

Judicialização da Política e Politização do Direito: Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Jurídico e Político sem a Construção de uma Racionalidade Transversal

Judicialization of politics and politicization of law: structural coupling between the legal and political systems without the construction of a transverse rationality

Isabella Karla Lima dos Santos¹

RESUMO

Este artigo procura demonstrar a relação entre o Sistema Político e o Sistema Jurídico, através do acoplamento estrutural feito pela Constituição. Nosso objetivo é analisar os casos em que esse acoplamento estrutural não corresponde a uma racionalidade transversal, por não haver o aprendizado de um sistema com o outro e, sim, a interferência negativa entre eles, ocorrendo a Judicialização da Política ou a Politização do Direito. Para isso, o marco teórico escolhido foi a obra “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves.

Palavras-Chave: Constituição. Acoplamento Estrutural. Racionalidade Transversal. Ativismo Judicial. Política. Direito.

ABSTRACT

This article seeks to demonstrate the relationship between the Political System and the Legal System, through the structural coupling made by the Constitution. Our goal is to analyze the cases in which this structural coupling does not correspond to a transverse rationality, because there is no learning from one system to another, just the negative interference between them, occurring judicialization of politics or politicization of law. To do this, the theoretical framework chosen was the work “Transconstitucionalismo” of Marcelo Neves.

¹ Mestre em Direito pela UFPE. Analista Judiciário do TRT da 9ª Região. E-mail: isabella.lima.santos@hotmail.com

Keywords: Constitution. Structural Coupling. Transverse Rationality. Judicial Activism. Politics. Law.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca relacionar os Sistemas Político e Jurídico, através do acoplamento estrutural feito pela Constituição.

Preliminarmente, iremos analisar o conceito de Constituição, haja vista que a mesma constitui o núcleo central deste trabalho.

Buscar-se-á destacar os casos de não construção da racionalidade transversal em virtude da invasão de um sistema sobre o outro, impedindo a reprodução autônoma segundo seus códigos-diferença.

Tomando-se a obra “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves como marco teórico, iremos analisar os fenômenos da Judicialização da Política, representada pelo Ativismo Judicial, bem como da Politização do Direito, que tem como exemplo a chamada “Constitucionalização Simbólica”, a qual nomeia outra obra de Marcelo Neves.

Ao final, a título de conclusão, temos os Tribunais Constitucionais e o seu papel dentro do entrelaçamento entre Política e Direito.

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO: A CONSTITUIÇÃO MODERNA

Antes de adentrarmos em qualquer estudo, faz-se necessário o estabelecimento de alguns conceitos de natureza mais controversa, visto que a interpretação dos signos linguísticos pode levar a um entendimento diametralmente oposto ao que se propôs o autor, haja vista que a linguagem e a comunicação dependem da subjetividade do autor e do receptor, o que pode dar ensejo a confusões semânticas. Melhor, então, fixarmos o que entendemos por determinados termos, a fim de se evitar equívocos e para facilitar o entendimento do texto.

A palavra “Constituição” trata-se de um termo bastante amplo e ambíguo, que pode dar margem a várias interpretações, as quais podem não corresponder ao que será tratado neste trabalho.

Marcelo Neves (2009, p. 6) diz que “o conceito de Constituição, em

sentido moderno, relaciona-se com as transformações estruturais que levam à diferenciação funcional da sociedade, inconcebível na formação social pré-moderna.”.

Em sentido contrário, Lassalle (2001, p. 25) aduz que:

Uma Constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso. Da mesma forma e pela mesma lei da necessidade de que todo corpo tenha uma constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam.

Para Lassalle (2001, p. 27) o que diferencia as demais constituições das constituições modernas é que estas seriam escritas.

Hans Kelsen, ao formular a sua Teoria Pura do Direito, buscou na figura da “*Norma Fundamental*” o fundamento de validade da ordem normativa, tomando-a como um pressuposto lógico-transcendental, que estaria acima das demais normas, conferindo validade para todo o sistema. A norma fundamental, ao contrário das demais normas, não encontra seu fundamento de validade num ato de uma autoridade superior (ato de vontade). A validade objetiva da Norma Fundamental não pode ser colocada em questão. E ela não é posta em questão porque sua validade não decorre de um processo silogístico. Ela é *pressuposta*. (KELSEN, 2006, p. 221-228)

Barroso (2006, p. 66) defende que o pensamento constitucional contemporâneo faz uma síntese dialética entre aqueles que consideram o direito como reflexo das condições sócio-econômicas e os que enxergam o direito do ponto de vista do legalismo positivista de Kelsen. Concorro com este entendimento, haja vista que não podemos tomar a Constituição nem tanto ao norte nem tanto ao sul. Ela nem é fruto apenas das questões sociais e políticas, nem pode ser totalmente afastada desses fatores e ficar limitada aos aspectos formais.

