

ATIVISMO JUDICIAL: UMA QUESTÃO DE *PODER* OU REFLEXO DE MUDANÇAS INSTITUCIONAIS?

Frederico Magalhães Costa

Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especializando em Direito Público.

Isabela Souza de Borba

Oficiala de Gabinete no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mestre em Filosofia, Teoria e História do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Resumo: O presente trabalho destina-se a compreender as mudanças paradigmáticas por que passa o Poder Judiciário brasileiro, notadamente, os momentos de rupturas e redefinições institucionais não manifestados de forma explícita pela doutrina especializada. Para tanto, o presente trabalho refletirá a dificuldade em estabelecer o papel do juiz neste contexto, em função de que recorrentemente problemas de ordem política, como a ineficácia dos direitos sociais ou mesmo o estabelecimento de diretrizes de cunho político-econômico, têm sido transferidos ao Judiciário, consubstanciando o que (academicamente) se convencionou chamar judicialização da política ou politização do judiciário. Ademais, compreenderemos os fatores que determinam o ativismo judicial brasileiro no sentido de aprofundar o debate sobre a legitimidade deste fenômeno no Estado Democrático de Direito. A partir do referido problema, podem-se citar duas hipóteses: a primeira refere-se à dificuldade de a magistratura lidar com os direitos fundamentais e a conseqüente redefinição das funções estatais. A segunda refere-se à compreensão do ativismo judicial como questão determinada pelas variáveis do poder, considerando o viés paternalista assumido pelo Judiciário ao chamar para si problemas que dizem respeito à esfera política, caracterizando-se como tábua de salvação no seio de uma sociedade carente de políticas públicas efetivas.

Palavras-Chave: Democracia. Direitos Fundamentais. Separação de Poderes. Ativismo Judicial. Magistratura. Paternalismo. Cidadania.

1. Introdução

A definição das funções e competências jurisdicionais pela Constituição da República de 1988, bem como a reformulação dessas atribuições pela Emenda Constitucional n. 45/04, desempenharam um papel significativo no sentido de alargar o âmbito de atuação dos juizes brasileiros. A competência do Poder Judiciário foi estendida no sentido de abarcar, por

exemplo, o controle de constitucionalidade das leis, de modo que questões de cunho político foram aos poucos sendo transferidas para o Poder Judiciário, especialmente diante da necessidade de garantir-se a supremacia da ordem constitucional e, por suposto, do processo e do conteúdo democrático em que foi engendrada.

Com efeito, a história do Judiciário e das instituições políticas revelou a necessidade de implementação do controle de constitucionalidade como medida de coibir formal e materialmente a elaboração de leis que não estejam em consonância com a Constituição. Nessa tarefa, o Judiciário atua contra a maioria que o elegeu, por meio de sufrágio universal e secreto, seus representantes. Logo, diz-se que os juízes desempenham uma função contramajoritária, já que, além de zelar pela observância do texto constitucional, é responsável por tutelar os interesses das minorias. Assim, a dita função contramajoritária do Poder Judiciário visa a resguardar a democracia em sua acepção material¹ que, pelo viés garantista, abarca, necessariamente, a tutela dos direitos fundamentais em benefício das minorias, sob pena de transformar o regime democrático em uma temida tirania da maioria.

Naturalmente, essa gama de funções atribuídas ao Poder Judiciário – entendido, então, como garante, em última instância, da democracia e dos direitos fundamentais – fez surgir novos fenômenos no universo jurídico, como é o caso da judicialização da política, problemática que tem sido palco de fundadas discussões a respeito da legitimidade da interferência do Judiciário em esferas essencialmente políticas.

As discussões, no entanto, devem-se não apenas a uma conjuntura de ordem teórica, mas ao mundo dos fatos, já que, não raro, decisões judiciais têm deflagrado a interferência do Poder Judiciário na esfera política, leia-se, no âmbito da Administração Pública, quando está em jogo a efetivação dos direitos fundamentais. Operam-se verdadeiras determinações ao Poder Executivo, principalmente no que se refere à implementação de políticas públicas voltadas aos direitos sociais, tema que, inclusive, foi submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal².

Essa situação denota a tensão que se coloca entre a ingerência do Judiciário na esfera política e, por outro lado, a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais. Surgem, assim, os debates a respeito da (in)suficiência da clássica teoria montesquiana da separação dos poderes para explicar esse fenômeno que passou a ser uma das questões mais latente na agenda política. Nesse âmbito, analisa-se, principalmente, o controle de atos administrativos e de políticas públicas pelo Poder Judiciário, numa tentativa de repensar os atuais fundamentos, bem como a própria estrutura do princípio da separação dos poderes.

Ainda que essa seja uma problemática relevante do ponto de vista da teoria do direito e, mesmo da teoria política, o presente trabalho limita-se à análise de dois fatores relacionados ao ativismo judicial. O primeiro fator a ser analisado é o ativismo judicial enquanto processo necessário à efetivação dos direitos fundamentais. Em contrapartida, o segundo fator diz respeito ao ativismo judicial enquanto manifestação de poder e afirmação do Judiciário como tábua de salvação para a solução de conflitos de ordem política e como *pater* de uma *societate órfã* (Ingebord Maus). É justamente com base nessa problemática que o presente trabalho será desenvolvido, buscando contrapor as reais necessidades de atuação do Judiciário em relação às irrefutáveis matizes que permeiam o ativismo judicial.

Nesse contexto, verifica-se imprescindível estudar as duas principais vertentes relacionadas ao assunto em tela, uma se condiciona a afastar a hipótese de intervenção judicial na esfera política, com fundamento, sobretudo, na ordem democrática –

procedimentalismo –, e outra cuja tendência é defender a atuação positiva dos magistrados em tutela da efetivação dos direitos fundamentais – substancialismo.

O paralelo entre essas duas correntes principais propicia o aprofundamento da pesquisa no que tange à identificação do ativismo judicial como medida necessária ou propositalmente de poder. Ressalta-se, no entanto, que os objetivos traçados para o presente estudo não têm o condão de estancar a matéria ou, mesmo, se direcionam a assumir um ou outro ponto de vista. O pressuposto principal é estimular uma visão crítica a respeito do controle judicial dos atos da Administração Pública e, por assim dizer, das políticas públicas quando está em xeque a efetivação dos direitos fundamentais.

