

Substratos jusfilosóficos da judicialização da política ou de como os juízes estão legitimados para decidir questões afetas às políticas públicas

Philosophical jus substrates for the judicialization of politics or how judges are legitimized to decide issues of public politics

Carlos Alberto Simões de Tomaz¹

Resumo

A constatação de que a clássica separação das funções do Estado (Legislativa, Executiva e Judicial) encontra-se superada, resta evidenciada pela judicialização da política que impôs um redirecionamento do eixo de tensão Executivo-Legislativo para Executivo-Judiciário e Legislativo-Judiciário. Isso acontece porque a nova estruturação organizacional do Estado coloca o juiz como partícipe da política quando foi chamado a desempenhar um papel em que aparece partilhando valores e interesses comunitários para ensejar a inclusão daqueles que reivindicam prestações sociais negadas ou mal implementadas pelos órgãos decisórios político-representativos. A partir daí, o artigo questiona a legitimidade dos juízes para essa missão, já que não estão diretamente legitimados pela vontade popular, afasta uma legitimação formal e aposta numa legitimação substancialista se valendo de aportes do pensamento de Dworkin, Streck e Luhmann.

Palavras-chaves: Judiciário. Judicialização da Política. Legitimação.

Abstract

The confirmation that the classical separation of state functions (Legislative, Executive and Judicial) is overcome, remains evidenced by the judicialization of politics that imposed a redirection of the tension axis of the Executive-Legislative to Executive-Judiciary and Legislative-Judiciary. This happens because the new organizational structure of the state puts the judge as a participant in the policy when he is called to play a role for sharing values and community interests in order to promote the inclusion of those who claim denied social benefits or poorly implemented. From there, the article questions the legitimacy of the judges for this mission, since they are not directly legitimated by the popular will. At last, sustains a substantive legitimacy based on theoretical arguments of Dworkin, Streck and Luhmann.

Keywords: Judiciary. Judicialization of politics. Legitimacy.

Alguns substratos de pré-compreensão a guisa de introdução

¹ Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG.

Para Streck e Bolzan “a clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de há muito está superada”². Na verdade, hoje se divisam novas funções, o que se percebe com o aparecimento de órgãos controladores das atividades desenvolvidas pelos demais, que se pode denominar de função controladora e, aqui, encontra-se o desempenho de órgãos como o ministério público e os tribunais de contas, ou mesmo ainda, a atuação dos órgãos de cúpula como gestores da esfera privada, sobretudo quando essa se organiza para subsidiar ou mesmo substituir o Estado em determinadas áreas de atuação, criando novos espaços de criação e aplicação normativas.

Isso não significa dizer, todavia, que os mecanismos estruturalizantes adotados classicamente pelo Estado estejam superados. Passam, evidentemente, por metamorfoses, o que se percebe quando se enfrenta a crise vivenciada no relacionamento entre os poderes. De fato, é produto dessa crise, na expressão de Streck e Bolzan, o “deslocamento da esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”³, que há de se compreender a organização do Estado contemporâneo.

Isso acontece, efetivamente, em decorrência de uma superação, ainda que parcial – porque o Estado não abandonou integralmente o modelo – do mecanismo da estruturação organizacional funcional preconizada desde o Estado Liberal que concebia a separação de competência dos órgãos de poder ordenada pelo fim⁴, vale dizer: criação e aplicação de direito, como caminho para garantir a vivência da liberdade.

De mecanismo de contenção do poder, a organização funcional passa, ela própria, a cumprir determinadas tarefas preconizadas mercê da atribuição de novos valores. Com efeito, a comunidade começa a participar mais diretamente nas tomadas de decisão – ou, quando mínimo, começa a exigir que sejam tomadas; surgem novos espaços de atuação (internacionais, supranacionais, regionais, estaduais, locais), mesmo de criação a aplicação normativa, que, a seu turno, estão a exigir controle da parte do Estado. É nesse contexto onde se observa, segundo Bolzan,

² STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163.

³ STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163.

