

Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito

Judicial activism and judicialization of politics: on substantialism and proceduralism in the Democratic State of Law

Alexandre Castro Coura¹

Quenya Correa de Paula²

Resumo: O novo constitucionalismo ampliou o grau interventivo do judiciário. A judicialização da vida

-
- 1 Pós-doutorado como visiting scholar na American University Washington College of Law e visiting foreign judicial fellow no Centro Judiciário Federal em Washington D.C. Possui doutorado e mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi professor adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Atualmente é professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Constitucional, Ciências Penais, Direito Ambiental e Teoria do Direito. Desenvolve e orienta pesquisas relacionadas a direitos e garantias fundamentais, hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional
 - 2 Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Possui especialização em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Graduação em Direito e Administração/Análise de Sistemas. Membro do Grupo de Pesquisa "Direito, Sociedade e Cultura" (FDV). Advogada.

e o ativismo judicial combinam-se para redefinir o espaço das políticas públicas, dada a omissão dos poderes tradicionais. Sobre o papel da jurisdição constitucional, distinguem-se as correntes procedimental e substantiva, com visões próprias sobre o papel da Constituição e dos juízes na sua interpretação. Este trabalho investiga tais correntes em cruzamento com a judicialização e o ativismo, utilizando a fenomenologia heideggeriana como leitura de fundo. Também se analisa os fatores que levaram o país a posturas contramajoritárias, sobretudo com as pautas transindividuais resultantes das complexas relações no contexto atual do constitucionalismo.

Palavras-Chave: ativismo judicial, judicialização da política, substancialismo, procedimentalismo, estado democrático de direito

Abstract: The new constitutionalism extended the interventionist level of judicial power. Given the omission of the traditional powers, life judicialization and judicial activism combine themselves to redefine the space of the public policies. About the paper of constitutional jurisdiction, two currents are distinguished; procedural and substantial with their own views on the role of the Constitution and judges in their interpretation. This paper focuses on these currents in crossroads with judicialization and activism, using heideggerian phenomenology as background reading. We also analyse the factors that lead the country to countermajoritarian positions, especially when transindividual patterns are registered within the current context of constitutionalism.

Keywords: judicial activism, judicialization of politics, substantialism, proceduralism, democratic state of law

1 Introdução

O sistema representativo tem sido questionado pela desenvoltura da atuação do judiciário, que entremeia a pauta de assuntos a ele destinados originariamente com processos decisórios de regulação de aspectos vitais da vida nacional, além de incursões no espaço político e nas escolhas atinentes aos outros poderes.

O protagonismo judicial é verificado aqui e alhures e revela, em países menos desenvolvidos, vícios da atuação legislativa ligados a causas que variam da conjugação de interesses de grupos à desilusão com a política majoritária, dirigindo-se a tensão entre os poderes ao judiciário, que passa a ser a última trincheira de uma sociedade clamante.

No caso brasileiro, os dilemas da justiça social, avultados pelo apequenar das instituições e pela mesquinharia que transformou a política numa cloaca a céu aberto, intensificam a urgência do debate sobre o restabelecimento do crédito do parlamento e a necessidade da magistratura promover formas de autocontenção, dado ser indispensável às maiorias eventuais terem a expressão revalorizada, de modo a não sobrecarregar o judiciário em desfavor do mandato representativo.

A jurisdição constitucional, no objetivo de contribuir ao implemento dos direitos fundamentais, tem acrescido seu papel, ainda que com a resistência dos defensores das teses processuais-procedimentais, pela possibilidade de abertura aos reclamos das minorias e de controle dos desvios de rumo em decorrência do exercício deformado da autoridade quando se afasta do espírito público e do comprometimento com a comunidade.

Sob o marco da Lei Fundamental de Bonn de 1949, abriu-se aos países do sistema romano-germanístico nova

dinâmica de atuação do Direito Constitucional a partir do reconhecimento da imperatividade dos princípios e regras superiores, obrigando o intérprete ao redirecionamento das relações privadas (códigos civilistas) em direção ao Direito Público, que, na ocorrência da viragem hermenêutica, se mostra como ente acessível à pré-compreensão (*Vorverständnis*) da totalidade do sistema jurídico-político-social. Esse caminho novo é receptivo à contingência e à temporalidade, segundo o modo de atuar do ser-no-mundo, desde sempre fora, em contato com as coisas, cujo significado, pautado na linguagem como condição de possibilidade, é encontrado no contexto de uma antecipação compartida. À luz da compreensão como existencial e sob a ascendência da fenomenologia heideggeriana, o dirigismo constitucional, ainda que acossado pela capacidade regulatória da economia-mundo e pelas redes informais do capitalismo financeiro, tem espaço ao projeto traçado pelo poder fundador, a partir da pulsão em efetivar mudanças, cujo significado se redimensiona com a constitucionalização do Direito.

Na dimensão ontológico-existencial e no encontro fusional do intérprete (sujeito) com o que ele entende (objeto), o presente estudo, guiado pela historicidade que o interpela, visa a examinar a superlativização das funções judiciais e o conseqüente avanço do Direito em direção à política orientada a ganhos substantivos, sob o auspício do princípio democrático.

A busca, portanto, da *aletheia*, como palavra decisiva enquanto verdade para além da ontologia da coisa, toma por base a atuação do constitucionalismo na dimensão estruturante do círculo hermenêutico objetivando a convivência do Direito com a democracia representativa, escorada originariamente na *philia* aristotélica e na conseqüente pressuposição do outro pelo homem enquanto ente circunstanciado. É

na prudência, como disposição prática dirigida a decisões concretas visando à *eudaimonia*, que o poder constituinte deixou patente a marca teleológica do documento por ele parido em 1988, fundamentalmente o objetivo de construir uma sociedade solidária voltada ao bem comum.

A convivência entre a política, calcada na soberania popular e no governo da maioria, e o jurídico, amarrado ao respeito dos direitos fundamentais, consoante compreensão demarcada pela diferença ontológica, é caracterizada por uma autonomia no máximo relativa, porque, na criação do Direito, não há como separá-lo da política, já que a lei resulta do processo legislativo, ligado essencialmente à manifestação da maioria.

Todavia, a independência judicial, garantida pela autonomia administrativa e financeira, é exercida numa ambiência de judicialização da vida e se apresenta como fenômeno (*phainestai*) enlaçado a um crescente e contínuo efeito expansivo de interposição dos mais variados assuntos, inclusive para fixar ditames não contemplados pelo legislador.

Para examinar o papel multidimensional desse ativismo, na forma da dilatada atuação discricionária dos juízes, *vis-à-vis* com a crescente dependência das definições judiciais motivadas pela publicização da vida privada, a presente trajetória investiga os fatores que levaram o Brasil, com a promulgação da nova Carta, a posturas contramajoritárias mesmo contra maiorias legítimas, mormente quando se registram pautas transindividuais resultantes das complexas relações desenvolvidas no plano das demandas atuais do constitucionalismo.

2 O horizonte histórico da Carta de 1988

Todo texto precisa ser compreendido na situação em que o intérprete se insere, de modo que, pela mediação histórica, haja a transposição do passado ao modo de ver do agora, dentro da totalidade da linguagem como elemento universalizante capaz de se transcender a si mesmo, pois não há entendimento sem processo linguístico e, ademais, “[...] a linguagem é a casa do ser, nela morando, o homem existe enquanto pertence à verdade do ser, protegendo-a.” (HEIDEGGER, 2005, p. 38).

Assim esse questionar considera que a consciência passada não remete ao insulamento do sentido primitivo da obra, mas determina a sua convergência ao horizonte compreensivo do presente, através das antecipações do intérprete, gestadas na história e relacionadas à situação em que esse se encontra, em confronto com as possibilidades textuais. Daí que a Constituição e qualquer leitura que acerca dela se empreenda requerem a entrada na estrutura circular do entendimento, pelo qual o todo se conecta às partes e vice-versa, de modo que a justeza da compreensão não seja fruto do domínio de uma teoria ou de um significado encapsulado no texto, armadilha em que repetidamente cai a filosofia da subjetividade ao encobrir o ser pela utilização de um ente determinante, que age segundo os limites da racionalidade abstrata e da teoria da representação, o que, no recuo histórico-filosófico, vai à escola eleática, que tem o ser das coisas como advindo do intelecto, ou seja, “[...] a verdadeira realidade não está na experiência, mas no plano do pensamento.” (HRYNIEWICZ, 2010, p. 249)

A partir dos existenciais, o esforço fenomenológico da explicitação empreende a tarefa investigatória de mostrar a Constituição assumida por um ter-prévio, um ver-prévio,

um pré-juízo, ligados à consciência histórica em cruzamento com o mundo atual, pois “[...] o significado da obra passada define-se em termos das questões que se lhe colocam a partir do presente.” (PALMER, [s.d], p. 185).

Desse modo, com a desconstrução da ontologia tradicional, a contingência, que alimenta a estrutura do ser-aí³ e a coloca submissa à história efetual, acompanha a revisita ao Congresso Constituinte e aos debates advindos da pluralidade ideológica dos participantes e dos multi-interesses em jogo em confronto com o constitucionalismo de exceção do período revolucionário, marcado com a substituição da maioria democrática pela vontade da elite fardada combinada ao conservadorismo empresarial.

As duas Constituições do período ditatorial⁴ motivaram-se no escopo de mostrar ao mundo, mesmo à sombra do artificialismo, a autenticidade da aliança burguesa-industrial-urbana com os militares, sob a benção dos interesses estadunidenses, visando a obter a aceitação internacional do regime, com a justificativa de que “[...] para ter autoridade e justificar sua ascensão ou permanência no poder, os governos passaram a preocupar-se com seu reconhecimento como governos constitucionais.” (DALLARI, 2010, p. 154).

