# NEOCONSTITUCIONALISMO E NOVA HERMENÊUTICA: NOVAS PERSPECTIVAS ACERCA DA (I)LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS À LUZ DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL<sup>1</sup> TÁSSIA APARECIDA GERVASONI<sup>2</sup>

RESUMO: Concebendo-se o Estado Democrático de Direito vinculado a determinados valores e princípios superiores, marcados por imprecisão e indeterminação conceitual e positivados na figura da Constituição, alargam-se os espaços de interpretação pela jurisdição constitucional, a quem cabe guardá-la. Além disso, os direitos constitucionalizados, de conceitos igualmente abertos, ao reclamarem efetivação também influenciam na temática. Ademais, consolida-se o neoconstitucionalismo no Estado Democrático (e Social) de Direito, triunfante sobre o positivismo e repercutindo nas concepções que envolvem o processo interpretativo. Nesse contexto, torna-se necessário o surgimento de uma nova hermenêutica, em face da especialidade das disposições constitucionais e do próprio ordenamento estabelecido pela Constituição, que traz consigo toda a carga valorativa e as preocupações que marcam o neoconstitucionalismo. Tais fatores conduzem a jurisdição constitucional a um protagonismo visível, especialmente na realização dos

Artigo recebido em 15.08.2011. Pareceres emitidos em 3.10.2011 e 28.10.2011. Artigo aceito para publicação em 20.12.2011.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA - ANO 5, N° 17, P. 96-117, OUT./DEZ. 2011

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, em Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Professora da disciplina de Jurisdição Constitucional no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu – Especialização em Direito Processual Civil da IESA, em Santo Ângelo – RS. *moniah@unisc.br* 

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, em Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq. Advogada. tassiaag@yahoo.com.br

direitos fundamentais. Assim, o presente trabalho objetiva investigar a evolução e significação do neoconstitucionalismo e da nova hermenêutica no Estado Democrático de Direito, bem como compreender alguns fatores que conduziram ao protagonismo da jurisdição constitucional, sobretudo, na concretização dos direitos fundamentais. Por fim, pretende apontar e analisar criticamente algumas objeções feitas com relação a essa atuação e sua suposta ilegitimidade, à luz da teoria da separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; Nova Hermenêutica; Jurisdição Constitucional; Concretização de Direitos; (i)Legitimidade; Teoria da Separação dos Poderes.

ABSTRACT: Conceiving the democratic state of law linked to certain values and principles above, marked by imprecision and vagueness conceptual and positivised in the Constitution, widen the space for interpretation by a Constitutional Court, who must keep it. Moreover, the rights constitutionalized, with concepts also open and calling activation, also influence the theme. Given this, there is the consolidation of the neoconstitutionalism, executed in a Democratic State (and Social) of Law, triumphant over positivism and reflects on the concepts that involve the interpretation process. In this context, it is necessary to the emergence of a new hermeneutic, given the expertise of the Constitution and the law itself established by the Constitution, which brings all the evaluative and concerns that mark the neoconstitutionalism. These factors lead to a constitutional jurisdiction visible role, especially in the realization of fundamental rights. Indeed, this study aims to investigate the evolution and significance of the neoconstitutionalism and new hermeneutic in the Democratic State of Law, and understand some factors that have led to the role of constitutional jurisdiction, especially in the realization of fundamental rights. Finally, pretends to critically analyze and point out some of the objections made in relation to this role and his supposed illegitimacy, based in the theory of the separation of powers.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism; New Hermeneutics; Constitutional Jurisdiction; Realization of Rights; (il)Legitimacy; Theory of the Separation of Powers.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Neoconstitucionalismo e Nova Hermenêutica: perspectivas evolutivas da interpretação constitucional; 2. A Atuação da Jurisdição Constitucional na Concretização de Direitos; 3. A (i)legitimidade da Atuação da Jurisdição Constitucional na Concretização de Direitos: uma análise à luz da teoria da separação dos poderes; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Neoconstitutionalism and New Hermeneutics: evolutionary perspectives of constitutional interpretation; 2. The Role of Constitutional Jurisdiction in the Realization of Rights; 3. The (il)legitimacy of the Role of Constitutional Jurisdiction in the Implementation of Rights: an analysis of the theory of separation of powers; Conclusion; References.

## INTRODUÇÃO

Desde o momento em que se concebeu o Estado Democrático de Direito vinculado a determinados valores e princípios superiores, marcados por imprecisão e indeterminação conceitual e positivados na figura da Constituição, alargaram-se os espaços para a interpretação pela jurisdição constitucional, a quem cabe (ainda que não exclusivamente, mas precipuamente) guardá-la.