⁴ Segundo Carré de MALBERG, “o critério de distinguir as funções do Estado em razão do fim remonta a Jellinek e não é seguro porque funções diversas podem ter fim idêntico e uma mesma função finalidades diversas”. MALBERG, R. Carré de. *Teoria General Del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 253.

além de uma mudança de perfil clássico das funções estatais produzidas pela transformação mesma da instituição Estado – onde cada vez mais a especialização se vê substituída pela ocupação de espaços de um dos setores por outro (e.g. Comissões Parlamentares de Inquérito, atividade legislativa pelo Executivo, como no caso das Medidas Provisórias substituindo a regulação construída no debate parlamentar por aquela elaborada para interagir conjunturalmente com a volatilidade dos *humores* do mercado) – a fragilidade do mesmo – Estado – em suas diversas expressões, quando perde a *concorrência* para outros setores – semipúblicos, privados, marginais, nacionais, locais, regionais, internacionais, supranacionais, etc. – acerca da capacidade, bem como muitas vezes da legitimidade, de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos.⁵

Essa transformação foi percebida por Canotilho quando afirma que a compreensão material das estruturas organizatório-funcionais do Estado implica:

“(1) articulação necessária das *competências e funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuída aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias, não com meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado Liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras normas de *acção* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação econômica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais; (3) a atribuição de um carácter de acção aos preceitos organizatórios implica, concomitantemente, a articulação das normas de competência com a idéia de *responsabilidade constitucional* dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autónoma de tarefas; (4) apuramento de uma noção de *controlo constitucional* que não se limite a enfatizar unilateralmente o controlo jurídico das inconstitucionalidades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não-cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania.”⁶

O redirecionamento da crise partindo dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário decorre, nesse espectro, da assunção por este Poder de responsabilidades constitucionais afetas aos demais; quer quando atue como legislador de terceiro grau⁷; quer

⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 689 – 690.

⁷ Segundo Bonavides “Em todo sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, três legisladores perfazendo as tarefas normativas do regime. Um legislador de primeiro grau que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, depara-se-nos, em escala de verticalidade, o legislador de segundo grau, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, depara-se-nos o legislador de terceiro grau, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes.” (BONAVIDES,

decidindo aspectos inerentes a políticas públicas, porque as mudanças sociais que se preconizam a partir do dirigismo constituinte periférico comportam a atuação dos mais variados seguimentos sociais ao lado do próprio Estado, apontando para um *pluralismo de ações* e um *pluralismo funcional*.⁸

A crise contemporânea, que transporta o problema para os nossos dias, tem como ponto de partida o primeiro pós-guerra. Inicialmente, o eixo de tensão eclodiu entre os Poderes Legislativo e Executivo. Deveras, os Estados que sobreviveram ao peso da 1ª grande guerra começaram a enfrentar o século XX com enormes dificuldades. Na verdade, a grande crise econômica que assolou o mundo após o conflito, veio a ensejar profundas modificações no plano interno. A economia das nações estava arrasada e a ação dos governos se desenvolvia no sentido de restaurar as suas economias e, ao mesmo tempo, no plano externo, a preocupação com as relações internacionais e o medo de um novo conflito criaram todo um clima de expectativa e precaução, tanto que passou a haver uma corrida em procura de armamentos para que assim pudessem os Estados se apresentar preparados no caso da eclosão de novo conflito. Estas, entre outras, foram as causas que determinaram um novo conflito entre os Estados e agora em maior proporção em face do desenvolvimento científico e tecnológico por que passava a humanidade.

Foi nesse conturbado período que apareceu a chamada *legislação governamental*. O fato é que, durante a época dos conflitos, exigia-se uma maior rapidez nas tomadas de decisão. Não se podia esperar pelos processos legislativos normais. Tudo exigia celeridade. Uma decisão não tomada a tempo poderia acarretar sérios prejuízos. Neste clima, o Executivo atraiu para si grande parte das funções tipicamente legislativas.

No entanto, esperava-se que findos os conflitos, a situação voltasse à normalidade constitucional, mas o que se verificou foi que “outras causas vieram a justificar e conservar aquelas práticas excepcionais: a inflação, a crise econômica, a deflação, mantiveram os governantes em estado de “mobilização” que, embora pacífica, continuou a reclamar medidas extraordinárias”. Os povos e as autoridades foram, assim, se habituando a esse esbulho de autoridade legislativa,⁹ e instrumentos como decretos-leis, *ordenances*, medidas-provisórias, etc, invadiram a experiência constitucional dos Estados.

Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21).

⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52.

⁹ RAO, Vicente. *Os Poderes Legislativo e Executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias – A legislação governamental ou delegada e os regulamentos – A natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações*. Separata de vol. I dos Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto, p. 526, Faculdade

Todavia, o eixo de tensão deslocou-se para o Legislativo-Judiciário e igualmente para o Executivo-Judiciário, no que hoje se tem chamado *judicialização* ou *juridicização da política*, ou ainda *politização do Poder Judiciário*, impondo-se, desde aí, que a legitimação dos juízes para essa missão seja enfrentada.