2. O que (academicamente) se convencionou chamar judicialização da política e ativismo judicial

O termo *judicialização da política* é fruto de debates acadêmicos a respeito da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera política reservada à Administração Pública e ao Legislativo. A sincronização do termo ao fato decorreu da necessidade de estudar a questão com mais cautela, pois não se trata de acontecimento isolado, mas, sim, de uma situação que desempenha um encadeamento de outras, levando a um macroconflito que pode ser analisado de várias perspectivas, seja na perspectiva de mudanças institucionais, na perspectiva de poder ou, mesmo, na de redefinição ou reestabelecimento da ordem democrática veiculada na Constituição da República de 1988.

Não causa espanto que essa problemática tenha vindo à tona e agora se coloque como um empecilho na cena política e jurídica do Estado brasileiro. Uma das Constituições mais avançadas do mundo, extensa, rígida e que prevê uma gama de direitos, bem como instrumentos aptos a sua efetivação, que, porém, ainda é muito recente e está em constante aproximação da sociedade e de seus anseios, ou seja, em processo de aperfeiçoamento e constante discussão, inclusive porque é sob este aspecto que precisa ser interpretada e abordada.

Além de *termo*, é possível identificar a judicialização da política como um *fenômeno*. Luiz Werneck Vianna identifica esse fenômeno com o fato de o Brasil ter adotado o sistema abstrato de controle de constitucionalidade das leis³, com a intermediação de uma “comunidade de intérpretes”, que seriam os legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (VIANNA, 1999, p. 47). Em que pese a referida abordagem, é importante reconhecer que esse fenômeno político-jurídico não ocorre apenas no âmbito do controle das leis em tese, o conflito entre a decisão judicial e a vontade do soberano aparece, também, nas instâncias ordinárias, mediante a postulação de direitos sociais ao Estado, como é o caso das ações individuais em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos e das ações coletivas promovidas também em torno do direito à saúde, mas, ainda, em relação à educação, moradia, trabalho, etc.

Conforme muito bem ponderado pelo Grupo do Ativismo Judicial do IBMEC-RJ, UFU e PUC-Rio⁴, “em uma escala comparativa, a judicialização da política seria um fenômeno maior dentro do qual poderia ser encontrado o ativismo judicial”⁵. Parafraseando Tate e Vallinder⁶, o Grupo identificou a judicialização da política com os instrumentos de proteção judicial, assim como com a migração de discussões do Legislativo para o Judiciário através de impugnações ou, ainda, pela adoção de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito do

ENTRE ASPAS

Legislativo e Executivo. Por outro lado, identifica o ativismo judicial como um fenômeno no qual os juízes passam a se interessar por uma atuação política.

Dada essa distinção, a tendência é que a judicialização da política conduza ao ativismo judicial, que se situa num âmbito mais restrito, em que o magistrado toma para si a função de tomar decisões políticas. Ambos os fenômenos, em que pesem as diferenças são típicos do Estado Contemporâneo, já que sua origem não é outra senão as cartas constitucionais do pós-guerra, que objetivando compensar o tempo perdido incluíram em seus textos uma série de direitos fundamentais e instrumentos para fazê-los valer na prática. No entanto, ainda que estejam assegurados os direitos primários, bem como os secundários (instrumentais)⁷, há uma inegável carência de efetividade dos direitos sociais, isto é, aqueles que exigem uma prestação positiva do Estado.

A falta cometida pelo Estado em relação aos direitos sociais é atribuída ao Poder Executivo, já que ele detém a competência para implementar políticas públicas voltadas à concretização desses direitos, e a irresignação da sociedade em relação a esse conflito, gerado frente ao organismo estatal migra para a esfera jurisdicional, ensejando a tomada de decisões judiciais que assumem um conteúdo político e imperativo no sentido de determinar que a medida necessária seja operacionalizada, de alguma maneira, pela Administração Pública.

Neste contexto é que surge a questão da tomada de decisões políticas pelo Poder Judiciário e, com isso, a problemática inerente ao ativismo judicial, cuja legitimidade será discutida por duas correntes doutrinárias: a corrente procedimentalista e a corrente substancialista.

3. Ativismo judicial: o debate entre procedimentalistas e substancialistas

O assunto “ativismo judicial” perpassa, necessariamente, pela análise de duas principais correntes de pensamento: a procedimentalista e a substancialista. Tais correntes defendem, linhas gerais e respectivamente, (a) que a atuação jurisdicional deve deter-se apenas à aplicação da lei, que serve como limite ao processo de interpretação do texto legal, e, (b) que o processo de interpretação deve ser eficiente no sentido de garantir, em primeira mão, os direitos fundamentais e os pilares do Estado Constitucional, sem restringir a magistratura ao texto da norma.

O procedimentalismo, sustentado por Habermas⁸ e Garapon⁹, tem como eixo central o processo de formação da vontade da maioria, o qual está fundado nas conjecturas provenientes de todos os grupos sociais de determinado Estado, considerando-se a cidadania e a participação como pressupostos para a concretização de uma democracia consistente.

A corrente procedimentalista não nega o fenômeno do ativismo judicial e, pois, da ampliação das competências do Poder Judiciário a partir da positivação dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas. No entanto, repele a invasão da política pelo direito, sob o argumento de que depositar no Judiciário expectativas decorrentes do descontentamento com o sistema político seria ignorar o processo de formação da vontade majoritária e, por conseguinte, derrubar os postulados democráticos.¹⁰

Nessa linha de raciocínio, o Judiciário não pode ser visto como instituição cuja função é zelar pelas demais funções do Estado – Executiva e Legislativa –, sua competência deve restringir-se à aplicação da lei, pois, em virtude da harmonia entre os poderes, é vedado

que interfira em esfera alheia à jurisdicional. Ademais, não é de bom grado, segundo essa corrente, que o Judiciário assuma caráter prestacional, pois não lhe compete atuar positivamente no sentido de atender às carências da sociedade; o contrário, no pensar procedimentalista, contribuiria para a transformação de cidadãos em indivíduos-clientes, dependentes de um Estado providencial¹¹, dado o descrédito da população com as instituições políticas.

Na concepção procedimentalista, o Estado que pretende a tudo atender, ou melhor, comprometido com a realização das necessidades sociais, ao inspirar confiança nos cidadãos, gera, por outro lado, cobranças da própria população que quer ver cumpridas as promessas. Logo, um Estado providencial deve ter, além de comprometimento, estrutura para assegurar o cumprimento das promessas e essa função compete às instituições políticas, representantes da vontade majoritária, consideradas o principal mecanismo de exercício da democracia.

Com base nessa situação de descontentamento da população em relação às promessas não cumpridas pelas instituições políticas, o Judiciário surge como órgão apto a concretizá-las, tanto pelas competências constitucionais que lhe foram outorgadas, quanto pela concepção contemporânea de Estado de Direito, que exige a realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Nesse contexto, o Judiciário não só cria novos argumentos, mas aplica-os na prática como fundamento de decisões políticas.