3 Ser-aí, literalmente, é o *Dasein*, referência central da petição heideggeriana, constitui-se no ente anterior à dualidade *cogito*/mundo e que, ao fim, reflete o que somos, com o especial privilégio de poder-ser, porque a natureza humana não está ligada a uma essência. Pode-se avaliar, então, que “[...] ser-aí é um ente pensado num contexto completamente diferente daquele vigente na tradição filosófica; poder-ser é sua possibilidade mais primordial, constituindo, assim, não só a primeira, mas sua determinação mais originária e mais positiva.” (KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S., 2015, p. 29)

4 A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, é tida como uma Carta outorgada, com texto integralmente reformulado, o que vale dizer que “[...] não se tratou de simples emenda, mas de Constituição – se é que merece este nome uma norma editada de forma tão ilegítima.” (SARMENTO, 2010, p. 70-71).

A farsa constituinte avalizou a posição secundária da função legislativa e o conseqüente esvaziamento da mobilização popular, de sorte que a leitura desses fenômenos tal como aparecem a si mesmos mostra a conveniência de estabelecer uma ordem jurídica para dar a sensação de normalidade interna.

Mas o sentido que exsurge daquele instante histórico, em consonância com a tradição que marca a estrutura prévia compreensiva, é o da Constituição desmarcada de qualquer *rapport* coletivo, ora por representar, na prática, uma era de impudor quanto às liberdades e garantias individuais, violadas em nome do combate ao “inimigo interno”, ora porque, tal como na Carta de 1946, deixou-se de lado a consecução das medidas típicas do Estado Social, como comprovam os índices de pobreza do período contrastados ao crescimento real do PIB à taxa de 10% ao ano.

A irrogação da titularidade do poder constituinte pelos quartéis levou setores ligados à esquerda cultural e instituições como OAB e CNBB a desenvolverem resistência em prol da distensão, o que resultou na anistia e nas eleições diretas. A irradiação desse movimento galvanizou a sociedade civil para a retomada da capacidade do povo em construir o seu destino e alterar o modelo de planejamento e ação tecnocrática que possibilitou valorizar o autointeresse do empresariado em desmerecimento do bem-estar social.

A recuperação democrática preludiou com o apoio maciço às Diretas Já, em prol do reequilíbrio nacional e do retorno do poder civil, seguido pela adesão ao desmonte do Estado centralista, gerando a concórdia conducente à desrepressão e à paz interna, num momento tido como inadiável para soterrar as mazelas do período mais obscuro da nossa história. E a articulação constitucional teve sua legitimidade assentada na base horizontal ampla que fundamentou as decisões da Assembleia Nacional Constituinte, com demons-

tram as Emendas Populares, no total de 122, congregando mais de 12 milhões de assinaturas.

A tradução do destino da nação no projeto de se constituir a si mesma, confrontada aos questionamentos da atualidade, revela, pela via da circunspeção e do olhar em redor, a utensiliaridade (*ready-to-hand*) da Carta de 1988 como símbolo de uma era renovada, verdadeiro marco de ultrapassagem da trajetória embrenhada na irracionalidade da luta armada e da perseguição aos inimigos do regime.

O alívio do tensionamento, graças à normalidade institucional, dasanuiu o ambiente interno, então pressionado pela mordaza autoritária, que deixou marcas profundas na sociedade, pois, afora as convocações ao voto, a participação popular permaneceu apagada, em função do isolamento do poder central à custa de bem articuladas manobras de propagação do ufano-nacionalismo ligado à imagem do Brasil potência, sobretudo no governo Médici.

A dispensa do certificado político comum foi levada às últimas consequências pelo poder revolucionário até o momento de ser inviável manter descaracterizado o poder constituinte, cujo exercício fora distorcido pela ausência de consensualidade, limitando as questões de relevo ao crivo do tecnoempresariado e da elite castrense. Deu-se, então, a ruptura com o passado, ardentemente desejada pela sociedade organizada, que se uniu para exprimir a vontade de transição ao constitucionalismo democrático, imbuído do sentido de, mais que um manifesto político, haver o enraizamento da nação sobre o conjunto de princípios vinculativos, com a garantia de efetividade possibilitada pela aplicação imediata dos direitos fundamentais. Essa garantia, expressa na Constituição (art. 5º, § 1º),⁵ é o lastro à seriedade com

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

que foi tomado o comportamento de implementar os bens e valores permanentes de garantia de construção da sociedade próspera, relativamente aos conteúdos substantivos do Estado transformador das estruturas sociais.

Para estudar a migração das questões próprias do Legislativo ao crivo da judicatura, a ontologia fundamental exige a leitura da Constituição, em toda a sua especificidade analítica, como o desaguadouro da ativa participação popular nunca vista na história brasileira e, sendo assim, desvelada na sua mais legítima autenticidade. A nova ordem, pelo intuito compromissório de transformação, é, então, vista, no plano da filosofia hermenêutica, como algo ligado ao modo de ver prévio (*Vorsicht*)⁶ relativamente ao patrimônio de ideias sobre o constituir da Carta e à redimensão da defesa do desenvolvimento e da melhoria das condições gerais, ainda que o retalhamento promovido pelas emendas constitucionais posteriores tenha resultado na limitação da democracia social em função do neocolonialismo financeiro mundializado.

No constitucionalismo diretivo-programático, diferenciado pelo propósito de realizar o núcleo essencial-fundamental traçado no processo constituinte, a refundação do

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

- 6 A pré-estrutura do entendimento, através da qual algo se torna inteligível como algo, liga-se ao ser-no-mundo, envolvido numa teia de sentidos possíveis que se estrutura no pré-ter (*Vorhabe*), no pré-ver (*Vorsicht*) e na pré-concepção (*Vorgriff*), que acontecem em todo e qualquer ato de interpretação, isto é, “[...] posição prévia e visão prévia, portanto, já delineiam, simultaneamente, a conceituação (concepção prévia) para a qual se devem dirigir todas as estruturas ontológicas.” (HEIDEGGER, 2005, p. 10).

Direito é pautada pelo caráter finalístico voltado à alteridade e à solidariedade social, de modo que todos devem agir visando à concretização dos direitos de espectro ampliado, provenientes de uma Carta prolixa, que deixou de encampar o traçado de linhas apenas estruturais e ligadas à função de estatuto organizatório para abarcar princípios, valores e normas disciplinadoras da esfera econômica e social, algo como um plano normativo para o futuro e que leva ao Direito o debate moral.

A compreensão da Lei Fundamental, sob o emblema da tradição e da historicidade, volta-se, com a superação do constitucionalismo restrito dos governos revolucionários, ao provimento dos riscos sociais e à responsabilidade partilhada das demandas coletivas, implicando a impulsão de programas filiados a determinações de conteúdo ao legislador, com a subtração de temas tradicionais à política e, por conseguinte, fazendo incorporar ao campo jurídico expectativas reivindicatórias antes não pautadas, dado o acesso à justiça como direito basilar. Essa mobilização dos assuntos políticos ao Judiciário leva à sociedade judiciarizada, com a ocorrência de [...] uma espécie de fuga cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários” (VERÍSSIMO, 2008, p. 408), instando a magistratura a se pronunciar sobre temas controvertidos, dentro do quadro explicitado pela democracia social à guarda do Texto Superior.

3 O protagonismo judicial no estado Democrático e Social de Direito

A tomada da facticidade faz com que, na estrutura do velamento/desvelamento, o ser da Constituição se revele a partir de si mesmo segundo a frutificação do Direito libertador, que tem a democracia não apenas como a regra da maioria, mas também como realização da igualdade substancial.

Como a perspectiva de compreensão não é neutra e independente, ao reverso do modo objetificante da filosofia da consciência, o sujeito hermenêutico é condicionado historicamente e se orienta a partir do *Dasein* (o ser-aí, o ser-no-mundo, a existência de modo geral). Portanto, as bases do conhecimento não se localizam em um ente externo ao homem e superior a ele, como a razão instrumental, por exemplo, mas no ser lançado na ek-sistência, que aqui não é vista como existência no significado metafísico tradicional de realidade efetiva, mas relativo ao que é peculiar ao *Dasein* na sua primazia ôntico-ontológica em relação aos demais entes, isto é, ele está sempre fora, referido a múltiplas possibilidades, contudo esse referir-se “[...] efectua-se não num colóquio abstracto consigo mesmo, mas como existir concretamente num mundo de coisas e de outras pessoas.” (VATTIMO, 1996, p. 26).

Essa primazia do *Dasein* permite ao homem pôr-se inquisitivamente em relação a si mesmo e fundir-se na sociabilidade com os demais (*Mitsein*). Na autenticidade liberada do impessoal, ele está sempre fora, relacionando-se com o mundo e os objetos, sob o padrão da linguagem como residência primordial e partilhabilidade de sentidos (*Mit-teilung*). Assim, no interior da tradição em que encontramos, os pressupostos que possibilitam aguçar a capacidade de pré-compreender, na perspectiva histórica, são os que se

põem dentro da realidade de uma situação examinada na alteridade dialógica da verdade do texto com as pré-noções do intérprete.

É com base nesse projeto prévio do novo *standard* de racionalidade trazido pela viragem ontológica que o fenômeno da desenvoltura judicial se apresenta relacionado ao substancial catálogo de direitos derivado das opções axiológicas da coletividade e relativas ao processo histórico-cultural característico do instante inaugural da ordem jurídica, ligado a uma inquietação generalizada pelo futuro do país após os anos de chumbo, mormente quando havia a consensualidade por atualizar o padrão incipiente de bem-estar decorrente de promessas não levadas a sério pelos governos revolucionários.

