

A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS-SOCIAIS NA ÓTICA DAS TEORIAS PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA

THE (IN) EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL-SOCIAL RIGHTS BASED ON PROCEDURALIST AND SUBSTANTIALIST THEORIES

Ariane Langner¹

Jaqueline Lucca Santos²

Resumo: O presente trabalho busca investigar a efetividade dos direitos fundamentais-sociais frente às teorias procedimentalista e substancialista, discutindo o papel atribuído à jurisdição constitucional por cada uma delas. Tal tema ganha especial importância diante do fato de que passados quase vinte e cinco anos da promulgação da Constituição, seu núcleo essencial ainda não restou concretizado. No intuito de cumprir o proposto utilizou-se como matriz teórica a fenomenologia-hermenêutica, que constituiu em “deixar ver” essencial para o desvelamento da investigação. Será utilizado, igualmente, o método de abordagem monográfico, dada a verificação das condições de possibilidade para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais-sociais. Constatou-se, por fim, que diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, é imprescindível que a jurisdição constitucional assuma uma postura substancialista, com a implementação de políticas públicas a fim de concretizar o núcleo central não cumprido da Constituição. Não apreender essa ideia, pode levar países de modernidade tardia, como o Brasil, a contornos dramáticos.

Palavras-Chave: Procedimentalismo; Substancialismo; Constituição; Direitos Fundamentais-sociais.

Abstract: This study investigates the effectiveness of fundamental-social rights in front of substantialist and proceduralist theories, discussing the role assigned to the constitutional jurisdiction for each. This issue has particular importance given the fact that after almost

¹ Graduanda do 8º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS no projeto de pesquisa “Processo civil e metafísica: os novos desafios da jurisdição-processual no século XXI”, que apoia o presente trabalho. Integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria – NEAPRO. E-mail: arianelangner@hotmail.com.

² Graduanda do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria – NEAPRO. E-mail: jaque.lucca@hotmail.com.

twenty-five years after the promulgation of the Constitution, its essential core remained not materialized yet. In order to meet the proposed was used the theoretical matrix hermeneutic phenomenology, which was to "let do" essential for the unveiling of the investigation. It will be used also the method of monographic approach, given the verification of the conditions of possibility for the realization of fundamental-social rights and guarantees. It was noted, finally, that before the paradigm of Democratic State of Law, it is imperative that the constitutional jurisdiction to assume a posture substantialist, with the implementation of public policies in order to realize the unfulfilled core of the Constitution. Do not grasp this idea, can lead countries of late modernity, such as Brazil, the dramatic contours.

Key Words: Proceduralism; Substantialism; Constitution; Fundamental-social Rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 promulgada no segundo pós-guerra, após inúmeros movimentos sociais e um longo período ditatorial, instituiu em seu art. 1º a construção de um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo jurídico.

Em que pese tais promessas constitucionais, no Brasil, assim como em outros países conhecidos como de Terceiro Mundo (destacando-se países da África, Ásia e América do Sul), estas não alcançaram efetividade. A condição de *Welfare State* não chegou a ser concretizada, o que faz parecer que o Brasil, nos termos de Hommerding (2007), vive uma espécie de “pré-modernidade” ou “modernidade tardia”, em que há uma nítida contradição entre o que prevê a Constituição e a situação fática.

Nesse contexto de “fragilização” do texto constitucional, diante das promessas incumpridas da modernidade e de uma crise do Estado, tudo se reflete em uma crise jurídica. As instituições fundamentais do Poder Judiciário brasileiro possuem raízes históricas inquebráveis, embasadas no Movimento Racional-Iluminista do séc. XVII (SILVA, 2006), as quais não conseguem mais acompanhar as inúmeras transformações sociais, nem mesmo tutelar os novos direitos que surgiram no último século.

Diante dessa conjuntura, ainda que fortemente ligado ao paradigma racionalista, o Judiciário cresce em autonomia, o que implica num controle constitucional (controle contramajoritário) através das decisões judiciais. Tal autonomia, no entanto, acaba por gerar decisionismos e discricionariedades, já que o Direito (em especial o direito processual civil)

se mantém refém do objetivismo (metafísica clássica) e da filosofia da consciência (metafísica moderna). Situação esta visível frente ao forte apego ao ritualismo e à ordinarização, que acabam por transformar o que deveria ser uma ciência do pensamento em uma ciência matemática. (SILVA, 2006)

Entretanto, não é mais possível sustentar qualquer forma de discricionariedade no Estado Democrático de Direito, principalmente frente à superação da filosofia da consciência e a inserção do mundo prático na filosofia, proporcionada por Heidegger. Essas são questões fulcrais na busca da superação do esquema tradicional sujeito-objeto.

