

A interpretação e a concretização do direito na (re)al Democracia

Vinicius Ferrasso

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

SUMÁRIO: **I.** Preliminarmente. A diferença entre judicialização da política e ativismo judicial. **II.** Teoria processualista da jurisprudência dos valores (ativismo judicial). **III.** A teoria procedimentalista (antirrelativismo habermasiano). **IV.** Considerações finais.

RESUMO: A partir da inauguração da Constituição Federal foram assegurados diversos direitos, principalmente aqueles ditos sociais a sociedade brasileira, porém é pacificado que esses direitos encontram-se distantes de serem efetivados. Diante disso, houve uma espécie de descolamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção a justiça constitucional, no Estado Liberal, o centro de decisão era o Legislativo; no Estado Social, o Executivo pela necessidade da realização de políticas públicas e intervenção do Estado em busca do equilíbrio econômico; agora no Estado Democrático de Direito dado a partir da Constituição Federal de 1988, o foco de tensão se volta para o Poder Judiciário. Para se buscar respostas qual o meio razoável de concretização desses direitos na atual democracia, foi realizado preliminarmente a diferenciação de judicialização da política e ativismo judicial, demonstrando as diferentes definições dos mecanismos presentes nas teorias de Lenio Streck e Luís Roberto Barroso. Posteriormente, apresentar-se-á a teoria processualista da jurisprudência dos valores, que aceita em determinados casos o ativismo judicial para a satisfação daqueles direitos não garantidos pelo Estado, na visão de Darci Guimarães. De maneira oposta, a seguir sugere-se a teoria procedimentalista da corrente do filósofo alemão Jürgen Habermas, que não pactua de nenhuma forma, com qualquer encontro criativo pelo intérprete e tampouco de ampla competência do judiciário para a concretização desses direitos.

PALAVRAS CHAVES: Judicialização da política - Ativismo judicial – Democracia.

ABSTRACT: From the inauguration of the Federal Constitution were secured many rights, especially those social Brazilian society said, but is pacified that these rights are far from being hired. Thus, there was a kind of detachment from the pole voltage of the executive and legislative branches toward constitutional justice in the liberal state, the center of decision was the Legislature; the Welfare State, the Executive by the necessity of carrying out public policies and state intervention in pursuit of economic equilibrium; Now the democratic rule of law given from the Federal Constitution of 1988, the focus of tension turns to the Judiciary. To seek answers which reasonable means of achieving these rights in the current democracy, was preliminarily performed differentiation of judicialization of politics and judicial activism, demonstrating the different definitions of the mechanisms in theories of Lenio Streck and Luis Roberto Barroso. Subsequently, the proceduralist theory of jurisprudence of values, which accepts in certain cases the judicial activism to the satisfaction of those rights not guaranteed by the State, in view of Darci Guimarães will present itself. Conversely, the following is the current proceduralist theory of the German philosopher Jürgen Habermas, who will not stand in any way with any creative encounter the interpreter nor the broad competence of the judiciary to fulfill those rights.

KEYWORDS: Judicialization of politics - Judicial Activism - Democracy.

I. Preliminarmente. A diferença entre judicialização da política e ativismo judicial.

A judicialização da política não deve limitar-se à identificação quantitativa do fenômeno, pois conforme Maués e Fadel, esse fenômeno apresenta-se em *circuito*¹. A partir da análise do impacto que as decisões provocam no sistema político é que tem a virtude em que medida as ações do Executivo e do Legislativo são regidas por essas decisões e, portanto, em que medida a política encontra-se judicializada.

Esse processo segundo os autores subdivide-se em quatro estágios: o ponto de partida da judicialização é a adoção de um regime de democracia constitucional que, limitando a vontade da maioria por meio de uma Constituição rígida, regule formal e materialmente a produção legislativa e estabeleça um sistema de controle de constitucionalidade das leis, em que a posição do Tribunal Constitucional será fundamental, para assegurar a constitucionalidade das decisões, a fim de evitar que as normas sejam invalidas, logo, nesse primeiro estágio, os limites impostos ao legislador são mínimos, tendo em vista que o Tribunal Constitucional ainda não desenvolveu sua jurisprudência, abrindo espaço para que sejam construídas as interpretações conforme o texto constitucional².

No segundo momento, para os países que adotam o controle de constitucionalidade abstrato, o processo legislativo e controle de constitucionalidade encontram-se articulados³, o processo de constitucionalidade torna-se o último estágio do processo legislativo, no qual compete ao Tribunal Constitucional rever a decisão do legislador do ponto de vista de sua compatibilidade com a Constituição⁴.

Em um terceiro instante, temos a politização da justiça que aumenta a necessidade de motivação das decisões da Justiça Constitucional, tendo em vista o caráter polêmico das matérias e a possibilidades de críticas acentuadas dos setores políticos que venham a se sentir prejudicados, o Tribunal Constitucional deve desenvolver amplamente os fundamentos jurídico-constitucionais de sua sentença, excluindo o contexto político que pode tê-lo orientado. Reconhece-se aqui, que a ampliação do direito constitucional implica um esforço de construção judicial das normas, a partir das disposições amplamente ambíguas, vagas, controversas e colidentes do texto constitucional. Desse modo, quanto mais o juiz constitucional esforça-se para motivar suas decisões, torna-se mais patente que as soluções para o litígios constitucionais são estabelecidas após um longo e complexo processo

¹ - MAUÉS, Antonio Moreira, FADEL, Alexandre Pinto. Circuitos Interrompidos: As Adins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et ali. A constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. RJ: Lumen Juris, 2007.

² - Ibedem.

³ - Conforme Maués e Fadel, nos países de controle difuso e controle concentrado que contam com a via incidental, os demais juízes tampouco estão rigidamente subordinados à lei, podendo encaminhar questões de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional ou exercer diretamente a fiscalização da constitucionalidade. Em consequência, as partes de um processo podem arguir a inconstitucionalidade das leis em seu benefício, fazendo com que o exercício da jurisdição "ordinária" também interfira na elaboração da políticas públicas. (MAUÉS, Antonio Moreira, FADEL, Alexandre Pinto. Circuitos Interrompidos: As Adins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et ali. A constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. RJ: Lumen Juris, 2007. P.62)

⁴ - MAUÉS, Antonio Moreira, FADEL, Alexandre Pinto. Circuitos Interrompidos: As Adins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et ali. A constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. RJ: Lumen Juris, 2007.

argumentativo, em que o magistrado busca balancear os diferentes princípios e regras envolvidas na questão. Para o processo de judicialização, a principal consequência desse esforço é o desenvolvimento de fundamentações complexas, cujo grau de abstração favorece a criação de parâmetros para a decisão de casos semelhantes no futuro⁵.

No último estágio, o juízo sobre a constitucionalidade versa sobre a interpretação do ato questionado e a determinação do sentido da própria Constituição⁶. Nesse ínterim, no exercício do controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional não apenas resolve uma demanda com também elabora a Constituição, gerando um duplo impacto no processo legislativo⁷.

Como se pode constatar a descrição de judicialização na visão dos autores Maués e Fadel surge a partir dos quatros estágios que trazem um padrão de definição para o referido instituto, de modo que para a análise do caso brasileiro, se faz necessário uma abordagem a partir da Constituição Federal de 1988 que trouxe uma ampliação dos papéis político-institucionais do Supremo Tribunal de Federal, tribunais e juízes, com efeito, com a presença da judicialização da política acompanhada do denominado ativismo judicial, figuras antagônicas, mas ainda por diversas vezes confundidas no judiciário. Isso trouxe uma alteração abrupta no modo do exercício da jurisdição constitucional. Esses dois mecanismos de ampliação da jurisdição demonstram sobremaneira a característica de nivelamento entre os poderes legislativo e judiciário na busca da concretização da democracia brasileira, conforme salienta Lenio Streck *"ocorre um rompimento com a concepção clássica de separação de poderes e daquilo que se entendia como liberdade de conformação da constitucionalidade do legislador"*⁸.

A diferenciação entre ativismo e judicialização da política torna-se necessário com o objetivo de evitar com que o Direito seja um produto das decisões judiciais subjetivistas-discricionárias-decisionistas⁹ de juízes e tribunais, que

⁵ - Ibidem.

⁶ - Já desde início, podemos mencionar aqui o mecanismo de interpretação conforme a Constituição. Trata-se, na realidade, de uma técnica que, sem reduzir o conteúdo do texto legal, inibe e exclui interpretações que possam conduzir a uma exegese que se afaste do único sentido autorizado pela Constituição. Portanto, isso resulta afirmar, ainda que a função do Poder Judiciário, no plano do controle de constitucionalidade, não seja mais apenas de legislador negativo, não significa que poderá atuar categoricamente como legislador positivo, entenda-se, no instituto (*verfassungskonforme sinngebung*), a interpretação semântica permite a adição ou redução de sentido, realizando algo que vai além ou aquém do texto da lei, não resultando afirmar que o Tribunal estaria desempenhando o papel democraticamente conquistado do legislador. (STRECK. Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito / Lenio Luiz Streck – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.P.444)

⁷ - MAUÉS, Antonio Moreira, FADEL, Alexandre Pinto. Circuitos Interrompidos: As Adins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et ali. A constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. RJ: Lumen Juris, 2007.