A euforia pela reconstrução nacional, compreensível após a exclusão imposta pela elite castrense, contaminou a população, que, na esteira do rearranjo institucional promovido pelas Cartas de Portugal e Espanha, nutria o propósito de produzir mudanças para a valorização da vida, que havia sido jogada ao descaso durante o segundo conflito mundial, em particular a marca das chagas do holocausto, cuja regressão do homem á barbárie repugnou as consciências e encaminhou a preocupação pelo respeito à dignidade e aos direitos humanos.

A proposição do constitucionalismo democrático de introduzir dimensão substantiva ao Direito Público deslocou a centralidade jurídica das codificações para a Lei Fundamental, que, assim, passou a balizar a interpretação das demais normas, sob a antecipação de sentido adquirida a partir do próprio mundo (*Vorhabe*), dentro do plexo de significatividade de que o *Dasein* dispõe e que faz a decisão constituinte vir até nós como ente de serventia ao acolhimento de medidas de abrangência política ampla, frutos do Estado interventivo conjugado às liberdades positivas.

Em face do dirigismo constitucional, o legislativo teve diminuída a competência de estabelecer rumos ao país, conforme as escolhas de cada geração, substituindo-se a soberania popular ligada ao processo legislativo ordinário, que garante a igualdade de participação entre a maioria de hoje e a de amanhã, pelo conteúdo contramajoritário vazado em extensa, minudente e excessiva regulação dos mais diversos temas, que, no Brasil, cobre desde interesses corporativos a regras econômicas, passando por disposições sobre a propriedade e isenção tributária, proteção da família e dos silvícolas, chegando ao cúmulo de dispor sobre o ensino de História e o Colégio Pedro II. (BRASIL, 2017, p. 112).⁷

Essa plethora de assuntos, pela auto-aplicabilidade constitucional aliada ao caráter imperativo das regras e princípios e à minguada da iniciativa tanto do Executivo como do legislador relativamente aos assuntos típicos da esfera de cada um, acabou por dirigir ao judiciário um sem número de reivindicações, estimuladas pela adoção do modelo sincrético baseado no *judicial review* americano e no modelo austríaco de controle concentrado. Desse modo, o juiz, diante do descrédito da política majoritária e em desprestígio ao mecanismo *checks and balances*, propende a definir políticas públicas à margem do legislador, em comportamento conducente à politização da justiça.

Certo que a própria Constituição de 1988 abriu oportunidade à judicialização da vida ao assumir, no horizonte histórico, a ênfase na mudança da sociedade pelo Direito, nucleada na precisão dos fins do Estado, independente do elemento conjuntural relativo às maiorias ocasionais, ou seja,

7 Art. 242. [...]

§ 1º. O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

§ 2º. O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

a estrutura econômico-social foi previamente assentada no bojo de uma Carta Dirigente,⁸ com os meios de seu acionamento, por amplo rol de interessados, visando a implementar as medidas capazes de assegurar a materialização dos benefícios instituídos.

A pensar que o desencobrimento da Constituição, em coerência ao seu ser mais autêntico, se refere a um mundo jurídico norteado pela incorporação do *éthos* da alteridade, estruturado no cuidado (*cura*)⁹ e que tem como desiderato a justiça social. Nesse pensar, dissociado da convicção racionalista do direito desindexado da realidade, há irremissível pendor substantivo agregado ao pensamento de feição compromissária e que permite a sindicabilidade de normas programáticas referentes a uma principiologia dotada de linguagem vaga e abertura semântica.

Aqui como alhures, a redefinição dos direitos fundamentais, como frente de atuação do Direito Constitucional, determinou novo posicionamento da justiça em relação à política, havendo o alargamento das fronteiras jurídicas em nome do exercício discricionário do poder, através de

8 A Constituição dirigente se relaciona à ideia de lei material do poder, ou seja, seu objetivo é estabelecer conteúdos para a atuação do legislador dentro do ideário conducente à mudança social, com a conseqüente redução do papel do Estado e da política na definição dos rumos do país, estabelecendo-se “[...] a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional.” (BERCOVICI, 2004, p. 11)

9 O cuidado é o ser do ser-aí, cujo núcleo estrutural é formado pela existencialidade, facticidade e queda e uma das suas formas de desdobramento é o cuidado com outro *Dasein* (*Fürsorgen*), ou seja, tomar conta de algo, ocupar-se de alguém, sendo a preocupação com perspectiva ética aquela que é antecipativo-libertadora, relativamente ao sentido próprio na cotidianidade, procurando encontrar no outro aquele que possibilite a solidariedade comum para determinada finalidade. O cuidado existe antes de qualquer atitude e “[...] não é independente da nossa existência, mas dela faz parte integrante, e, sem ele, deixamos de ser humanos.” (KROHLING, 2011, p. 22)

juízos morais e políticos próprios das maiorias, fenômeno que é conhecido como ativismo judicial e que se refere a uma questão comportamental sobre o modo expansivo e proativo de interpretar a Constituição inclusive para levá-la a situações que não foram expressamente contempladas pelo constituinte ou pela lei ordinária.¹⁰

Há uma diferença entre judicialização e ativismo que, nesta altura, merece consideração, porque os dois signos são objetos de mixagem interpretativa que não auxilia o estudo do constitucionalismo social em função do recuo do tempo a possibilitar a triagem entre os pré-juízos autênticos e inautênticos. E no encontro com a Carta de 1988 os conceitos prévios que se apresentam à compreensão da faceta transformadora dos direitos fundamentais e, portanto, autênticos, são os que caminham conosco verdadeiramente em direção à coisa mesma enquanto manifestação fenomenológica, independente de julgamentos implícitos feitos *a priori* sobre como as coisas devem ser, e, assim, tendo em importância a alteridade do texto, sob a marca da situação hermenêutica, as expectativas depositadas no eixo temático do Estado do Bem-Estar Social apontam a um sentimento de cobrança no intuito de satisfazer as reivindicações que a nova forma de constitucionalismo trouxe ao tablado como acautelamento

10 O prolapado julgamento pelo STF (ADPF 178) da aprovação da união homoafetiva para fim de equipará-la à união estável heterossexual é citado como exemplo de criação de regra geral por uma Corte que entendeu ser possível arremedar-se do papel de constituinte permanente para alterar a Lei Maior, cujo art. 226, § 3º prevê a proteção do Estado ao casal formado por homem e mulher. No entender de parcela de juristas, os limites semânticos do texto não de ser considerados, daí se dizer que “[...] o fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar ‘correções’ à legislação (hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões ‘legiferantes’.” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 81).

ao desrespeito dos direitos humanos especialmente pela memória da atuação nazista no segundo conflito mundial.

Como “[...] quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa” (GADAMER, 2005, p. 358), a submissão do jurista à história efetual conduz o exame das pretensões da maioria fundante, expressadas na Constituição, à prevalência de uma pré-compreensão do descortino dos valores nela interseridos, especialmente o comprometimento com o propósito da vida digna, porque se reconheceu, quando do pacto inicial, o estado de infortúnio que afastou o acontecimento do Estado Social. É nesse ponto que a jurisdição constitucional acha espaço para desequilibrar a balança dos poderes e deslocar o eixo decisório, em resposta à pressão das massas para o combate às desigualdades, somada à dinâmica constitucional de ensejar a atuação política da magistratura, na medida em que abre caminho, pela vagueza dos princípios adotados, a decisionismos judiciais, incluindo as situações em que se tenta ultrapassar a fronteira juspositivista à base do modo novo de trabalhar o Direito, nele introduzindo a moral, como ocorre com a (s) teoria (s) da argumentação jurídica, mas que esbarra no mesmo defeito do positivismo normativista, ou seja, a discricionariedade do intérprete e a atribuição arbitrária de sentido como se o texto sempre estivesse disponível e a respeito do qual se pode sempre dizer qualquer coisa.

4 Judicialização da política

Política e Direito são coisas diversas, vale dizer, enquanto na primeira vigoram a supremacia da vontade popular e o pronunciamento da maioria, no segundo há o império do legislado e os direitos fundamentais são tidos como referencial da compreensão jurídica. No entanto,

mesmo apartados, ambos interagem mutuamente, vez que o Direito é produto do processo constituinte e da vontade da maioria e, de outro lado, a Constituição Programática impõe caráter permanente à alteração das estruturas sociais, obrigando a política à observância do plano global previamente nela traçado, o que priva as maiorias eventuais das decisões sobre programas de governo.

Nesse ponto situa a dificuldade de acomodar expectativas, sobretudo quando os acordos interpartidários conflitam com interesses do Executivo, transferindo o embate ao judiciário, visto como trincheira dos perdedores em busca do terceiro turno deliberativo, depositando nos juízes uma altanaria moral que termina por lhes irrogar a onipresença de oráculos a cuja palavra todos se submetem reverencialmente. Temos, então, a conversão dos magistrados em legisladores positivos, que, no paradigma individualista-normativista, ainda presente e atuante, assenta a deliberação no solipsismo monadológico, inclusive para valorar motivos de conveniência e oportunidade, verdadeiros acessos a voluntarismos próprios do intérprete autêntico kelseniano (giro decisionista).