Na tentativa de corrigir os subjetivismos e as discricionariedades, o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo proporciona o surgimento de inúmeras teorias capazes de responder a essas complexidades, ressaltando-se a teoria do discurso (procedimentalismo) e a fenomenologia hermenêutica (substancialismo). Essas, segundo Streck (2011), buscam defender objetivos comuns: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude de regras, refundar a relação “direito-moral”, solucionar os “casos difíceis” (não “abarcados” pelas regras) e a (in) efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes).

Tal discussão toma especial relevo frente ao fato de que, apesar de passados quase vinte e cinco anos da promulgação da Constituição, verifica-se que, na prática, seu núcleo existencial ainda se encontra muito distante da efetiva aplicação. Diante disso, é de fundamental importância a discussão do papel que a jurisdição constitucional assume nesse contexto jurídico, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais-sociais.

Vale ressaltar, ainda, que o conceito de direitos sociais utilizado neste trabalho é o difundido por Ingo Wolfgang Sarlet (2008), em que a tutela destes não deve se afastar da tutela dos direitos fundamentais. Isso se deve ao fato de que a fase inaugurada pela Constituição Federal de 1988 demonstrou que a tutela constitucional dos direitos sociais deve se dar como a dos direitos fundamentais, principalmente no que tange à efetivação de políticas públicas e a concretização desses direitos.

Neste patamar, o fato de os direitos sociais serem considerados autênticos direitos fundamentais, verdadeiros direitos subjetivos, tem igualmente servido para transmitir um novo contorno à noção de cidadania, potencialmente mais inclusivo e solidário, o que por si só já justificaria todo o esforço em prol dos direitos sociais. Isso, segundo SARLET (2008), serve de estímulo para seguir aderindo ao combate às objeções manifestamente infundadas que lhes seguem sendo direcionadas. Dessa forma, optou-se por utilizar no presente estudo a nomenclatura direitos fundamentais-sociais, procurando dar efetividade ao tratamento que a Magna Carta empregou.

O presente trabalho, desse modo, tem por objetivo analisar as teorias procedimentalistas e substancialistas no trato com os direitos fundamentais-sociais, visto que o papel da jurisdição constitucional está intimamente ligado à posição que se assume frente ao embate entre essas teses. Partir-se-á, para tanto, da sedimentação doutrinária das teorias referidas, à discussão sobre a repercussão delas na efetivação dos direitos fundamentais-sociais, como será apresentado a seguir.

1. O PARADIGMA PROCEDIMENTALISTA À LUZ DA TEORIA HABERMASIANA

O paradigma procedimental apresenta a Constituição como condição de possibilidade para a limitação do poder existente, frente ao qual a jurisdição constitucional teria o dever de proteção das condições e do processo de criação democrática do direito, ou seja, deveria adotar uma compreensão procedimental da Constituição. Todo o direito necessita de um procedimento que o confira legitimidade e sentido normativo, possibilitando o exercício do poder político, ao passo que nem o direito natural, nem a moral, têm força sem restar positivada. (HABERMAS, 2003).

Para Habermas, principal pensador do procedimentalismo, o direito só alcançaria legitimidade se o procedimento de criação de regras (abstratas e gerais) for elaborado por um meio que garanta aceitabilidade universal (HABERMAS, 2003). Em sua teoria, denominada Teoria do Discurso, sustenta uma fundamentação prévia dos atos do mundo prático (o que possibilita a universalização), em que a razão prática (carregada e contaminada pela subjetividade do sujeito) fosse substituída pela razão comunicativa.