⁸ - STRECK. Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito / Lenio Luiz Streck – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P.444.

⁹ - Os referidos termos (subjetivistas-discricionárias-decisionistas), quando abordados no decorrer deste artigo, estar-se-á referindo ao problema entendido contemporaneamente como paradigmático, ou seja, o modo como a linguagem desnuda os elementos estruturantes, denunciando o lugar da fala de parcela considerável dos magistrados brasileiros, que se encontram comprometido tão somente com a sua consciência. Conforme Streck há uma espécie de *holding*, que torna o tema recorrente: o juiz não se subordina a "nada", a não ser ao "tribunal de sua razão". No campo do processo penal, o modo pelo qual se manifesta esse paradigma representacional, pode ser visto a partir da persistência do sistema inquisitório,

consequentemente abalaria os pilares democráticos do Estado, pelo fato de ultrapassar o teto hermenêutico¹⁰ preestabelecido pela dogmática (doutrina e jurisprudência). A judicialização da política tem seu nascedouro na interação do Direito com o Judiciário e a Política. De certa forma, apresenta-se como uma forma de oposição ao governo, ou seja, pode ser considerado o meio de comunicação entre o Direito e Política, em que o jurídico (Direito) impõe limites, ou até mesmo obrigações, ao poder político (Política), com olhar sempre atento a Constituição Federal¹¹.

diante do deferimento de compromisso à testemunha contraditada e que não poderia prestá-lo, nos termos do art.208 do CPP, que diz não viciar a ação penal, mas exterioriza-se como mera irregularidade, pois, não encerra a instrução e dentro do princípio do livre convencimento motivado, o juiz, não adstrito a critérios de valoração apriorístico, "atribuirá ao depoimento o peso que sua consciência indicar, mediante fundamentação" (HC 11.896/RJ, julgado em 27/06/2000, DJ 21/08/2000, p.173), destaca-se aqui, em plena vigência da Constituição de 1988, o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar. Já na área do processo civil, aparece por meio do protagonismo/ativismo do juiz que encobre a filosofia da consciência. I) acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: A norma legal propicia ao juiz (...) meios para completar sua convicção e, assim, **decidir com tranquilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz** (HC TJSP: AI 7256094200/SP, DJ 31/07/2008); II) acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: "Ao Juiz, como destinatário da prova, e só a ele, cabe, **diantes de sua consciência**, para proferir decisão, determinar a realização de nova perícia, ainda que, formalmente e à primeira vista, seja o laudo anterior conclusivo e aparentemente idôneo" (TJMG: AC 1671932/MG, DJ 10/02/2000); III) acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: "**o juiz é o intérprete da consciência social**, pois contrapõe a livre valoração moral à norma" (TJSC: AC 37530/SC, DJ 03/08/2000). Embora com pretensões de construir racionalidades e até mesmo tecer críticas a decisionismos e/ou voluntarismos, acabam por sufragar teses como as descritas. É o caso referido na tese de doutorado de Maria de Fátima S.G.M.de Oliveira, que reforça o imaginário de apoio ao "*solipsismo judicial*" ao defender, por exemplo, que a "liberdade de investigação crítica corresponde à interpretação dada pelo magistrado à norma", entendendo a autora que, "hoje o juiz, não se submete à letra fria da lei. Devendo ao contrário, interpretá-la e suas decisões devem ser harmonizadas ao sistema jurídico, mesmo que, aparentemente afrontem a lei. O juiz exerce atividade criadora do direito e com margem de liberdade. Mas ainda, sustenta que a discricionariedade nada mais é, senão, a impressão pessoal do juiz e a impessoalidade de escolher interpretação desses conceitos indeterminados ao caso concreto para atingir a ordem jurídica justa. Da mesma maneira Eduardo Cambi em sua obra *Jurisdição no processo civil*, sustenta a partir de uma mixagem de matrizes e autores, que o juiz, nos casos difíceis, possui tanta margem de discricionariedade quanto o legislador, como se, a um, o legislador tivesse discricionariedade nesta quadra da história e, a dois, não fosse a discricionariedade, exatamente, a porta de entrada dos decisionismos e voluntarismos. Muito embora a tese de Cambi seja pós-positivista, o que, registre-se, é extremamente louvável, o autor insiste em teses que são contrárias ao que propõe, como, por exemplo, quando sustenta que a sentença é ato de vontade do juiz, reprecinando, consciente e inconscientemente, o pai do positivismo normativista (Hans Kelsen) – e que "*sentença vem de sentir*" (sic). Ainda, Cambi sinaliza uma opção explícita pelo solipsismo: "A decisão judicial reflete características pessoais do juiz (a sua personalidade, o seu temperamento, as suas experiências passadas, as suas frustrações, as suas expectativas etc.) ou dos jurados (...)". E, por fim, sustenta a necessidade de que o juiz faça ponderações, o que, também neste caso, coloca-o em campo distante da hermenêutica filosófica, da teoria integrativa de dworkiniana e do antirrelativismo habermasiano. (STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 4.ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P.24-32)

¹⁰ - Ibidem, P.446.

¹¹ - MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Noberto (org.) et al. Dicionário de Política. 5. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. P.256.

Conforme Müller¹², em referência a Rosseau, afirma que “*direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o decisionismo*”. O autor fornece uma definição à luz do direito constitucional que deixa muito evidente a necessidade da diferença entre os institutos da judicialização e do ativismo, pois a judicialização por muitas vezes, será necessária para a equalização entre Direito e Política, observada sempre a constituição, sem a presença de discricionariedade, arbitrariedades e decisionismos subjetivos. Acentua-se, que Müller inicialmente, aceita uma homogeneização entre Direito e Política, no entanto, nega a existência nessa relação do decisionismo daquele que tem o dever e obrigação de decidir. Em outras palavras, não é apenas uma relação de aproximação entre Direito e Política na judicialização da política, mas fundamentalmente um meio de compreensão do elemento político dentro do Direito, conforme afirma Müller. Como bem lembra Lenio Streck, o Direito não é moral, não é política e não é filosofia, ele se apodera dessas dimensões com ele intercambiáveis e deve atuar de forma autônoma e sem interferências¹³.

Como se nota essa aproximação do Direito e Política possibilita a realização de uma releitura do texto normativo sem ultrapassar o limite entre o poder judiciário e legislativo, ou seja, respeitando-se a autonomia de ambos. Agora, vale ressaltar, que não está se afirmando que a Política poderá interferir no Direito, bem pelo contrário, de modo algum deve ser admitida a interferência da Política no Direito, vez que poderia colocar em risco a autonomia do direito¹⁴. Nesse sentido Lenio Streck, propõe um conjunto mínimo de princípios¹⁵, denominados de conformadores para um agir concretizador da Constituição, dentre eles encontra-se os predadores externos do direito (moral-política-econômico) que obstruem, quando presentes nas decisões, a autonomia do direito. E aqui, nessa aproximação entre Direito e Política que se mostra a confusão teórica entre os diferentes institutos, mas como bem

¹² - MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. Et al. (Orgs). Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹³ - STRECK. Lenio Luiz. Verdade e Concenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. P.601-605.

¹⁴ - “A evidência, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja não é suficiente para que o idário que inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. A efetivação do Direito(e dos direitos) passa, necessariamente, por este deslocamento do centro de decisões, no âmbito do Estado Democrático de Direito - dos Poderes Legislativos e Executivo para o âmbito do Judiciário”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito* / Lenio Luiz Streck. 11. ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. P.64).

¹⁵ - “São princípios-padrão que devem ser seguidos para que alcancemos a resposta correta (adequada à Constituição). **No primeiro, devemos preservar a autonomia do direito, afastando os predadores do direito (juízos morais, políticos e econômicos)**. Esses são os predadores externos. Há também os predadores internos, isto é, aqueles elementos que fragilizam a autonomia do direito, como o ensino jurídico *standard*, o uso da ponderação, que se transformou em alibi para decisionismos, a discricionariedade, a transformação dos princípios em valores, etc. No segundo princípio (padrão), devemos estabelecer as condições para a realização de um controle da interpretação. Democracia quer dizer controle. Aqui, a discricionariedade é o grande inimigo. Em terceiro lugar, estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais. Aquiestamos em face do dever de *accountability* hermenêutica. É a fundamentação da fundamentação. Por último, deve-se garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Concenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas* / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. P.601-620, grifo do autor)

podemos notar, principalmente na proposição de Streck, a política é denominada um dos predadores externos que impedem, sobremaneira, a autonomia do direito.

