se este ativismo é o (des)preparado, como seria, afinal, o ativismo preparado? E se houver este ativismo “preparado”, ele é bom? Mas... bom para quem, indagamos? Como se vê, voltamos à questão inicial: ativismo – seja ele “despreparado” ou “preparado” – é ruim. E ponto. “Isto seria decisionismo (Ferrajoli) e interessa pouca à democracia porque se não pode definir, senão pela cabeça do autor, aquilo que seria justo, o bondoso, o capricho ou qualquer outro atributo utilizado.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martonio Mont’AlverneBarreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 232.

³⁰ Valendo-se como exemplo do caráter substantivo: a primeira emenda, a décima terceira ou a cláusula do devido processo legal, e ainda o significado e o propósito das normas que regulam os procedimentos de participação

processo supõe um empobrecimento do papel da teoria constitucional, em que esta parece estar dirigida apenas aos juízes. Ou seja, a corrente substancialista busca equilibrar e harmonizar os demais poderes em que o judiciário deve assumir um papel de intérprete que põe em evidência contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo.^{31 32}

³¹ Lenio Luiz Streck admite o posicionamento de José Joaquim Gomes Canotilho quando este demonstra a perda da centralidade jurídico-política da Constituição, da qual padece de uma má utopia do sujeito projetante, a partir da demonstração da fragilidade epistêmica das constituições programático-dirigentes: seu autismo nacionalista e patriótico, isto é, da insuficiência do constitucionalismo frente às complexidade do mundo e das consequências das integrações das nações, além do que diz respeito à noção de direitos diretamente aplicáveis. Em face de suas considerações, assevera José Joaquim Gomes Canotilho que as fontes do direito, inclusive a Constituição, revelam-se funcionalmente desadequadas para servirem de impulso e construir bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada, sendo que a ideia dirigente compatibiliza com a lógica material dos valores e também com a razão lógica dos discursos analíticos. Assim, acentua que a teoria constitucional deve levar em conta que as sociedades modernas pluralistas estruturam-se em termos de complexidade que, longe de assentar na intencionalidade construtivista da política, radica antes na auto-organização. Esta mesma complexidade gera sistemas e códigos diferenciados e funcionais, sendo irrealista tentar através de um código unitarizante dos vários sistemas sociais, dirigir constitucionalmente a sociedade. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

Tais questões assumem grande relevância na discussão do papel da Constituição em países de modernidade tardia como o Brasil e no dirigismo constitucional. Embora Canotilho reconheça que o texto constitucional continue a constituir uma dimensão básica da legitimidade moral e material, e por isso possa continuar sendo um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulamentações, por outro lado considera que esse texto básico não mais pode servir de fonte jurídica única e nem tampouco pode ser o alfa e o ômega da constituição de um Estado. Desse ponto, Lenio Luiz Streck acredita não ser possível falar hoje em uma teoria geral da Constituição, da forma que não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, já que deve se entender as especificidades histórico-factuais de cada Estado. O autor aponta que a Constituição brasileira não contém, ao contrário do que continha na sua origem portuguesa, uma função normativo-revolucionária, no qual, este ponto é fundamental para a compreensão e contextualização da tese exposta por Canotilho de Constituição dirigente.

Diante de tal situação, Lenio Luiz Streck afirma que o preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia, como conteúdo mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática visando ainda, a construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Entretanto como o direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas, a possibilidade de para a garantia do cumprimento dos direitos sociais fundamentais previstos no texto constitucional é possível afirmar a continuidade da validade da tese da Constituição Dirigente, adequada a cada país. Isto é, Lenio Luiz Streck propugna que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição, mas sem alçar a Constituição à condição de texto sagrado. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

³² Entretanto, o autor não percebe no plano do agir cotidiano do Brasil, nenhuma das duas teses, isto é, em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo judiciário na apreciação de institutos como: mandado de injunção, ação de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, além da falta de filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores a Constituição. Por outro lado as submissões do Congresso Nacional à reiterada utilização de medidas provisórias por parte do executivo deixam claro que estamos longe do proposto por Habermas, em relação à criação democrática de direitos e da garantia da preservação de procedimentos legislativos aptos a

Destarte, pode-se compreender então o novo papel desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito implica uma ruptura paradigmática, já que a crise que se encontra no Direito está obnubilada por um imaginário dogmático que continua refém de um sentido comum teórico. Encontra-se nesse sentido também, uma baixa constitucionalidade, composta por um discurso alienado da condição histórico da sociedade brasileira, em consequência disto vê-se o direito repetindo através de pré-juízos não suspensos, sem pertinência ao mundo histórico, há uma corrupção da atividade interpretativa, cujo resultado é uma cultura standartizada, reprodutiva e manualizada³³.