Diante desses fatores, a corrente procedimentalista observa, nas sociedades atuais, um movimento de migração do lugar simbólico da democracia para o da justiça, o que leva ao enfraquecimento das instituições políticas e, via de consequência, ao fortalecimento do Judiciário como instância de salvação das promessas não cumpridas pelos demais Poderes (VIANNA [et al.], 1999, p. 25).

No mesmo sentido, observa Antoine Garapon: “O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito político” (GARAPON, 1996, p. 44).

Percebe-se que Garapon, ao mesmo tempo em que critica o “sucesso da justiça”, afirma o problema da falta de interesse dos cidadãos pelo desenvolvimento e aprimoramento da política, ou seja, a “perda do espírito político”. Este é o ponto de partida do posicionamento procedimentalista, busca-se a conscientização da sociedade, a participação dos diversos grupos econômicos e sociais no processo de formação da vontade majoritária; se isso ocorresse, na visão procedimental, as instituições políticas estariam legitimadas por uma democracia eficiente e cada função estatal – Executivo, Legislativo e Judiciário – exerceria seu papel em harmonia com as demais.

Nesta corrente, portanto, a Justiça não pode ser vista como instância de salvação, mas, sim, como um órgão que detém a competência de oferecer as melhores soluções para os conflitos surgidos no seio da sociedade. Desta forma, a sociedade deve ser encarada como um amálgama de diferentes ideologias, que se encontram no processo de formação da vontade da maioria e, quando bem estruturadas, levam à uma democracia consistente, em que cada função estatal pode atuar com autonomia, sem ensejar um controle externo, senão aquele que provém do próprio exercício da cidadania.

Destarte, no que interessa a esse trabalho, o procedimentalismo pode ser compreendido como um paradigma contrário ao ativismo judicial. Nessa concepção, a prestação jurisdicional com qualquer teor político configura fere o processo democrático, ao mesmo tempo em que corrobora o definhamento das instituições políticas e a “perda do espírito político”.

ENTRE ASPAS

Por outro lado, a corrente substancialista, defendida por Ronald Dworkin, Mauro Cappelletti¹² e, no Brasil, inserida por Lênio Luiz Streck¹³, tem sido aplicada principalmente nos países de cultura ocidental. Oposto ao procedimentalismo, que propõe um paradigma de democracia formal, o substancialismo propõe uma concepção material da ordem democrática.

O substancialismo é fruto da positivação, na Constituição, de valores e princípios ligados a um ideal de justiça e da visualização do Poder Judiciário como garante, em última instância, da efetivação dessas normas que passaram a compor o ordenamento jurídico.

Além disso, o substancialismo deve ser compreendido como uma crítica construtiva à democracia representativa (democracia formal), que, apesar de expressar a vontade da maioria, acaba, muitas vezes, suprimindo o interesse das parcelas da sociedade que não estão inseridas no processo democrático. Essa exclusão decorre, naturalmente, da democracia representativa e é agravada pela hegemonia de certos grupos, principalmente grupos econômicos, que buscam obter vantagens através das instituições políticas.

Assim, para Lênio STRECK, “os procedimentos democráticos constituem, por certo, uma parte importante, mas só uma parte, de um regime democrático e têm de ser verdadeiramente democráticos no seu espírito” (STRECK, 2007, p. 25).

Considerando essas falhas da democracia representativa, no que diz respeito às desigualdades promovidas pela exclusão de certos grupos do processo de formação da vontade, o substancialismo sugere uma postura ativista do Judiciário durante o processo de produção e aplicação da norma jurídica.

Nesse contexto, a garantia de acesso à justiça revela um importante papel no que tange às minorias, que se encontram excluídas do processo de formação da vontade majoritária. O acesso à justiça aparece como um mecanismo de inserção dos grupos excluídos, permitindo-lhes reivindicar seus direitos e, de alguma forma, participar da agenda política e social.

Neste contexto, o substancialismo afirma uma nova postura do Judiciário em relação às demais funções estatais, deixando de lado a independência dos poderes para permitir o equilíbrio e a harmonia.

Esse ponto é crucial para distinguir o procedimentalismo do substancialismo. Ao passo que, no paradigma procedimental nenhum dos Poderes deve ser colocado em posição distinta dos outros, no sentido de exercer controle sobre as demais atividades estatais; para a corrente substancialista, o Judiciário, pode, quando provocado, intervir nas demais esferas do Poder Estatal para fazer valer os direitos fundamentais.¹⁴ Deste modo, a corrente substancialista propõe o ativismo judicial, ponderado e não discricionário, porquanto transcender os *checks and balances* significa controlar as demais funções estatais, principalmente em casos de omissão quanto à implementação dos postulados fundamentais.

O procedimentalismo e o substancialismo, sem dúvida, são os eixos centrais da discussão travada em torno do ativismo judicial. Com razão a corrente substancialista quando postula uma solução concreta para os casos de inefetividade dos direitos sociais. Ora, a garantia dos direitos sociais está na base do regime democrático e, portanto, é uma questão afeta ao Estado como um todo, ou seja, há uma espécie de *responsabilidade solidária* das instituições estatais no sentido de assegurar, sobretudo, a supremacia e a concretização da Constituição.

Ocorre que o eixo substancialista, ao defender o ativismo judicial, parece querer remediar uma situação cujo diagnóstico é bem mais complexo e merece ser tratado desde a sua origem. Nesse norte, o procedimentalismo entra em cena para colocar em debate a ordem

democrática e a autonomia dos cidadãos, identificando-os não como destinatários, mas como próprios autores de seus direitos (CITTADINO, 1999, p. 209). Logo a corrente procedimentalista pressupõe vetores de comunicação estabelecidos no seio da sociedade e, a partir da autonomia gerada pela interação, atribui aos próprios sujeitos de direitos a responsabilidade pelas suas decisões.

Portanto, tem-se, de um lado, uma perspectiva imediatista e, de outro, uma que propõe uma remodelação do sistema político, pois a comunicação como vetor da democracia, ao menos no Brasil, somente será eficiente após um processo de realocação das decisões políticas implementado na e pela própria sociedade. Todavia, será que a efetividade dos direitos fundamentais e, sobretudo, da Constituição, pode esperar (mais um pouco...)? Além disso, em que implica considerar que são os magistrados os atores mais adequados para fazê-lo?