Essa fundamentação dever-se-ia acontecer em condições ideais de comunicação, o que proporcionaria que se chegasse a um consenso entre todos os potencialmente atingidos pela futura regra (participantes do discurso racional), garantia também de participação dos cidadãos nos discursos políticos. O consenso seria o único meio de um enunciado normativo ser válido/obrigatório, pois a verdade seria argumentativa (consenso racional) e não conteudística. (STRECK, 2011)

Dessa estrutura deriva a divisão de Habermas em discursos de fundamentação e discursos de aplicação. No discurso de fundamentação seriam resolvidos os problemas relacionados à fundamentação das normas de conduta, seria a fundamentação prévia que é formada independente das situações práticas. Trata-se da questão da legitimidade, externa ao direito, referente a todo o ordenamento jurídico, e não a cada norma em particular. (STRECK, 2011)

A construção dessas condições de fala ideal deve-se dar a partir do marco zero, ou seja, deve-se dar imune dos efeitos da linguagem sobre o intérprete e sobre a sociedade e de dimensão ética imanente. A ética só seria inserida posteriormente, de maneira exterior. Isso garantiria uma fala ideal sob pilares sólidos da imparcialidade, proporcionada pelo que Habermas chama de princípio D (norma válida é norma aceita por todos os atingidos). (STRECK, 2011, p. 135)

A fala ideal, no entanto, sempre comportará rupturas no diálogo, as quais devem ser supridas pelos sujeitos que constroem o discurso de fundamentação prévia, o que desoneraria o sujeito solipsista (que reside na razão prática) dessa tarefa. Posteriormente, seria feito o discurso de aplicação (das normas concretas do ordenamento jurídico), onde são inseridos a contedística e o mundo prático. (STRECK, 2011)

O Legislativo não está, nesta concepção, vinculado a nenhuma limitação substancial, nem aos direitos fundamentais (CAMBI, 2009). O Judiciário, no entanto, não teria legitimidade (por não ser eleito) para atuar materialmente. Caberia a este verificar, tão somente na visão procedimentalista, se uma medida tem caráter discriminatório, ou seja, se viola a noção de reciprocidade inerente ao princípio da moralidade ou se viola direitos fundamentais (STRECK, 2011).

O Legislativo é quem estabelece e interpreta os direitos (universalidade), cabendo ao Judiciário apenas agir dentro das razões colocadas ao proferir a decisão no caso concreto. Uma decisão fora dessa esfera poderia transformar o Judiciário em legislador e incorrer, perigosamente, em uma remoralização, afastando o que o legislador político havia previsto como justo. (HABERMAS, 2003). Interpretações constitutivas e a realização do direito via justiça constitucional colocaria em risco a própria democracia representativa e a Constituição.

Nesse sentido Habermas (2003, p. 306):

Nos domínios de ação não-formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida a totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente, porém, no interior do sistema de direito, ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos.

As decisões, nesse contexto, têm de ser fundamentadas racionalmente para ser aceitas e consistentes, devendo expressar-se deontológica e não axiologicamente em face do caso concreto a crença intercompartilhada, apenas aplicando as leis, uma vez que estas são

universais e justas. (STRECK, 2002). Aos juízes caberia o papel de garantir essencialmente o processo, tanto o processo de feitura das leis, com o processo judicial, estabelecendo as bases sobre as quais será desenvolvido.

Meios e fins são definidos originariamente pelo legislador político (por uma exigência democrática), não há espaço para o Judiciário corrigir escolhas (fins e meios) flagrantemente equivocadas nem para corrigir omissões dos demais poderes na concretização dos direitos fundamentais. (STRECK, 2011)

Recente decisão, sobre direito de moradia, do Superior Tribunal de Justiça, segue essa lógica procedimentalista, conforme ementa que segue:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IDOSO. MORADIA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPUGNAÇÃO PELA VIA DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. - **Decidida a questão pelo Tribunal de origem sob fundamento exclusivamente constitucional**, é incabível a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Federal, pertence ao STF. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no AREsp 30.329/MG. Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Segunda Turma. Julgado em 19/04/2012. DJe 04/05/2012) (*grifamos*)

No bojo do acórdão verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça manteve decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, em suma, resultou na improcedência da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. O *parquet* objetivava que fosse imposto ao Município de Belo Horizonte a construção de casas-lares para idosos, desamparados pela família, como forma de proteção ao direito à moradia dos idosos, tendo em vista a precariedade das instituições existentes.

Como fundamento da decisão do Tribunal foi trazido o princípio da Separação dos Poderes e ausência de previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias, que limitaria a atuação do Poder Judiciário à apenas as hipóteses em que os demais poderes agissem de forma injustificada. Ademais, o Poder Judiciário estaria sempre impedido de interferir na esfera da discricionariedade reservada a Administração Pública, sob pena de usurpar funções próprias dos Poderes Legislativo e Executivo (orçamento público e estabelecimento das prioridades públicas).