Efetivamente, é preciso “que se pense a concretização dos direitos humanos a partir do *prisma da jurisdição*, atribuindo-lhe expressão fundamental quando estejamos frente aos direitos de terceira geração, o que não a afasta da problemática (...) no âmbito das *liberdades positivas*, assim como não fica alheia quando tratamos das *liberdades negativas* a partir de sua interconexão com o complexo contencioso dos direitos humanos expressos através de interconexões que os mesmos projetam”¹⁰. Essa necessidade projeta um *pluralismo funcional* que tem conduzido a jurisdição a atuar em searas que vão além do protótipo tradicionalmente concebido, ao escopo de ampliar o conteúdo e garantir a eficácia de direitos fundamentais e do núcleo essencial fundamental por meio de vinculação (controle formal e material) de ações às políticas públicas. Essa atuação apenas ganha sentido, registra Bolzan, “como uma consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de *bem-estar*, mas que se executa como de *mal-estar* – não apenas o mal-estar da civilização de que falava Sigmund Freud, mas de um mal-estar na civilização (no projeto civilizatório moderno)”, pois, prossegue o mestre gaúcho, “se os *sucessos* do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis não se enfrentaria o dilema de sua realização nos termos postos pelo constitucionalismo contemporâneo.”¹¹

Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo está assentado num Estado Social marcado por promessas de prestações sociais não cumpridas. Isso tem elevado o grau de litigiosidade quando aqueles que se veem excluídos dos benefícios prestacionais (moradia, saúde, educação, segurança social, basicamente) conduzem à jurisdição a resolução das políticas públicas não acudidas ou mal implementadas. Nessa contextura, ressalta Bolzan que

a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se um arranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua

de Direito do Recife, Recife, 1962, a partir de BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Vol. III, nº 84 (?!) e seguintes, como ele próprio registra.

¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 75.

¹¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p.182.

concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta em projetos de *reforma do Estado* e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das *promessas perdidas*.¹²

Sem dúvida, a redemocratização do País, com a Constituição de 1988, “reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais (...) Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.”, anota Barroso que divisa, ainda, como causa decisiva da judicialização da política, a circunstância da Constituição brasileira trazer para seu bojo inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político-majoritário, seguindo a tendência das Cartas de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978, e por isso registra que “A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica”, decorrendo, desde aí, a possibilidade de judicializar a exigência de direitos.¹³

Porém, a primeira questão que se coloca quando nos debruçamos sobre o problema da judicialização da política diz respeito, como estamos colocando à reflexão neste artigo, à legitimidade. Com efeito, estariam os juízes legitimados para essa atuação? As considerações que vamos tecer sobre a judicialização da política voltam-se ao declarado fim.

Pontos de partida para a legitimação

A legitimação da judicialização da política tem sido palco de debates, sobretudo em face da diretriz imprimida à jurisdição por constituições compromissárias, como a brasileira. Enfrentando a questão, Bercovici escreve se reportando à constituição dirigente:

um dos problemas desta concepção de Constituição é o fato de que, ao recar deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande

¹² BOLZAN DE MORAIS, José Luis O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 183.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, consulta realizada em 25/09/2009.

medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle da constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição. Apesar das críticas de Canotilho ao papel dos tribunais constitucionais na concretização da Constituição Dirigente, a observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição”.¹⁴

Temos insistido, de nossa parte, em defender a atuação da jurisdição nessa missão, projetando a legitimação como o fez Bolzan “em uma perspectiva ampliada, que inclua não apenas a ação do agente público encarregado das atribuições afetas à função pública estatal, mas incorporando algo que poderíamos denominar como uma *prática jurídica comprometida* que congregue todos os operadores jurídicos”, o que implica a consideração e reflexão do “seu perfil como poder de caráter político inerente ao regime democrático e insubstituível para a concretização do Estado Democrático de Direito”¹⁵. Nessa perspectiva, a clivagem da legitimação decorre de um viés sócio-político, avultando-se inteiramente pertinentes as ponderações de Luhmann, que embora direcionadas a projetar os tribunais como o centro da redução da complexidade sistêmica na autopoiese do direito¹⁶, fornecem elementos para uma análise, que longe desse desiderato, divise a relevância da jurisdição no quadro emancipatório periférico como o brasileiro.