4. A sociedade órfã e o juiz como (super)ego da sociedade

O contexto de expansão dos direitos e das promessas constitucionais (não)cumpridas¹⁵ pelo Estado ao longo de 23 anos de *constituir-a-ação* da vida brasileira através da Carta Cidadã de 88 (STRECK, 2004, p. 103) – acordo político simbólico¹⁶ concebido entre 1986-1988 e modificado, sobretudo, pela influência das transformações engendradas no núcleo do capitalismo neoliberal, fenômenos da crise do Estado Social¹⁷ e da *Constituição Dirigente Invertida*¹⁸ – foi fruto germinado no seio de uma sociedade carente de políticas públicas que atendessem às mais prementes necessidades sociais.

Reconstituído o Estado brasileiro em 1988, para além das funções típicas e do dever de realizar as novas prestações no sentido de satisfazer as necessidades comuns e coletivas (afora as individuais) por meio das mais diversas políticas públicas, depositou-se nas mãos do Estado a esperança/função de julgar a sua própria ineficiência, esperando deste um reconhecimento de deveres fundamentais não cumpridos, na esperança de que fossem obtidas prestações provedoras, paternais.

Com o fenômeno da *judicialização da política* – interpretado nos tópicos anteriores – passou-se a deslocar o eixo da atuação política, antes relacionada à transformação de uma necessidade pública em direito, para a transformação de direitos em políticas públicas. Destarte, alterou-se o papel dos atores políticos e jurídicos, esperando-se destes a concretização de transformações sociais¹⁹ em caso de ineficiência daqueles, de modo que, com as redefinições do Estado Constitucional de Direito²⁰, à sociedade restou padecer inerte, esperando uma resposta do Estado-juiz²¹, sobretudo em relação aos novos direitos.

Nesse sentido, ampliou-se o acesso à justiça de modo que a esperança dos brasileiros transformou-se em fundamento para a crença no Poder Judiciário, legitimando-o para cobrar uma atuação do Estado inerte: o ativismo jurídico surge como fruto do inativismo político. Com isso, as figuras do Poder Judiciário, notadamente os magistrados, tornaram-se protagonistas da atividade política, figurando, pois, como tábua de salvação das pretensões sociais, ora, juridicamente postuladas.

Esse fenômeno corresponde ao que a politóloga Ingeborg Maus caracterizou como uma *sociedade órfã*²². Segundo a pesquisadora alemã, na família e na sociedade verificou-se a irrelevância da paternidade na definição do ego, isso gerou sobremaneira a determinação deste a partir de diretrizes sociais, o que gerou a redefinição do superego da sociedade: da paternidade familiar à paternidade jurídica.

Assim, “(...) a sociedade órfã ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, que podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna. (...) [diante do] crescimento no século XX do ‘Terceiro Poder’, no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai (...) [Contudo,] não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa” (MAUS, Ingeborg, 2000, p.185).

Assim, a *sociedade órfã* assume um significado diverso em *terrae brasilis*, isso porque o Estado de Bem-Estar Social – aquele que constitui os direitos fundamentais-sociais e garante o espaço democrático – goza de extrema eficiência na Alemanha, enquanto que no Brasil a situação não é a mesma. Com efeito, a extrema carência inerente à *questão social* brasileira agravou aqui o fenômeno retratado por Maus, visto que a garantia dos direitos por meio de políticas públicas está(ve) associada a um histórico de clientelismo²³ inerente à desgastada imagem do ser-da-política brasileira, o que torna a crença na racionalidade jurídica – fundada no projeto constitucional (supostamente neutro) – ainda maior, já que confiante em uma magistratura (em tese) dissociada dos jogos de poder.

Nesse sentido, a figura paterna do Poder Judiciário adquire importância significativa no contexto brasileiro, especialmente no que toca à *microjustiça*²⁴, tendo em vista que, nesta relação do *cidadão órfão*²⁵ com o Poder Judiciário, projetou-se o Estado-juiz como *paterjudex* – aquele sujeito que pode compartilhar a angústia das promessas constitucionais não cumpridas por ser também membro da sociedade órfã, além de ter em suas mãos a possibilidade de decidir a vida dos seus concidadãos, em detrimento das demais (in)decisões políticas dos poderes do Estado. Ou seja, os *cidadãos-órfãos* esperam do *paterjudex*, enquanto membro da *sociedade órfã*, que este faça jus a interpretar os pleitos sociais de acordo com as regras e garantias fundamentais, considerando, sobretudo, as promessas da CF 88 não cumpridas pelo Estado brasileiro.

Ademais, essa discussão se sobreleva quando inserida no contexto da *judicialização da política*, já que, para além de ratificar “paradoxalmente o infantilismo dos” *cidadãos-órfãos*, a *sociedade órfã* institui(u) um efeito *totalizante* ao recorrer ao Poder Judiciário e atribuir-lhe contornos de veneração religiosa, qual seja: para todas as necessidades humanas poderia o *paterjudex* ser chamado. O Judiciário passaria, então, a se caracterizar como local privilegiado da expressão de todas as expectativas, frustrações e a aceitações da vida humana em sociedade, substituindo aos poucos a liberdade inerente à atuação política-cidadã pela forma jurídica de racionalidade e o espaço institucionalizado do Estado-juiz.

Ou seja, a ineficiência do Estado provedor provocou uma relevante alteração do *locus* de atuação política, de modo que a pretensão de implementar os (velhos e novos²⁶) direitos passou a ser deslocada do parlamento e da burocracia administrativa para os fóruns e tribunais²⁷. Nesse sentido, para muitas movimentações sociais – sob o fundamento de que o novo pacto constituinte previra a prestação pelo Estado dos mais diversos direitos (simbolicamente²⁸) ali consagrados – a luta política deu lugar às petições iniciais e instituiu o Judiciário como instância de pleito e (com isso,) controle de uma atividade ínsita à democracia: a cidadania.

5. Perplexidades e caminhos possíveis diante das mudanças institucionais e dos novos atores do poder

A racionalidade jurídica em que são formados os *paterjudex* é inapta a lidar com toda complexidade humana, pois, “ignora suas faltas políticas e existenciais, oferecendo-nos o espetáculo de uma luta sem ardores e muitas culpas. Como mortos que falam da vida, o saber tradicional do Direito mostra suas fantasias perfeitas na cumplicidade cega de uma linguagem sem ousadia, enganosamente cristalina, que escamoteia a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da alienação’”(WARAT,2004, p.374).