Mas não só na contemplação de valores e de princípios pela Constituição residem fatores de influência nessa temática, já que os direitos fundamentais constitucionalizados (de conceitos igualmente abertos), ao reclamarem efetivação, também alteram (e até mesmo dilatam) os contornos possíveis da interpretação constitucional e, assim, da atuação jurisdicional nesse mister.

Diante disso constata-se a consolidação do chamado neoconstitucionalismo, que consiste no constitucionalismo social e democrático exsurgido a partir do segundo pós-guerra e firmado no Estado Democrático (e Social) de Direito. Por triunfar sobre o positivismo, esse fenômeno repercute principalmente nas concepções que envolvem o processo interpretativo.

Nesse contexto, torna-se necessário o surgimento de uma nova hermenêutica, em face da especialidade das disposições constitucionais e do próprio ordenamento estabelecido pela Constituição, a qual traz consigo toda a carga valorativa e as preocupações que marcam o neoconstitucionalismo.

Esses fatores serão (também) responsáveis pela condução do Poder Judiciário (e, notadamente, da jurisdição constitucional) a um protagonismo (mais vinculado à judicialização) e a um papel por vezes ativo (mais vinculado à noção de ativismo judicial), não livre de críticas e divergências.

Com efeito, o presente trabalho objetiva investigar a evolução e significação do neoconstitucionalismo e da nova hermenêutica no Estado Democrático de Direito, perpassando importantes aspectos históricos até a sua consolidação. Pretende, ademais, compreender os principais fatores que conduziram e possibilitaram uma atuação ativa e protagonista da jurisdição constitucional, sobretudo, na concretização dos direitos fundamentais. Por fim, tem a pretensão de apontar e analisar criticamente algumas das objeções que feitas com relação a essa atuação e sua suposta ilegitimidade, à luz da teoria da separação de poderes.

# 1. NEOCONSTITUCIONALISMO E NOVA HERMENÊUTICA: PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O atual modelo constitucional é resultado de uma série de transformações ocorridas no tempo. Adotando-se como marco histórico inicial da abordagem o período liberal, berço da figura da Constituição – enquanto documento jurídico-positivo – e também período de consolidação do positivismo jurídico, tem-se com relação à atividade interpretativa jurisdicional (em um contexto de evidente supremacia da lei) um caráter restrito à função de aplicação da lei ao caso concreto (subsunção).

Tais concepções explicam-se pelos próprios ideais inspiradores da época. Com a consolidação das conquistas revolucionárias na França (1789) deu-se a feitura do Código Napoleônico (Código Civil francês), em 1803, animado pela ideia de que a lei codificada era completa e seu sentido correto seria o literal. Trata-se do berço da teoria da plenitude da lei e do chamado fetichismo legal, limitando-se a interpretação das normas ao plano gramatical. Aliada a essa crença na suficiência da lei, entendia-se que a separação

dos Poderes, um dos pilares do nascente constitucionalismo europeu, deveria ser absoluta. Assim, o juiz era tomado como mero aplicador da lei, não podendo interpretá-la senão gramaticalmente, para não haver o risco de intrometer-se na esfera de competência do Poder Legislativo.<sup>3</sup>

Esse era, por sua vez, o fundamento da Escola de Exegese, segundo a qual o juiz aparece proibido de interpretar a lei, cabendo-lhe tão-somente a tarefa de aplicar a norma (geral) ao caso concreto (subsunção). Trata-se, portanto, de um verdadeiro silogismo lógico, descabendo ao magistrado qualquer atividade criativa. O ideal de plenitude e de suficiência da lei não deixava abertura para a interpretação, mas atendia (numa perspectiva hermenêutica, isto é apenas uma ilusão), em contrapartida, aos ideais de certeza e de segurança jurídica tão caros à burguesia ascendente, que, além de assumir o poder político e institucionalizá-lo na forma da lei, precisava assegurar e garantir o estrito cumprimento de seus conteúdos. Daí o caráter extremamente restrito reservado à atividade judicial (interpretativa) neste período, que se apresenta absolutamente vinculada e submetida às deliberações do Legislativo. Além do mais, havia ainda uma desconfiança para com o Judiciário, tido como remanescente do "Ancien Régime".<sup>4</sup>

Ao mesmo tempo, a Escola de Exegese dá ênfase a um método lógicoformal de aplicação do Direito, vista, tal qual já mencionado, como mera subsunção de fatos à norma, perfazendo um silogismo judicial no qual a norma era a premissa maior e o fato, a premissa menor, sendo a sentença a conclusão.<sup>5</sup> Interessante referir, neste contexto, que não se poderia questionar a verdade da premissa, nem tampouco abrir margem a interpretações criativas ou construtivas no ato da subsunção; o que importava, de fato, era a verdade (lógica) do silogismo.