Segundo Lenio Streck, a Judicialização trata-se de um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado¹⁶, o autor defini como o resultado do descolamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislação em direção a justiça constitucional, no Estado Liberal, o centro de decisão era o Legislativo; no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo pela necessidade da realização de políticas públicas e intervenção do Estado em busca do equilíbrio econômico; já no Estado Democrático de Direito, agora o foco de tensão se volta para o Poder Judiciário. Mas isso deverá ocorrer conforme sugerido por Dworkin, ou seja, com integridade e coerência, de modo a “amarrar” o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos¹⁷ (evitando as injustas críticas feitas à metafórica figura do juiz Hércules, acusado de “solipsismo”)¹⁸. Já o ativismo judicial¹⁹ seria uma espécie de “vulgata” da judicialização da política, aquelas

¹⁶ - Cabe ressaltar aqui, que esse (ex)surgimento não é novidade, conforme Leonel Severo Rocha, em análise do pensamento de Rui Barbosa, destaca que na Constituição de 1891, o Poder Judiciário, responsável pelo controle de constitucionalidade, já atuava como garantidor das instituições de modo garantir o cumprimento às demandas individuais, denominada por Leonel Severo Rocha de “democracia jurídicista”, uma forma política na qual o direito de reivindicar os direitos nos tribunais seja a todos assegurada. (ROCHA, Leonel Severo. A democracia em Rui Barbosa. O projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995, P.137 e 153.

¹⁷ - STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. P.64.

¹⁸ - A doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos, aparecendo de várias maneiras, como na direta aposta na: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença com *sentire*”; b) interpretação com fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura se sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. Observando, o que se tem visto no plano das práticas jurídicas nem de longe chega a poder ser caracterizado como “filosofia da consciência”, trata-se de uma vulgata disso. Streck, sinaliza ainda, que o solipsismo judicial, o protagonismo e a prática de discricionariedades se enquadram paradigmaticamente no “paradigma epistemológico da filosofia da consciência”. Advertindo, porém, que é evidente que o *modus decidendi* não guarda estrita relação com o “sujeito da modernidade” ou até mesmo com o “solipsismo kantiano”, advertindo que esses são muito mais complexos. Nesse contexto, que “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda, sendo muito comum essa junção ser feita a partir da tese – explícita e implícita – de que a interpretação (ou a sentença) “é uma ato de vontade”, reconstruindo-se, assim, o discricionarismo/decisionismo sustentado por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito, precisamente no VIII Capítulo. (STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 4.ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P.35-36)

¹⁹ - Segundo Lenio Streck, é evidente que a defesa de certo grau de intervencionismo da justiça constitucional (ou, se se quiser, do Poder Judiciário) – que venho sustentando sem a menor ilusão de que existam apenas “bons ativismos e bons ativistas” – implica o risco, e esta aguda crítica é feita por Bercovici (Desigualdades Regionais, *op. cit.*) da ocorrência de decisões judiciais emanadas, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, contra a Constituição, com o conseqüentemente esvaziamento de seus “valores substanciais”, o que representa – aí sim – usurpação de poderes constitucionais (pensemos, aqui, no poder de violência real e simbólica das súmulas vinculantes, que “valem mais” do que a Constituição). De qualquer modo, sem tirar razão da percuciente observação de Bercovici, tenho que o Tribunal Constitucional (no

circunstâncias que desnudam não somente a indevida compreensão da noção de princípios (principalmente o democrático), mas que também fazem os Códigos já nascerem com um déficit de democracia ao deslocar o problema da concretização dos direitos dos demais Poderes e da Sociedade em direção ao Judiciário. Sinalizando para uma espécie de paradoxo: como é possível que um Código, cuja pretensão maior é o incremento de mecanismos de acesso à justiça, aposte no ativismo judicial²⁰.

Para Lenio Streck, devido a inércia do Executivo e falta de atuação do Legislativo, o Judiciário ganhou destaque em determinadas ocasiões, mas sempre devendo atuar mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Observa o autor que, reconhecida a ascensão do Poder Judiciário diante do inexorável crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais principalmente), surge a necessidade concomitante de um rigoroso controle das decisões de modo a não comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma Constitucionalista, a "democracia". Salienta, que o Judiciário não deve ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de *welfare state*, descreve a criação de "cidadões de segunda classe", ou seja, aqueles que ao invés de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no ajuizamento de demandas judiciais (paternalismo jurídicista)²¹, veja-se:

"Isso, hoje é facilmente perceptível nos municípios brasileiros, em que os conflitos, na sua maior parte, são levados ao Ministério Público, que os repassa ao Judiciário. A excessiva judicialização das relações sociais acarreta o risco de estarmos criando "cidadões de segunda classe", que, em vez de se organizarem e lutarem por seus direitos, delegam essa prerrogativa cidadã a um espécie de administrativização da sociedade. Esse fenômeno é mais visível nos municípios, em que os vereadores, tais quais os cidadões, preferem correr ao gabinete do Promotor de Justiça do que lutar politicamente pelos direitos da comunidade. Neste ponto, devemos dar razão com Habermas, que chamaria a isso de "colonização do mundo da vida"²².

Diante da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo e, conseqüentemente ausência de cumprimento da Constituição, que não cumpriram as devidas promessas de políticas públicas, agora, através do judiciário, se mostra como alternativa para a realização daqueles direitos constitucionais. Lenio Streck destaca a necessidade de desmistificar as ideias equivocadas que rondam as políticas públicas e do direito, a primeira é um problema de ação do Poder Executivo, cabendo ao Judiciário, que não detém o orçamento em suas mãos, regulamentar e adequar constitucionalmente a

caso, o STF) sempre faz política. E isso é inexorável. O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos Poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões. Entretanto, uma "intervenção" da justiça constitucional demanda controle. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito* / Lenio Luiz Streck. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. P.64.).

²⁰ - STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4.ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P.22.

²¹ - STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito* / Lenio Luiz Streck. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. P.65.

²² - *Ibidem*.

execução dessas ditas políticas públicas; que segundo o autor na visão de Elías Díaz é denominado de “legalidade constitucional”²³.

Nesse ínterim, que o autor propõe com veemência uma “teoria da decisão”²⁴ capaz de assegurar os limites da atuação legítima do Judiciário, um espaço democraticamente garantido, para que nossa democracia não se transforme em uma juristocracia²⁵. Atualmente, existem inúmeros exemplos de ações civis públicas obrigando o fornecimento de remédios²⁶, ou construções de locais adequados para abrigo de menores, verifica-se o Ministério Público e o Judiciário atuando com características claramente intervencionistas, passando a ser utilizado equivocadamente, não como instrumento de redução de complexidade ou reprodução de uma dada realidade, mas como um mecanismo de transformação da sociedade²⁷,

²³ - Lenio Streck, traz os seguintes exemplos: “o Judiciário pode determinar a continuidade de uma política pública que esteja adequada e funcionando, mas que o Executivo – por motivos político-fisiológicos – decidiu interromper ou substituir por outra (caso, por exemplo, da política de segurança implantada pelo governo Garotinho ao tempo em que o Luiz Eduardo Soares era secretário de segurança e que o governo, um ano depois, por conta de acordos políticos – que viabilizassem a candidatura do governador à presidência da república -, decidiu interromper por conta de novos acordos políticos. Nesta hipótese, o Ministério Público poderia ter provocado o Poder Judiciário, até para evitar o retrocesso social. Há casos limítrofes, em que a decisão judicial evita um desvio de finalidade do orçamento público e das próprias políticas públicas que advêm da Constituição e da Lei Orgânica do Município. *Mutatis mutandis*, é o exemplo que vem da Comarca de Joinville (SC), em que o juiz Alexandre Moraes da Rosa, atendendo ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou à municipalidade a criação de 2.984 vagas de ensino fundamental na rede público de ensino. No caso, a municipalidade havia “preferido” colocar elevada verba em favor de um clube de futebol (Joinville Esporte Clube, que disputava a terceira divisão do Campeonato Brasileiro).” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. P.66)

²⁴ - Conforme Lenio Streck parece ser claro que existe razoável nível de consenso no sentido de que é possível compatibilizar constitucionalismo e democracia. **Isto é, de que modo podemos reivindicar e defender a democracia se, no final do processo decisório deixamos uma “margem de atuação” para a livre escolha do juiz?** Isso é possível num Estado Democrático de Direito? Mas, se o constitucionalismo atua no plano do contramajoritarismo – e esse é o ponto de compatibilização a partir da discussão dos limites da *jurisdição constitucional* -, também é possível dizer que tal circunstância acarreta outro grande debate: **como impedir que os juízes (ou os Tribunais Constitucionais) se substituam ao legislador?** Isso implica, à evidência, discutir as condições de possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais. Enfim, **trata-se de discutir a validade dos discursos jurídicos e as condições de possibilidade de uma “teoria da decisão”**. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas / Lenio Luiz Streck*. - 5. ed., rev., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. P.481, grifo do autor)

²⁵ - *Ibidem*, P.67.