Ora, o jurista requerido pela *sociedade órfã*, dificilmente, será encontrado, porque foram ensinados a dialogar a partir de uma *pedagogia da indiferença* que “conduz a um gregarismo alienado que desestimula quase absolutamente o florescimento autônomo do desejo” isso porque “é conhecido o modo de operar da concepção juridicista (das crenças que sustentam a ideologia do ‘Estado de Direito’) dissolvendo todas as dimensões do poder do Estado na lei, mostrando as práticas do Direito como um dique de contenção do arbítrio, proclamando a lei como um instrumento da razão que preserva tanto a liberdade como a igualdade. Constroem-se, assim, saberes externos à sociedade que negam todas as suas insuficiências e perdas, mostrando-as realizadas pelas palavras. O discurso jurídico²⁹ inverte os despojos e as exclusões sociais, apresentando-os como direitos do homem.” (WARAT, 2004, p.376).

Com isso, ratifica-se a perda do lugar da política como *locus* privilegiado do homem enquanto “animal simbólico” e deposita-se no Poder Judiciário a esperança das decisões relacionadas à cidadania, imunizando-se, pois, a atuação política por outras vias. Com efeito, alerta novamente Warat, “Somos fascinados por esse discurso brilhante que nos deixa moles como um gato adormecido e sem condições de reagir contra forma de sociedades cada vez mais despolitizadas e desumanizadas” (WARAT, 2004, p.374).

Outrossim, complementa o mestre argentino: “Uma sociedade para ser democrática precisa, em primeiro lugar, que seja garantido o espaço de emergência de conflitos. O espaço onde se organizam as reivindicações políticas, econômicas e sociais. Aqui é preciso entender que existe uma grande diferença entre garantias para a organização de um espaço de reivindicações e as garantias que o Direito tradicionalmente apresenta para a solução jurídico-instituída dos conflitos. A tendência dominante no segundo caso é a dissolução do poder organizativo, das formas de solidariedade, resistência e luta (contra as estruturas e as instituições, as formas de dominação instituídas: a microfísica da dominação), deslocando o conflito” (WARAT, 2004, p.339).

Todavia, outra questão se coloca como pano de fundo a partir da crítica *waratiana*. É o fato de enxergar o outro como condição de possibilidade para uma ética da alteridade, de modo que as decisões do Judiciário se colocariam como necessárias a elevação do outro (os jurisdicionados carentes de direitos sociais) a sujeitos de direitos não apenas no papel, mas na prática social.

Com efeito, aqui se discute além da legitimidade do Direito³⁰ na realização desta atividade provedora uma mudança institucional relacionada não só ao *lôcus* da política enquanto espaço de decisão inerente ao poder, mas àqueles que a implementam. Se a cultura política brasileira (quicá latina) relaciona-se previamente com o paternalismo³¹, diante da alteração dos atores (e do local do fazer política) da transformação social, não foi outra figura senão a de um pai a esperada pelos *cidadãos-órfãos*.

Nesse sentido, nem tudo está perdido. Como os magistrados estão sendo chamados para dar respostas a questões políticas, o ativismo judicial pode ser relevante, desde que a alfabetização no Direito se faça permitindo a reimplantação de um espaço de autonomia da sociedade, especialmente porque, como nos diz Warat, “estamos necessitando retroagir as práticas de ensino jurídico a uma instância inaugural da política, que permita a reimplantação de um espaço de autonomia da sociedade. [Isso porque,] a representação linguística da realidade é uma forma inicial de política [de modo que] as práticas do ensino do Direito não podem deixar de intervir nessa inscrição inicial da política da linguagem, se quiserem contribuir para que o homem possa preservar o dever de seus sonhos”(WARAT,2004,p. 375).

No contexto da *judicialização da política*, em que *cidadãos-órfãos* constituintes de uma *sociedade órfã* projetam suas expectativas na alteridade do Estado-juiz, cuja racionalidade é engendrada pela linguagem (jurídica)³², ganha relevo a compreensão de Warat acerca da formação no Direito deste *outro* que, embora confundido com a figura paterna, poderia promover uma *humanização do direito* e uma *cidadanização do Judiciário*.

Nesse sentido, importa compreender que por pertencerem à mesma *sociedade órfã* – o que nos afasta da relação com agentes impessoais determinados pelo domínio tecnocrático da burocracia estatal (MAUS, 2000, p. 185) e por estarem em franco contato com a angústia de ter que resolver um problema relacionado a um direito social não cumprido pelo Estado, estes magistrados devem ser compreendidos como sujeitos “que permitam aos excluídos construir o espaço político de sua identidade, de suas emoções e de seus afetos. E, por outro lado, que ajude a um judiciário perdido em sua identidade institucional a reencontrar-se, tornando suas práticas cidadãs, buscando um novo perfil institucional e pessoal, baseado na figura de um ‘juiz cidadão’. Em outras palavras, a humanização do Judiciário passando pela descoberta de uma nova identidade para a magistratura: a identidade do magistrado como cidadão, como homem sensível e comum, não mais como um semi-Deus”³³.

Nesse caminhar, WARAT ensina que “os diferentes sujeitos do ofício jurídico (...) podem ajudar o despertar da hipnose, impedir que desabemos nesse imenso buraco negro do imaginário pós-alienado. Penso nas possibilidades de mutação, nas viradas de situações inesperadas e nas condições de insuspeitas de conservação do espaço político. Ora, certamente as possibilidades de contar com ‘sujeitos mutantes’ do ofício jurídico dependem de uma substancial alteração das condições do ensino jurídico. A política, colocada na origem, tem um valor de método, dela parte o caminho inicial como fulgor instituinte, como oportunidade para que o homem possa reencontrar seus vínculos perdidos com a vida” (WARAT, 2004, p. 375).

Além disso, aduz o mestre que “não se pode implementar a democracia com um Direito que juridifique a Política. A situação oposta é que permite a realização da sociedade democrática. A democracia se implementa através de uma prática política que possibilita ao Direito que outorgue aos centros produtores de significações jurídicas a capacidade de criação permanente de novos hábitos e rotinas.” (WARAT, 2004, p.295).

Compreende-se, pois, que o espaço privilegiado para o projeto waratiano de emancipação do outro pela cidadania, vincula-se necessariamente com a mediação preventiva. Trata-se da preservação do Estado de Direito por meio da “politização do Direito [que deve] passa[r] por uma profanização dos conflitos convertidos em litígios, que por sua vez permita aos autores de um conflito escutarem-se a si mesmos. Quem pode escutar a si mesmo começa a sentir-se cidadão (nesse ponto se radica a dimensão política do afeto)”, além disso a proposta de *hominização do Judiciário* pressupõe “convidar os integrantes da magistratura a pensar-se, a produzir pensamentos arraigados sobre si mesmos, entender o Direito fora das margens que hoje resulta entendido”³⁴.