A judicialização, fenômeno também de outras culturas, nasce da sensibilidade coletiva de que a conquista e a preservação dos direitos dependem do judiciário para decidir costeando a lei e até colocando-se acima dela, no papel de verdadeiro tutor da política, sem se submeter ao filtro da aprovação popular. Esse sentimento de crença na virtuosidade da toga advém do descrédito da política majoritária, incapaz de produzir consensos e responder aos reclamos da cidadania desencantada por uma governabilidade atada a conjuminâncias duvidosas, mas próprias das tratativas partidárias a fim de garantir projetos pró-governo, no denominado “presidencialismo de coalisão”, que surge da convivência entre representação proporcional, multipartidarismo e pre-

sidencialismo imperial, mantida pelo loteamento de cargos, distribuição de verbas e alianças espúrias. Nesse clima de interesses setoriais, o apoio parlamentar é costurado com a linha da precariedade e “[...] as cisões internas e a instabilidade a elas inerentes são naturais em qualquer governo de coalizão, embora adquiram contornos mais graves em épocas de crise.” (ABRANCHES, 1988, p. 30).

Há duas causas à judicialização no Brasil: a primeira é a Carta analítica, intrometida em todas as relações, fruto da conjugação de vontades em prol da mitigação das patologias de uma nação enferma, ansiada por liberdade, ganhos substantivos e recuperação da autonomia do Direito diante das arbitrariedades cometidas pelo regime militar contra a independência da magistratura. Com a historicidade sobre os ombros, as interrogações que hoje são dirigidas à Constituição mostra o poder constituinte preocupado em produzir uma obra rica em direitos e garantias, com amplas condições de sindicabilidade, além de seguir a tendência de mudança institucional dos países europeus de formação romano-germanística. A segunda é a jurisdição constitucional aberta a qualquer juiz ou tribunal no controle difuso,¹¹ possibilitando a não aplicação do enunciado normativo tido por incompatível com a Constituição, e no controle abstrato contra a lei em tese, com ações de legitimidade aberta a diversas pessoas, incluindo partidos políticos e confederações sindicais, ou seja, “[...] institui-se a possibilidade de que qualquer segmento social submetta questão constitucional de seu interesse ao Supremo Tribunal Federal.” (MENDES, 2005, p. 155).

A possibilidade de uma questão política ser levada a juízo, mercê da atuação legislativa viciada e omissa, é in-

11 O controle difuso nasceu nos EUA, em 1803, com o caso *Marbury vs Madison*, julgado pelo terceiro *Chief Justice* da Suprema Corte *John Marshall*.

centivo à realocação do poder decisório, tirando da análise do parlamento temáticas próprias à dialogicidade do procedimento produzido discursivamente com a participação de todos os interessados. A despeito das dúvidas sobre as virtudes democráticas do critério majoritário, como a legitimidade para reduzir direitos essenciais, o autogoverno do povo representa a alteração, para o bem e para o mal, do horizonte político, ou seja, é o povo a decidir o conteúdo das normas, inclusive e principalmente no momento ímpar do exercício do poder exclusivamente normante relativo ao nascimento do novel ordenamento.

O conceito-chave acolhido no art. 1º, *caput*, da Constituição¹² (BRASIL, 2017, p. 01), implica tomar em ponto alto a democracia participativa, com a integração ampla e crescente do povo nos atos de governo, de forma a atribuir aos cidadãos a condução do destino do país, embora haja fatores limitadores desse exercício situados na debilidade dos partidos e no antiquado sistema de representação proporcional. Essa disfunção não ocorre apenas no Brasil, como é relevante a abstenção de votar nos países de sufrágio não obrigatório a revelar o desinteresse pela política.

Se tal dificuldade pode ser favorável aos que defendem o constitucionalismo popular,¹³ a questão contramajoritária,

12 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

13 No estudo sobre o constitucionalismo democrático, se debate o papel dos juízes no exercício da democracia, com a divisão entre os que aprovam uma intromissão substantiva no âmbito decisório (substancialismo), para dar vez a uma democracia de resultado, e aqueles, ligados à âncora habermasiana, que se vocacionam à teoria procedimentalista, partidária da Constituição enxuta quanto a valores. Minoritariamente aparece a corrente defensora da supressão da revisão judicial de modo a centrar no povo a discussão dos dilemas fundamentais da nacionalidade, no chamado constitucionalismo popular. Assim, “[...] a função principal da Constituição seria inspirar a

quando captada pelo ser-aí na compreensão situacional, é fortalecida à vista da gangrena moral da atividade política e que contamina de morte a representação. Daí que a crise infiltrada no cotidiano parlamentar provoca desconfiança na capacidade da instância legislativa trabalhar favorável aos direitos fundamentais e gera o redimensionamento da clássica divisão dos poderes, com a possibilidade de uma arquitetura institucional pendente a sobressair a influência dos juízes na supremacia da Constituição, o que tem levado à “[...] judicialização da política a um ponto que excede de longe qualquer limite previamente estabelecido.” (HIRSCHL, 2009, p. 146).

Sob a escora do princípio da universalidade da jurisdição, medidas como o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança coletivo e a ação de descumprimento de preceito fundamental servem para impulsionar o teor reivindicatório diante das lacunas dos programas estatais, além de fiscalizar a criação normativa, tanto do Executivo como do Legislativo, segundo o contorno material e axiológico irradiado sobre o conjunto jurídico desde o topo normativo determinado pela rigidez da Constituição. O mesmo princípio abriga os pleitos resultantes da complexificação das relações sociais, advinda do pluralismo e da expressão de novos grupos que se comunicam por uma linguagem de natureza heterogênea e refletem identidades calcadas em códigos diversos dos tradicionalmente registrados no embate direita/esquerda, liberal/conservador. Na mesma percepção de descaso pela política majoritária, conformam-se reivindicações sobre identidade de gênero, questões bioéticas, feminismo, racismo, função social da propriedade e ecologia, numa propagação difusa

atuação de cidadãos e representantes, e não servir como parâmetro para que juízes limitem a sua deliberação.” (SARMENTO, 2015, p. 85).

e informal que também exerce pressão sobre o judiciário para viabilização do núcleo compromissório constitucional.

No cenário de fundo da fenomenologia existencial, o plano de partida ao entendimento da coisa, segundo a linguagem como algo que faz conhecer o ser dos entes,¹⁴ é o movimento circular da relação intérprete/texto, que precede qualquer representação, não bastando a leitura dos protocolos parlamentares acerca da criação legislativa, mas também admitir, com as novas circunstâncias agregadas, a extração do significado normativo da Constituição. Assim, quase trinta anos depois da criação do ordenamento, está muito distante a possibilidade do Direito atuar como transformador da realidade, porque se continua a pensar o ser a partir de um ente determinante como ditam as conceptualizações da hermenêutica clássica, deixando escapar, por entre os dedos, aquilo que, de verdade, se busca conhecer, o que representa, “[...] olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho!” (STRECK, 2000, p. 259).

A falta de respostas adequadas aos objetivos para progredir a condição humana, em termos de solidariedade social e realização do desenvolvimento, é tido como algo que contribui na aglutinação em torno da revisão judicial em detrimento dos canais majoritários clássicos, que, de seu turno, padecem de anomia generalizada, tomados que estão, no plano parlamentar, por discussões fisiológicas e armadilhas regimentais que empurram adiante projetos de interesse da população.

A judicialização da vida surge, no constitucionalismo brasileiro, como tomada de consciência em favor da

14 A linguagem não se põe como terceira coisa entre a consciência e o mundo, mas possibilita a compreensão dos entes, que existem na e pela linguagem, entendida, do ponto de vista ontológico. A linguagem não é congelada, algo objetivo a determinar um sentido atemporal e fora da historicidade.

alteração das linhas entre o político e o jurídico, colimando deslocar o ponto de irradiação da governabilidade em favor da supervisão judicial exercida em argumentos subjetivos e discricionários, coerentes ao rito de escolhas fortemente ainda impregnados do cariz positivista (do ponto de vista decisionista, repetimos), logo, entrando incisivamente a distorcer a vontade da maioria, tirando do debate democrático, como expressão primordial do parlamento, a oportunidade de decidir com fulcro na representatividade popular.

A essa realidade de moldar a Constituição pelas escolhas solipsistas dos juízes, até com a pretensão de substituir o legislador, corresponde à visada do ente enquanto substância autônoma, no modo presente-subsistente, a ele refutando o engajamento no uso prático respeitante à prestabilidade (*Zuhanden*) dos entes disponíveis a uma determinada finalidade e relativamente ao “[...] utensílio que não é simplesmente olhar para um objeto, mas antes esse ‘olhar em volta’ ou ‘circunspeção, no qual vemos as coisas em termos de seu ‘ser-para’ fazer isso ou aquilo.” (GREAVES, 2012, p. 51) Na revelação das coisas ao modo de ser do para-quê e sublinhado pela experiência antepredicativa, a Constituição surge no seu caráter instrumental para a missão transformadora cuja responsabilidade toca à jurisdição constitucional em consequência da previsão do próprio ordenamento, através do *judicial review*, bem como da provocação massiva dos jurisdicionados, sempre que os poderes desviam da esteira normal de atuação, dando-se, então, a ocorrência da denominada judicialização da política.

5 O ativismo e a dimensão substantiva da Constituição

O compreender (*Verstehen*) se liga ao modo como existimos, não como pensamos, isto é, a verdade chega antes do método, para, dessa forma, se evitarem as armadilhas da objetificação, considerando que existe uma dimensão pré-reflexiva desconstrutora da relação sujeito/objeto, que, de sua vez, é presa previamente aos quadrantes da racionalidade abstrata. Sob a inspiração desse existencial, a Constituição aparece originariamente engajada no emprego prático para o fim de compreender o projetar de sentido atualizante na renovação da efetividade histórica do texto e, nesse caminho, a visão teórica não basta para tratar a verdade constitucional, pois aí estaríamos amarrados à acessibilidade do ser sob o domínio do conhecimento matemático, que trabalha com respostas definitivas e despreçadas do chão da vida.