2 SUBSTANCIALISMO(S)

Afinal, o que é isto – o substancialismo? É possível vislumbrar –e, neste contexto, isso se afigura fundamental– que a discussão sobre o que é o substancialismo passa antes– por duas questões fulcrais: a expressão –no singular– é correta? E mais: é possível (ou viável) falar de substancialismo, passando à margem do procedimentalismo³⁴? Como se vê, as duas indagações postas podem ser objeto de uma tese e, em razão disso, não serão abordadas a contento³⁵, uma vez que tal análise seria incompatível com a proposta de um artigo científico.

estabelecer a autonomia dos cidadãos. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

³³ Lenio Luiz Streck concorda com Luigi Ferrajoli na medida em que este afirma que houve uma alteração no Estado Democrático de Direito, na relação entre a política e direito. Com efeito, o direito já não está subordinado à política como se dela fosse apenas um instrumento, mas sim é a política que se converte em instrumento de atuação do direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: os negativos (como os gerados pelos direitos à liberdade, que não devem ser violados) e os positivos (como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos). Entretanto segundo o autor, não se pode ignorar ainda as várias tentativas que têm sido feitas na busca de superar a crise que atravessa o Direito, no avanço da filosofia e a invasão da filosofia pela linguagem que propiciaram avanços sensíveis no decorrer do século XX, a superação dos movimentos terminais da metafísica. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

³⁴ No procedimentalismo habermasiano, por exemplo, o Tribunal Constitucional fica limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é: ao contrário do que propõem os substancialistas (que defendem, em linhas gerais, um Tribunal Constitucional guardião das promessas constitucionais) no procedimentalismo de Habermas, como dito, o Tribunal Constitucional deve limitar-se à proteção (e asseguramento!) do processo de criação democrática do direito. Isto, a toda evidência, explica o porquê da ética do discurso habermasiano “não dá nenhuma orientação contudística, mas sim, um procedimento rico em pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente”. HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 148-149.

³⁵ No Brasil, há um elenco considerável de juristas que – contrapondo-se à linha substancialista adotada neste trabalho – defendem a corrente procedimentalista. Destacamos, e, desde já (ressaltamos que há muitos outros autores importantes, além dos que serão citados a seguir) os trabalhos de SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, especialmente p. 93 e 146 e segs., GESTA LEAL, Rogério. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no*

Mas, de todo modo, para fins deste trabalho, a primeira pergunta merece uma resposta e, para tanto, valemo-nos de uma simples comparação: tal como sói ocorrer com o liberalismo -que, no singular, é incorreto, porque não existe o liberalismo senão os liberalismo(s)³⁶ o mesmo sucede com o substancialismo, isto é: não existe o substancialismo senão o(s) substancialismo(s).

Registre-se, por oportuno –e isso se afigura sobremodo relevante– que, conquanto não haja “um substancialismo”, há, nas teses ditas substancialistas, pontos compartilhados, a saber: “acoplam à noção de Estado o conteúdo material das Constituições que apontam para a mudança do *status quo* da sociedade, colocando grande ênfase no papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais-sociais”³⁷.

Assim –e o socorro vem de José Adércio Leite Sampaio– os substancialistas:

Advogam a existência implícita ou declarada de valores substanciais nas Constituições que impõem ao legislador ordinário e ao juiz deveres e tarefas de realização. Significativamente, não veem a Constituição como mero fórum de discussão que leve a decisões cujos conteúdos se validam pelo devido processo deliberativo por ela regrado, mas como núcleo de sentido que, além de disciplinar os meios e formas de tomadas de decisões, servem de parâmetro substancial para avaliar a correção da decisão tomada. As teses fortes e fracas de Constituição dirigente estão bem catalogadas entre eles³⁸.