Com efeito, ressalta Luhmann que “a diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas”¹⁷. A questão, num primeiro momento, diz respeito a perquirir até que ponto os juízes podem criar normas, não apenas atuando dentro de uma margem já previamente delineada – mas não precisada pelo legislador – mas também a esse se substituindo. Luhmann já evidenciava que a interpretação desta diferenciação era imprecisa e carente de elaboração teórica.¹⁸

Para Luhmann¹⁹, com efeito, a diferenciação não pode residir na oposição da generalidade própria da lei em confronto com a norma particular criada pelo juiz. A partir do

¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 118.

¹⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 75 – 76, *passim* em nota de rodapé.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, ver capítulo 7, sob o título: *El lugar de los Tribunales en el sistema del Derecho*, p. 212 – 240.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 35.

momento em que se opera a generalização das expectativas, porque congruentes – o que significa dizer que casos iguais devem ser decididos da mesma forma – a generalidade também repousaria na decisão judicial. Haveria, a partir daí, uma generalização primária que residiria na lei, e uma generalização secundária vazada na decisão judicial erigida a partir da formulação de princípios jurídicos. A legislação vê-se transformada neste procedimento de estruturação congruente secundária – criação da decisão judicial – em critério de diferenciação técnica.

O problema, todavia, reside na circunstância de que ao contrário do legislador, que pode decidir (entenda-se: generalizar expectativas) sem comprometer-se com elas - significa dizer: uma lei pode ser facilmente revogada por outra – o juiz, segundo Luhmann, “compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas”²⁰ para idênticos casos futuros. Um novo direito apenas poderá ser criado quando ele tratar novos casos constituindo casos diferentes.²¹

Porém, o próprio Luhmann adverte para a circunstância de que “toda proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica é, no entanto, perigosa, pois leva a determinações rígidas, dificilmente retratáveis, o que é arriscado principalmente no contexto rapidamente mutável da sociedade moderna”²².

De fato, a experiência tem demonstrado que é mais fácil mudar uma lei do que uma generalização congruente consolidada na jurisprudência²³, sobretudo quando, igualmente ao

²⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 35.

²¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 35.

²² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 35.

²³ Todavia, no sistema jurídico pátrio, a introdução pela Emenda Constitucional nº 45/2004, das súmulas vinculantes revela uma generalização congruente consolidada pela jurisprudência. Assim, esta proclamação judicial de vigência genérica terá maiores dificuldades de modificação, não obstante se tenha admitido como legitimados para deflagrar o processo ao declarado fito os mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (CF: art. 103-A, § 2º), pois, não se olvide, é no próprio órgão que condensou ou generalizou o entendimento que o mesmo poderá ser modificado. Atento para o problema Streck registra: “ementas e enunciados em geral, que são predominantes no “mundo jurídico”, não têm força de lei e não gozam dos “requisitos” da regra-abstratação e generalidade. *E de qualquer modo não abarcariam todas as hipóteses de aplicação*. Mas, ao serem assim utilizados, transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra (e o princípio é a razão prática da discussão jurídica; é a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso – concreto –, que só existe na sua singularidade, irrepetível, pois!) Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por “mera subsunção” (sic). Dito de outro modo: precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas todas as “universalidades” de cada caso jurídico. A partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular ao geral/universal. Interpretar (e aplicar) não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral. E exemplos de pautas gerais são comuns e recorrentes na nossa jurisprudência. Dito de outro modo, no “verbete jurisprudencial” não está contida a essencialidade (ou o *holding*) relativa ao que seja uma insignificância jurídica (como era o caso *sub judice*). Como diz Heidegger, tomar aquilo que “é” por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica. Por tal razão é que o saber representativo (metafísico), ao invés de mostrar o ente como ele é, acaba por escondê-lo e anulá-lo, fincando o “crime como o crime” afastado, obnubilado. Cumpre destacar, nesse sentido, que vem sendo prática recorrente em *terrae brasilis* - não há sentença ou acórdão que assim não proceda

que acontece na generalização primária, os juízes encontram-se, do mesmo modo que o legislador, afetos a um tratamento oportunístico dos valores.