O acontecer da Constituição é obnubilado pelo ato de enxergar o Direito como exterioridade, que gera uma apreciação distorcida, exclusivamente pela fonte da intuição intelectual, que, por ficar refém da dualidade metafísica, substitui o mundo da vida pelo logocentrismo e pelo distanciamento do que se intenta conhecer, ou seja, o encontro com a obra, isto é, o desvelamento do ser, da coisa em si mesma, não revisa o preconceito monológico e cientificista, deixando de escutá-la em sua alteridade, o que ela tem a dizer verdadeiramente. Por conseguinte, a implementação dos ganhos do *Welfare State* sofre o retardo comprometedor dos direitos sociais e transforma o Direito Constitucional em algo simbólico, vez que a pré-compreensão é tomada pelo adiamento das promessas de justiça social ansiada por todos mas que se perde na má vontade política, que, em tempo de esvaziamento dos direitos humanos pela mercancia financeira mundializada,

adequa as ações governamentais às determinações do capital de risco em correlação com a eficiência econômica, tornando incipiente, portanto, a materialidade constitucional dada a interferência do *homo oeconomicus*, de matriz individualista calcada do curto prazo.

A comprovação dessa gestão microeconômica sobre o constitucionalismo social é demonstrada pelas emendas feitas pelo poder constituinte derivado para interserir, na paisagem jurídica, medidas afinadas com a desregulação do Estado e a transposição dos fundos públicos aos ganhos privados, como evidencia a desvinculação das receitas orçamentárias em vista a obter superávit primário para pagamento dos juros da dívida pública, com a subtração sucessiva de recursos da Seguridade Social, como ocorre com a chamada DRU.¹⁵

Os inconvenientes do processo democrático em produzir deliberações justas associados à constitucionalização da vida potenciaram a conflituosidade transformando os juízes em *ultima ratio*, a eles destinando a interferência nos mais díspares pleitos, desde o medicamento protetivo do filho, com a vida segura por um delgadíssimo fio de seda pronto a se romper, aos mais complexos questionamentos tal qual a pesquisa científica com seres humanos, especificamente o uso de células-tronco embrionárias.

Ao fiarem na justiça como ente capaz de entregar resposta mais direta do que a representação política, as reivindicações advindas da Constituição analítica são redirecionadas

15 A Desvinculação de Receitas da União (DRU) se refere ao uso de recursos das taxas e contribuições parafiscais em aplicações outras que as destinadas por vinculação prévia a fundos ou despesas, tendo sido criada no governo Fernando Henrique Cardoso como Fundo Social de Emergência como componente do Plano Real. Atualmente está regulamentada pela Ementa Constitucional nº 93, de 08 de setembro de 2016, que dá nova redação ao art. 76 da CF. (BRASIL, 2017, p. 1)

num movimento que acontece livremente à jurisdição e que pode ser constatado em diferentes países, especialmente nas jovens democracias, dada a influência do sistema jurídico norte-americano em matéria de controle de constitucionalidade. Essa manifestação segue a identidade própria de cada nação e é tido, como vimos, como judicialização da política, tomando, no Estado brasileiro, dimensão aumentativa, entre outros fatores, pelo processo de desigualdade social, agora questionado por novos sujeitos e identidades culturais, com diferentes argumentos e pontos mais aguerridos em função da tomada de consciência como fruto da sociedade de informação.

O ativismo está relacionado a uma questão comportamental do judiciário e se refere à invasão das competências próprias dos demais poderes através do uso de variáveis morais, políticas e econômicas, atitude que, a princípio, se choca com o Estado de legitimidade justa, que “[...] envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo.” (SILVA, 1988, p. 22), pois juízes não submetidos à avaliação das urnas dão a palavra final sobre direitos construídos democraticamente. Para exercerem esse papel contramajoritário, eles utilizam-se de autoritarismos (preferimos, nesta altura, tal substantivo, no lugar de voluntarismos) no manejo dos princípios constitucionais, com possibilidades de cumprimento em diferentes graus, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, aplicando-se, na resolução de cada caso, uma solução gradual através da fórmula peso, para verificar o valor relevante, observando-se o seguinte núcleo da ponderação: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” (ALEXY, 2008, p. 133).

À conta da indeterminação semântica das normas de direitos fundamentais, nelas aportando valores morais, a

técnica do sopesamento pretende ser racional, inclusive com apelo, na engenharia teórica do autor germânico, a operações matemáticas que viram cascalho na mente do jurista, geralmente pouco afeito à ciência abstrativa. Ao fim, o modelo triádico, apesar da sofisticação, que, aliás, amedronta o leitor, em lugar de ofertar caminho seguro ao calço da decisão, abre oportunidade ao exercício do mais autêntico subjetivismo.

A composição da referida fórmula possibilita que o grau de importância de um princípio em relação ao outro seja qualificado como leve, médio ou forte, de forma que basta ao operador manipular o peso atribuído a cada variável para ter o placar em prol de sua pré-compreensão. Digamos, por exemplo, uma situação em que um ato legal determine cota de exibição de filmes nacionais pela televisão, em homenagem à difusão da cultura nacional, confrontado, no caso concreto, com o princípio da livre iniciativa. Através da maquiagem retórica, a solução encontrada tanto poderá prestigiar a intervenção pública como a iniciativa particular, bastando que a máxima da proporcionalidade venha à colação para legitimar a decisão já gestada na consciência do intérprete (ruminando o mesmo autoritarismo positivista) como corolário do exercício do poder de decidir.

Ao final, quem decide, quem resolve como quer, do alto da liberdade interpretativa, que inclusive estaciona na autossuficiência ao ponto de dispensar a demonstração da validade do raciocínio, é o juiz tomado de um vigor além dos limites tradicionais da atividade de aplicar o Direito, servindo-se do biombo da proporcionalidade para fazer com que “[...] a legitimidade das suas decisões valesse muito mais pelo seu argumento de autoridade do que pela autoridade do argumento.” (MORAIS, 2013, p. 299).

Essa é a forma replicada de ativismo porque permite a manifestação do magistrado sobre a intensidade da efetiva-

ção dos princípios, gerando um discurso eticizante, próprio do parlamento, mas que o judiciário, em tempo de criação legislativa, emprega objetivando responder aos que levantam o descaso com a dimensão material da Constituição Diretiva.

A forma com que o acesso à justiça é visto estabelece uma relação com o princípio da inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV, CF (BRASIL, 2017, p. 3),¹⁶ no intuito de possibilitar a tutela da pretensão em juízo, especialmente os temas candentes, sendo tal cláusula pétrea válvula de abertura à politização da justiça e à consequente tomada pelo judiciário da governabilidade por meio da criação de regras nos espaços desregulamentados, fruto da condição precária do legislador em honrar o parlamento, vindo essa expansividade a excluir atores políticos autênticos na construção dos significados constitucionais.

Tido como componente do Direito, o ativismo é uma faceta de desvio institucional pontuada pelo excesso na recorrência a padrões valorativos no afã de impulsionar o desvelamento do caráter mais próprio e autêntico do constitucionalismo democrático e, assim, deixar vir à clareira o Direito como vocação à mudança da realidade. Por isso, entende-se que “[...] 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.” (GARAPON, 1996, p. 54).

A postura proativa da jurisdição amplia a incidência da Constituição e o seu alcance, em desfavor das maiorias ordinárias, na medida em que desprestigia a autorrestricção judicial que, no passado, pautava a atuação dos juízes em respeito às instâncias tipicamente políticas. Obviamente, numa ordem jurídica guarnecida pela programaticidade

16 art. 5º [...]

XXXV – a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão;

constitucional, é normal a aferição pelo judiciário da adequação da lei aos princípios superiores que a Carta contém, sendo ativistas as posturas que representam excesso na atuação dos juízes, principalmente quando se dá o rompimento do limite entre o jurídico e o não jurídico.

A tarefa de fazer do Direito monopólio do judiciário, em face da mitigação da presença do legislador, deve ser examinada sob a égide dos dois eixos que balizam a discussão do papel da jurisdição no Estado constitucional: as teses substancialistas de defesa da Lei Fundamental contra iniciativas de desprestígio do teor diretivo constitucional e as correntes procedimentalistas defensoras da jurisdição limitada a garantir o processo democrático na feitura das leis, prevendo para os tribunais um minimalismo decisório.

Sob a iluminação da analítica existencial, a Constituição, enquanto ente disponível (*Zuhanden*), se mostra, na existência concreta e à margem do conhecimento intelectual, como item cujo sentido autêntico e primordial é o de atribuir aos poderes republicanos a missão conjunta de concretizar o eixo programático erguido sobre a determinação da ética da vida boa. Portanto, a Carta, como remissão a uma rede de outros utensílios em interdependência funcional,¹⁷ não é um ente isolado, a ser mero objeto de contemplação, mas parte integrada e funcional do mundo a validar a iniciativa de ter para si a eventualidade de políticas públicas diante do silêncio dos setores competentes.

17 O relacionamento do *Dasein* com os entes tem o caráter de lida, de manipulação, de utensílio à mão (*ready-to-hand*) com o destino de fazer algo. Essa experiência envolve um complexo de referências que impede a cada utensílio se destacar isoladamente. Assim, o livro é útil à biblioteca, que, por seu turno, servirá ao colégio, o que significa haver uma emaranhado de remissões dentro de um complexo estruturado, isto é, “[...] esta interdependência dos utensílios entre si mostra que um utensílio isolado é uma incongruência ontológica.” (PASQUA, 1993, p. 47-48).