A Constituição é, pois, a junção do Direito e da Política, dos aspectos formais e dos aspectos sócio-políticos, como mecanismo de unificação do ordenamento jurídico. Embora concorde com a existência dos fatores reais do

poder como a essência de uma Constituição, entendo que estes nem sempre existiram, de modo que só podemos falar em Constituição de fato, após o advento do Estado Moderno. Assim, o que entendemos por “constituição” hoje é fruto de uma espécie de evolução² histórica da sociedade, na qual passou a haver uma diferenciação entre os sistemas que a integram.

Com relação a essa mudança do que entendemos por “Constituição”, Ivo Dantas (2008, p. 34) dispõe que:

[...] A Constituição é a Positivação do Direito, que, por sua vez, nutrirá a Ideologia Constitucional daquele momento, visto que cada sociedade, em cada momento histórico, tem os seus valores que são transformados em normas de direito positivo que, caracterizadas por uma *Supremacia*, inserem-se na Constituição, enquanto esta própria, para lhes dar eficácia, marca-as com os elementos da *Supralegalidade* e da *Imutabilidade Relativa*. (com grifos no original)

Lassalle, ao abrir uma conferência (que se tornou um livro), em 1863, para intelectuais e operários da antiga Prússia afirmou que “os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, a *não ser tal como elas são*.”. (LASSALLE, 2001, p. 10-11, grifos no original)

No mesmo sentido, Ivo Dantas (2008, p. 34) afirma que muitos autores, dentre os quais Georges Burdeau, “consideram a *Constituição como Estatuto do Poder*”. (grifos no original) Isso se dá em virtude de sabermos que a noção de Constituição está atrelada ao conceito de Poder e ambos, por sua vez, ao de Estado.

Nesse ponto, cabe ressaltarmos, também, que, assim como a Constituição, a noção moderna de Estado em nada se parece com as organizações políticas primitivas. Nesse sentido, Ivo Dantas (2008, p. 55, nota de rodapé 57) faz a seguinte crítica:

² Aqui, o termo “evolução” é utilizado no sentido de mudanças temporais que levam a um aumento da complexidade social. Não se pretende com isso estabelecer uma ideia de progresso histórico, ou seja, de que as sociedades anteriores eram menos desenvolvidas, visto que a noção de “progresso” (ou retrocesso) depende do que tomamos como referencial. Assim, evolução é usada como processo histórico linear, independente das contingências que fazem parte do processo histórico, sem que isso signifique que houve um avanço histórico, que houve uma melhora; significa, apenas, que mudou.

[...] Interessante é notar-se que a Doutrina, em sua totalidade, afirma que “o Estado surgiu na Idade Moderna”. No entanto, logo em seguida, faz a *Evolução do Estado* desde o que chama de *Estado Antigo* e *Estado Medieval*, sem nenhuma coerência teórico-científica. Em nosso entender, e coerente com a posição que defendemos, correto seria fazer-se a *Evolução da Organização Política*, só se falando em Estado, a partir da Idade Moderna. (com grifos no original)

Coaduno com o entendimento esposado por Ivo Dantas, posto que não se trata de mera questão terminológica e, sim, de um significado que muda o entendimento sobre todo um instituto. Não é apenas um apego a formalismos, mas uma questão de “coerência teórico-científica”, conforme supracitado. A noção de Estado pressupõe a existência de três requisitos: território, população e poder político soberano. Sem algum desses elementos, não podemos falar em Estado de fato. (DANTAS, 2008, p. 55)

Voltando ao conceito de Constituição, Marcelo Neves (2009, p. 6-17), em sua obra “Transconstitucionalismo”, faz uma análise da formação social hierárquica pré-moderna, que passa pelo “Direito Sacro”, pelo “Estado³ Oriental teocrático”, pela “Grécia Antiga”, pelo “Estado⁴ Romano” e pela “Idade Média”, na qual ele analisa a crescente diferenciação entre o direito e a política para concluir que:

Em suma, **em todos os tipos de formação social hierárquica pré-moderna**, em cujo cume se encontram entrelaçadas a estrutura de dominação fundada na distinção “poder superior/ poder inferior” e a semântica moral religiosa baseada na diferença “bem/mal”, **não pode estar presente uma Constituição no sentido moderno**. Quando se utiliza o termo “Constituição” em relação a uma dessas experiências, aponta-se, descritivamente, para a estrutura social ou política que caracteriza uma dada sociedade, nos termos de um conceito empírico válido para toda e qualquer formação social. (NEVES, 2009, p. 16-17, grifos nossos)

Marcelo Neves (2009, p. 17; 23) afirma, ainda, que o início do Estado Moderno não implica no advento imediato do constitucionalismo, haja vista que no Absolutismo Monárquico ainda não havia a diferenciação funcional

3 Ressalte-se que, conforme exposição anterior, não concordamos com o emprego do termo “Estado” antes do surgimento do Estado Moderno.