Os argumentos apresentados se contabilizam, ainda, com a ideia de que é a Administração Pública que deve oferecer a infraestrutura e a segurança da concretização dos direitos, por se tratarem de políticas públicas. Uma atuação mais efetiva acabaria por tornar o

Judiciário político, aproximação esta que é inaceitável, tendo em vista que se decisões jurídicas forem semelhantes às decisões políticas não faria sentido a defesa da segurança do direito de decisões consistentes e adequadas as normas jurídicas (HABERMAS, 2003).

Tal construção é perceptível, igualmente, em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o direito à educação, conforme ementa que segue:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRESTAÇÃO DE EDUCAÇÃO INFANTIL – DEVER DO MUNICÍPIO – INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE REALIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. 1. O ensino fundamental é prioritário, mas ao Estado impõe-se a obrigação de prestar o ensino infantil, cabendo ao Município incluí-lo na sua política educacional. 2. Aos órgãos públicos só pode ser imposto pelo Judiciário obrigação de fazer que importe gastos imediatos, fora do normal orçamento, em se tratando de urgentes necessidades, quando em perigo a vida. **3. Com referência à educação, dever estatal de urgência, mas passível de espera razoável, a imposição da obrigação de fazer pode aguardar o planejamento específico.** 4. O Ministério Público não logrou demonstrar os **meios para a realização da obrigação de fazer**, o que não impede seja o Município coagido a cumprir a sua obrigação de forma mediata. 5. Recurso especial improvido. (STJ. REsp 782.196/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON. Segunda Turma. Julgado em 13/03/2007. DJ 22/03/2007) (*grifamos*)

O caso em tela trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público em face do Município de São Paulo objetivando o cumprimento do dever constitucional de atender com creche e pré-escola as crianças de zero a seis anos de idade. Tal pedido se dá em vista de que o ensino infantil é tido ao lado do ensino fundamental, como obrigatório e gratuito, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º 9.394, de 20/12/1996). O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, entendeu que, em que pese o ensino infantil seja um direito público subjetivo, não seria razoável impor a um órgão público programar uma política pública sem que haja recursos financeiros para tal fim.

Ademais o Ministério Público, segundo o Tribunal, embora tivesse demonstrado o direito, não apresentou as condições de sua realização. Segundo o Tribunal Superior, as despesas devem atender aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal, não cabendo a este interferir em questões orçamentárias da municipalidade. Premissa esta que se compatibiliza, igualmente, com a visão de Habermas dos chamados conceitos-chave do direito constitucional, como a reserva do possível. A reserva do possível auxiliaria que, em caso de

colisão de normas, fosse desvelado o caminho para a uniformidade da Constituição. (HABERMAS, 2003)

Tal discussão se insere no dogma, do direito administrativo, da impossibilidade do Judiciário exercer controle do chamado mérito administrativo dos atos discricionários. Afinal, não se poderia permitir que o juiz proceda a um tipo de avaliação que é peculiar à função administrativa, o qual apresenta poder discricionário para ponderar a conveniência e a oportunidade de seus atos, decorrente de lei. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 138) A invasão do Judiciário no mérito administrativo constitui-se, portanto, em ativismo judicial inaceitável. Dentro do mérito administrativo estão, ressalta-se, a implementação ou não de políticas públicas observada a conveniência e a oportunidade da Administração Pública.

Habermas faz, ainda, severas críticas ao processo hermenêutico-interpretativo, o que segundo ele poderia gerar discricionariedades e o ativismo judicial. Para Habermas, a hermenêutica jurídica, ao inserir a tradição no processo interpretativo, relativiza a lógica do direito, principalmente por sua pretensão à universalidade. Essa lógica desaparece por completo na visão do realismo jurídico, ao não condicionar a decisão à seletividade de procedimentos do caso e do fundamento do direito. A imparcialidade é garantida somente se o julgador não ficar imbuído de juízos de valores morais. (HABERMAS, 2003)

2. O SUBSTANCIALISMO: UMA VISÃO DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO

Como já mencionado anteriormente a supressão do núcleo essencial da Constituição Federal, através da não efetivação dos direitos e garantias fundamentais-sociais nela previstos, acarretou a criação de um conjunto de promessas da modernidade, as quais foram depositadas para concretização na atuação jurisdicional. Esta, então, funcionaria como alternativa para a recomposição de um ideal democrático que se encontra(va) desiludido (HOMMERDING, 2007).