Entramos, pois, naquilo que –neste artigo– pode ser considerado o ponto fulcral. Não podemos confundir ativismo com substancialismo, porque nessa confusão, “a pretexto de controle das políticas públicas, os juízes se tornaram seus definidores, papel que deveria caber aos agentes públicos que passavam pela renovação eleitoral periodicamente.”³⁹

Daí, conseqüentemente, é (sobremodo) relevante a seguinte advertência de Lenio Luiz Streck:

Evidentemente, essa posição adotada pelas posturas substancialistas não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta *como* concretização na

Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Fora do Brasil, HABERMAS, Juergen. *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*. v.l. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, especialmente PP. 297 e segs.

³⁶ “Definir liberalismo é tarefa das mais complexas. O devir histórico da doutrina liberal apresenta constantes transformações pela incorporação de novas situações, o que nos conduz a falar em liberalismos, no plural, posto que sob a mesma roupagem estão conteúdos variados.” Streck, Lenio Luis; Bolzan de Moraes, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2012, p. 56.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91.

³⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 178.

³⁹ Op. cit.

medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais⁴⁰.

Assim a partir de Lenio Luiz Streck e Luis Alberto Warat, pode-se afirmar que as condições de possibilidade para a reconstrução fenomenológica da tradição inautêntica de protagonismos *ad hoc*, perpassa pela reconstrução das formas de territorialidade sedimentadas, isto é, em uma palavra: pela desterritorializar para se voltar a territorializar – autenticamente, digo- a partir da própria reinvenção do modo de viver⁴¹.

3 “BOA INTENÇÃO” E CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ATIVISMO OU SUBSTANCIALISMO APLICADO?

Há quem entenda, e –registre-se– trata-se de um membro da mais alta Corte de nosso país: Ministro Luis Roberto Barroso, que o “ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado”⁴². Aliás, ele parece não estar só: Nesta ordem de idéias, vejamos o que afirmara o Ministro Celso de Mello: “Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se [sic] se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”⁴³

Ora, se revolvermos o chão lingüístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno (ativismo) chegaremos, como bem aponta Vanice Lírio do Valle, “na revista americana Fortune, não voltada para juristas, mas para o público leigo”⁴⁴. Tratava-se, pois, de uma análise feita por Arthur Schlesinger Jr. que classificou, de um lado—os juízes “campeões do auto-comedimento, de outro os juízes de centro e, por fim os ativistas judiciais⁴⁵.

⁴⁰, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 64

⁴¹ “Algo que tem que ser construído com as ferramentas do século XXI, novas condições de trabalho, novos papéis da política transformadora, revolucionária. Desterritorializar para territorializar. E a reinvenção da produção de vida [...]. A produção eco-política de minha própria vida”. WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio*. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 290.

⁴³ MELLO, Celso de. *Celso Mello defende ativismo judicial do Supremo e pesquisas científicas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586>. Acesso em 28/06/2014.

⁴⁴ KMIEK, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *California Law Review*, oct. 2004. Apud: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Ed. Juruá. 2012, p. 20

⁴⁵ VALLE, Vanice Lírio do Vale. *Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/321715>>. Acesso em: 20 de agosto de 2015.

No Brasil, no entanto, o ativismo tem sido tratado (e isso foi bem enfatizado linhas acima) como um “antibiótico poderoso” ou como “necessidades institucionais”. As conseqüências desse sincretismo metodológico foram bem observadas por Clarissa Tassinari:

O ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito*), mas, evidentemente, com conseqüências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiro, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático⁴⁶.

Para alumbrar o que ora se afirma, citaremos um exemplo cujo escopo é demonstrar como isso –que passaremos a chamar de “ideologia da boa intenção”- cria um problema: pois, imbuídos de “boa intenção”⁴⁷, muitos juízes de *terrae brasilis* têm confundindo ativismo com substancialismo (como amiúde se disse) e, conseqüentemente, criando políticas públicas, o que, pensamos, num Estado Democrático de Direito, seria inviável.

E o exemplo vem de uma Vara de Infância e Juventude de Maceió, na qual o juiz decidiu que:

(...) enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, alimentação, transporte adequado, atividades culturais e esportivas, infantes e jovens afastados da prostituição e do trabalho degradante, enfim, condições dignas de vida para crianças e adolescentes, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, viadutos, monumentos artísticos, embelezar avenidas, etc., pois a vida, a saúde e o bem estar desses seres em desenvolvimento, são mais importantes que as obras de concreto, que ficam apenas para demonstrar o poder do governante, enquanto a maioria da população sobrevive na mais absoluta miséria, fazendo-nos lembrar à época dos Faraós, suas construções (pirâmides, etc...) e escravidão⁴⁸.