4 No mesmo sentido da nota de rodapé 3.

entre direito e política. Apenas com o constitucionalismo revolucionário, no final do século XVIII, teve início o processo de diferenciação entre política e direito.

Com as transformações estruturais que ocorreram na sociedade moderna, houve um aumento da complexidade social e, com isso, a disputa entre os sistemas de comunicação diferenciados funcionalmente, com a pretensão de autonomia sistêmica.

Luhmann (2007, p. 21-22) destaca que a sociedade moderna trata-se de um sistema policontextual, o qual permite uma infinidade de descrições sobre a sua complexidade. E não podemos fixar uma explicação como a única correta, haja vista que não há como se descrever a sociedade de fora da mesma, já que sociedade, para Luhmann, é comunicação, e, ao fazer a descrição do seu objeto, a descrição se descreve também a si mesma. A descrição do que seria sociedade já é sociedade. Assim, ele afirma que “toda teoria da sociedade apresenta um componente autológico.”. (LUHMANN, 2007, p. 5)

Nesse contexto da sociedade moderna, em que há um conflito entre as diversas formas de se explicar as diferenças entre sistema e entorno, todas com pretensão de autonomia, existem várias formas de racionalidades parciais contrapostas, sem que haja algo que as unifique, que trace um ponto de convergência entre as mesmas, já que todas se pretendem universais. Em suma:

Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças. Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos. (NEVES, 2009, p. 24)

3 ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E RACIONALIDADE TRANSVERSAL: DEFINIÇÕES

Marcelo Neves (2009, p. 34-35) aduz que a sociedade multicêntrica, isto é, composta por diversas esferas de comunicação, as quais estariam em constante conflito e almejando autonomia, estaria fadada à autodestruição

se não criasse formas de aprendizado recíproco entre esses sistemas sociais. Daí a necessidade do conceito sociológico de “acoplamento estrutural”, formulado por Luhmann, inspirado em Humberto Maturana e Francisco Varela, o qual significa, em síntese, que os sistemas autopoieticos só se reproduzem através de suas próprias estruturas. Ou seja, o sistema está adaptado ao seu entorno, contudo, para que este possa interferir na operação daquele, é preciso que o sistema transforme a influência do entorno em um mecanismo que seja próprio do sistema. Luhmann diz que no caso da relação entre o sistema de comunicação com o sistema psíquico, quem faz esse acoplamento estrutural é a linguagem. (LUHMANN, 2007, p. 72-73)

Em outras palavras, o acoplamento estrutural seria uma espécie de conversão entre os sistemas, a fim de que um possa influenciar o outro, sem que haja um prejuízo no tocante à autonomia de cada sistema. Como as influências são antes “convertidas”, segundo mecanismos próprios do sistema, é como se este analisasse e, mais importante, autorizasse essa influência de outro sistema. A influência não teria sido imposta, mas aceita, permitida, segundo mecanismos estabelecidos pelo sistema receptor.

Nesse sentido:

[...] Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa. (NEVES, 2009, p. 35)

Contudo, essas interpenetrações permitem que apenas um sistema disponibilize as suas influências de maneira “bruta”, original, cabendo ao sistema receptor fazer a conversão segundo as suas próprias estruturas. Feita a conversão, esta não fica à disposição do sistema doador novamente, já que passa a fazer parte do outro sistema. É isso que possibilita a chamada “racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial”, ou seja, “mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”. (NEVES, 2009, p. 38)

Todavia, nem sempre essa racionalidade transversal ocorre adequa-

mente. Há casos em que um sistema não mais consegue se reproduzir segundo suas próprias estruturas, passando a ser contaminado pelos códigos dos outros sistemas, sem conseguir reagir a isso. Marcelo Neves traz o caso de suborno de um magistrado para que este profira uma sentença que lhe seja favorável como exemplo de corrupção sistêmica do direito pela economia, caso o direito não consiga opor resistência a isso. (NEVES, 2009, p. 43)

Fora a corrupção sistêmica, os entrelaçamentos que levam às racionalidades transversais podem trazer outros problemas, como o autismo e a expansão de uma racionalidade sobre a outra.

O autismo ocorre quando um sistema se fecha ao extremo, não se abrindo ao aprendizado com os outros sistemas. O excesso de fechamento normativo gera uma forma de irracionalidade, já que o sistema deixa de se adequar ao seu entorno. (NEVES, 2009, p. 45-46)

Já a imposição de uma racionalidade em face das outras se dá na medida em que um sistema impõe o seu código sobre os demais, sem limites, impossibilitando a heterorreferência. Além de as transições entre os sistemas não ocorrerem, os sistemas mais fracos ficam impossibilitados de atuar segundo as suas próprias estruturas. (NEVES, 2009, p. 47-48)