Nesse ponto se destaca a teoria substancialista, em que há a valorização da Constituição como instrumento de concretização dos direitos e garantias fundamentais-sociais, resguardando o próprio Estado Democrático de Direito, sem desconhecer a politização do Direito, decorrente da ausência de políticas públicas eficazes.

Deve-se destacar que a teoria substancialista não defende o tão conhecido “ativismo judiciário” ou a “Jurisprudência de Valores” (sopesamento de valores), em que o julgador à luz da sua consciência decide arbitrariamente e discricionariamente. Acerca de distinguir tal questão já se preocupou Streck (2011, p.192) afirmando que “defender um certo grau de dirigismo

constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição”. Admitir tal possibilidade seria altamente antidemocrático.

Na visão substancialista a jurisdição é a guardiã dos valores materiais positivados na Constituição, pois é ela quem limita a atuação do intérprete evitando que este diga “qualquer coisa sobre qualquer coisa”. (STRECK, 2011) Diferente da teoria procedimentalista (para Habermas a única resposta correta deveria acontecer no discurso), a teoria substancialista defende que é a situação concreta, através da faticidade, que serve de parâmetro para a resposta correta, ou seja, adequada ao texto constitucional.

Não há espaço no procedimentalismo, conforme já mencionado, para corrigir as escolhas feitas pelo legislador infraconstitucional ou pelo Executivo, já que há preocupação apenas com o procedimento, abandonando a faticidade e a tradição. Entretanto, a realização de um controle de constitucionalidade através do Judiciário se faz necessário, pois conforme destaca Saldanha (2011, p. 207) “se o procedimento é condição de possibilidade para a substância, não pode se tornar um fim em si mesmo, a ponto de constituir-se um princípio epocal”.

Para Saldanha (2011), uma adequada hermenêutica permite perceber que o Estado Democrático de Direito não é algo separado da sociedade, como se fosse um terceiro elemento, mas é pré-ontológico e se dá como um acontecer em que há um processo prévio de compreensão mediado pela tradição.

Acerca de tal questão já dissertou Streck³:

Ora, a literalidade, com ou sem comillas, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo, do que uma característica, por assim dizer, “natural” dos textos jurídicos. Além disso, não há textos sem contextos. O texto não (r)existe na sua “textitude”. Ele só “é” na sua norma. Mas essa norma tem limites. Muitos. E, por quê? Pela simples razão de que não se pode atribuir qualquer norma a um texto ou, o que já se transformou em bordão que inventei há algum tempo, “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Uma palavra, ainda: hermeneuticamente, a questão não está nem na literalidade ingênua, nem tampouco no discricionarismo solipsista. Na verdade, a questão é similar ao problema “realismo filosófico v.s. realismo jurídico”. O significado não brota “da coisa”. Todavia, também não é uma construção de uma consciência racional. **O significado é encontrado porque o ser humano é um ser-no-mundo.** Não há uma ponte entre esses dois polos porque, como diz o Michell Inwood: o que precisa ficar estabelecido é que o ser humano se

³STRECK, Lênio Luiz. E a professora disse: "Você é um positivista". Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em 27 ago. 2012.

apresenta no centro do mundo, reunindo os fios deste. Esse ser humano (chamemo-lo de Dasein) traz consigo o mundo inteiro. Para explicitar melhor. A partir da hermenêutica, é possível perceber que — quando se defende limites semânticos ou algo do gênero — não se está a afirmar uma volta ao exegetismo literalista. O sentido se dá em um a priori compartilhado. Esse processo não é arbitrário. E, ao mesmo tempo, não representa um processo de representação de um objeto (nem é a sua “fotografia”). A questão se coloca a partir de um acontecer, que transcende o “sujeito” e o atira no mundo. Daí que, diante dos extremos positivistas “literalidade-discricionariedade”, estamos situados no meio, ou seja, no sentido que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo. (*grifamos*)

Nesse sentido o julgador apenas interpreta porque ele pré-compreende, já que ele é ser-no-mundo, ou *Dasein*, sendo que isso se dá através da linguagem, inserida no meio jurídico pela filosofia, permitindo ao intérprete a realização de uma filtragem hermenêutico-constitucional. Frente a isso, preceitua-se que a decisão deve resultar da linguagem, que é moldada pelo próprio momento histórico-social-jurídico em que está inserida e da pré-compreensão do intérprete, e não como resultado da vontade da Lei. A Lei está mais comprometida com interesses políticos e econômicos do que com os interesses sociais.