Enquanto isso, o jusnaturalismo racionalista (incorporado pelo Direito na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal), novamente ao lado do Iluminismo, buscava na codificação do Direito, a partir do método dedutivo e racional (cuja maior realização foi o Código Civil francês), clareza, unidade e simplificação, cuja técnica promoveu a identificação entre direito e lei. O advento do Estado Liberal e a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos (êxito do movimento de codificação) simbolizaram, assim, os primeiros passos da "superação" histórica do direito natural, no sentido de que, no início do século XIX, tais concepções tinham se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos e, portanto, já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico,

2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 63-64.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.
 ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 49-50, passim.
 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta:* reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 24-25, passim.
<sup>5</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.* 

o direito natural é, então, empurrado para a margem da história pela onipotência positivista ainda no século XIX.<sup>6</sup>

É nesse contexto, portanto, marcado, de um lado, pelos anseios (sobretudo burgueses) de segurança jurídica e, de outro, pela pretensão de objetividade e cientificidade do Direito, que eclode a teoria positivista, a qual terá como um de seus principais expoentes Hans Kelsen<sup>7</sup>, no início do século XX.<sup>8</sup>

O positivismo tornou-se, assim, já nas primeiras décadas desse século, a filosofia dos juristas, empenhando-se no desenvolvimento de ideias e de conceitos dogmáticos, em busca de cientificidade. O direito, reduzido ao conjunto de normas em vigor, era considerado um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência (ou, pelo menos, os seus fundamentos encontravam-se fora do âmbito do Direito – exemplo disso é a norma hipotética fundamental). O critério de juridicidade desvincula-se de qualquer ideal de justiça e, como bem anota Barroso, "a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade", referindo-se aos regimes autoritários (com destaque para o Fascismo, na Itália, e o Nazismo, na Alemanha) que se estabeleceram apoiados na figura lei (concebida em sentido estrito).

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BAROSSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Para uma leitura mais específica, indicam-se: BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p.13-71; e KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Na verdade, há que se estabelecer (e esclarecer) pelo menos dois marcos do positivismo jurídico: o seu momento primitivo, conhecido por positivismo exegético, superado por um segundo momento, conhecido por normativista (esse sim, o de Kelsen). A principal característica desse "primeiro" positivismo é a realização de uma análise sintática, de modo que a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem o Código seria suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Nesse momento vige a ideia do "juiz como a boca da lei", que foi superado já pelo próprio Kelsen, cujo positivismo normativista propõe o aperfeiçoamento desse "rigor" lógico do trabalho científico, sendo possível afirmar que "seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e à Escola do Direito Livre - que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica. Portanto, "Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, ao nível da 'aplicação'. Com isso o positivismo fortalece como nunca a ideia de discricionariedade (arbítrio) judicial. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85-87.

BAROSSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> BAROSSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.).

A positivação do direito mudou radicalmente a relação entre direito e política predominante até então. A concepção de que o direito poderia ser feito, ou seja, produzido racionalmente, era geralmente estranha às sociedades mais antigas, nas quais direito e justiça eram coincidentes e, portanto, o direito dominava a política. Quando o direito se torna, então, algo factível e que podia ser instituído como instrumento para fins políticos, inverte-se essa "hierarquia" e a política passa a situar-se acima do direito, por conferi-lhe conteúdo e validade. No entanto, com isso, surgiu o problema da justiça, já que o direito estabelecido politicamente, sem vinculação a princípios preestabelecidos, não trazia nenhuma garantia de exatidão em si. Por conseguinte, à positivação do direito seguiu-se logo a tentativa de religar a legislação a princípios superiores. Apesar de que este fundamento não cabe mais ao Direito, mas sim à Filosofia do Direito (o Direito passa a ser eminentemente positivo, sendo que a preocupação com seus fundamentos e justiça reside em outras ciências).