Marcelo Neves traz o conceito de “razão transversal” de Welsch, a fim de se estabelecer a coexistência harmônica entre os sistemas, sem que haja a corrupção sistêmica, o autismo ou a imposição de uma racionalidade sobre as outras. Assim ele dispõe:

Isso implica a presença de uma certa “razão moral” que, sem constituir um “supercódigo”, perpassa transversal e fragmentariamente as diversas racionalidades particulares e “ordena que se olhe adiante, que alternativas e dissensos sejam incluídos e que se reflita sobre sua relação” (WELSCH, apud NEVES, 2009, p. 48)

Nesse ponto, cabe trazermos a observação de Marcelo Neves acerca da relação entre acoplamento estrutural e racionalidade transversal, visto que esta pressupõe aquele, mas aquele não é condição suficiente para a ocorrência desta. Ele afirma que os acoplamentos estruturais fazem as seleções, permitindo as influências recíprocas, mas garantindo a autonomia dos sistemas. Já os entrelaçamentos que ensejam a racionalidade transversal promovem o aprendizado através das experiências com as racionalidades diversas. Os

acoplamentos estruturais só conduzem à racionalidade transversal se influenciarem positivamente os sistemas, possibilitando uma aprendizagem e intercâmbio recíprocos. (NEVES, 2009, p. 49-50)

Dito de outra forma, para que possamos ter uma racionalidade transversal entre sistemas, antes é preciso que haja um acoplamento estrutural entre os mesmos. Entretanto, a ocorrência do acoplamento estrutural não gera, necessariamente, a construção de uma racionalidade transversal, já que pode haver uma corrupção sistêmica, um autismo ou uma prevalência de uma racionalidade sobre a outra, impedindo uma interação positiva entre os sistemas. E esse é um dos pontos principais deste trabalho: demonstrar os casos em que temos uma contaminação mútua entre os sistemas jurídico e político, isto é, casos em que o acoplamento estrutural dos mesmos leva a uma situação de confusão entre os sistemas, sem que um consiga distinguir claramente a influência nefasta que está causando ao outro. Iremos tratar melhor disso adiante.

3.1. A constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político.

Para Luhmann (apud Neves, 2009, p. 37; 56-57), a Constituição faz o acoplamento estrutural entre Política e Direito.

Marcelo Neves (1994, p. 63) aduz que:

Através da Constituição como vínculo estrutural, as ingerências da política no Direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos e vice-versa são excluídas. A autonomia operacional de ambos sistemas é condição e resultado da existência dessa 'acoplagem estrutural'.

Referido autor também explica como se dá esse acoplamento estrutural entre o Direito e a Política: a Constituição torna o código lícito/ilícito relevante para a Política, fazendo com que os detentores do Poder sejam obrigados a respeitar o Estado de Direito e os Direitos Fundamentais, o que permite que leis aprovadas majoritariamente e democraticamente sejam declaradas inconstitucionais, se não respeitarem os preceitos supracitados. Por outro lado, a mesma Constituição faz com que o código poder/não-poder seja rele-

vante para o Direito, de modo que as decisões dos conflitos jurídicos devem observar as normas elaboradas pela maioria democrática. (NEVES, 2009, p. 57)

E ele conclui dizendo que:

Dessa maneira, há uma legitimação política (democrática) do direito e uma legitimação jurídica (*rule of law*) da política. Evidentemente, a relação estabelecida pela Constituição enquanto acoplamento estrutural não é de harmonia, mas sim uma relação paradoxal de complementação e tensão recíprocas. (NEVES, 2009, p. 57, com grifos no original).

A complementaridade se dá na medida em que Estado de Direito e Direitos Fundamentais não existem sem Democracia; por outro lado, Democracia sem Estado de Direito e Direitos Fundamentais é Ditadura da Maioria. Já a tensão permanente ocorre quando temos a declaração de inconstitucionalidade de uma lei elaborada segundo os ditames majoritários, bem como quando temos um novo Poder Constituinte Originário com o intento de criar uma nova ordem jurídica. Assim, a Constituição permite que se mantenha uma relação horizontal entre os sistemas jurídico e político, sem que um se sobreponha ao outro. (NEVES, 2009, p. 58)

A Constituição atua tanto na abertura cognitiva quanto no fechamento operacional dos sistemas jurídico e político. Quanto à Política, a Constituição consagra os procedimentos a serem seguidos para que a Democracia seja respeitada. É a abertura cognitiva ao Direito. E o povo, como destinatário das normas e representante da vontade geral, fecha o sistema político. Já do ponto de vista do sistema jurídico, a Constituição, como norma superior do ordenamento jurídico, determina que todas as demais normas estejam de acordo com seus preceitos, sob pena de serem declaradas inconstitucionais e, com isso, saírem do sistema jurídico. Trata-se do fechamento do sistema jurídico em torno da norma maior, inclusive fixando o modo como a Política pode ingressar no Direito, através dos procedimentos legislativos (abertura cognitiva). (NEVES, 2009, p. 58-60)