²⁶ - No que tange as decisões que determinam o fornecimento de remédios e internações hospitalares, que representam o maior volume da intervenção do Poder Judiciário, este, por não se dar a partir de uma criteriologia, acabou por ser “adaptado” pelos diversos governos municipais, estaduais e federal. Não é desarrazoado afirmar, nesse contexto, que é mais cômodo para o Poder Executivo fornecer um advogado para autente do que políticas públicas. Veja-se, como exemplo que simboliza essa problemática, que o Estado de São Paulo vem gastando mais no atendimento às decisões judiciais (que dizem respeito à saúde) do que nas políticas públicas *stricto sensu*. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. P.69).

²⁷ - *Ibidem*, P.69.

ressalva-se aqui, que esse elevado grau de intervencionismo se manifesta muito mais em forma de ativismo judicial do que da judicialização da política.

Todo esse cenário de ineficácia dos poderes Executivo e Legislativo, levou os juízes e tribunais a recepção equivocada da jurisprudência dos valores alemão, utilizada como mecanismo pelo *Bundesverfassungsgericht* para legitimar a então *Grundgesetz* criada no ambiente totalitário nazista, que ressalva-se, ainda preponderante naquele tribunal, embora fortemente criticada no plano da teoria constitucional. No Brasil, se está tentando incorporar aquilo que o Tribunal Constitucional Alemão utilizou pós-totalitarismo nazista, nota-se, um panorama histórico totalmente diferente do cenário brasileiro em que a Carta Constitucional fora inaugurada com bases na soberania popular em 1988, diante disso, o que vem se mostrando é uma grande dificuldade de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional²⁸.

Alerta ainda Lenio Streck, para além da referida recepção equivocada do denominado "ativismo *Bundesverfassungsgericht*", o fato de tratarmos de modo superficial o termo ativismo judicial no Brasil. Refere-se que a Constituição Federal não tem somente a tarefa de apontar para o futuro, o Judiciário no Estado Democrático de Direito, por meio do controle da constitucionalidade das leis, tem da mesma forma, a função de proteger os direitos já conquistados, "é possível combater alterações feitas por majorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticamente constitucional, retiram/tentam retirar conquistas da sociedade"²⁹.

Já para Barroso, ainda que reconheça a diferença dos fenômenos, encara a judicialização como questões de larga repercussão política ou social que serão decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente de República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Além disso, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política, garantindo caso uma norma constitucional permita que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria³⁰. Desse modo, observa-se que o autor apresenta uma separação entre Direito e Política, no entanto, sustenta que "os juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízes de valor que

²⁸ - No caso específico Alemão, a jurisprudência dos valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido construída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um jus distinto da lex, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como um mecanismo de "abertura" de uma legalidade extremamente fechada que possibilitara, em alguma medida, o totalitarismo nazista. (STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 4.ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P.21.)

²⁹ - *Ibidem*, P.68.

³⁰ - BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009.

*formula*³¹”, e assim, fragiliza sua teoria, pois defende um relevante grau de decisionismo, revelando-se contraditório, pois autoriza textualmente os juízes a utilizarem a própria consciência e ideologias para decidir, resultando em erro também ao final quando sustenta que a subjetividade irá formular o juízo de valor dos juízes.

A judicialização da política em Barroso será sistemizada em três aspectos, quais sejam: a “redemocratização do país”, como ápice a promulgação da Constituição de 1988, fortalecendo e expandindo o Poder Judiciário, aumentando as demandas por justiça na sociedade; a “constitucionalização abrangente”, em que a Constituição ao transformar a Política em Direito, assegurou inúmeros direitos que o indivíduo, uma vez não contemplado, levará o debate ao judiciário, e por fim, a incorporação do eclético “sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”, que mescla a fórmula americana de controle incidental e difuso, do mesmo modo que aceita o controle por ação direta importada da Europa, permitindo que questões políticas ou moralmente relevantes sejam tratadas diretamente no STF³².

Já o ativismo na visão do referido autor, será uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, que se instala em situações de retração do Poder Legislativo, um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva³³. Aqui já podemos identificar inicialmente a primeira problemática que dará azas a superação do teto hermenêutico preestabelecido pela doutrina e jurisprudência, vez que o Direito não tem condições de atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais sem interferir nas funções inerentes ao legislativo, e com isso, além restar descaracterizada/fracassada sua distinção entre os institutos (judicialização e ativismo). Ainda, se o Direito deve assumir essa função de garantir que as demandas sociais sejam efetivamente atendidas (função privativa do executivo, após a produção constitucional legislativa de 1988), é porque nossa constituição tem fracassado, ou nas palavras de Lenio Streck, tem-se a presença da “baixa constitucionalidade³⁴”.

A idéia de ativismo judicial para Luís Barroso está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, e essa postura ativista pode se manifestar por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a

³¹ - BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op.cit., P.285.

³² - BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 3-4, jan./mar. 2009.

³³ - BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 6, jan./mar. 2009.

³⁴ - Os problemas decorrentes de uma “baixa constitucionalidade” pode ser detectadas em vários âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalidade da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre vigência e validade (o que equivale hermenêuticamente a equiparar texto e norma). Em consequência, a Constituição fica relegada a um segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto, colocando em risco a própria (sobrevivência da) Constituição de 1988. (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. P.257.)

imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas³⁵.

Como se pôde notar a definição de Barroso, pelo menos nos dois primeiros itens, não traz novidades no atual paradigma constitucional, isto é, não se trata de uma descoberta que os juízes e tribunais devam mostrar-se preocupados com a aplicação da Constituição, porém isso, na visão de Lenio Streck³⁶ denomina-se de judicialização da política, como anteriormente exposto, pois a busca de interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme sinnggebung*)³⁷, desempenhadas pelos juízes e tribunais, tanto no controle difuso, quanto no controle concentrado, respeitado o teto-hermenêutico da doutrina e jurisprudencial, não pode ser considerado como ativismo judicial, mas sim, uma necessidade. Diante disso, embora Luís Barroso busque demonstrar uma diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, suas definições se mostram confusas de compreendê-las, do mesmo modo como podemos constatar em alguns julgados no STF de sua autoria³⁸.

³⁵ - BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 6, jan./mar. 2009.

³⁶ - A própria norma é resultado do processo de produção/adjudicação de sentido (*Sinnggebung*), e não de reprodução de sentido (*Auslegung*), processo esse, que o difere da velha hermenêutica clássica. A nova hermenêutica a ser aplicada está assentada na compreensão da historicidade do mundo vivido, vez que não há um sentido imanente a lei, sob um aspecto de sentido-em-si-mesmo dos textos jurídicos. O Direito é alográfico e não autográfico, o sentido através da linguagem é atribuído pelo intérprete com base na sua facticidade e temporalidade, como bem destaca Heidegger, a partir de sua condição de ser no mundo. (STRECK. Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito / Lenio Luiz Streck – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P.449.)

³⁷ - Na produção de sentido *Sinnggebung*, o intérprete adjudica sentido, a partir de sua própria condição de ser-no-mundo, a hermenêutica filosófica (*gadameriana*) vem para dar um novo horizonte de interpretação no sentido de combater a relação sujeito-objeto até aqui posta, e assim, o compreender passa para uma condição de possibilidades, com uma fusão dos supostos horizontes para si mesmos. Convém resultar que, trata-se de um instituto construído pela tradição jurídica visando à otimização dos textos jurídicos, mediante a "produção de sentido". Conforme Gadamer apud Stein "a hermenêutica filosófica irá percorrer de volta o caminho da Fenomenologia do espírito hegeliana, na medida em que se mostra em toda a subjetividade a substancialidade que a determina". Como já exaurido, Gadamer quando destaca que todo saber de si emerge a partir do elemento histórico previamente dado que denomina-se substância, está nesse momento, se referindo a Hegel, no aspecto que história enquanto tradição.(Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método / Alexandre Morais da Rosa ... [et. al.]; organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. Pg.16.)