A derrocada do positivismo jurídico<sup>11</sup> (em sentido estrito, já que não se abandonou a noção de direito positivo, mas apenas a sua concepção de fontes e interpretação é que se transformou), tal qual o surgimento do Estado Democrático de Direito, ocorre, portanto, no segundo pós-querra,

A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25-26: "O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido." No mesmo sentido, MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 64: "A desmistificação da lei - até então entendida como detentora de virtude intrínseca - deu-se após o aparecimento de ditaduras amparadas pela legalidade."

10 GRIMM, Dieter. Constituição e Política. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte:

GRIMM, Dieter. Constituição e Política. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 4-8, passim.

<sup>11</sup> A exclusão do positivismo jurídico como perspectiva adequada do pensamento jurídico não significa, contudo, o não-reconhecimento do direito positivo como o modo de ser do Direito. O positivismo traduz uma certa índole do pensamento jurídico, ou uma certa forma de considerar o Direito e a posição do jurista perante ele. Já o Direito positivo tem a ver com o modo de existência do Direito. A confusão dos dois conceitos tem um explicação sobretudo histórica: foi com o reconhecimento exclusivo do Direito positivo contra o jusnaturalismo, na teoria das fontes e no problema do ser do Direito, que o positivismo jurídico começou a sustentar seu positivismo epistemológico-metodológico. Mas aquele reconhecimento do Direito positivo não implica este positivismo, antes pode ser acompanhado do seu repúdio. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29-30.

período em que também são fortalecidos os direitos fundamentais e a Constituição (a qual tem atribuída a característica de superioridade no ordenamento jurídico, além de reconhecida a sua normatividade).

Daí se falar na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo, já que esse fenômeno proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, marcados pela existência de Constituições "extremamente embebedoras", invasoras, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e até mesmo influenciar diretamente as relações sociais (especialmente em função da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais). Esse triunfo do neoconstitucionalismo sobre o positivismo – exegético e dedutivista – implica também um salto sobre as concepções hermenêuticas que tomam o processo interpretativo como "extração do sentido exato da norma" pelo intérprete (como se fosse possível isolar a norma de sua concretização). 12

Consideráveis têm sido os estudos acerca do que o termo "neoconstitucionalismo" designa. Aos propósitos desse trabalho, todavia, adota-se a significação segundo a qual o neoconstitucionalismo constitui o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra e que é instituído pelo Estado Democrático (e Social) de Direito.<sup>13</sup>

Esse novo constitucionalismo é marcado por pelo menos três aspectos que provocaram modificações profundas no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista: pela teoria das fontes (a lei já não é a única fonte, aparecendo a própria Constituição como auto-aplicativa); pela substancial alteração da teoria da norma (em face do surgimento dos princípios, a incidir também na teoria das fontes); e, por fim, pela interpretação (da incindibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo surge do que se convencionou chamar de giro linguístico-hermenêutico, proporcionando um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo). 14

102

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, nº 1, jan./abr. 2005. p. 25-26. O autor ressalva a existência de autores, renomados, inclusive, que continuam a sustentar a resistência do positivismo, embora discorde de tal posição. Ademais, fala-se, hoje, em pós-positivismo. A esse respeito, por exemplo, conferir BAROSSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, nº 1, jan./abr. 2005. p. 26-25, passim. Para um aprofundamento do tema, aponta-se CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, nº 1, jan./abr. 2005. p. 25.

O giro linguístico-hermenêutico, ou giro linguístico-ontológico, "[...] operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica. A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre o sujeito e um objeto, recebe o *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo". <sup>15</sup> Além disso, cumpre referir que "a nova hermenêutica constitucional, por sua vez, tem sido grandemente influenciada pela hermenêutica alinhada ao pensamento de Heidegger e Gadamer". <sup>16</sup> Nesse sentido, cumpre creditar ao primeiro desses pensadores a noção de pré-compreensão necessária ao entendimento e, ao segundo, a extinção da dicotomia sujeito-objeto que tinha a linguagem como terceira coisa interposta. Conforme a doutrina, "[...] o que deve ser ressaltado na teoria gadameriana é o primado da linguagem e a contribuição para o avanço do que se convencionou chamar de giro lingüístico da filosofia ocorrida no século XX."<sup>17</sup>

A partir disso, destacam-se alguns fatores essenciais à atribuição de uma nova configuração, também, à Constituição, em virtude de que o giro hermenêutico favorece uma atuação interpretativa: trata-se do caráter principiológico, da consideração dos direitos fundamentais constitucionalizados como universais e invioláveis, vinculantes, inclusive, do legislador e, ainda, da superação do simples critério da maioria (protegendo-se também o direito das minorias). Assim, a Constituição, carente de concretização em face da realidade, demanda uma atividade criativa por parte dos Tribunais (e aí reside uma virada na questão da interpretação constitucional), de natureza notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definam a extensão de cada um desses direitos, especialmente quando em conflito com outros direitos igualmente fundamentais, pois não há uma resposta pronta e acabada.<sup>18</sup>