A primeira pergunta que deve ser feita é a seguinte: trata-se de uma decisão ou programa político pessoal do juiz? E mais: se este juiz pode, de acordo com sua consciência, determinar quais programas devem ser executados, indagamos: como fica o próximo caso, se submetido à um juiz que pense de forma diversa? E Constituição? Não mais “constitui-uma-ação”?

⁴⁶ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

⁴⁷ Tal “boa intenção” é observada por Luis Alberto Warat, ao alertar que: “Os lugares comuns nos apresentam um boato de normativismo jurídico que se tornou imprestável, se excedeu em simplificações, em defesas maníacas, em vulgaridades, construiu um mundo de faz de conta. Algo que bloqueia a entrada de qualquer ideia iluminadora. [...] Esse fato se deve ao conjunto de crenças normativistas, os lugares comuns do senso comum teórico dos juristas. Um senso comum que apresenta graves ingenuidades epistêmicas escondidas, que não se fazem visíveis porque estão recobertas por um sofisticado jogo de idealizações, abstrações ou universalizações que garantem a fuga dos juristas até o paraíso conceitual”. WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴⁸ AVELÃS, José Antônio; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30.

Ora, de acordo com essa decisão, a Democracia passa a depender do pensamento do “juiz da causa”. Se este é o critério, então teremos que “depender da bondade dos bons”... mas não esqueçamos do lembrete de Jacinto Coutinho: “O problema é saber, simplesmente, qual é o critério, ou seja, o que é ‘bondade’ para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se”⁴⁹.

Esta decisão retrata bem o “senso comum teórico dos juristas” que (ainda imerso no paradigma da filosofia da consciência) aposta no sujeito solipsista como o protagonista a quem fora incumbida a tarefa de “criação de sentidos”.

Tal fenômeno de baixa constitucionalidade pode gerar aquilo que Marcelo Neves chama de constitucionalização simbólica. Enquanto problema típico da modernidade periférica, dada a dificuldade de convivência de supercomplexidade social, tal fenômeno ocasiona falta de autonomia operacional do sistema jurídico, decorrente de hipertrofia da função simbólico-política do texto da Constituição em face de sua eficácia jurídico-normativa, tendencialmente crescente, observado o fenômeno de periferização do centro (problema de modernidade periférica), ocasionado pelo desenvolvimento da sociedade mundial em sua globalização econômica, podendo-se provocar a implosão das Constituições “estatais”. Em sentido negativo, Marcelo Neves define a constitucionalização simbólica como “o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada, dada a falta de integração entre programa normativo (dados linguísticos) e domínio normativo (dados reais), ocorrendo o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do “mundo da vida” residindo o problema, primariamente, na juridicidade da Constituição, com função seletivo-destrutiva do próprio sistema jurídico. Em seu sentido positivo, a constitucionalização simbólica pode ser identificada com uma função ideológica, enquanto neutralização artificial de outras possibilidades (valorização de valores e perda de transparência)⁵⁰. Tal Constitucionalismo Aparente, forma uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas.

De forma a delimitar o objeto de estudo, Marcelo Neves situa a constitucionalização simbólica somente “aos casos em que a própria atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como álibi para os legisladores e governantes (em sentido amplo), como também para detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal”. Ainda, com Marcelo Neves, pode-se afirmar que a Constitucionalização Simbólica “configura-se somente nas situações em que os procedimentos eleitorais, legislativos, judiciais e administrativos, como também o comportamento dos grupos e indivíduos em geral, descumprem as disposições constitucionais ou delas desviam-se, de tal maneira que o discurso constitucionalista torna-se, antes de tudo, um álibi”. Tal fenômeno revela a plena desjuridificação/politização da realidade constitucional.⁵¹

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001-2002). Rio de Janeiro, 2002, p. 188.

⁵⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Martins Fontes, 2016.

⁵¹ Op. cit.