O déficit de realização estatal evidencia o ser da Constituição velado pela subjetividade reificadora, que nutre um imaginário de operacionalidade sem a devida filtragem dos direitos prestacionais, como se a política não tivesse adentrado no plano hermenêutico-constitucional para fixar diretrizes e rumos permanentes definidos pelo poder constituinte na dimensão histórica vivida nos anos de luta pela redemocratização.

Os partidários do substancialismo cercam-se das razões escoradas na própria estrutura valorativa da Lei Fundamental para dizerem da compatibilidade de suas posições com o papel da magistratura quanto ao reconhecimento do pluralismo e da urgência de proteger todos os segmentos contra o desprezo do ideário supremo da sociedade brasileira, vertido desde o seu teor preambular, para, dessa maneira, legitimar o judiciário a se expressar contra a onipotência e onisciência da maioria política, nem sempre sintonizada verdadeiramente com o espírito popular, mas, ao contrário, movida em favor de interesses setoriais engendrados por coalizões de interesses pouco republicanos.

Historicamente democracia e constitucionalismo convivem em tensão, porque se a primeira é a abertura ao debate das questões da comunidade, o segundo, enquanto manifestação do poder constituído, se apresenta como limitador da soberania popular e regulador da deliberação coletiva, especialmente quando o absolutismo das maiorias cisma em extirpar garantias de grupos vulneráveis e invisíveis.

Nesse ponto, a entrada em cena do judiciário, com práticas favoráveis ao avanço institucional de reconhecimento do ser autêntico da Constituição, diante da mobilização da sociedade desgastada pelo imobilismo dos outros poderes, encaixa-se na concepção substancialista de interveniência do poder público para a igualdade material e essa efetividade

admite a entrega de políticas públicas para promover o bem-estar. E como o judiciário é o ente que tem competência para fixar o entendimento do Texto Superior é ele “[...] que, por sua vez, irá interpretar os valores escolhidos pela sociedade quando da elaboração da Constituição permitindo dessa forma uma ideia de ativismo judicial na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 163)

A questão fundamental, todavia, é a dosagem com que a vontade de realizar os ganhos materiais é interpretada pela justiça para a salvaguarda das formas de vida conducentes à emancipação, em especial ao pairar o sentimento de que voto e política nada mais têm a ofertar. Nesse refletir, o pensador ativista manifesta-se com a ultrapassagem pelo juiz, de modo heterodoxo, da linha demarcatória que o separa das escolhas legislativas, em tese, encarregadas de estabilizar expectativas, homenageando a durabilidade e a coerência com o fito de atingir a previsibilidade de comportamentos.

Decisões judiciais que se situam sobre raízes de conveniência e/ou moral e seguem, portanto, a rota da discricionariedade das convenções parlamentares sem que seus responsáveis se submetam ao sufrágio e à possibilidade de renovação do calendário eleitoral, induzem à antidemocracia da toga, que passa a ditar padrões beirando a arrogância e a imponência oracular, ultimamente extravasadas no chamado ativismo extrajurisdicional a tornar “[...] mais explícita uma dimensão de ‘politização do judiciário’, que o aproxima do modo de atuação dos demais poderes de Estado legitimados democraticamente.” (VIEIRA; CAMARGO; SILVA, 2005, p. 79). É o caso dos manifestos fora dos autos e da participação de magistrados em tertúlias políticas, de forma desabrida e mesmo boquirrota, em comprometimento à independência da própria justiça.

Nessa linha, se pode manipular e solver determinada questão sob a aura principiológica, que, aliás, serve para chancelar a vontade segundo escalas de preferências, porque a plasticidade de mandamentos como a dignidade humana, a razoabilidade, a ampla defesa e outros igualmente vagos, é empregada para dar solidez ao discurso, mas que, em verdade, mascara o mais rotundo personalismo dos juízes.

No entendimento do substancialismo, o destaque do judiciário na balança dos poderes se liga ao papel originário de guarda da constitucionalidade, implicando, desse modo, o vir à tona da pré-noção sintonizada no como hermenêutico, vale dizer, a Constituição é meio, dentro do modo prático, de efetivar direitos, sendo preciso a magistratura assumir o lugar de protagonista da história, inclusive para colocar “[...] em xeque o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.” (STRECK, 2013, p. 164).

A transferência da promoção social à justiça se revela, na sensibilidade popular, a zona mais segura e eficiente de concreção dos direitos adiados, daí que, se não há remédio no SUS, apela-se ao juízo para colmatar a lacuna, fornecendo pontualmente, em desserviço à dignidade orçamentária e ao atendimento generalizado dos recursos escassos da saúde, remédios de toda ordem, incluindo os de custo elevadíssimo, através de uma opção de teor político, porque despreza a modelagem das escolhas financeiras dentro do planejamento transparente. Além do mais, o comprometimento do grau de universalização acontece quando o protagonismo judicial se adianta para privilegiar quem tem mais consciência jurídica em desfavor dos estratos carentes.

São inúmeros os exemplos coadunados à corrente substancialista como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 831.915/RO (BRASIL, 2017, p. 1-10), em que a Suprema Corte ignorou a coletividade

criando obrigação não fundamentada em lei. Na ação, se defendia a gratuidade de medicamento fora da lista do SUS, tendo-se firmado que o tratamento dos necessitados é dever do Estado e responsabilidade dos entes federados, ainda que a implementação de políticas públicas seja competência do Executivo dentro das possibilidades orçamentárias.

O ânimo da magistratura, diante da expansão do crédito e da confiança nos seus “editos”, a leva a apurar a criatividade ao limite de anuir ao argumento falacioso sobre o direito à vida, no abraço de causas como a entrega de suplemento vitamínico,¹⁸ leite¹⁹ e fralda,²⁰ em detrimento dos casos em que, de fato, a existência periga.

Os excessos acontecem, ao se discutirem “temas relevantes” como a inclusão do colarinho do chope na sua medida, consoante a Apelação Cível nº 2003.72.05.000103-2/SC, TRF 4ª Região, na avaliação de multa do INMETRO em face da possível irregularidade na medição do órgão, pois a mesma teria sido feita errada, já que o chope também é seu

18 Em mandado de segurança, o TJ-SP, em decisão de 03 de julho de 2017, ordenou a cessão de leite Ensure sem lactose dizendo ser “[...] irrelevante o argumento de necessidade de prévia autorização e/ou disponibilidade orçamentária para a concessão de medicamento/tratamentos de saúde.” (BRASIL, 2017, p. 7)

19 No Resp nº 900.487 (BRASIL, 2017, p. 1-2), o STJ ordenou o bloqueio de verba pública para garantir leite especial a criança, sobre a base de que não existe sujeição ao mérito administrativo na execução de gastos, mas a proteção da saúde em primeiro plano, atitude que casa perfeitamente à defesa substancialista de assumir o juiz a postura de agente promotor da mudança no domínio econômico-social, o que justifica a alocação de recursos por meio de sentenças aditivas, mesmo à custa da vulnerabilidade do planejamento financeiro e da capacidade operacional do governo.

20 O Ministério Público mineiro impetrou ação civil pública em favor de portadores de necessidades especiais visando à cessão de fraldas geriátricas no programa Farmácia Popular e obteve tutela antecipada do TRF 1ª Região (BRASIL, 2017, p. 1-2) fundamentada na completa justiciabilidade da atividade estatal, com a declaração de que o descumprimento dos encargos políticos-jurídicos pelos órgãos estatais comprometem a eficácia e a integridade dos direitos sociais.

colarinho. No voto vencedor, saiu esta preciosidade: “[...] Aliás o colarinho integra a própria bebida e é o próprio produto no estado ‘espuma, em função do processo de pressão a que é submetida a bebida ‘chopp’” (BRASIL, 2017, p. 4).

O destaque da jurisdição jurisdicional está na ordem direta da concepção substancialista de abertura à ação comissiva do Estado em relação ao trabalho de juízes voltados, mais do que a harmonizar os poderes, a impedir a contrariedade do Constituição onde essa se mostra evidente e oferecer, em paralelo, a possibilidade de, à falta de um legislativo sensível aos vulneráveis, serem depositários e guardiães da vontade geral.

6 A alternativa procedimental

A compreensão procedimental da democracia entende que as Constituições devem deslocar-se das definições de conteúdo, abstraindo de imiscuir-se em assuntos de natureza econômica e/ou social e em outros propósitos de governo para se deter nos instrumentos de participação democrática e na estrutura das competências do Estado, sobrando ao Judiciário a posição de garantidor do exercício democrático, pois a servidores não eleitos descabe entrar em considerandos ideológicos ou lucubrações valorativas.

Para tal corrente, o pano de fundo da compreensão revela a legitimidade do Direito sustentada pelo agir comunicativo, pelo qual os indivíduos chegam ao consenso a partir da via argumentativa resultante da participação dos possíveis destinatários da norma, cuja validade atende ao princípio da universalização (U), daí advindo a crença na legalidade como resultado da criação discursiva aberta à comunidade e que gera o entendimento recíproco permeado pela participação simétrica dos interessados. Daí a presunção de validade da norma residir na segurança de que, no mundo da vida e sob

a intermediação da linguagem, os partícipes da sociedade, incluindo as minorias, validam a lei porque, pelo princípio do discurso (D), essa é garantida “[...] quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma.” (HABERMAS, 1989, p. 86).