Essa noção de Constituição aberta parte, ainda, do pressuposto de que a diferenciação social e o pluralismo são as principais características da sociedade contemporânea, razão pela qual, num contexto de conflitividade política e social não seria razoável tomar o ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado. Assim, a interpretação passa a ser caracterizada pela necessidade permanente de integração entre texto normativo e realidade, estabelecendo-se uma distinção semântica

STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, nº 1, jan./abr. 2005. p. 22.
 MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.
 ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 44.
 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 206.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta:* reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 51-54, passim.

entre texto e norma, sendo esta última concebida como o resultado da interpretação do primeiro, considerado em sua relação com os fatos do mundo que o cerca.<sup>19</sup>

De qualquer forma, também as peculiaridades do texto constitucional interferem, diretamente, na sua interpretação. Apontam-se, nesse sentido, alguns traços marcantes do texto constitucional: incorporam a ordem fundamental, organizativa e material do Estado e da "vida constitucional"; vem amiúde formulado de forma aberta, indeterminada e incompleta; determina o acontecer político; comporta consequências para a jurisprudência infra-constitucional; é confiado, na sua "interpretação vinculante", em última instância, a uma jurisdição de tipo especial.<sup>20</sup>

A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas faz com que o texto apresente maior abertura, maior grau de abstração e, consequentemente, menor densidade jurídica, conferindo ao intérprete um significativo espaço interpretativo e construtivo, utilizando o todo do ordenamento jurídico (fontes).<sup>21</sup>

Também pela função que exerce no sistema democrático, servindo de base argumentativa para uma imensa gama de casos, o texto constitucional tende a parecer mais geral e, assim, mais vago e ambíguo do que outros textos jurídicos, sendo que o último plano para fixar-lhe um conteúdo específico (e, por extensão, de qualquer outro texto normativo), transformando-os em norma jurídica, é do tribunal, dos juízes, que eliminam a discutibilidade do conflito ao fazerem a coisa julgada – (embora não só os juízes, mas também os legisladores tenham um papel interessante neste contexto).<sup>22</sup>

Percebe-se, pois, em decorrência do que foi exposto, que um destacado papel passa a ser desempenhado pela jurisdição constitucional (embora não só por ela), que, a partir da interpretação, tem a importante função de dar, cotidianamente, nova vida à Constituição, a fim de que ela possa cumprir, de forma perene, com a sua missão de ordem jurídica fundamental da comunidade. Em outras palavras, a interpretação passa a ser um efeito quase natural dessa condição de abertura e de indeterminação do texto constitucional, que pressupõe, portanto, para a sua realização, uma atuação (mais) criativa por parte dos tribunais.<sup>23</sup>

DIREITOS FLINDA

104

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta:* reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 56-57.

QUEIROZ, Cristina. Direito Constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 131-133.

 <sup>&</sup>lt;sup>21</sup> BAROSSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 107-108.
 <sup>22</sup> ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e

ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140-141.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 61-62.

Na verdade, parece mesmo lógico que, a partir do momento em que se concebe o Estado de Direito vinculado a determinados valores e princípios superiores (conceito material), os quais são marcados por imprecisão e indeterminação conceitual e positivados na figura da Constituição (ordem objetiva de valores), alargam-se, como corolário inevitável, os espaços para a interpretação pela jurisdição constitucional, a quem cabe (ainda que não exclusivamente, mas precipuamente) quardá-la.

Mas, além disso, os direitos fundamentais constitucionalizados (de conceitos igualmente abertos), ao reclamarem efetivação, também alteram (e até mesmo dilatam) os contornos possíveis da interpretação constitucional, cuja atuação, nesse sentido, é objeto da análise destinada ao item seguinte.