6. Considerações finais

O ativismo judicial, como visto, é uma questão pontual e problemática no seio da sociedade e da comunidade jurídica e política. No Brasil, o STF reforçou o papel político da jurisdição constitucional ao estabelecer a “a inoponibilidade do arbítrio estatal frente à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais”, ou seja, a possibilidade de “controle e intervenção do judiciário em tema de políticas públicas, quando configurada a hipótese de abusividade governamental³⁵” (ADPF n. 45).

Toda essa problemática, bem como a questão do decisionismo, perpassa pela necessidade de efetivação dos direitos sociais, mas, principalmente, em razão do fortalecimento que esses direitos assumiram nas constituições contemporâneas. Sem dúvida, houve uma mudança institucional que revolucionou o papel relegado aos direitos sociais até então, para colocá-los como protagonistas de uma série de situações afetas exclusivamente ao Estado. Com isso, alteraram-se também os papéis dos atores políticos e jurídicos.

O protagonismo dos direitos sociais no âmbito constitucional, isto é, a previsão exaustiva desses direitos e, em caráter secundário, dos instrumentos de fazê-los valer, ensejou, de outro norte, a preocupação do Estado em relação à efetivação desses direitos e, com a insuficiência de medidas por quem de competência, levou a discussão ao Judiciário, que, diante disso, não raro é visto e se coloca como instância de salvação para questões políticas que deveriam ser enfrentadas e solucionadas no espaço **político**.

Por outro lado, o contexto nos mostra uma sociedade carente de soluções, ao menos no que diz respeito à concretização dos direitos sociais, e desiludida por promessas não cumpridas, situação que não pode deixar de ser levada em consideração, já que não se está diante de uma política liberal como a decimonônica³⁶. Vive-se numa fase em que a sociedade passou a ter consciência de seus direitos, embora seja isso uma questão em constante processo de construção.

Nesse contexto, ao lado do decisionismo judicial em matéria de políticas públicas e efetivação dos direitos sociais, está situada, sem dúvida, uma questão de poder relacionada aos atores dessas mudanças institucionais e societárias enquanto fenômeno que engendrou o Judiciário como tábua de salvação do tardio Estado do Bem-Estar Social no Brasil. Nesse sentido, embora esta (nova) função atribuída à jurisdição possa podar/neutralizar a articulação política da sociedade – conforme vimos a partir das críticas da corrente substancialista, bem como na concepção *maus-waratiana* – diante das promessas constitucionais não cumpridas pela modernidade em *terrae brasiliis*, compreende-se fundamental a atuação destes novos atores político-jurídicos, sobretudo no sentido de garantir o espaço político da cidadania e a implementação dos direitos fundamentais, em especial no sentido da *cidadanização do judiciário* e da promoção da *ecocidadania waratiana*.

Referências

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz (Org.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ENTRE ASPAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. *IN: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.); e STRECK, Lenio Luis. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. I e II, 1997.

_____. *A Nova Intransparência: A crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas*. Novos Estudos CEBRAP, n18, Setembro de 1987.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *In: Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, 2000.

O'DONNELL, Guillermo, Democracia Delegativa. *Journal of Democracy en Español*, Santiago, v. 1, pp. 07-23, julho de 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, Jurisdição Constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em constituição dirigente? *In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.); e STRECK, Lenio Luis. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e Consenso*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

VIANNA, Luiz Werneck [et. al]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Vol. III O direito não estudado pela teoria moderna jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*; coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Claudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Claudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

_____. *Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/textos/warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 01 setembro de 2011.

Notas

1. Em Kelsen, a democracia era concebida essencialmente em sua dimensão formal, sendo, pois, democrática toda a decisão tomada pelos representantes eleitos pelo povo, tendo por base os direitos de liberdade e igualdade política. Mais tarde, também no âmbito da Teoria do Direito, Luigi Ferrajoli traz à tona a dimensão substancial de democracia, cujo elemento central reside na limitação da vontade da maioria, em virtude de um núcleo de direitos fundamentais considerados fundantes do Estado e que não podem sofrer qualquer tipo de alteração ou subtração ainda que por deliberação da maioria. Ferrajoli concebe o Estado de Direito como um sistema de limites substanciais em relação ao poder, seja ele manifestado em um regime autocrático ou, mesmo, democrático.

2. A respeito da educação, ver o voto proferido na ADPF n. 45.

3. Os estudos realizados na década de 90 por Marcus Faro de Castro em *Política e Economia no Judiciário*; por Aritosto Teixeira, *A judicialização da política no Brasil (1990-1996)*; e em 1999 por Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos, Maria Alice Resende de Carvalho e Manuel Palácios Cunha Melo, além de outros pesquisadores da UERJ, são memoráveis para compreender o tema. Este último analisou das 1935 ADI ajuizadas até o ano de 1998. Em alusão à pesquisa realizada por Ariosto Teixeira em 1990-1996, observam os autores a respeito da atuação do STF: “(...) o presente estudo compartilha a percepção de que o STF tem sido muito cuidadoso ao administrar as suas relações com os demais Poderes, evitando o comportamento que a bibliografia qualifica como ativismo judicial. No entanto, é de se frisar que, na investigação ora apresentada, indica-se a tendência, dada a pressão das ações interpostas por intérpretes da sociedade civil, a uma adesão maior daquela Corte ao novo papel de guardião dos direitos fundamentais que lhe foi destinado pelo legislador constituinte”. (VIANNA, 1999, p. 48). Ocorre que já se passaram quase 12 anos e a “política” do STF alterou-se substancialmente. A Corte tem constantemente inovado ao interferir com veemência na esfera administrativa e, inclusive, legislativa, dando ensejo a outros fenômenos, como é o caso da mutação constitucional. (Sobre mutação constitucional, consultar: STRECK, Lenio Luiz (et. al). A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 15 de setembro de 2011).

4. O Grupo do Ativismo Judicial é integrado pelo professor Alexandre Garrido da Silva, Universidade Federal de Uberlândia, Anna Federici Araujo, Bacharel em Direito pela PUC-Rio, Bernardo Medeiros, Mestre em Direito pela PUC-Rio, Daniella Peçanha, graduanda de Direito do Ibmec-RJ, Eduardo Pereira Vals, graduando em Direito do Ibmec-RJ, Fernando Gama, Universidade Federal Fluminense, Havine [...], Bacharel em Direito pelo Ibmec-Rio, Jorge Chalub, Mestre em Direito pela PUC-Rio, José Ribas Vieira,

Ibmec, PUC-Rio, Julliano Castro, graduanda de Direito do Ibmecc-RJ, Karine Souza, graduanda de Direito do Ibmecc-RJ.