A respeito dessa ligação entre Direito e Política, Lassalle (2001, p. 40) diz que:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas

do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

3.2. A constituição e a construção de uma racionalidade transversal

Além de a Constituição exercer o papel de filtro de interferências recíprocas entre o sistema jurídico e o político, caracterizando o acoplamento estrutural, ela deve atuar, também, como um meio de aprendizagem e troca de experiências entre as racionalidades de cada sistema, possibilitando os entrelaçamentos como “pontes de transição” entre os sistemas a fim de se construir uma racionalidade transversal específica. Trata-se do processo de reingresso de um sistema no outro. (NEVES, 2009, p. 62)

Essa transversalidade constitucional é alcançada quando as racionalidades específicas do sistema jurídico e do político, a saber, o princípio da igualdade e a democracia, respectivamente, conseguem se relacionar de maneira construtiva no âmbito constitucional.

Isso é possível porque a Constituição Moderna prevê a importância da igualdade para a Democracia, como forma de se evitar ações discriminatórias. No mesmo sentido, a garantia do princípio da igualdade se dá na medida em que a Constituição consagra os procedimentos democráticos de eleição e legislação. (NEVES, 2009, p. 74-75)

Contudo, nem sempre a Constituição consegue atuar, de fato, como “ponte de transição” entre a Política e o Direito, construindo a racionalidade transversal entre eles. A sobreposição da Democracia sobre o Estado de Direito, minimizando a igualdade, ou a prevalência do Estado de Direito sobre os ideais democráticos são hipóteses de não construção dessa racionalidade transversal, isto é, do não entendimento produtivo entre os sistemas. Iremos analisar esses casos mais detalhadamente no tópico seguinte.

4 CASOS DE ACOPLAMENTO ESTRUTURAL SEM CONSTRUÇÃO DE UMA RACIONALIDADE TRANSVERSAL

Nem sempre a relação entre os sistemas jurídico e político é assim tão amistosa e cordial. Em determinadas sociedades, como a brasileira, temos diversos casos de interferência de um sistema no outro sem que haja o acoplamento estrutural de fato e a construção de uma racionalidade transversal. Isso se dá quando um sistema passa a integrar o outro sem ser através do código-diferença próprio do receptor e quando as racionalidades específicas não confluem para produção de uma racionalidade transversal construtiva entre os sistemas.

4.1. Judicialização da política: ativismo judicial

Novamente, faz-se necessário estabelecermos algumas definições que serão úteis no desenrolar deste tópico.

O fenômeno da Judicialização da Política, que tem como exemplo mais forte o ativismo judicial, será aqui estudado sob dois marcos teóricos: o primeiro é a teoria dos sistemas de Luhmann, especialmente a noção de acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, analisada sob a ótica da racionalidade transversal por Marcelo Neves; o segundo é o neoconstitucionalismo, que tem como maior expoente brasileiro, Luís Roberto Barroso.

Para Barroso, Judicialização da Política⁵ e Ativismo Judicial⁶ são termos distintos, apesar de terem pontos em comum. A Judicialização seria decorrência do sistema constitucional brasileiro que trouxe para o âmbito constitucional diversos conteúdos políticos, fazendo com que o Judiciário fosse chamado a resolver tais questões quando da análise da Constituição. Seria, portanto, decorrência natural do Constitucionalismo que se instaurou na redemocratização do país, extremamente receoso com o legislador, que fez

5 Segundo o autor: “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 10 jul. 2011, p.3. (com grifos no original)

6 “Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. (Idem. Ibidem, p.6)

com que os assuntos de interesse geral da sociedade fossem trazidos para a Constituição, ficando sob a guarda do Supremo Tribunal Federal. Já ativismo judicial seria uma postura dos magistrados no sentido de interpretar as normas de maneira mais criacionista e valendo-se da ponderação dos princípios, sem ficar adstritos à letra da lei, aplicando a Constituição a fatos não previstos expressamente na mesma, através de uma interpretação mais abrangente.

Fazendo-se uma relação entre os dois marcos teóricos, poderíamos afirmar que a Judicialização da Política em Barroso corresponderia ao acoplamento estrutural entre Direito e Política com a construção de uma racionalidade transversal, haja vista que ambos os sistemas teriam as suas racionalidades específicas, mas aprenderiam construtivamente um com o outro, visto que a Constituição teria conteúdos políticos nela inseridos mediante o código-diferença do direito e a sua interpretação pelo Judiciário não invadiria o âmbito de atuação da Política, já que os assuntos que seriam julgados pela Corte Constitucional também teriam conteúdo jurídico. Seria, portanto, uma relação saudável entre os sistemas, que tem a Constituição como ponto de convergência.