Assim, a partir da definição dos sistemas autopoieticos enquanto autorreferenciais (para dentro) e heterorreferenciais (ao seu ambiente, para fora), Marcelo Neves afirma haver ruptura com tal característica pelo fenômeno da constitucionalização simbólica, prejudicando assim, o próprio fechamento autorreferencial do sistema jurídico – e sua própria abertura, enquanto entendida a autopoiese como combinação de “codificação” e “programação” – o que pode gerar confusão entre sistema e ambiente. Com Marcelo Neves, pode-se afirmar ainda o risco de ocorrência de corrupção sistêmica, enquanto “tendência à generalização nas condições típicas da reprodução do direito na modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional/inclusão e resultando na alopoiese do direito [...] O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito”, o que gera o comprometimento/bloqueio do entrelaçamento hipercíclico dos componentes sistêmicos, gerando-se o paradoxo da realidade constitucional inconstitucional ou de um controle inconstitucional de constitucionalidade⁵².

Assim, sob pena de constitucionalização simbólica, decididamente, política pública é um problema de ação do Poder Executivo. Mas –e isso é sobremodo relevante– o Poder Judiciário, quando chamado, não pode se abster de fazer a análise da legalidade constitucional. Neste diapasão, diz Lenio Streck:

(...) o Judiciário pode determinar a continuidade de uma política pública que esteja adequada e funcionando, mas que o Executivo – por motivos políticos-fisiológicos – decidiu interromper ou substituir por outra (caso, por exemplo, da política de segurança implantada pelo Governo Garotinho e ao tempo em que o Luis Eduardo Soares era secretário de segurança e que o governo, um ano depois, por conta de acordos políticos – que viabilizassem a candidatura do governador á presidência da república –, decidiu interromper por conta de novos acordos políticos⁵³.

Segundo Vanice Lírio do Valle, os excessos do Poder Judiciário valem-se de uma máxima efetividade com discurso de direitos fundamentais, mas tais direitos acabam voltando-se contra eles mesmos. Isto é, o esforço de uma liberdade emancipadora pode, ao revés, determinar uma demissão da capacidade individual de intervir e aperfeiçoar o processo de conquista e preservação de sua própria liberdade ou ainda, quanto à abdicação da responsabilidade pessoal envolvendo o descolamento entre a situação de vulnerabilidade expressa pelo litigante, que postula proteção a direito fundamental, e o seu próprio comportamento⁵⁴.

Vanice Lírio do Valle acredita que houve um deslocamento dos debates dentro do judiciário para uma esfera de reivindicações individuais, uma soma de individualidades. E ainda ignorando a centralidade da pessoa e levando à desagregação da justiça -denunciada por Garapon, isto é preferência ao conflito individual que cria um critério de seletividade- e ao Poder Judiciário “corrigir” as escolhas administrativas que se apontem como imperfeitas via decisões judiciais imparciais e sem transparência. Segundo a autora é necessária uma conquista coletiva sem uma seletividade opaca que privilegia, superando assim, a

⁵² Op. cit.

⁵³ Op. cit.

⁵⁴ Op. cit.

desigualdade social e que não seja o Texto Fundamental, o principal pilar da isonomia, o pretexto para a consagração, em seu nome, da prática judicial da desigualdade⁵⁵.

O Poder Judiciário, portanto, atua como um regulador (ou controlador) dessa legalidade constitucional (e não como criador). Isto, a toda evidência, demonstra a (urgência) de uma teoria da decisão, porque há espaços onde o Poder Judiciário não pode se imiscuir. E por vários motivos: porque os juízes não têm legitimidade; ou porque trata-se de “escolhas trágicas”; ou, simplesmente, porque a Constituição assim determinou.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante as conclusões tenham sido colocadas já ao longo do texto, cremos seja necessário indicar alguns pontos (fulcrais), acerca dos quais a temática tornar-se-á mais compreensível. De início –e isso precisa ficar bem esclarecido–, a elaboração de um texto constitucional – por melhor que ele seja – não é suficiente para que as promessas contidas no seu texto sejam efetivadas. E isso se agrava, no Brasil, porque o senso comum teórico está imerso no paradigma da filosofia da consciência.

Assim, a linguagem –que deveria ser condição de possibilidade– é (para o senso comum teórico) mero instrumento. Por isso, não surpreende que os juízes de *terrae brasilis* apostem no sujeito solipsista como “comandante do mundo”. Itere-se: essa concepção, que tem como ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental kantiano, até chegar a seu extremo em Schopenhauer com a ideia de *mundo como vontade e representação*, contribui –sobremodo– para o aparecimento desses “juízes bondosos”.