A análise sociológica de Luhmann ampara o pensamento de quem sustenta que o juiz atua como legislador para suprir omissões ou indeterminações, quando criaria norma, e possui o condão de apontar a fragilidade do consenso vazado na generalização da lei, do mesmo modo que revela o quanto é arriscada a generalização secundária por parte do Judiciário. Contudo, a razão está com ele quando aponta para os tribunais como órgãos centrais do direito como sistema autopoietico. Essa posição tem-se firmado e resta validada, sobretudo, quando no processo de consolidação do constitucionalismo foram criados os tribunais constitucionais, sendo notório o debate travado entre Kelsen e Schmitt por ocasião da criação do primeiro deles, pois, já àquela época, Schmitt se mostrava receoso com a judicialização da política que adviria da função institucional de guardião da constituição atribuída às cortes constitucionais, enquanto Kelsen defendia a jurisdição constitucional que Schmitt insistia iria se corromper com a politização da justiça.²⁴

O ponto nodal, portanto, está em equacionar como os juízes, que não passaram pelo crivo direto da vontade popular, estariam legitimados a desempenharem um poder político a ponto de invalidar atos dos demais poderes? Essa *dificuldade contramajoritária*²⁵, segundo Barroso, encontra justificativas de natureza normativa e filosófica. O fundamento normativo decorre “do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial”. Já a justificativa filosófica repousaria na circunstância de que o respeito aos direitos fundamentais impõe a limitação do poder (fundamentos do constitucionalismo), de tal modo que o exercício do poder fundando na soberania popular expressada na vontade da

– a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de “pautas gerais”. Tal menção pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, *mas nunca fundamentar, de per se, a decisão*. Com efeito, como venho denunciando de há muito, os verbetes jurisprudenciais (ou enunciados) não possuem uma essência (acompanhada de um sentido em-si-mesmo) que seja comum e que se adapte (ou abarque) a todos os “casos” jurídicos. Na verdade, aplicados de forma descontextualizada, levam ao obscurecimento da singularidade do caso.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006., pp. 215 – 217).

²⁴ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, a partir da p. 55.

²⁵ Barroso atribui a nomenclatura a Alexandre Bickel, *The least dangerous branch*, 1996, p. 16 e segs. (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, consulta realizada em 25/09/2009).

maioria, que caracteriza o regime democrático, deve respeitar os direitos fundamentais, o que enseja a possibilidade de conflito entre vontade da maioria e a proteção aos direitos fundamentais, que deve ser conformado pela Constituição, de onde resultaria a missão do Judiciário de velar pelo respeito aos valores e direitos fundamentais, sem descuidar da preservação do princípio majoritário.²⁶

Mais adiante, o problema da vontade da maioria será retomado quando enfrentarmos a relevância dos princípios de conformidade com o pensamento de Dworkin e sua importância para se chegar a respostas corretamente fundamentadas no âmbito da descontextualização que assola a experiência democrática moderna. Por ora, a observação de Barroso não pode ser olvidada quando insiste em que a democracia não se resume ao princípio majoritário e problematiza: “Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo papel da Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.”²⁷

É exatamente por isso que Dworkin assevera, ao abrir a discussão sobre a tensão, que “as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm conseqüências para as controvérsias políticas.”²⁸

Em que sentido, portanto, deve-se conceber a judicialização da política? Dworkin²⁹ toma como ponto de partida para alcançar uma resposta, a concepção de Estado de Direito que opere o magistrado. Para ele, a expressão “Estado de Direito” pode ser enfrentada a partir de duas concepções: a primeira, do ponto de vista formal, a que ele denomina concepção “centrada no texto legal” e, a segunda, do ponto de vista material, denominada de concepção “centrada nos direitos”.³⁰

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, consulta realizada em 25/09/2009, p. 8 – 9, *passim*.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, consulta realizada em 25/09/2009, p. 9.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6 – 7.

³⁰ A diferenciação entre Estado de Direito em sentido formal e material na linha do pensamento de Kelsen foi muito bem deduzida pela emérita professora da Faculdade de Direito do Recife, Maria Bernardette Neves Pedrosa, em, àquela época e entre nós, inédito trabalho que demonstrava que toda comunidade política tem forma e conteúdo. A forma se identifica com a própria ordem jurídica estatal, daí porque se vale do positivismo Kelseniano para concluir que “todo Estado é Estado de Direito”, porquanto ordem coercitiva. Todavia, se a análise for orientada para o exame dos fins e dos meios vinculados à ideia de um Estado ideal, a investigação descortinará para se verificar se a ordem é justa e aqui a conclusão será a de “Alguns Estados não são Estados de Direito”. (PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba em 1978). Também sob o

Dworkin sustenta que “os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo [...] O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais...”³¹

A partir daí, Dworkin demonstra que a conduta dos juízes que adotam a concepção de Estado de Direito centrada no texto legal resvala para admitir que na solução dos casos “devem tentar descobrir o que está “realmente” no texto jurídico” e ainda que estariam proibidos de decidir “com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes uma decisão sobre o que deveria estar lá.”³²

Por outro lado, se o juiz amolda-se à concepção de Estado de Direito centrada nos direitos terá presente que o texto jurídico não é a fonte exclusiva dos direitos³³. Terá mais presente ainda que “os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal. Portanto, uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista deste ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa.”³⁴ O juiz, neste último modelo, prossegue Dworkin:

tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.³⁵

Por certo que a compreensão dos princípios envolve muitas outras questões que vão além na obra de Dworkin e que refogem ao objetivo deste artigo como por exemplo, a

influxo das idéias de Kelsen, Bobbio coloca a questão na mesma linha. Confira-se: “Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” (esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana). Desse ponto de vista pode-se falar de Estado de direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora)”(BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 17 -19)

³¹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.7.

³² DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 10.

³³ A ideia de não se reduzir o Direito apenas ao texto da lei é antiga: *Se a justiça vem apenas pela lei, então Cristo morreu inutilmente*, era o que propagava São Paulo: (Gal. 2: 19 – 21).

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

ponderação diante da colisão, o próprio reconhecimento de que o princípio é um princípio comunitário, etc. Porém o certo é que quem não superou a ideia de que direito é muito mais que a norma jurídica escrita, ou por outra, para quem vive sob o império da segurança sedutora da hermenêutica metodológica, o primeiro caminho alvitrado por Dworkin será trilhado sem dificuldades. Ou existe norma e a incidência dessa sobre um fato permite a extração de certo efeito, ou a resposta a uma demanda é não.

Divisar uma atuação da jurisdição a partir de uma base principiológica que pode se encontrar ou não na constituição, mas que numa situação concreta, extirpe de qualquer dúvida, retrata os valores eleitos pela comunidade para, a partir daí desvelar o sentido que reflita a melhor resposta para a questão, não pode constituir excesso de ativismo judicial quando esse sentido se encontra compatível com a definição axiológica majoritária. E quando a decisão em defesa dos direitos fundamentais decorrentes da principiológica comunitária, sobretudo quando expressa numa constituição, afasta o processo majoritário vazado em atos governo, ainda que criados pela maioria de mais de cinco centenas de pessoas e chancelada por outra, ou simplesmente editados por autoridade administrativa, esse contramajoritarismo não pode ser alçado a excesso de ativismo judicial ou de politização indevida da jurisdição.

Todavia, estamos convencidos de que o juiz não cria direito, nem mesmo na vagueza ou indeterminação do texto, nem mesmo quando decide contramajoritariamente em defesa dos valores e princípios comunitários. Por isso, ponderamos que não podemos concordar integralmente com Barroso quando afirma: “havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matérias de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.”³⁶.

Com efeito, as escolhas do legislador devem prevalecer quando permitam um sentido compatível com os princípios adotados pela comunidade, no caso brasileiro, expressos ou decorrentes da Constituição, de qualquer sorte, “a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de uma reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”, registra Barroso³⁷. Todavia, reforma política alguma terá o condão de ensejar uma definição prévia de sentidos absolutamente hermética, a ponto de

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, consulta realizada em 25/09/2009, p. 14.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, consulta realizada em 25/09/2009, p. 15.

dispensar a atividade judicial, bem como acabar com a possibilidade de escolhas legislativas incompatíveis com os valores e princípios vazados ou decorrentes da Constituição.

É preciso registrar, a ponderação do pensamento de Dworkin em defesa de argumento de princípio – que não pode ser solapado por um argumento de política, segundo ele, “um juiz não é pressionado por demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento”. Isso decorre da circunstância de que “um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor.”³⁸

Para Streck, a vivência do autêntico Estado de Direito repousaria hodiernamente na atuação do Poder Judiciário, já que “*Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.*”³⁹

A atuação do Judiciário como mecanismo de transformação tem sido, com efeito, objeto de investigação. A análise de Streck tem a originalidade de apontar o caminho da hermenêutica filosófica como novo paradigma. Streck⁴⁰, não obstante proclame que o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade⁴¹, alerta, valendo-se da lição de Cittadino, para a circunstância de que a judicialização da política, conquanto condição de possibilidade no Estado Democrático de Direito, “não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente

³⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.134, *passim*.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a, p. 55.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. 2ª ed. Rio De Janeiro: Forense, 2004b, p. 179 – 196.

⁴¹ Porque “as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração (Gilberto Bercovici), mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.” (KRELL, Andréas Joachim. “Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos”. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 10. Recife: UFPE, 2000, pp. 41 e 55, *apud* STRECK, 2004b, p. 194)

participativa que depende, é verdade, de uma atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer”⁴².