Já o ativismo judicial de Barroso corresponderia ao que Marcelo Neves chama de judicialização da política, ou seja, o caso de acoplamento estrutural que não resulta numa racionalidade transversal, visto que há uma interferência do sistema jurídico sobre o político, fazendo com que questões que deveriam ser solucionadas no plano político, por dizerem respeito aos aspectos democráticos, sejam abrangidos pelas decisões judiciais, numa total usurpação de competências do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo.

4.2. Politização do direito: A “constitucionalização simbólica” de Marcelo Neves

A expansão da Política sobre o Direito é demonstrada por Marcelo Neves no caso da chamada Constitucionalização Simbólica.

Isso se dá quando da concretização da Constituição, de modo que, em decorrência de fatores sociais, deixa de haver a reprodução autônoma do sistema jurídico. Tanto os direitos fundamentais quanto os procedimentos democráticos não são concretizados adequadamente nessa realidade em que a Constituição acaba sendo “um artefato de fachada simbólica da política re-

ferente ao direito, na medida em que são obstruídas as ‘pontes de transição’ que podem servir à racionalidade constitucional transversal.” (NEVES, 2009, 82)

Marcelo Neves (1994, p. 83) traz como elemento negativo da Constitucionalização Simbólica “o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”. Em seguida, o autor afirma que:

O problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamentos dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Ele ganha sua relevância específica, no âmbito da Constitucionalização Simbólica, ao nível da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição. (NEVES, 1994, p. 84)

O que ocorre é que “os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do meio ambiente” (NEVES, 1994, p. 85). Ou seja, os demais códigos-diferença, que fazem parte do ambiente do sistema jurídico, acabam interferindo no Direito, sem passar pela filtragem do código lícito/ilícito.

Marcelo Neves explica que nas “constituições simbólicas” há uma “expansão da esfera do político em detrimento do desenvolvimento autônomo de um código específico de diferença entre lícito e ilícito” (NEVES, 1994, p. 130)

Ele prossegue afirmando que nos casos de Totalitarismo é como se os detentores do poder não ficassem submetidos às limitações constitucionais, o que representa uma supremacia do político sobre o jurídico, impedindo a autonomia deste. (NEVES, 1994, p. 130)

Contudo, é de se ressaltar que o fenômeno de invasão da política sobre o direito ocorre quando da aplicação da Constituição, haja vista que o texto constitucional em si dispõe sobre os mecanismos para se garantir a autonomia do direito, os quais não são seguidos na prática. Nesse sentido:

No caso de constitucionalização simbólica, a politização adiferenciante do sistema jurídico não resulta do conteúdo dos

próprios dispositivos constitucionais. Ao contrário, o texto constitucional proclama um modelo político-jurídico no qual estaria assegurada a autonomia operacional do Direito. Mas do sentido em que se orienta a atividade constituinte e a concretização do texto constitucional resulta o bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico. (NEVES, 1994, p. 131)

Também não é de se acreditar que o fato de a Política avançar sobre o direito no caso da “Constitucionalização Simbólica” faz com que a mesma garanta a sua autonomia, já que a Política acaba sofrendo influências do sistema econômico.

Nesse sentido, a constitucionalização simbólica também se apresenta como um mecanismo ideológico de encobrimento da falta de autonomia e da ineficiência do sistema político estatal, principalmente com relação a interesses econômicos particularistas. (NEVES, 1994, p. 133)

5 CONCLUSÃO: OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E O ENTRELAÇAMENTO CONSTITUCIONAL ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO

Como alternativa para tentar solucionar esse impasse entre as racionalidades específicas dos sistemas, temos os Tribunais Constitucionais que, mesmo fazendo parte de um dos sistemas envolvidos, o jurídico, analisam de fato o acoplamento estrutural entre a Política e o Direito, já que o seu papel é interpretar a Constituição.

Mas Marcelo Neves ressalva que:

A Constituição apresenta-se como a instância básica de autofundamentação normativa do Estado como organização político-jurídica territorial. Enquanto critério básico de autocompreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como ordem com força normativa, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais. (NEVES, 2009, p. 295)

E ele conclui que: “Esse é o paradoxo das hierarquias entrelaçadas: a sentença constitucional, subordinada normativamente à Constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional” (NEVES, 2009, p. 295)

O que ele busca dizer é que a Constituição, como ponto de intersecção entre o sistema jurídico e o político acaba por gerar uma situação paradoxal, já que aqueles que interpretam a Constituição dizendo o que é constitucional estão subordinados à mesma.

Mesmo diante desse paradoxo, a Constituição não pode ser colocada de lado, já que é ela que garante o entrelaçamento construtivo entre os sistemas jurídico e político. E aos Tribunais Constitucionais cabe guardar e interpretar a Constituição, de modo a preservar o seu conteúdo e a manter a coexistência harmoniosa entre as racionalidades específicas de cada sistema, construindo, desse modo uma racionalidade transversal entre os mesmos.