Essa concordância, cuja racionalidade é expressa pela razão prático-moral-procedimental, se consegue no chamado discurso de justificação, *locus* receptivo das variáveis axiológicas e pragmáticas, possibilitadoras da gestação de normas válidas, uma vez batizadas pelo princípio democrático e pela compatibilidade com os direitos fundamentais. É nesse foro que se faz o exame prévio das situações possíveis, focado na generalização, sem se debruçar sobre o aspecto individual de cada caso.

Relacionado à adaptabilidade do enunciado ao caso concreto, já o juízo de aplicação engloba a pesquisa das normas válidas *prima facie* e a verificação da possibilidade de serem adequadas à situação, a fim de que o discurso “[...] realce a perspectiva específica da situação e a relacione com os interesses dos outros como pessoas concretas.” (GÜNTHER, 2004, p. 72), detendo-se somente em argumentos jurídicos, o que limita o ato de julgar aos traçados deontológicos, porque a intensidade de efetivação dos princípios é própria do parlamento e do juízo de fundamentação, donde a crítica da entrada do Direito no âmago dos assuntos típicos do parlamento. Daí a proposição pelo procedimentalismo de “[...] um modelo de democracia constitucional que não se fundamente nem em valores nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos, que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade dos cidadãos.” (RIBEIRO; CZELUSNIAK, 2012, p. 201)

É sob essa inspiração que então se repudia a abordagem dos princípios como bens otimizáveis, conforme no *Bun-*

desverfassungsgericht, porque a instância de fundamentação obstaculiza a jurisdição constitucional fazer nova apreciação do que antes foi submetido ao consenso dos cidadãos no discurso legislativo. Isso conduz à apreciação de cada evento adstrito ao código binário jurídico/antijurídico, numa caminhada de encontro ao propósito alexyano. Definitivamente o foco das regras e princípios é a ação obrigatória que seja boa a todos os concernidos e não apenas a determinado âmbito cultural, donde se afirmar que, uma vez debatida a norma pela interação comunicacional em situação de simetria, quer quanto ao exercício do Direito, quer quanto ao conhecimento das variáveis intervenientes no processo, advêm condições de aceitação do Direito e menos conflituosidade social.

No universo habermasiano, a expressão do legislador depende de uma cadeia de discursos de cidadãos que possuem os mesmos direitos e as mesmas condições de exercício, além de semelhante acessibilidade à educação e à cultura, o que significa haver, na proposição procedimental, uma elitização referente ao direcionamento às sociedades avançadas e que conseguiram atingir estágio superior de desenvolvimento.

Se há um fundamento racional da legalidade, dado o veio intersubjetivo das deliberações políticas, as medidas legislativas, tomadas no campo da fundamentação, têm a ideia de autodeterminação, porque os atingidos por elas são autores do Direito, para cuja formação perfazem juízos valorativos que permitem às normas e princípios a pretensão de serem universalmente obrigatórios e não apenas preferíveis.

Nesse caminho, os elementos metajurídicos, que ornaram a resposta substancialista, soçobram ante o julgamento da adequabilidade normativa, que labora com os princípios realizados integralmente, sem abertura ao cunho teleológico, valendo afirmar que, em tal juízo, vige a singularidade do caso concreto com o uso da codificação binária, particulari-

zando a generalidade que foi objeto do prévio discurso de justificação.

Coerente à retirada da política da Constituição, como defendido pelos procedimentalistas, o controle judicial se volta à correção do processo democrático, com a consequente desvalia das soluções que satisfazem pleitos de cunho político, afeitos à decisão colegiada parlamentar. Isso indica o mundo jurídico aberto à Lei Fundamental como estatuto organizatório definidor de competências, conforme o modelo liberal, ou seja, o Direito, conforme o significado que o *Dasein* traz consigo, expressa-se por meio da pré-compreensão valorizadora do aspecto formal, não do conteúdo dos atos, daí a crítica do procedimentalismo à jurisprudência dos valores, que pugna pela hermenêutica criativa em prol da faceta do Direito Constitucional de transformação das bases sociais em termos mais humanos e justos.

O judiciário limita-se, em tal mirada, portanto, a instrumento de defesa da criação democrática do Direito, contribuindo para zelar pela autonomia privada e pública dos cidadãos, sem concorrer com o legislativo para reescrever a lei movido por causas subjetivas de puro voluntarismo, como no positivismo de cariz kelseniano ou na preferibilidade principiológica alexyana ao ponto de fazer de um poder substituto do legislador sem a devida legitimidade. A crítica procedimental aos tribunais, enquanto travestidos de senhores do discurso jurídico etéreo, é sobre o perigo de se ter neles alojada uma casta superior de governança que se nutre da fraqueza e da perda de seriedade e espírito cívico do legislativo, “[...] apregoando uma suposta racionalidade superior dos discursos jurídicos, sem se perguntar se esta resposta é democrática ou se ouve a todos os atingidos.” (FERNANDES, 2015, p. 185) Para a visão procedimental, a imposição de uma forma de vida pelos juízes concorre ao risco de descrédito da democracia e de crise de liderança sobre

a sociedade exaurida de condutas equivocadas e trêfegas que fazem com que as lacunas do sistema representativo tenham seu reparo creditado ao controle dos tribunais.

Se o Direito não é monopólio do judiciário, o controle abstrato de normas cabe ao parlamento, que possui mais condições de examinar a materialidade da lei, respaldado no exame de fundamentação, feito num espaço de interação comunicacional de equânime participação coletiva, logo “[...] não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.” (HABERMAS, 1997, p 301).

Desse auditório resultariam decisões, a princípio, mais condizentes ao ideal democrático, se posta a questão em termos quantitativos, pois dezenas de parlamentares avaliam de modo mais detalhado do que o colégio de juízes togados, metidos a decidirem por um querer próprio imprevisível e com a agravante de estarem independentes da *political accountability*. A recomendação, nesse linha reflexiva, é que “[...] numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto.” (ELY, 2010, p. 137).

A resistência procedimental à desenvoltura excessiva dos juízes é contra-arrestada sob a alegação de que, com o destaque dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade tem aprovação em vários países, sendo comum o papel protagonista da jurisdição constitucional, inclusive para, numa atitude ativista, adentrar na competência dos outros poderes, em nome do zelo por tais direitos, numa atividade “[...] complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa.” (CAMPOS, 2014, p. 166).

Oportuno lembrar que as teses procedimentais são desenvolvidas para países de maturidade suficiente à trans-

parência do parlamento e da atividade política com opções ideológicas definidas, permitindo a pluralidade de forças e o debate que toma em relevo as bases, que, de seu lado, cobram o esclarecimento da função legislativa e veiculam o compósito de interesses comuns à representação através da dialogicidade aberta às diversas formas de interatividade.

Difícilmente no Brasil vingaria o discurso de fundamentação que possibilita à racionalidade moral-procedimental se desenvolver numa conjuntura de expressão isonômica dos cidadãos possuidores dos mesmos direitos e condições de exercício. Uma teoria que pressupõe pessoas autônomas e instruídas, em condições ideais de tempo e conhecimento, tem pouquíssima identidade com as práticas políticas em voga num país que nem passou pelo Estado Social, paralelamente ao fato de estar empestado por um poder enlameado até o gargalo.

No entremeio dessa desordem e contribuindo ao adensamento da incerteza, o legislativo constrói uma maioria escassamente sintonizada com o povo, que se vê jogado no desconforto político de um caminho sem saída, com bloqueios de origem ética levantados por uma cambada de gente suja da cabeça aos pés e que se junta em coalizões temerárias para saquear a viúva, deixando entrever nas tratativas oficiais a troca, a farra, a zombaria, a patuscada, a verdadeira folia com o patrimônio público, tornando a serventia da Constituição limitada à entificação do ser, ficando a sua utilidade (ser-para) presa a uma folha de papel desbotado que nenhuma responsabilidade gera na mudança de rumo ao contexto socializante consagrado desde suas linhas iniciais.

Na república da cleptocracia, é seguro dizer que a precária sustentabilidade da representação política, pervertida pelo leilão de sinecuras e verbas públicas, desfaz a confiança na maioria parlamentar, contaminada desde o financiamento eleitoral, metido na lambança das empreiteiras, até a condu-

ção do mandato à base de conjuras pouco recomendáveis, pois movidas por muito dinheiro e baixo comprometimento com a realidade circundante.

Em relação ao procedimento, a magistratura brasileira, particularmente a Suprema Corte, enquanto se move em apreço pelas questões morais, não comparece com o mesmo empenho diante de argumentos *interna corporis* de outros poderes, ou seja, o mostrar fenomenológico escapa por entre os dedos e a facticidade do ser-aí fica velada, porque a decisão à base do “eu puro” desconhece o ek-sistir, o estar-fora, preferindo acantonar-se na superfície da explicação causal. É o que ocorre quando, diante dos regimentos internos das casas congressuais, o STF deixa de zelar pelo processo legislativo democrático, de forma que, em tal situação, “[...] a corte atua com negligência em seu papel de garantidor das condições democráticas necessárias para o bom funcionamento do Estado de direito.” (BUSTAMANTE; BUSTAMANTE, 2016, p. 359).

É ver a decisão monocrática no MS nº 34.999/DF em que um Deputado, retirado da titularidade da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, na véspera da votação de pedido de instauração de processo penal contra o Presidente da República, por causa do prévio conhecimento do voto favorável do parlamentar à sua abertura, requereu medida contra o ato que tinha “[...] o obsceno intuito de montar um colegiado favorável ao Senhor Presidente da República.” (BRASIL, 2017, p. 3).