Diferentemente de Dworkin, Streck tem a experiência de um operador do Direito em um Estado periférico onde são gritantes as deficiências do poder público na satisfação das políticas públicas estabelecidas na Constituição e por isso lança mão de exemplos que revelam esse déficit social⁴³, que hoje constituem casos que se avolumam em processos judiciais espalhados nos quadrantes do País, que envolvem desde a concessão de medicamentos, a realização de tratamentos médicos específicos, à concessão de vagas em escolas de ensino fundamental, entre outros.

A obra de Dworkin, também rica em exemplos, não poderia deixar de ofertá-los ao examinar a questão. Um deles chama a atenção porque diz com os limites da atuação do Judiciário ao criar norma geral. Trata-se do caso *Charter*⁴⁴ onde o juiz teve de estabelecer se proibir a participação de negros como sócios de uma agremiação política encontrava vedação na lei que estabelece que as organizações que servem a “uma parte do público” não devem praticar discriminação. Nesse caso, um olhar sobre a hermenêutica clássica mandará o juiz aferir a vontade do legislador ao estabelecer na norma a expressão etimológica “uma parte do público”, e a questão se tornará semântica, até mesmo por decomposição para saber o que é público, como precisar uma parte dele, etc. Na perspectiva dessa linha, Dworkin compreende que

diferentes juízes darão diferentes respostas a essas questões de semântica; nenhuma resposta será tão claramente correta a ponto de todos concordarem com ela. Não obstante, cada juiz estará tentando, de boa-fé, seguir o ideal do Estado de Direito segundo o livro das regras porque estará tentando, de boa-fé, descobrir o que as palavras do texto legal realmente significam.⁴⁵

Porém, o que o juiz sente, o que ele acha, a inspiração divina, mediúnica, enfim, parece realmente não se apresentar como um critério racional a ponto de legitimar uma decisão judicial. É preciso que ela se assente numa compreensão do que desde já e sempre existe e se encontra lançado (pré-compreensão a partir da finitude) e, possa, a partir daí, apontar para uma solução hermeneuticamente correta para solucionar a questão, de modo que a compreensão possa ser igualmente aferida por outros observadores a ela concernidos. A

⁴² CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In: VIANA, Werneck Luiz (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 39.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a, p. 57 – 58.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 10 – 14.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 11.

decisão que se constrói sob tal contextura deverá privilegiar os direitos de fundo e o direito que o cidadão possui de a eles ter acesso através do exercício da jurisdição, bem como aqueles estabelecidos ou decorrentes dos princípios comunitários ou selecionados como de valor permanente.⁴⁶

É nesse sentido que Bonavides insiste em divisar o juiz como legislador de terceiro grau⁴⁷ reconhecendo o papel a ele destinado na Nova Hermenêutica de matiz filosófico:

Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo. Sobretudo quando este, por omissão, se faz desertor de suas atribuições constitucionais.⁴⁸

Tem-se divisado, a partir daí, uma visão emancipadora do Poder Judiciário e outra sorte de objeção se coloca na seguinte e preocupante indagação: Os juízes estão preparados para fazê-lo?

Observe-se, primeiramente, que esta visão não pretende que o Poder Judiciário, de modo indiscriminado, e se substituindo ao Poder Executivo, passe a definir as políticas públicas, ou ainda, passe a criar normas gerais substituindo-se ao legislador. Pretende-se, ao contrário, divisar uma via aberta e legitimada pelo pacto para conformar a atuação do poder público aos compromissos estabelecidos na Carta, assegurando, portanto, sua força normativa.

Aportes finais

Cumprе observar, a essa altura, que o primeiro argumento contrário à tese substancialista da politização da jurisdição decorre exatamente da preocupação democrática com a legitimação. Se, de regra, não eleitos pelo povo, se as decisões que os juízes tomam não estão submetidas ao controle popular, então não teriam eles legitimação para tanto. Na

⁴⁶ Cfe. DWORKIN, 2001, p. 15 e STRECK, 2004a, p. 45 – 46.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

verdade, a questão tomada sob este prisma parte de um pressuposto formal para a legitimação ditado pelas regras do jogo que podem, obviamente, ser modificadas por regras adrede estabelecidas. A legitimação em estudo deve decorrer menos da forma que da substância. Isso significa dizer, em outras palavras, que a decisão judicial, ao se vincular ao núcleo material essencial da Constituição (o art. 3º do Texto brasileiro), tendo como escopo o equacionamento formal e material das políticas públicas voltadas para a satisfação da justiça distributiva, atenderá a uma expectativa congruente generalizada⁴⁹ das camadas da população excluídas.