As críticas que são feitas à prevalência do Poder Judiciário nos tempos atuais em muito se assemelham às feitas ao Estado Absolutista. Todas giram em torno da questão da busca pelo poder, senão, vejamos. O Estado Absolutista surgiu como uma forma de conter as guerras civis religiosas, numa tentativa de unificação da população em torno de algo em comum: a proteção do Estado. E o Estado nesse momento era representado pelo soberano, o qual deveria manter a ordem para se manter no poder. Nesse sentido:

Portanto, “moral” e “política” coincidem quando a razão está diante da alternativa histórica entre guerra civil e ordem estatal. O sistema de Hobbes só ganha coesão lógica quando se tem em vista a guerra civil e o supremo mandamento racional que dela resultou: a moral impõe a submissão ao monarca; **ao pôr fim à guerra civil, o monarca cumpre com o mais alto mandamento moral. A qualificação moral do soberano reside em suas funções políticas, isto é, em instaurar e manter a ordem.** (KOSEL-LECK, 1999, p. 33-34) Com grifos nossos.

Ocorre que, com o fim das guerras religiosas e a pacificação social, os cidadãos começam a questionar os poderes ilimitados do monarca. E isso é feito principalmente pelas pessoas mais instruídas da sociedade, as quais tinham a capacidade de ler, o que era algo quase mágico naquela época. Essas pessoas começaram a se questionar sobre a razão pela qual elas deviam obediência moral ilimitada ao monarca, se elas tinham um diferencial para a

época: sabiam ler e entender os textos.

Com um pensamento crítico, esses filósofos, então, se valem do argumento de que a moral não deveria mais ficar no íntimo das pessoas, já que a sociedade, como um todo, seria detentora de uma moral que deveria ser equiparada à moral do Estado. (KOSELLECK, 1999, p. 51)

Na verdade, o que os filósofos fizeram não foi diferente daquilo que os soberanos tinham feito: ambos se valeram das circunstâncias históricas para ascender ao poder. Os soberanos usaram o medo do povo como aliado e os filósofos utilizaram a sua razão e o seu conhecimento para manipular o povo. Digo isso em virtude do fato de que os iluministas defendiam que o povo, a sociedade deveria ter liberdade para se manifestar, para se expressar, mas, a verdade é que a grande massa, a maior parte da população nem tinha consciência de tudo isso; poucos eram os que tinham conhecimento e instrução suficientes para questionarem a realidade política. E foram esses poucos (a elite intelectual) que manobram o povo para conseguir derrubar o Absolutismo e fazer com que a burguesia chegasse ao Poder. Os burgueses detinham o poder econômico, mas não possuíam o poder político, que permanecia nas mãos dos monarcas. Através da Revolução Francesa esse cenário mudou: os burgueses passaram ao poder. Contudo, há algo que até hoje não mudou: a maioria da população continuou onde sempre esteve, isto é, na base da estrutura social.

E qual a relação dessa breve digressão histórica com a disputa entre os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e a prevalência do Judiciário no cenário atual? A busca pelo poder! É isso que move a sociedade e, principalmente, a política. O Direito acaba sendo o instrumento para se obter e manter o poder.

Ora, já vivemos sob a égide do Poder Executivo quando do Estado Absolutista, em que o soberano tudo podia; depois, tivemos o Império da Lei, e com isso do Poder Legislativo, que veio com o falso argumento de limitação do poder soberano, já que os governantes deveriam também dever submissão à lei. Ocorre que quem elaborava as leis é que detinha o poder de fato e estes acabaram por se contaminar pelo excesso de poder e deixaram de garantir os direitos fundamentais mínimos à população. Além disso, a formalidade e o cumprimento das leis não impediu que ocorressem os horrores do Holocausto da Alemanha Nazista, já que Hitler chegou ao Poder seguindo os preceitos legais, embora os tenha corrompido em seguida.

Foi nesse contexto que tivemos uma reaproximação entre a Moral e a Política, através do Pós-Positivismo, a fim de garantir que os preceitos éticos mínimos fossem observados pelos Estados, haja vista que não bastava mais garantir os ideais democráticos; Era preciso garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, tivemos a emergência dos Tribunais Constitucionais, como responsáveis por guardar e proteger as Constituições que iriam prever esses direitos mínimos.

Interessante a colocação de Torquato da Silva Castro Jr. (2009, p. 153):

Hoje em dia, quando a guerra entre lei e costume parece ter chegado a uma clara vitória da lei, eis que o conflito pode manter-se ainda disfarçado sob uma retórica que ao mesmo tempo a esconde e conserva, em meio às nada simples relações entre “direito dos juízes” e “vinculatividade da lei”.

Não somos ingênuos em acreditar que não há uma motivação política por trás disso tudo. O argumento de defesa dos direitos mínimos é bastante convincente e acalentador, mas a realidade é que o poder só mudou de mãos: agora está com o Judiciário, mais precisamente com as Cortes Constitucionais, que têm sido responsáveis por decidir as questões mais essenciais da sociedade, como o direito à liberdade (de ir e vir, de livre expressão, sobre o próprio corpo), à igualdade (independente de cor, raça, religião ou preferência sexual), dentre outros.