³⁸ - A Ação Penal 470 (Mensalão) consagrou a posição do STF de que, quando há condenação criminal transitada em julgado de mandatário de cargo eletivo, a cassação do mandato é consequência automática da pena, independente de manifestação da Casa Legislativa. Já na Ação Penal 565 (Casol), houve uma reviravolta na jurisprudência do Supremo, da qual participou o ministro Luís Roberto Barroso. O ministro afirmara que a perda do mandato deveria depender da decisão das Casas Legislativas, na forma como dispõe a Constituição brasileira (artigo 55, inciso VI, parágrafo 2º). O ministro Barroso na época, *in verbis*: "É preciso acabar com esse clima de desconfiança. Em parte, esta decisão passando de volta ao Congresso essa competência seria uma forma de desanuviar um pouco esta tensão". Nas palavras do ministro barroso: **O dia que a Constituição for o que os intérpretes quiserem independentemente do texto, nós vamos cair numa situação muito perigosa, devemos seguir o artigo 55, inciso VI, parágrafo 2º DA CF/88.** NA Ação Penal 396 (Donadon) a Câmara dos Deputados, cumprindo a prerrogativa que lhe foi concedida constitucionalmente (VOTO DE BARROSO), optou por não cassar o mandato do deputado. Embora a opinião pública não tenha aprovado. Parte do Congresso também não aprovou. Surpreendentemente o Mandado de Segurança n. 32326, impetrado pelo deputado Carlos

II. Teoria processualista da jurisprudência dos valores (ativismo judicial)

Na visão de Darci Guimarães, a sociedade brasileira sofreu transformações sociais acentuadamente após a Constituição Federal de 1988, gerando novas demandas, estas denominadas de "sociojurídicas".³⁹ No entanto, como se sabe, desde

Sampaio (PSDB-SP), com pedido de liminar para suspender os efeitos da deliberação pela não cassação do deputado Donadon, foi distribuído e a relatoria seria do ministro Barroso. (Lembramos do Min. Barroso no Caso Casol AP 565). Todavia, o Ministro Barroso concedeu liminar *inaudita altera pars*, suspendendo os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados que havia tomado a malfadada decisão, nos seguintes termos, vejamos: 1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado. 2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício. 3. Como consequência, quando se tratar de deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória. (Fonte: STF – grifos do autor)

³⁹ - O referido autor, assim como Carnelutti, compõe a doutrina da teoria monista, a qual considera que o direito objetivo não oferece condições de contemplar todos os conflitos gerados em sociedade, e desse modo, somente o processo é que poderá sanar tal problemática. O comando contido na lei ao ser considerado incompleto, é como se fosse um arco que a sentença completa, transformando-o em círculo. Para quem pensa desse modo, vê o processo como fim, "*lex* diferente de *ius*", nessa visão não há separação de direito material e direito processual, o Direito aqui nasce no processo, vez que o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. O processo teria, então, o escopo de "compor a lide", ou seja, de editar a regra que soluciona o conflito trazido a julgamento. Nesse sentido Bulow, traz que o próprio direito constitui-se de maneira escalonada, a lei é considerada incompleta e ficará no aguardo a sua consumação através da sentença para exsurgir o direito subjetivo no caso concreto. Para Calamandrei será o juiz que transformará em comando a norma concreta, a qual se dirige a todos e a nenhum, a norma da lei é em si mesma um hipótese abstrata e inerte, por isso será o juiz que irá mencionar o que é a norma, comandando e impondo sanções. Diferentemente dos autores autores Chiovenda, Liebman e Falazzari que compõem a doutrina defensora da teoria dualista, aquela desenvolvida após a Revolução Francesa, em que "*lex* é igual a *ius*", o direito material está separado do direito processual, nessa concepção o Direito preexiste ao processo. O processo seria meio para efetivação do Direito, sustentam que as regras abstratas tornam-se concretas automaticamente, sem qualquer interferência do juiz, no momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões. A atividade do juiz não é criativa. O processo existe como meio. O direito material é suficiente para criar direitos e obrigações. A norma processual é a norma neutra para a corrente dualista. Em outras palavras, o ordenamento jurídico cinde-se em Direito Material e Direito Processual. Para Falazzari, as normas de primeiro grau são geralmente indicadas com adjetivo de *substanciais*, enquanto que as normas, de segundo grau, aquelas que regulam a jurisdição, são denominadas de *processuais*. Nesse sentido, se o dualismo (norma substancial – normas processuais), é originado do conteúdo intrínseco da norma legislativa, ou seja, do ordenamentos jurídicos positivos, não há fundamento a tendência denominada de "monística", ressalva-se aqui, já superada, mas que muito embora, ainda reaparece negando a existência das normas substanciais e processuais, reduzindo ao direito, simplesmente a processualística. Destaca-se que, a aplicação da regra material abstrata e geral nem sempre irá gerar o resultado satisfatório, portanto, o processo de modo a cumprir a sua função, deverá inexoravelmente, observar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Assim, cada fato concreto irá se mostrar com suas peculiaridades próprias, devendo ser observado as garantias do exercício das liberdades individuais por meio do processo, e separadamente disso, a aplicação do direito material dependerá do exercício interpretativo (íntegro e coerente) do

o advento constitucional de 1988, devido ao não cumprimento de todos aqueles deveres do Estado de cunho social expresso no texto constitucional, já no início do século XXI, resultou em diversas crises com necessidade imediata de mudança de paradigmas, do mesmo modo a busca de inovações através de modelos capazes de atender a crescente demanda de prestação de tutela jurisdicional. Nesse contexto, é que surgirá o direito processual constitucional, baseado no incremento da demanda de busca pelo acesso à justiça para a satisfação daqueles direitos sociais constitucionais, que exige inevitavelmente, uma reestruturação nos sistemas jurídicos atuais⁴⁰.

Esse novo ramo do Direito Processual denominado Direito Processual Constitucional, revela a citada mudança paradigmática na maneira de conceber o próprio Direito Processual⁴¹, que passa a ocupar-se com outras questões, gerando uma reflexão crítica dos problemas que afligem o processo como instrumento constitucional de realização da justiça⁴². Em outras palavras, a concretização dos direitos constitucionais seria dada por meio do processo judicial, "*surgindo o juiz como ator determinante na concretização dos direitos sociais*", destaca o autor que o próprio sentido da democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado no Poder Judiciário⁴³. Para melhor entender a abordagem do autor com relação aos institutos, torna-se imprescindível uma distinção entre democracia representativa e democracia participativa⁴⁴, pois como se sabe, a justificativa de aplicação da judicialização da política e ativismos judiciais, como resultado final, é a satisfação daquilo que a democracia, ordinariamente não conseguiu atingir.

Para o autor, o ideário de povo deve ser qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados⁴⁵. E sinaliza que, a democracia representativa teve sua chance de ascensão nos ideários do Liberalismo, porém, não aproveitou esse momento, e se apresenta nos dias de hoje em declínio constante, não conseguindo cumprir o todo prometido⁴⁶. Destaca ainda, usando as palavras de Roberto Amaral que, "a democracia representativa está prostrada em seu leito de morte,

magistrado. (DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 4º Ed. Editora Malheiros. São Paulo. 1994.)

⁴⁰ - RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.77.

⁴¹ - CATTONI apud RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.77.

⁴² - COUTERE apud RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.78.

⁴³ - RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.96.

⁴⁴ - Ibidem, p.106. Para o ilustre Prof. Ovídio Batista, "A democracia verdadeira, que só poderá ser aquela que privilegia e estimula a "participação", tão intensa e constante quanto seja possível, bem poderia ser comparado a um mecanismo extremamente delicado – já que se está a falar justamente da assimilação das ciências sociais à mecânica e à matemática – cujo funcionamento, ao contrário do que poderia para muitos ser desejável, não é jamais automático, necessitando de operadores treinados e competentes".

⁴⁵ - Conforme Darci Guimarães, citando o filósofo Kelsen, "muitas são as definições possíveis de povo, razão pela qual uma proveitosa cisão conceitual acerca do termo: povo como meio de legitimar o Estado, *povo-ativo* (participante das decisões políticas); povo como instância global de atribuição de legitimidade, povo ícone; e o povo como destinatário das decisões e atuações públicas. [...] o mais presente povo é o mais sorrelfo deles. É aquele que é invocado, mas que nunca vê. É aquele cuja legitimidade não se faz presente no sistema. É o denominado *povo ícone*. [...] como palavra vã de falsa legitimidade. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.97.)

⁴⁶ - RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.99-100.

incuravelmente corroída pela ilegitimidade⁴⁷, e afirma que a democracia participativa⁴⁸, com base na (re)qualificação do povo é a verdadeira democracia do Terceiro Milênio.

Nesse íterim a base para a concretização dos direitos constitucionais através do processo judicial, surgindo o juiz com sujeito principal repousa na declarada falência institucional dos poderes executivo e legislativo, veja-se:

“Mesmo com o aumento dos direitos políticos, com o crescimento do povo-ativo, ainda assim, poucos são os indivíduos que, ao observar as ações do Estado, se sentem ali representados. Decisionismos, processo legislativos incoerentes e obscuros, aumento exacerbado do uso de Medidas Provisórias, enfim, nos encontramos diante da falência institucional dos poderes executivo e legislativo, justamente os que mais deveriam estar próximos ao cidadão, tendo em vista o seu imenso respaldo eleitoral, mas, em realidade, eles se encontram os mais distantes”⁴⁹.