A hermenêutica permite a análise do caso concreto, já que o direito tem uma dimensão interpretativa em sua essência, sendo que essa interpretação deve ser realizada com base numa pré-compreensão da Constituição. A teoria substancialista não distingue discursos de fundamentação dos discursos de aplicação, pois fundamentar e aplicar estão eminentemente ligados, sendo, portanto, incidíveis.

Como afirma Stein (2004), a filosofia é sempre hermêutica, pois para chegar ao objeto da filosofia temos que interpretar de alguma maneira, sendo que sempre chegaremos a *algo como algo*, já que a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem. Tal atitude só é possível pois realizamos a pré-compreensão do *algo*, por isso chegamos ao *algo como algo*, sendo a linguagem condição de possibilidade para a compreensão e a interpretação.

No mesmo sentido entende Gadamer, pois para ele não há diferença entre compreensão e a interpretação, já que o algo apenas é interpretável a partir da historicidade do intérprete. Entende, ainda que toda a experiência hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição, que é continuamente determinada pelo próprio intérprete, gerando a formação de círculo de compreensão. É essa compreensão que permite que a interpretação sempre se adeque ao tempo em que é realizada. (STRECK, 2010)

Pode-se dizer então que tal círculo se inicia com o texto (Lei), sendo que a ele o intérprete agrega sentido, transformando-se em norma. É este normar que é o interpretar, que é diferente de criar, pois leva em conta a pré-compreensão e a faticidade, realizando-se uma filtragem hermenêutico-constitucional, pois não há como o intérprete partir do grau zero, como almeja Habermas.

A atuação mais efetiva da justiça constitucional, dada a omissão na execução de políticas públicas, prevê a utilização de mecanismos aptos à realização dos direitos substantivos previstos na Constituição. A implementação dos valores substantivos é verdadeira condição de possibilidade da validade da Constituição, o que dá legitimidade ao Judiciário em concretizar o conteúdo democrático nela previsto.

Nesse sentido destacam-se decisões de índole substancialista, que não podem ser confundidas com ativismo judicial, mas em concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos na Constituição, em especial o direito à Educação:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACESSO À EDUCAÇÃO. Direito fundamental. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes. 1. A educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição da República, e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo Poder Público e pela sociedade, **configurando a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário.** 2. O Poder Judiciário pode efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos. 3. Agravo regimental não provido. (STF. AI 658.491 AgR. Relator Min. DIAS TOFFOLI. Primeira Turma. Julgado em 20/03/2012. DJe 07/05/2012) (*grifamos*)

Conforme destacado na ementa, o Ministério Público de Goiás ajuizou mandado de segurança a fim de evitar a extinção de uma turma de 5ª série de ensino fundamental, na modalidade EJA (Ensino para Jovens e Adultos), sob a alegação de pequeno número de alunos matriculados. Tal ação foi procedente já em primeira instância para possibilitar aos estudantes que estes finalizassem seus estudos, já que não tiveram oportunidade de realizá-la na idade adequada.

Acerca das alegações do Poder Público, restou comprovado que não havia outra turma na rede regular de ensino que os alunos pudessem ser transferidos sem prejuízo de seu aprendizado, sendo que qualquer alegação sobre a ausência de verbas é descabida já que para a criação do programa deve existir previsão orçamentária.

Ao garantir a manutenção da turma, o Tribunal de Justiça, em decisão confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, assegurou o direito fundamental à educação, fomentado pelo Poder Público e pela sociedade, sendo que configurada a omissão estatal ou a ocorrência de atos administrativos ilegais ou abusivos deve ser efetuado o controle judicial destes.

Ainda na concretização de direitos fundamentais-sociais não efetivados através de políticas públicas pela Administração, destaca-se o direito à moradia, analisado no caso abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA**. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF). Esta Corte já firmou entendimento no sentido de **que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais**. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (STF. RE 634.643 AgR. Relator Min. JOAQUIM BARBOSA. Segunda Turma. Julgado em 26/06/2012. DJe 13/08/2012) (*grifamos*)

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro visando a criação de vagas em abrigos para moradores de rua na cidade do Rio de Janeiro, buscando a implementação de políticas públicas e da efetivação do direito constitucional à moradia. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para determinar a criação de 65 vagas em duas instituições, decisão que foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e no Supremo Tribunal Federal.