São os Tribunais Constitucionais que estão responsáveis por decidir tais questões e isso faz com que muitos defendam que vivemos sob uma Ditadura do Judiciário. Não iríamos tão longe, contudo, não é algo impossível de ocorrer, já que o processo histórico não é linear, mas marcado por várias contingências e já tivemos inúmeros exemplos de abusos de poder.

Aqui, é interessante ressaltar o modo de ver a História como mestre da vida (*Historia Magistra Vitae*), ou seja, de tentar aprender com os fatos históricos, a fim de não cometermos os mesmos “erros”, bem como para que possamos aprender com os ensinamentos daqueles que já passaram por tal situação. (KOSELLECK, 2006, p. 41-43)

Todavia, não podemos pretender que as experiências históricas se repitam sempre. Conforme falamos, a história não é escatológica, não tem um final determinado, de modo que não há como garantirmos que o fato de ter havido abusos por parte dos detentores de poder anteriormente, impõe,

determinantemente, que o Judiciário irá abusar do poder agora. Temos que viver o momento histórico sempre atentos às experiências anteriores, mas não aprisionados pelas mesmas.

Faz-se necessário, também, destacarmos o aspecto subjetivo de toda teoria, já que aquilo que vemos e que entendemos como tal trata-se de uma forma de ver as coisas, mas não a única. E o modo como vemos algo pode mudar de acordo com as circunstâncias.

Bastante pertinente a colocação de Marcelo Neves ao dizer que: “o ‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro” (2009, p. 298).

No mesmo sentido, Alexandre da Maia expõe que:

Com isso, a teoria das imagens tenta argumentar que a distinção racional/irracional é a expressão de um sentir, muito embora a utilização de tal distinção não consiga perceber seus próprios pontos cegos quando da observação, ou seja, do sentir na percepção. Com isso, cria-se a cristalização de algo “racional”, quando a própria afirmação de uma racionalidade envolve o irracionalizável na compreensão. Temos a imagem, portanto, como um paradoxo, na qual o sentir de onde ela brota pode ser entendido como um *dark side* daquilo que os modelos de racionalidade não gostam de tematizar, isto é, como algo próprio de cada consciência e ao mesmo tempo contingente, sobretudo pelo paradoxo da auto-observação e da inacessibilidade recíproca das consciências. (2010, p. 142)

Ou seja, a imagem é uma parte da realidade que vemos e aquilo que vemos não corresponde, necessariamente, ao que o outro vê, já que o modo como percebemos algo é bastante subjetivo, depende de aspectos que não conseguimos racionalizar. Esse é um dos paradoxos do Direito: tentar racionalizar algo que é inerentemente irracionalizável, já que não há como impormos um conjunto de expectativas e esperar que todos respondam do mesmo modo àquilo. O código-diferença do Direito, proposto por Luhmann, demonstra bem isso, já que, para definirmos o que é conforme o direito, precisamos estabelecer também o que não é conforme o direito, mas aquilo que não é conforme o direito também é direito, já que o ilícito faz parte do sistema jurídico.

Desse modo, há uma enorme variedade de leituras que podemos fazer sobre determinadas situações e a tentativa do direito de limitar a subjetivi-

dade através de mecanismos disciplinadores nem sempre é garantia de que vai lograr êxito, posto que os instrumentos de controle de hoje podem não servir amanhã.

Assim, trazendo para o contexto do debate constitucional acerca da Judicialização da Política ou da Politização do Direito, temos que há um inevitável entrelaçamento entre Direito e Política, o qual resta consagrado pela Constituição. Esta, por sua vez, é objeto de interpretação pelos aplicadores do direito, os quais, como seres humanos que o são, possuem visões próprias de mundo que não podem ser completamente racionalizadas, a fim de se adequarem ao discurso de neutralidade e objetividade das decisões judiciais, como garantidoras dos direitos fundamentais essenciais.

O Direito continuará diante do paradoxo de tentar conter o subjetivismo, quando este é impossível de se conter, já que inerente aos seres humanos que são tanto os destinatários das normas, quanto os elaboradores e os aplicadores das mesmas. Não há como se pretender objetividade plena diante dessa realidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO JR., Torquato da Silva. *Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita: como se é fiel à vontade da lei?* BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (Coordenadores). **Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DA MAIA, Alexandre. *O Direito Subjetivo como imagem: da invisibilização dos paradoxos na teoria dos sistemas à interação e às situações comunicativas na pragmática normativo-comunicacional de Tercio Sampaio*

Ferraz Jr.. ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (org.) – **Filosofia e Teoria Geral Do Direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário – São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139-167.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e Crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

_____. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2007.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.