Ainda aponta Darci Guimarães que, há um ponto nefrágico, o surgimento cada vez mais corriqueiro de escândalos no cenário político, demonstrando uma crise de ética sem precedentes na história brasileira, por isso torna-se importante, voltar atenção a outro autor, tão importante quanto aquele poder que controla a falácia da legitimidade popular, ou seja, o Poder Judiciário. Como explica o autor, a democracia participativa, além de possibilitar uma maior inserção do indivíduo nas escolhas administrativas e legislativas, no âmbito judicial, habilita o povo diante de alguma lesão ou ameaça de direito, ao acesso irrestrito do Poder Judiciário de modo a devolver ao povo a essência da democracia.

Mas, alerta que a democracia participativa tem sido distorcida, sendo direcionada apenas às minorias e à inclusão em termos sociológicos, que conceitos como “orçamento participativo” e “fórum social” são meios apenas de inclusão do cidadão no âmbito administrativo das escolhas ante o Poder Executivo. Em outras palavras, são mecanismos usuais da democracia representativa, e que de certa forma, aparecem de maneira muito duvidosa. Nesse mesmo sentido, a democracia representativa também é distorcida quando controlada pelo Legislativo, nas palavras do autor, “a representação, como já constatado, e nos moldes em que ela existe, é pura ficção, engodo criado exclusivamente para legitimar as atitudes de um parlamento corrupto e servil do Executivo”⁵⁰.

Neste cenário democrático participativo, em que o povo (requalificado) assume papel fundamental, o Judiciário sendo um dos três poderes, surge como sendo o mais

⁴⁷ - Ibidem, p.100. Destaca Darci Guimarães que nesse exato sentido, convém destacar que no Brasil, réus e condenados fazem as leis, pois, de acordo com reportagem da revista Veja, 31 dos 81 Senadores, isto é, 38% do total e 185, dos 513 Deputados Federais, ou seja, 36% do total são réus ou foram condenados por delitos graves pela justiça ou pelos Tribunais de Contas, Revista Veja, edição 2.064, ano 41, nº 23, de 11.06.08, p.63.

⁴⁸ - Ibidem, p.100-101. Vale salientar que, conforme Darci Guimarães a transição da forma representativa para a participativa certamente se dará de maneira gradual, pois quem nunca aprendeu a ter papel ativo em sociedade dificilmente conseguirá esta árdua façanha simplesmente pelo fato de agora existirem mecanismos legais de participação, sendo necessário para isto um longo trabalho educativo de, quem sabe, gerações.

⁴⁹ - RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.102.

⁵⁰ - Ibidem, p.103. “Frisa Darci Guimarães, de maneira acertada, que quando se utiliza o termo democracia representativa logo se pensa em nos instrumentos do orçamento participativo, fórum social edcet

legitimado para conduzir a realização das promessas da modernidade acentuadas após a Constituição de 1988. Em resposta a uma pergunta muito pertinente, de modo a não comprometer toda a sua teoria, o autor destaca que a legitimidade democrática do Judiciário, este que não é eleito pelo povo, seria em decorrência não do sufrágio universal (voto), assim como visto nos poderes Legislativo e Executivo, mas do também já destacado acesso ao Judiciário, o qual entende que garantidos os princípios da publicidade e da fundamentação, se alcançaria o mais alto nível da legitimidade democrática, pois seria através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito seria realmente criado, a lei nesse cenário seria um meio, não o fim.

A partir daqui, que o autor faz referência à judicialização da política, em face das promessas que o Estado fez e não cumpriu, fazendo com que o Judiciário assumira um papel relevante diante dos outros poderes da República, acentuando que o Magistrado pode substituir o sistema de administração pública através da decisão, suprimindo o papel do Executivo naquilo que espontaneamente ele deveria tê-lo feito, exemplificando com o caso dos medicamentos. Inclusive fazendo uso das palavras de Boaventura de Sousa Santos descreve, “[...] no momento que os tribunais começam a julgar para cima, em que começam a incriminar e a julgar grandes empresários ou membros de classe política a situação muda. É nesse momento que se dá aquilo que eu designo por *judicialização da política*”⁵¹.

Como se depreende, para Darci Guimarães a legitimidade da justiça constitucional da democracia implica em uma espécie de descrença dos representantes eleitos, e desse modo, elege o juiz como uma alternativa mais reputável (menos pior), compreendendo a democracia participativa com seu fundamento de legitimidade do poder judiciário.

III. A teoria procedimentalista (antirrelativismo habermasiano)

Em oposição ao papel do juiz (processo) como ator principal para desígnios da verdadeira democracia. Destacam-se as críticas procedimentalistas⁵² da corrente do filósofo alemão Jürgen Habermas, que despreza a vagueza e a ambiguidade dos textos ínsita aos textos jurídicos, ao condenar o ativismo do Poder Judiciário (ou da Justiça Constitucional), o autor relega para o segundo plano as normas (textos) que contemplam os valores constitucionais (*lato sensu*), incorrendo na separação entre o ser e ente, cuja consequência é o obscurecimento da questão que é a chave da hermenêutica, isto é, a sua aplicação a partir do círculo hermenêutico, onde há uma antecipação de sentido⁵³. Para Habermas o procedimentalismo tem função fundamental na proteção das condições do procedimento democrático, vez que “a decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um

⁵¹ - SANTOS apud RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.105.

⁵² - Para André Ramos Tavares, na visão procedimental a Constituição é desprovida de valores, não possui conteúdo ideológico, preocupação com o ser humano, com o social ou com o econômico. Preocupa-se apenas em estabelecer os procedimentos formais para a composição de interesses. “O que esta corrente está a defender é que o conteúdo da Constituição seja quase que exclusivamente a previsão de procedimentos que estabelecem meios para se alcançar decisões coletivas”. (TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n.9, jan./jun. 2007, p. 339.)

⁵³ - STRECK. Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito / Lenio Luiz Streck – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P.153.

processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de Direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito”⁵⁴.

Convém observar, ainda que a concretização do direito constitucional pela via do controle judicial ter o condão de trazer clareza ao direito e dotar o ordenamento jurídico de coerência, verifica-se que “a interpretação correta deve ser elaborada, numa argumentação racional”. Não havendo que se falar em “encontro criativo” pelo interprete e tampouco em ampla competência do judiciário, pois isso ameaçaria a estrutura da divisão dos poderes, já que, no modelo liberal, haveria uma íntima ligação da justiça e da administração à lei, como garantia contra poderes absolutistas⁵⁵. Apesar de que Habermas, ao expor sua tese, jamais tenha se referido a países como o Brasil, à medida que é inserido valores morais na tônica constitucional, fazendo surgir uma espécie de interpretação construtivista, no Brasil a partir da inauguração constitucional de 1988, fez com que efetivamente houvesse um “crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço da decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura das normas do Estado clássico de Direito, à custa da autonomia dos cidadãos”⁵⁶. Nota-se aqui mais uma crítica a corrente intervencionista do Poder Judiciário a efetivação da verdadeira democracia.

Desse modo, com a inserção dos referidos valores morais, a partir da superação do Estado Liberal, com relevância assentada na proteção negativa e garantia das liberdades individuais e, por conseguinte, com a proteção dos direitos fundamentais, o Estado passa a ser devedor de garantias positivas, mudança essa que se reflete na jurisdição constitucional passando a um Estado Democrático de Direito, com a transposição de conteúdo de direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico de normas de princípios, formadoras de estruturas.

Em Habermas, fundamental é a compreensão de que os direitos/normas não podem ser assimilados como valores. A diferenciação repousa no seguinte argumento habermasiano, as normas sendo válidas obrigam todos os seus destinatários, em igual medida, podendo ser válidas ou inválidas, determinando o que deve ser feito, ao passo que os valores são preferências compartilhadas entre os sujeitos, são preferências desejadas por uma coletividade, estas determinam relações de preferências de modo que um bem pode ser mais ou menos atrativo, dada seu posicionamento na escala de preferência de determinado indivíduo, determinando o que é recomendável⁵⁷. Alerta ainda, “na medida em que um tribunal constitucional adota doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua própria decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos⁵⁸”.

A partir dessa compreensão democrática (direitos/normas diferentes de valores), onde a função da jurisdição constitucional é justamente proteger os direitos relacionados com a autonomia privada e pública dos cidadãos, aceitando que a compreensão da separação dos poderes clássica não corresponde mais a essa exigência, é que a jurisdição constitucional, na visão de habermasiana, deve “examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos

⁵⁴ - HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 297.

⁵⁵ - Ibidem, p. 303-305.

⁵⁶ - Ibidem, p. 306.