O Município do Rio de Janeiro tentou argumentar no sentido de que tal matéria se insere na seara discricionária do poder público, o qual define as prioridades administrativas e qual ato será praticado na defesa do interesse público. Entretanto, restou esclarecido no acórdão que determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais não configura violação ao princípio da separação de poderes, quando inquestionável a relevância social e a grave situação dos moradores de rua.

As decisões suprarreferidas têm, conforme restou demonstrado, essência substancialista, uma vez que defendem a autonomia do direito como ordem de validade,

representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente, sem que este seja solapado pela economia, política ou moral.

3. A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

As teorias substancialistas e procedimentalistas, em que pese as diferenças anteriormente expostas, compartilham da ideia de que o Poder Judiciário se consubstancia como uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não sendo um mero reprodutor do direito. Este é um saber prático, portando, qualquer teoria jurídica deve ter como escopo mecanismos de barrar decisionismos e arbitrariedades e de concretização dos direitos. (STRECK, 2011)

Quanto ao primeiro ponto, ambas as teorias defendem a força normativa da Constituição como forma de evitar a ocorrência de tais discricionariedades. Efetivamente, o texto constitucional, ao ser condição de possibilidade para a transformação social e concretização dos direitos, impõe que seja visto como muito mais que um instrumento de defesa do cidadão contra interferências em seus direitos.

Porém, peca o procedimentalismo no que concerne a segunda premissa, ao apostar todas as suas fichas em uma visão procedimental da Constituição, deixando em segundo plano a parte conteudística dos direitos nela previstos. Desse modo, acaba por se aproximar, no que se refere aos discursos de fundamentação teorizado por Habermas, à idêntica problemática que critica no positivismo.

Os discursos de fundamentação já pressupõem a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que a Teoria do Discurso teria sido, essencialmente, formulada para países em que o *welfare state* restou concretizado. A partir disso, poderia se dizer que há igualdade entre os participantes do discurso, ou seja, entre os legisladores como representantes da vontade popular. Realidade esta que não se compatibiliza com o contexto social de países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continuam não concretizados.

De todo o modo, ainda se convive diariamente com escândalos de compra de votos no Legislativo, que demonstram uma representação popular inautêntica, onde as leis estão mais comprometidas com interesses políticos e econômicos do que com os interesses sociais. Os discursos de fundamentação, desse modo, não asseguram a realização democrática.

São antidemocráticas, do mesmo modo, decisões que partem diretamente da consciência do julgador, quando este acredita ser possível desvelar verdades através de

métodos de observação do objeto investigado e de sua consciência. Essa postura subjetivista é a marca da filosofia da consciência, que se liga muito com os postulados positivistas de Kelsen (STRECK, 2011, p. 63).

Essa subjetividade reproduz-se, igualmente, por meio da chamada “Jurisprudência de valores” (valores hermeneuticamente ilegítimos), que acredita haver valores atrás de cada texto, que o superam através da interpretação do intérprete. Nada mais é, assim, de que uma das facetas que pode assumir o ativismo judicial, o qual admite discricionariedades feitas, muitas vezes, em prejuízo da própria Constituição. (STRECK, 2011).

Nesse ponto cabe salientar que, não se pode confundir subjetividade com substancialismo. Este defende que seja cumprido o papel compromissário da Constituição, em sua feição efetiva, substancialista e republicada, assim como defende uma hermenêutica antidiscriminatória e antirrealista.

A aplicação do direito pressupõe a interpretação, alicerçada em uma pré-compreensão da Constituição, sendo os sentidos dados *na e pela* linguagem para além do esquema sujeito-objeto (ISAIA, 2010). O esquema sujeito-objeto, ademais, já restou superado pela invasão da filosofia pela linguagem, a qual se impõe como condição de possibilidade (STRECK, 2011).

Decisões que não apreendem essa ideia negam a estrutura mínima do texto constitucional, assim como relativizam a responsabilidade social e política que lhes foi conferida por uma Constituição compromissária e dirigente. Em países de modernidade tardia como o Brasil não se pode abrir mão da interferência da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos fundamentais através da implementação de políticas públicas, como defende os postulados da teoria substancialista.