Isto posto, há de se indagar: por que, em vez de (interpretar/aplicar) as promessas da modernidade contidas na Constituição, continuamos apostando na discricionariedade dos juízes para criarem “boas” políticas públicas? Reperguntando: se política pública é, consoante Komparato, “programa de ação governamental financiado com recursos públicas”⁵⁶, faz sentido permitir que, ao final, um juiz crie a “sua” política pública? Evidente que não.

Por isso, note-se bem: o deslocamento de tensão para o Poder Judiciário não o incumbiu de criar as soluções (mágicas) para os problemas sociais⁵⁷. Claro: afinal de contas, o juiz não pode determinar “a” política pública correta, porque ele não possui um aparelho estatal apto a conformar todas as variáveis⁵⁸. Aliás, a bem considerar, pode-se dizer que o

⁵⁵ Op. cit.

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (org). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255-256

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo. Editora: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 45.

⁵⁸ ARAUJO, Walber Carneiro. Estado, políticas públicas e agentes sociais: em busca do diálogo perdido, in: *Amicus Curiae*, Vol. 5, No 5, 2008, disponível em <http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/view/518>, acesso em 25/05/2014.

Judiciário (jamais) poderá executar uma política pública pelo simples fato de que ele não tem a “chave do cofre”, etc⁵⁹.

Numa palavra final: a decisão embalada no “pacote da bondade” sob o manto da “justiça” tem inúmeros problemas. Primeiramente, com Gadamer, pode-se dizer que o ‘justo’ “é totalmente relativo à situação ética em que se encontra. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato, quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas ‘em si’, independentes da situação que as reclame”⁶⁰.

Daí, por conseguinte, é preciso que o juiz mergulhe na pergunta (afinal, todo saber passa pela pergunta). Então, por exemplo, se têm pessoas que não estão recebendo remédio, o juiz deve perguntar por que isto acontece, e não simplesmente apostar no solipsismo⁶¹ judicial.

E a pergunta adequada passa por outra questão fulcral: o juiz sempre deverá revolver o chão lingüístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno. Logo, ao se deparar com questões que envolvam políticas públicas, deverá nunca esquecer que ninguém vai ao Judiciário para saber o que ele tem a dizer sobre o caso; e sim o que o direito tem a dizer sobre o caso dele. Daí o planejamento previamente estabelecido assume um papel fulcral nas questões que envolvem as políticas públicas. Afinal de contas, é isto que possibilitará ao judiciário que exerça o controle jurisdicional de modo adequado à Constituição! Isto a toda evidência implica dizer que o Poder Judiciário tem o papel —e o dever— de exercer o controle jurisdicional sobre as políticas públicas; mas não de criá-las.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Walber Carneiro. Estado, políticas públicas e agentes sociais: em busca do diálogo perdido, in: *Amicus Curiae*, Vol. 5, No 5, 2008, disponível em <http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/view/518>, acesso em 25/05/2014.

AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 39-40.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 290.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

⁵⁹ Op. Cit.

⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 52.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do Estado Moderno: In: *Para viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 157-158.

_____. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (org). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255-256.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martonio Mont’AlverneBarreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 232.

_____. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro, 2002, p. 188.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo. Martins Fontes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GESTA LEAL, Rogério. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 148-149.

_____. *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: 4 abr. 2009.

KMIEK, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *California Law Review*, oct. 2004. Apud: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

MELLO, Celso de. *Celso Mello defende ativismo judicial do Supremo e pesquisas científicas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586>. Acesso em 28/06/2014.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Martins Fontes, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf/>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

_____. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmiento. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TÊMIS, Limberger; SOARES, Hector Cury. *As políticas públicas, a Democracia e a Burocracia: Caminhos e (des)caminhos do poder judiciário em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde*. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2395.pdf, acesso em 10 de maio de 2014.

STRECK, Lenio Luis; Bolzan de Moraes, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo. Editora: Revistas dos Tribunais, 2013.

_____. *O que é isto – decidido conforme a minha consciência?* Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Ed. Juruá. 2012.

_____. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 48, p. 87-110, 2008.

_____. Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial. Belo Horizonte: *Editora Fórum*, 2009, p. 149-156.

_____. *Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/321715>>. Acesso em: 20 de agosto de 2015.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979, p. 19.

_____. *A rua grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.