⁵⁷ - HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 316-318.

⁵⁸ - Ibidem, p.322.

pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição⁵⁹". No entanto, Habermas alerta para o ponto central da sua teoria, em que o legislador ao estabelecer suas políticas, interpreta e estrutura os direitos, ao passo que, o judiciário só pode trabalhar com as razões que lhes são dadas na lei, para chegar a decisões coerentes com o caso concreto. Em virtude disso, o procedimentalismo protege as condições do procedimento democrático, pois permite analisar os diferentes tipos de conflitos, permitindo que os cidadãos possam participar dos discursos políticos, buscando seus interesses e contribuindo para a consecução da igualdade⁶⁰.

Observa-se em Habermas, uma grande defesa da manutenção e autonomia dos três poderes da República, sua teoria traz que, em decorrência da força normativa da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais, a proteção dos direitos sociais está condicionada a adoção e implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo ou Legislativo, não podendo o sistema jurídico substituir-se ao sistema político, na escolha das políticas públicas. O Judiciário jamais poderá determinar qual a melhor ou mais adequada maneira de atingir um grau ótimo de concretização dos direitos sociais, ou decidir com base em escolhas já efetuadas pelo Executivo ou Legislativo, tampouco poderá escolher, planejar políticas públicas por eles, apenas poderá determinar que o poder público em razoável espaço de tempo crie uma determinada política pública e a implemente. Logo, percebe como já destacado, Habermas não se referia a países como o Brasil nos seus diálogos, pois ao se referir aos poderes Executivo ou Legislativo como aqueles poderes garantidores dos direitos sociais, não descreveu de maneira incisiva quais seriam os meios e as formas que isso se daria em países nos quais essas obrigações por esses poderes não fossem garantidos.

A crítica à jurisdição constitucional de Habermas deve ser conduzida geralmente em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça, sendo sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes. Cita que na Alemanha, sua crítica refere-se à doutrina dos valores desenvolvida pelo Tribunal Constitucional, para que a Lei Fundamental não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma ordem concreta de valores. Segundo o autor, os que pretendiam a partir da Constituição diluí-la numa ordem concreta de valores desconheciam seu caráter específico, ou seja, sua função de assegurar os direitos fundamentais formadores segundo o modelo de normas de ação obrigatória.

Como se nota, uma crítica acentuada a jurisprudência dos valores, ou seja, uma crítica direta a Robert Alexy defensor teórico da concepção germânica de que os princípios constitucionais são máximas de otimização. Segundo Habermas, esse movimento (fundado em valores) coloca em risco a própria questão da legitimidade, vez que seu objetivo é a concretização de normas (*v.g.* direitos sociais) que inseri a jurisprudência constitucional no estado de uma "*legislação concorrente*", e acentua, o Tribunal Constitucional tornar-se-ia uma instância autoritarista, deixando ser conduzido pelos valores materiais.⁶¹ Em outras palavras, considerando que a

⁵⁹ - *Ibidem*, p.326.

⁶⁰ - HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 187.

⁶¹ - A transformação conceitual de direitos fundamentais em bens fundamentais significa que direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em um contexto de justificação, normas e valores têm diferentes papéis na lógica da argumentação. Porque

jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* usa hierarquicamente os valores para o controle de constitucionalidade, logo há uma nítida redução de princípios em valores, que na visão de Habermas conduziria a uma argumentação jurídica inconsistente. Nessa linha, se os princípios têm um caráter deontológico e os valores são de caráter teleológico, resulta afirmar que os argumentos baseados em valores não possuem a mesma força normativa como os princípios.⁶²

Na corrente procedimentista, nota-se que os poderes públicos possuem liberdade na condução das políticas públicas que objetivam alcançar a melhor maneira de efetivar os direitos sociais, de forma que o Judiciário não poderá se manifestar a cerca da correção dessas escolhas ou não, isto é, o Poder Judiciário poderá utilizar seus argumentos jurídicos para analisar se as políticas públicas adotadas efetivam os direitos com uma máxima eficiência ou não e, a partir daí, estabelecer metas à razoável prazo para os demais poderes. Observando-se desse modo, a importante diferenciação entre o Judiciário criar políticas públicas e realizar o controle de sua execução. Portanto, nota-se que, os argumentos jurídicos não podem ser aceitos para justificar opções políticas, pois isso, afrontaria os ideais da democracia, aqui o Poder Judiciário atua como controle da execução das políticas públicas, assumindo uma espécie de função política de controle dos demais poderes políticos, uma espécie de sistema de freios e contrapesos (*Cheks and Balances*).

Nessa mesma linha Souza Neto, ressalva uma distinção em torno da legitimidade dos poderes, pois no pensamento democrático os órgãos legislativo e executivo possuem legitimidade conferida pelo povo, através do sufrágio, o que não

normas e princípios, em virtude do seu caráter deontológico, podem pretender ser universalmente obrigatórios e não apenas especialmente preferíveis, eles possuem uma maior força de justificação que os valores. Valores devem ser postos em uma ordem transitiva com outros valores, caso a caso. Como não há padrões racionais para isso, esse sopesamento acontece arbitrariamente ou sem maior reflexão, de acordo com os padrões e hierarquias costumeiras. A partir do momento em que uma corte constitucional adota a doutrina de uma ordem objetiva de valores e fundamenta seu processo de decisão em uma forma de realismo ou convencionalismo moral, o perigo de decisões irracionais cresce, porque os argumentos funcionais ganham precedência sobre os normativos. Certamente, há vários princípios ou bens coletivos que representam perspectivas cujos argumentos podem ser introduzidos em um discurso jurídico em casos de colisão de normas [...]. Mas argumentos baseados em tais bens e valores coletivos apenas contam na mesma medida que as normas e princípios pelas quais esses objetivos podem, a seu turno, ser justificados. Em última instância, apenas direitos podem ser invocados em um jogo argumentativo. [...] Um julgamento orientado por princípios precisa decidir qual pretensão e qual ação em um dado conflito é correta - e não como ponderar interesses ou relacionar valores. [...] A validade jurídica do julgamento tem o caráter deontológico de um comando, e não o caráter teleológico de um bem desejável que nós podemos alcançar até um certo nível. (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 257-261.)

⁶² - "Positivaram-se os valores: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstâncias que facilita a "criação", em um segundo momento, de todo tipo de "princípio", como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica", da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolvermos os casos difícil ou "corrigir" as incertezas da linguagem. O autor sustenta que os princípios jurídicos são deontológicos, ou seja, "um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores". Dessa forma, os princípios passam a ser determinações fixas, decorrentes do momento em que foram estabelecidas, mas nunca flexíveis conforme as transformações de valores morais de uma sociedade. (STRECK. Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. P.525.)

ocorre com o judiciário. Assim, afirmar a supremacia do Judiciário é como opor-se aos princípios democráticos, impedindo que a vontade popular seja observada⁶³. Nota-se aqui, que ainda Darci Guimarães afirme que o Judiciário por meio dos princípios da publicidade e da fundamentação garanta o mais alto nível da legitimidade democrática, a corrente procedimentalista, não admite essa afirmação diante de uma real falta de legitimidade conferida diretamente pelo povo, e não indiretamente pelo juiz.

Verifica-se que a referida corrente, sustenta a necessidade de manutenção da separação e autonomia entre os três poderes, sem querer destacar qual deles é o mais legítimo para estabelecer o desejável nível democrático, que parece estabelecer intrinsecamente um novo sistema político, aqui há uma preocupação pela manutenção da legitimidade e competência de cada órgão e instituição para o exercício de suas funções, sendo justamente esse o objeto de uma de suas maiores críticas: a relação da jurisdição constitucional com a distribuição de competências entre o legislador democrático e a justiça. Do mesmo modo, Beserra adverte que a Constituição pátria adotou o pensamento jurídico-político do liberalismo, consagrando a separação dos poderes, a garantia das liberdades individuais, submete o governo às leis, motivo pelo qual, não pode o Judiciário inovar no ordenamento jurídico. Sua atuação está restrita a interpretação que deve captar os sentidos dos dispositivos constitucionais⁶⁴.

Conclui-se que a corrente procedimentalista apresenta argumentos absolutamente contrários à substituição do legislador e do administrador público pelo juiz, no que tange à formulação das políticas públicas, baseada na ausência de legitimidade política do Poder Judiciário, pois o Legislativo e o Executivo são poderes eleitos mediante sufrágio universal, para escolher as políticas sociais e econômicas a serem implementadas em favor da sociedade, ao passo que o Judiciário não possui condições técnicas para averiguar as reais prioridades sociais. Ainda, dada a divisão de poderes e suas respectivas funções, a atividade-fim do Judiciário é a revisão dos atos administrativos praticados pelos demais poderes, e não sua substituição, pois a discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Pois, caso houvesse essa substituição, ela acarretaria um desgaste do Judiciário e estariam fora do controle de quaisquer outros poderes. Finalmente, a governabilidade judicial autorizaria um maior controle político do Judiciário, tornando-se possível a interferência direta nas funções judiciais⁶⁵.