Nesse contexto, eventuais condicionamentos políticos, morais e econômicos (como por exemplo o argumento da reserva do possível) devem cair frente à autonomia do direito, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente. Cumpre, assim, que o mais palatável seria a prevalência da teoria substancialista no Brasil devido as promessas ainda não cumpridas do texto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como relata Saldanha (2011, p. 261), da mesma forma que houve no âmbito da filosofia a “viragem linguística”, a viragem judiciária da vida política vê na Justiça o último refúgio para um ideal democrático desencantado. Nesse contexto, criou-se o ativismo judicial

como uma das formas de fugir da crise do Poder Judiciário, apostando na figura do julgador como transformador da sociedade.

O problema, entretanto, surgiu no momento em que os juízes confundiram judicialização com ativismo judicial e discricionariedade, o que levou o Estado a deixar de elaborar políticas públicas para atender às determinações judiciais, acabando por enfraquecer a própria cidadania.

A crise da Justiça é, porém, parte da crise do Estado que não foi capaz de dar conta do fenômeno da globalização da economia e de conter as desigualdades sociais decorrentes desta. Dessa forma, ocorreu uma “explosão processual”, já que os cidadãos, num contexto de profundas desigualdades e transformações, passaram a apostar no Judiciário para salvação para a complexidade e diversidade da sociedade.

Acrescenta-se a isso o fato de que a produção legislativa, em especial no que se refere à legislação processual civil ordinarizada, não se encontra apta a dar conta da complexidade dos litígios que a sociedade gera, ainda mais tendo que em vista que a legislação é produzida, na maioria das vezes, sem freios e sem critérios.

A partir disso, busca-se resgatar o núcleo essencial do texto constitucional a fim de cumprir as disposições do contrato social, que foi abandonado, já que o Brasil não conheceu o Estado Social. Neste patamar se destaca o substancialismo, que bem distante de ativismo judicial, busca na efetivação da nossa Carta Magna a concretização dos direitos e garantias fundamentais-sociais, em especial o direito à educação e à moradia destacados no decorrer deste trabalho.

A jurisdição constitucional não pode ignorar a necessária judicialização da política, sob pena de incorrer em grave omissão, já que a mera análise do procedimento é quase como barrar o acesso à Justiça quando analisado à luz dos demais princípios constitucionais ainda não concretizados. Não é mais suficiente a mera aceitação da demanda, sem que por meio dela não haja a realização do direito, sob a ótica quantitativa e qualitativa. O livre acesso à jurisdição consiste no exercício legítimo da cidadania e interfere no exercício dos poderes públicos.

Dessa forma, talvez realmente necessita-se, nas palavras de Boaventura de Souza Santos (2007), de uma revolução democrática da justiça com o reconhecimento da sociologia das ausências (área de procura suprimida onde os cidadãos conhecem seus direitos, mas se sentem imponentes para reivindicá-los) e com a sua satisfação. Isso só será possível através de uma análise substancialista do texto constitucional, que diante da ausência de políticas

públicas concretas possibilitará a efetivação dos direitos e garantias fundamentais-sociais dos cidadãos.

O Direito, no Estado Democrático de Direito, é (ou deveria ser) um transformador da realidade, sendo que o papel da jurisdição constitucional é se tornar a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e, até mesmo, da própria democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental do Agravo do Recurso Especial nº 30.329/MG. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Município de Belo Horizonte. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgado pela Segunda Turma em 19 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 27 ago. 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 782.196/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado pela Segunda Turma em 13 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 27 ago. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 658.491. Agravante: Estado de Goiás. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado pela Primeira Turma em 20 de março de 2012. Disponível em: < www.stf.gov.br>. Acesso em 27 ago. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.643. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Ministério Público do Estado de Rio de Janeiro. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado pela Segunda Turma em 26 de junho de 2012. Disponível em: < www.stf.gov.br>. Acesso em 27 ago. 2012.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia**: entre factividade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOMMERDING, A. N. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, C. B. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010.

SALDANHA, J. M. L. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - A sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, B. S. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua efetividade. In: **20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. n. 6, jan/dez. Porto Alegre-BeloHorizonte: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, O. A. B. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STEIN, E. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **E a professora disse: "Você é um positivista"**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em 27 ago. 2012.