Sob o prisma deste entendimento, podemos entender que, conquanto formalmente legitimados, o Parlamento e o Executivo⁵⁰ podem – e tomam – decisões que frustram expectativas generalizadas desvinculando-se do núcleo compromissário-dirigente da Constituição. Seriam elas legítimas? A pergunta pode ser feita de outra forma: Estariam os parlamentares ou os órgãos executivos legitimados substancialmente a tanto?

Se os juízes, de acordo com a estruturação clássica do Estado, não estão formalmente autorizados a tomar decisões políticas primárias, podem vir a substancialmente ter que tomá-las ante a necessidade de satisfazer os direitos humanos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, de modo a imprimir a força normativa necessária àquele núcleo que revela as promessas de modernidade ainda não cumpridas. Aqui, a decisão judicial poderá ser tão legítima ou ilegítima quanto a lei ou a decisão executiva, na medida em que satisfaça ou não os princípios comunitários e as expectativas sociais congruente generalizadas. A atuação contramajoritária da parte do Poder Judiciário apenas se justifica na e pela promoção dos direitos fundamentais e ela se exerce, portanto, em direção ao fortalecimento da democracia.

⁴⁹LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

⁵⁰ Bolzan propõe reconhecer a “*executivização da Constituição* ou sua *administrativização economicista*, quando a função executiva do Estado passa a desempenhar um papel de relevância para a (re)definição do conteúdo da Constituição utilizando-se dos mecanismos jurídico-constitucionais e de um discurso economicista apocalíptico, totalizante e monocórdico, para promover uma verdadeira desmontagem do texto constitucional originário patrocinado através da atuação do poder constituinte. Ao que transparece de algumas experiências constitucionais contemporâneas periféricas, o direito constitucional passou a ser *refém* de uma *lógica mercadológica da política*, transformando as constituições em prolongamentos subservientes aos programas de governo e rompendo com seu caráter estabilizante e sua pretensão a uma certa perenidade, provenientes do projeto liberal revolucionário vitorioso no final do século XVIII em seu núcleo político (ou político-jurídico) – sem que isto signifique um engessamento do real, ou uma vinculação estrita do ser ao dever-ser – bem como destruindo conquistas sociais consolidadas. Nesse sentido, é evidente que, mesmo matizado pelo reforço do papel da função executiva estatal assistido ao longo do século XX em face da mudança no perfil do Estado, assumido como *Welfare State*, esta executivização/administrativização da Constituição experimentada em diversos países – dos quais o Brasil parece se notabilizar – produz um refluxo profundo na prática constitucional, permitindo que se fale de um *golpe de Estado institucional*.” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 87 – 88).

O dilema em adotar, entre nós, a politização da decisão judicial sob o veio substancialista reside, como aponta com precisão Streck, no fato de que o Judiciário está preparado para “lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento de problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988...”⁵¹ Isso acontece, registra Streck citando Faria, porque a magistratura “não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.”⁵²

Ainda pode-se referir como causa, a circunstância de que os juízes, de regra, não se encontram habituados a lidar com a constituição como um sistema estruturante dotado de sentido⁵³, isto é, que deve revelar expectativas congruentemente generalizadas pelo procedimento social, produto da seletividade de princípios e valores de modo que a efetividade que lhe devem imprimir não pode frustrar aquelas expectativas.

Postas estas reflexões sobre o problema da legitimação que apontam para a possibilidade de atuação da jurisdição numa perspectiva emancipadora, já é hora de impulsionar o seu exercício como um caminho propulsor de inclusão em defesa da socialidade, o que, reste bem claro, não implica a desconsideração de outras vias de atuação, sobretudo as decorrentes da atuação popular de caráter nitidamente não-governamental, que devem ser privilegiadas sem que isso conduza a um menoscabo ao exercício da jurisdição.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, 2009.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração heremênutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a, p. 54.

⁵² FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, pp. 14 – 15, *apud* STRECK, 2004a, pp. 35 – 36.

⁵³ O sentido ora imprimido à constituição está erigido a partir do conceito de direito elaborado por LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 183.

- BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade)**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade*. In: **Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANA, Werneck Luiz (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- _____. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- PEDROSA, Maria Bernardette Neves. **Estado de Direito e Segurança Nacional**. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Curitiba: OAB, 1978.
- RAO, Vicente. *Os Poderes Legislativo e Executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias – A legislação governamental ou delegada e os regulamentos – A natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações*. **Separata de vol. I dos Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1962, p. 526.
- SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.
- _____. (2004b) **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.