Convém observar que, encontra-se pacificado nas correntes doutrinárias apresentadas que o processo de judicialização da política se deu a partir da inauguração da Constituição Federal de 1988, fundamentalmente com base referencial na inexecução das políticas públicas e na carente regulamentação legislativa de direitos constitucionais. Ocorreu na verdade "*um deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário*"⁶⁶, na passagem do Estado Social para o

⁶³ - SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P.01.

⁶⁴ - BESERRA, Fabiano Holz. Apontamentos sobre os limites da jurisdição perante o poder legislativo. In: ASSIS, Araken de. (coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 28-31

⁶⁵ - APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005. P. 151-153.

⁶⁶ - Para Lenio Streck, " Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas

Estado Democrático de Direito, ou como vimos em Darci Guimarães, o surgimento do novo ramo do Direito Processual denominado Direito Processual Constitucional⁶⁷.

IV. Considerações finais

Inicialmente cabe destacar que as teorias referidas buscam o mesmo objetivo, porém, através de caminhos completamente distintos. Ainda que todos pactuem da mesma ideia, isto é, o fato que a partir da Constituição de 1988 o Estado passou a comprometer-se com a garantia de direitos sociais que até então não foram satisfeitos, divergem acentuadamente quanto ao Poder capaz de garantir esses direitos prometidos na Carta Maior, e o modo como deve ser efetivada a concretização desses direitos na atual democracia.

Não obstante, se destacou a necessidade fundamentalmente de distinguir os termos (institutos) da judicialização da política e ativismo judicial, pois como bem referenciado inicialmente nas palavras de Müller, a judicialização é um mecanismo de equalização entre Direito e Política, observada sempre a constituição, sem a presença de discricionariedade, arbitrariedades e decisionismos subjetivos.⁶⁸ Nesse mesmo sentido, segundo Streck foi ressaltado que o Direito não deve sofrer interferências da Política, ou seja, ele apenas se apodera dessas áreas interdisciplinares com o Direito, devendo atuar de forma autônoma e independente.

Demonstrou-se que no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão pairou sobre o Judiciário, diante na inércia dos outros dois poderes da República Federativa

públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de **deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário**". (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas / Lenio Luiz Streck. - 5. ed., rev., mod. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. grifo do autor)

⁶⁷ - Para Darci Guimarães, " No momento atual da nossa civilização o processo é considerado uma das maiores conquistas da humanidade, na medida que a própria Constituição Federal de 1988, assegura dentro das suas garantias fundamentais, conforme o disposto no Art.5º, Inc.LIV, trouxe o denominado "sobreprincípio" segundo o qual "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Por isso, o processo passa a ser entendido como elemento indispensável para o exercício da liberdade e da manutenção do bens de uma sociedade, pois, sem a nossa liberdade ou nossos bens, estaríamos seriamente comprometidos, na medida que poderiam retirar-nos sem a necessária observância do procedimento legal. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela / Darci Guimarães Ribeiro. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.107.)

⁶⁸ - Evitando comportamentos indesejados no Direito conforme expressado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros do STJ: "**Não me importa o que pensam os doutrinadores.** Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athon Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e **a doutrina que se amolde a ele.** É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja" (grifei). (AgReg em ERESP nº 279.889-AL)

do Brasil, destacando a necessidade da criação de mecanismos de contenção do intérprete, evitando as características solipsistas que exurgem contemporaneamente no Direito, devendo ser construídas decisões coerentes e integras como sugestão a uma aproximação da Teoria de Dworkin. Nesse mesmo sentido, conforme Streck não há qualificação positiva para qualquer tipo de ativismo judicial, pois se trata como já destacado de uma recepção equivocada da jurisprudência dos valores alemão, tentando incorporar no Brasil aquilo que o Tribunal Constitucional Alemão utilizou pós-totalitarismo nazista. Alertando ainda, que o instituto é tratado de maneira superficial, concluindo que o ativismo é uma espécie de vulgata da judicialização da política, resultando na falha de compreensão da noção de princípios (principalmente o democrático), diminuindo os Códigos e deslocando o problema da concretização dos direitos dos demais Poderes e da Sociedade em direção ao Judiciário.⁶⁹

Contrariamente, demonstrou-se que a teoria processualista defendida por Guimarães, sustenta que o ramo do Direito Processual sofreu uma mudança paradigmática para uma espécie de Direito Processual Constitucional, em que passou a ocupar-se com os problemas que afligem contemporaneamente a sociedade, sendo a concretização dos direitos constitucional realizada por meio do processo judicial, *“surgindo o juiz como ator determinante na concretização dos direitos sociais”*. A teoria processualista identifica a democracia representativa como fracassada, sem qualquer alcance democrático, destacando a democracia participativa como um mecanismo capaz de admitir a judicialização da política e ativismos judiciais em determinados casos para a satisfação daquilo que realmente a democracia não conseguiu cumprir, e ainda, restou ressaltada a crise de ética sem precedentes na história brasileira, direcionando toda atenção a outro autor, tão importante quanto aquele poder que sempre controlou a falácia da legitimidade popular, ou seja, o Poder Judiciário.

Ainda, para contrabalancear a corrente processualista referenciada, descreveu-se a corrente procedimentalista que tem como inadmissível, o papel do juiz (processo) como ator principal para desígnios da verdadeira democracia, vez que *“a decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente”*, e assim, admitindo interpretações somente com base em uma *“argumentação racional”*. Descreveu-se de maneira clara, que a referida corrente tem como fundamento, a preocupação da compreensão de que os direitos/normas não podem ser assimilados como valores, pois caso isso fosse admitido, cresceria a probabilidade dos juízos irracionais. Alertando que, o legislador ao estabelecer suas políticas, interpreta e estrutura os direitos, ao passo que, o judiciário só pode trabalhar com as razões que lhes são dadas na lei. Ressaltou-se a crítica que Habermas faz a jurisprudência dos valores defendida por Robert Alexy, vez que esse movimento de valores, acaba por colocar em risco a própria questão da legitimidade democrática, vez que como se descreveu os princípios têm um caráter deontológico e os valores são de caráter teleológico, resulta afirmar que os argumentos baseados em

⁶⁹ - Esse direcionamento ao judiciário, se verifica acentuadamente em São Paulo, aonde os gastos da Secretaria Estadual de Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos. Só em liminares mandando matricular crianças em creches há mais de 7 mil só nos primeiros seis meses de 2013. Desde logo cabe destacar aqui: esse assistencialismo produzido pelo judiciário por meio da distribuição de remédios, internações e matrículas é, de fato, judicialização da política ou ativismo judicial? Lembrando Garapon, um antiativista ferrenho, Streck ressalva: o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar. (STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 4.ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.)

valores não possuem a mesma força normativa como os princípios, podendo ser conduzidos de maneira irracional e antidemocrática.

Em virtude dessas considerações, conclui-se como uma alternativa plausível para assegurar a concretização do direito na atual democracia brasileira, um olhar com atenção plena a Constituição Federal pelos três poderes da República Federativa do Brasil. Todavia, com cada poder realizando efetivamente aquilo que é de sua competência, respeitando seus limites de atuação legal, observando a separação entre os poderes, que é fundamento intrínseco do próprio sistema democrático de direito. Especificamente, no campo do direito, com base em uma tendência à teoria integrativa dworkiniana e do antirrelativismo habermasiano, especificadamente naquilo que se entende como não interferência do direito na política, como também, uma aproximação à teoria da decisão de Lenio Streck, fundamentalmente no que diz respeito à admissibilidade tão somente de interpretações integras e coerentes no campo das decisões jurídicas.

Entende-se que não será o Judiciário a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências das políticas públicas da atualidade, isso poderia trazer reflexos mais negativos ainda à democracia. Pois, como legitimar ao Poder Judiciário a competência de ordenar como deve ser distribuído o orçamento público, ainda que contingencialmente, sem que este tenha a visão daquilo presente em caixa corrente, (decide que deve ser assegurado o leito sem hospital, decide a disponibilidade de medicamentos sem estrutura de fornecimento, decide a vaga na creche sem creche funcionando no município, isto somente no campo dos direitos sociais), seria no curto prazo no mínimo inconsequente, gerando demandas judiciais ao Estado intangíveis. Desse modo, conclui-se que devem ser admitidas tão somente interpretações que respeitem o limite entre o teto-hermenêutico da relação jurisdição-legislação, sem interferências diretas do Judiciário como se tem visto contemporaneamente, buscando a satisfação dos direitos na atual democracia através da efetivação de responsabilidades intrínsecas de cada poder da República.