5. O artigo intitulado “Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF” encontra-se disponível em: http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/Artigo_Ribasgarantismo.pdf . Observa-se que o texto não está paginado, por isso, a citação não se deu pelo método autor-data utilizado neste trabalho.

6. TATE, C., VALLINDER, T. The Global Expansion of Judicial Power. Apud GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. *Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF*. Disponível em: http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/Artigo_Ribasgarantismo.pdf. Acesso em 16.9.2011.

7. Uma das classificações modernas de direitos fundamentais é fornecida por Luigi Ferrajoli, que irá distinguir os direitos fundamentais em primários e secundários. Os primários seriam os direitos em si, tanto as prestações positivas como as abstenções impostas ao Estado. Os secundários possuem natureza instrumental, ou seja, são os mecanismos previstos constitucionalmente para fazer valer os direitos fundamentais primários, no Brasil, os remédios constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular.

8. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a factilidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

9. Cf. GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

10. Neste sentido, elucidam Luiz Werneck VIANNA et. al.: “Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, ‘ao gozo passivo de direitos’, ‘à privatização da cidadania’, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, ‘à clericalização da burocracia’, ‘a uma justiça de salvação’, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial”. (VIANNA [et al.], 1999, pp. 23-24).

11. Estado providencial é aquele que assume o dever de prestar auxílio à população no âmbito social, econômico e cultural a fim de reduzir as desigualdades sociais – típica idéia do Estado Social, surgido no segundo pós-guerra, como já mencionado no primeiro capítulo deste trabalho. Como anota Garapon: “[...] em um sistema providencial, o Estado é todo-poderoso, podendo a tudo satisfazer, remediar, atender” (GARAPON, 1996, p. 44).

12. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

13. “Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contencioso que une política e direito.” (STRECK, 2007, p. 25).

14. Nesse sentido, aduz Lênio Luiz STRECK: “(...) entendo que, o órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos fundamentais-sociais, estabelecidos em regras e princípios exsurgentes do processo democrático que foi a Assembléia Constituinte de 1986-88, têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, também devem obediência à Constituição).” (STRECK, 2007, p. 31).

15. Conforme lecionam Gilberto Berconci e Luís Fernando Massonetto: “A partir das últimas décadas do século XX, o padrão de financiamento público da economia do segundo pós-guerra passou a ser contestado, dando início à reação neoliberal e ao desmonte institucional do Sistema de Bretton Woods. Desde então, o paradigma constitucional que sustentara o Estado Social passou a ser frontalmente atacado, trazendo à tona questões que já pareciam superadas – a cisão entre a economia e finanças públicas, a abstenção do Estado no

domínio econômico e a pretensa neutralidade financeira propugnada pelos liberais. Como consequência, a integração estruturante do paradigma dirigente foi substituída por um novo fenômeno, apto a organizar o processo sistêmico de acumulação na fase atual do capitalismo. O que se viu foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o acaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente” (BERCOVICI, 2007, p. 123).

16. Conforme aduz Marcelo Neves, a constituição simbólica “é um mecanismo com amplos efeitos políticos-ideológicos (...), decarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública. O efeito básico da legislação simbólica como forma de compromisso dilatatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A ‘conciliação’ implica a manutenção do *status quo* e, perante o público-espectador, uma ‘representação/encenação’ coerente dos grupos políticos divergentes (...) implica, nessas condições, uma representação ilusória à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nos respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional (...) Daí decorre uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que, se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Nesse sentido, a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem seus limites, podendo inverter-se, contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista” (NEVES, 2007, pp. 54 e 99).

17. Cf. HABERMAS, Jürgen. *A Nova Intransparência: A crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utopicas*. Novos Estudos CEBRAP, n. 18, Setembro de 1987, pp. 103-114.

18. A desarticulação das ordens financeiras e econômicas nas constituições cuja causa se relaciona com a hegemonia das tendências neoliberais reflete o fenômeno da constituição dirigente invertida. Na compreensão de Berconci e Masonetto, este fenômeno impôs que “o direito financeiro, antes voltado à organização do financiamento público da economia capitalista e à promoção de políticas de bem-estar social, teve seu conteúdo profundamente modificado. Mais especificamente, o direito financeiro, antes voltado à ordenação da expansão material do sistema mundial a partir do paradigma keynesiano, deu lugar a um complexo normativo voltado à organização da expansão financeira do processo sistêmico de acumulação (...) [de modo que] diferentemente do que ocorrera na ordem do segundo pós-guerra, a camada capitalista do mundo dos negócios, localizada no entrelaçamento das redes de poder e capital do sistema mundial, passou a comandar a expansão do capital (...), impondo uma adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais, a partir das expectativas dos detentores da riqueza mundial” (BERCOVICI, 2007, pp. 135-136).

19. Como afirma José Luis Bolzan de Moraes: “A institucionalização dos direitos sociais próprios ao Estado do Bem-Estar Social, oriunda de meados do século XIX e agigantada durante o século XX (...) significou a incorporação pelo Direito de conteúdos novos e, com isto, regras constituídas para expressá-las incorporando pretensões diversas daquelas tradicionalmente identificadas com a ordem jurídica liberal-individualista, sob formato inédito e com estratégias e metodologias para realização diferenciadas. Neste período, passou-se dos tradicionais interesses individuais – sem abandoná-los, por óbvio – individuais homogêneos, coletivos, difusos e outras formas distintas que com estes dialogam, e.g., o interesse público – assumidas ao longo dos anos” (MORAIS, 2010, pp.101-102).

20. O Estado Constitucional reflete a fase contemporânea do Estado de Direito. É fruto da superação do Estado Legislativo (ou Liberal) e, por conseguinte, do Estado Social. Quanto à função da sociedade a ser desempenhada neste Estado, Peter Häberle, compreende acertadamente que o Estado Constitucional foi

ENTRE ASPAS

idealizado a partir de uma “sociedade aberta”, em que o sistema jurídico e seus postulados reclamam do intérprete da Constituição uma atitude que substitua o monopólio metódico pelo pluralismo metódico. Sobre o assunto, Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a concepção pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

21. Sobre o assunto: “Este último momento se agiganta com a crise das estruturas político-jurídicas da modernidade, ganhando cada vez maior espaço e centralidade a ação jurisdicional como ambiente propício para o tratamento das suas promessas incumpridas, sobretudo em países em defasagem no tratamento da questão social e onde uma percepção liberal-individualista-egoísta dos direitos sociais ainda parece predominar, muitas vezes em ‘perfeita’ harmonia com estratégias políticas de ‘clientelização fidelizada’ da cidadania, oriundos de uma tradição patrimonialista e autoritária, onde a ‘concessão’ de direitos vai de encontro a um projeto de construção de cidadania muito em voga na história política latino-americana, na qual um ‘falso’ Estado Social – na prática um Estado Assistencial – foram ‘doados’ pelos ‘donos’ do poder político-econômico a indivíduos ‘bestializados’, acostumados a ‘assistirem’ transições conservadoras’. A história político-institucional brasileira parece ilustrar bem esta assertiva. Da independência à república, da velha à nova república, do Estado Novo à ditadura militar de 1964 e desta à transição ‘negociada’ à (re)democratização presenciou-se uma sucessão de ‘mudanças para ficar tudo como está(ava)’, onde o cidadão foi sempre coadjuvante” (MORAIS, 2010, p.103).