O *writ* foi indeferido, na esteira de outros julgados do STF, sob a alegação de que o ato coator era *interna corporis* e, portanto, infenso ao crivo judicial, impondo uma blindagem à atividade legislativa, sob a alegação de não caber ferir a autonomia de outro poder. Essa hipótese não encontra contrapartida na forma desinibida com que a Corte, de outro lado, atua como poder legiferante, tal qual aconteceu na disposição

contra o nepotismo da Súmula Vinculante nº 13 (BRASIL, 2017, p. 17),²¹ quando pretensiosamente se impôs detalhes ao cumprimento da mesma às três esferas de governo, em ato de claro teor ativista, revelado “[...] na configuração de regra tão normativamente densa sem intermediação legislativa e a partir de princípios tão vagos e imprecisos como os da moralidade e da improbidade administrativa [...].” (CAMPOS, 2014, p. 280).

No campo procedimental, portanto, a genuinidade democrática é a que resulta da repartição dos poderes de forma bem definida e as cortes constitucionais só atuam com imparcialidade e independência se passarem ao largo de juízos valorativos, mantendo-se em posição defensiva (*self-restraint*), já que o núcleo de avaliação moral é o contexto dialógico desenvolvido no discurso de fundamentação, porque argumentos de política são estranhos à atividade judicante. O cidadão, no caso, não se limita a participar da política apenas no voto periódico, mas é o elemento ativo da interação comunicativa em um processo abrangente de apreciação quanto aos interesses universalizáveis do ponto de vista pragmático e/ou ético e a norma que passa por esse exame prévio é depurada pelo princípio da democracia participativa e pelos direitos fundamentais para que o produto final seja um enunciado válido.

21 Súmula STF nº 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

7 Conclusão

Ao sublinhar a compreensão como existencial, a filosofia heideggeriana nos tem como compreensores, que, estando juntos dos entes e marcados pela diferença ontológica, dispensam o domínio teórico para fazer a hermenêutica acontecer não como método, mas como envolvimento num processo circular mais originário e relativo a um âmbito irrefletido no qual estamos inseridos e que se manifesta na intimidade de significados que o *Dasein* tem antecipadamente.

O giro hermenêutico, ao romper com a dicotomia sujeito/objeto, na condição de raiz do conhecimento, desautoriza algo exterior ao homem como guia da verdade, porque nenhum ente pode ser magnificado, nem a natureza, nem a razão, nem a lei. O sentido é, então, buscado na abertura para a mundanidade e, assim, as coisas se mostram na sua prestabilidade (o instrumento-para), o que representa a ruptura com a abordagem categorial dos entes.

Ao depararmos com o ente Constituição, antes de o definirmos, o tomamos como item de manuseio, o para-algo dirigido a fornecer expectativas ao futuro pela inserção de populações excluídas, em nome do teor substantivo que o plenário constituinte, refletindo historicamente a ânsia pelo rompimento do autoritarismo e da mistificação do Estado Social, trouxe para a sua obra, acerca do modo de ter os direitos fundamentais de forma efetiva, em benefício dos quais a legalidade se condiciona. Nesse diapasão, os tribunais constitucionais funcionam em posição de centralidade institucional com o escopo de expressar, em derradeira fala, a compatibilidade da política com o Direito.

A disposição de novos mecanismos de acionamento da justiça, as deficiências do sistema representativo, o aumento da complexidade das relações jurídicas em tempos de demandas transindividuais, a ampliação da legitimidade das

ações coletivas e de controle constitucional, a mobilização de novos grupos reivindicadores em sucessão aos tradicionais partidos, a falência dos poderes no desenvolvimento de ações de cuidado com as necessidades básicas e a instabilidade provocada pela hipertrofia legislativa são fatores que influenciam o protagonismo dos juízes como fenômeno de fora para dentro sobre os pleitos de uma sociedade, ao ponto de resvalar numa conduta egocêntrica e autonomizada, presa à máxima de ser o Direito unicamente o que a magistratura quer que ele seja.

Essa característica desinibida das cortes de exercer a função legislativa é caminho ao cultivo de decisões destituídas de integridade e coerência, com margem a elementos discricionários que ferem de morte a certeza e segurança jurídicas. Registro bem presente desse voluntarismo é o emprego das teorias da argumentação jurídica sem nenhum critério, bastando a falácia por apelo da autoridade para impressionar com o manejo, a torto e a direito, do sopesamento e da técnica da ponderação, capeados por um pretense rigor matematizante, em etapas que, sequer de longe, são seguidas pelos tribunais, logo a regra da proporcionalidade chama à colação o mais deslavado *solus ipse*.

Quando se avalia o trabalho judicante no constitucionalismo democrático, as teses materiais sintonizam-se mais propriamente com nações que ainda não atingiram o grau de maturidade sócio-econômica e que, acentuadamente após a Segunda Guerra, se ligaram a Constituições Dirigentes que estreitam o caminho da política quando impõem determinações conteudísticas ao legislador e estabelecem planos globais para o amanhã.

Em tal sentido, dar ouvido ao texto, como recomenda a petição gadameriana, indica a possibilidade de fazer hoje, com o hábito da linguagem do autor, as perguntas indispensáveis a ressaltar o novo, dentro do momento histórico

vivido, e isso é empresa que desbrava o caminho da circularidade hermenêutica para estabelecer prévio entendimento da Constituição como artefato para dar o sentido da busca do ser autêntico do Direito e, assim, ter em elevada conta o propósito de integração para superar o subdesenvolvimento, em especial o efeito redutor das desigualdades, valendo a hipótese de reexame do ensejo de ressignificar o papel do Estado, mesmo na adversidade por que passam compromissos que dêem conta de encorajar programas de ganhos sociais, dada a determinação microeconômica que sublinha o radicalismo do mercado, enquanto denominador comum da economia desnacionalizada.

Portanto, pensar numa Teoria do Estado conectada à Teoria da Constituição ainda se mostra válido como forma de luta em prol da dignificação dos compromissos assumidos pelo poder constituinte e que não podem se perder ao sabor dos interesses globalizados e da governabilidade inconsequente, que ultimamente tem deixado o interesse comum para atalhar por alianças deletérias à cidadania.

Referências Bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: O dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: Uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452004000100002&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 93**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc93.htm>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BRASIL. STF. Súmula vinculante nº 13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexoEnunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. STF. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 831.915/RO. Primeira Turma. Agravante: Estado de Roraima. Agravado: Alair Bonfim de Barros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 05 abr. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=108794>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

BRASIL. STF. Mandado de Segurança nº 34.999/DF. Impetrante: Waldir Soares de Oliveira. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília. 11 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/com/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34999Deciso.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2017.

BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 900.487/RS. Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília. 13 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fornecimento+e+leite&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. TRF 4ª Região. Apelação Cível nº 2003.72.05.000103-2/SC. Terceira Turma. Apelante: JFT Com. de Alimentos Ltda. Apelado: Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade INDL/INMETRO. Relatora: Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre. 23 set. 2008. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2470890&termosPesquisados=colarinho|chopp>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. TRF 1ª Região. Agravo Regimental na Apelação Cível nº 0009520-02.2013.4.01.3803/MG. Quinta Turma. Agravante: União Federal. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Fed. Souza Prudente. Brasília. 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=95200220134013803&pA=&pN=52002213413803>>. Acesso em 11 jul. 2017.

BRASIL. TP-SP. Reexame Necessária MS nº 1007755-98.20168.260066. 4ª Câmara de Direito Público. Recorrente: Juízo *Ex Officio*. Recorrido: Geraldo Munhoz Cavaleiro. Relatora: Des. Ana Liarte. São Paulo. 03 jul. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjspjus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10587156&cdForo=0>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição constitucional na era Cunha: Entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do STF. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 07, n. 13, p. 346-388, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Eder. Direito e democracia na jurisdição constitucional: Uma análise a partir do princípio da democracia, de Habermas. **Campo Jurídico**, Barreiras, v. 3, n. 2, out. 2015. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/93/78>>. Acesso em: 17 maio 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: Justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1996.

GREAVES, Tom. **Heidegger**. Tradução de Edgar da Rocha Marques. Porto Alegre: Penso, 2012.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: Justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. 2. ed. rev. Tradução de Rubens Eduardo Farias. São Paulo: Centauro, 2005.

_____. **Ser e tempo**. 13. ed. Tradução de Marcia de Sá Cavalcanti Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, Parte II.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 251, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/559>>. Acesso em 28 jun. 2017.

HRYNIEWICZ, Severo. **Para filosofar hoje**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S. **10 lições sobre Heidegger**. Petrópolis: Vozes, 2015.

KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 56, jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151/13675>>. Acesso em 14 abr. 2017.

KROHLING, Aloísio. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2013/4200701005P9/TES.PDF>>. Acesso em 06 jul. 2017.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, [s.d].

PASQUA, Hervé. **Introdução á leitura de ser e tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 65, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n65/n65a09>>. Acesso em 18 maio 2018.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso. O estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 173, jul./set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 1, n. 2, jul./dez. 2009. Disponível em <<http://>

www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em 20 jul. 2017.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-436, jul./dez. 2008.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo tribunal federal como arquiteto institucional: A judicialização da política e o ativismo judicial. **Versus - Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE/UFRJ**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 76-84, ago. 2009.

Recebido em 03/10/2017

Aprovado em 08/03/2018

Alexandre Castro Coura
E-mail: acastrocoura@gmail.com

Quenya Correa de Paula
E-mail: quenyasc@hotmail.com