22. Contextualizando o surgimento deste fenômeno, afirma Ingeborg MAUS que “Na família, assim como na sociedade, a figura do pai perde importância na definição do ego. A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela indeterminação da figura dominante do pai, e a sociedade se vê cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o modelo clássico de superego. Ambas as tendências levaram a relações em que tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter as normas sociais à crítica autônoma.” (MAUS, 2000, p.184)

23. Nas palavras de José Murilo de Carvalho: “De modo geral, indica um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, benefícios fiscais, isenções, em troca de apoio político, sobretudo na forma de voto.” *Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52581997000200003&script=sci_arttext>. Acesso em 29 de maio de 2011.

24. A compreensão de *microjustiça* vincula-se tão somente à resolução dos problemas que chegam à jurisdição – já que pautado na inércia – e está relacionada à angústia que (podem) sente(ir) o magistrado, diante da carência do outro que postula individualmente requerendo uma prestação prevista na Constituição, o que (pode) significa(r) uma predisposição favorável para atender às súplicas por direitos sociais. São exemplares às decisões relacionadas à saúde. Em contraposição, à *microjustiça*, compreende-se por *macrojustiça* aquela relacionada aos aspectos de justiça distributiva, enquanto distribuição de riquezas que visam atender às necessidades públicas de forma coletiva por meio de políticas públicas através dos demais poderes/funções de Estado cuja competência fora atribuída pela CF 88.

25. A idéia de *cidadania-órfã* decorre da interpretação, no contexto brasileiro, do que a politóloga alemã Ingeborg Maus caracterizou como fenômeno da *sociedade órfã*.

26. Cf. Norberto BOBBIO. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.06

27. O professor Márcio LEAL assina que “a ascensão de novos movimentos sociais a partir dos anos 60 produziu a positivação de um novo catálogo de direitos, alçados à categoria ao menos material de direitos constitucionais. Com isso, saturou-se ainda mais a já enorme carga e as possibilidades de o Estado-providência lograr a implementação desses direitos, que exigem a criação de programas e políticas específicos” de modo que, para além da esfera política, “os novos direitos difusos e transindividuais, em situações de

conflito ou violação pelo Estado ou por entidades particulares, encontram na ação coletiva um instrumento de concretização, permitindo sua judicialização e possibilitando a proteção do direito sem a necessidade de despesa pública extraordinária. Ou seja, o Judiciário concretiza políticas públicas em situações de conflito concreto, e que está em jogo a manutenção de um mínimo de normatividade de tais políticas, expressas na Constituição ou em Lei”. (LEAL, 1988, p. 115-116) (grifo nosso).

28. Vide nota 19.

29. Neste sentido, corrobora Marcelo Neves ao afirmar que “O problema ‘ideológico’ consiste no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade. Ou o figurino constitucional atua como *ideal*, que através dos ‘donos’ do poder e sem prejuízo para os grupos privilegiados deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a fórmula retórica da boa intenção do legislador constituinte e dos governantes em geral.” (NEVES, 2007,p.98).

30. Streck afirma que “Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do Direito e da democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um ‘desde-já-sempre’ condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de ser-no-mundo. O Estado Democrático de Direito não é algo separado de nós. Como ente disponível, é alcançado pré-ontologicamente. Ele se dá como um acontecer. Nesse sentido, é possível dizer que o agir jurídico-político dos atores sociais encarregados institucionalmente de efetivar políticas públicas (*lato sensu*) acontece nessa manifestação prévia, onde já existe um processo de compreensão. É nesse contexto que se assenta a legitimidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, não somente na especificidade própria dos tribunais *ad hoc*, mas na existencialidade dos pilares que fundamentam essa mesma noção. Enquanto existencial, o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo – no limite – para viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão e repetidamente, constituir-se tal instância – a justiça constitucional – como remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra as maiorias.”(STRECK, 2002, p.90-91).

31. Como aduz Guillermo O’DONNELL sobre o tema, “se espera que los votantes elijan, independientemente de sus identidades y afiliaciones, al individuo más apropiado para hacerse responsable del destino del país. En las DDs [Democracias Delegativas] las elecciones constituyen un acontecimiento muy emocional y en donde hay mucho en juego: los candidatos compiten por la posibilidad de gobernar prácticamente sin ninguna restricción salvo las que imponen las propias relaciones de poder no institucionalizadas. Después de la elección, los votantes (quienes delegan) deben convertirse en una audiencia pasiva, pero que vistoree lo que el presidente haga” (O’DONNELL, 2009, p.12). Cf. também as lições de Bobbio em *Estado, Governo e Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 28-31; bem como, *Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 41-43.

32. “A Dogmática com seu discurso persuasivo e retórico consegue apresentar os problemas axiológicos como problemas semânticos e assim cumprir a importante função de reformular o Direito Positivo sem provocar uma inquietude suspeita de que esteja realizando esta tarefa” (WARAT, 2004, p. 25).

33. Cf. WARAT, Luis Alberto. *Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/textos/Warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 01 setembro de 2011. p. 17.

34. Cf. WARAT, Luis Alberto. *Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: Fundamentos*

ENTRE ASPAS

preliminares para uma tentativa de refundação. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/textos/Warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 01 setembro de 2011. p.17-18.

35. Embora não seja objeto deste estudo, importante ressaltar que, (não apenas) em sede de jurisdição constitucional, seguindo a antiga tradição jurídica de termos vagos, são criadas diferentes expressões para identificar fenômenos e embasar teses, como é o caso da mencionada “abusividade governamental”. Tal problemática se coloca no âmbito hermenêutico, sugerindo a desmistificação de uma jurisdição que atua em parábolas.

36. Expressão hispânica utilizada para referir-se ao século XIX.