De qualquer forma, cumpre, antes, deixar assentado que a opção pela matriz hermenêutica impede que se a considere necessária (apenas) em razão da positivação de princípios e valores na Constituição (como, inclusive, levam a crer alguns aportes doutrinários mencionados<sup>24</sup>), já que o caráter hermenêutico do Direito não depende de uma (suposta) vagueza/ ambiguidade/abertura intrínseca a determinado texto. Isso implicaria em compreender a hermenêutica (ainda) como uma mera técnica ou método de interpretação, ou seja, como "aquela terceira coisa" interposta entre o sujeito e o objeto, visão que referida matriz vem justamente superar.<sup>25</sup>

# 2. A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

No contexto nacional, especificamente, alterações na forma de atuação do Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional, como reflexo dos aspectos vistos (sobretudo, neoconstitucionalismo e nova hermenêutica), começaram a ser percebidas claramente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que coroou o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Além disso, os compromissos assumidos por essa Constituição brasileira, destacadamente aqueles previstos em seus três primeiros artigos, faz com que seja classificada, segundo a sua estruturação, como constituição dirigente, por não se reduzir a um mero ordenamento político, mas também contemplar aspectos que a permitam ser vista como ordenamento econômico e social.<sup>26</sup>

Constituição que, aliás, muito acreditou na Justiça, conferido poderes ao juiz brasileiro como nunca antes. Assim, perante uma Constituição que se reputa do tipo dirigente, ao Judiciário já não mais se reserva o tradicional

\_

Por todos, exemplifica-se com BAROSSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 107-108.
Nesse sentido, conferir crítica em STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha

Nesse sentido, conferir crítica em STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta. Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, nº 12, dez./jan./fev. 2008. Disponível em: <a href="http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/12/">http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/12/</a>. Acesso em: 30 out. 2011. p. 7.

papel de inerte espectador da realidade, mas ao contrário, dele se reclama postura diversa da tradicional passividade formalista. A dimensão cidadã do juiz impõe limites à inércia processual. Para melhorar a instituição e para fazer justiça não precisa a todos os momentos ser despertado da letargia, de modo que a ordem fundante lhe impõe, queira ou não, um protagonismo essencial.27

A propósito, duas são as alternativas que o constitucionalismo contemporâneo (pós-guerra) estabelece à jurisdição constitucional: a garantia dos direitos fixados no ordenamento-macro, sem qualquer capacidade de estabelecer posições jurídicas singulares; ou a vinculação à eticidade substantiva da comunidade, que os autoriza a agir de forma a aproximar a norma da realidade. Sem dúvida, é na segunda hipótese que se encontra a concepção de jurisdição compatível com os objetivos do Estado Democrático de Direito.<sup>28</sup>

A partir dessa nova conformação, o Judiciário é tão responsável quanto os demais Poderes estatais pela consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Sendo poder constituído, evidentemente subordinado à vontade constituinte, não tem o direito de sentir-se alheio ao projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária. O descompasso entre a formação dogmática e arcaica e os reclamos de uma nova ordem explica, em certa medida, o fato de parecer o juiz liberado de perseguir as metas postas no texto constitucional porque (supostamente) distante da pugna política.29

Essa dimensão política do papel da jurisdição constitucional que já não pode mais ser negada desperta a partir da Constituição de 1988, embora não tenha se estabelecido sem resistência ou oposição. Já na década de 1990 constatam-se importantes investidas contra esse novo aspecto da justiça constitucional, como, por exemplo, através da chamada reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional 45, pela qual se cogitou, para mencionar apenas um aspecto, o estabelecimento de um órgão externo de controle do Poder Judiciário (na verdade, em sede de reformas discutia-se também a privatização de estatais, o fim dos monopólios e a reforma política).

Citam-se como exemplos desse papel político, no período, a atuação dos juízes nas ações ajuizadas em relação ao programa de privatização de estatais nos anos de 1990 e às medidas econômicas adotadas também nessa época.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga.* 2. ed., Campinas: Millennium, 2008. p. 303-306. O autor complementa, ao afirmar que: "Em apertada síntese e sem a profundidade desejável, procurou-se mostrar que o Judiciário, na Constituição Brasileira de 1988, foi a função estatal mais prestigiada pelo elaborador do pacto fundante. [...] O documento constitucional de1988 foi aquele que acreditou com maior convicção na pacificação judicial dos conflitos. Entregou ao Judiciário uma parcela enorme de responsabilidade na edificação daquela pátria harmônica e fraterna como que se acenou no preâmbulo e nos princípios fundamentais." p. 310-311.

28 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do Direito.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 34-35.

NALINI, José Renato. A Rebelião da Toga. 2. ed., Campinas: Millennium, 2008. p. 306.

Além disso, a partir da consagração de diversos direitos fundamentais pela própria Constituição de 1988, o Judiciário tornou-se palco de muitos conflitos, na medida em que tais direitos requerem proteção, o que às vezes implica em decisões judiciais que descontentem os outros poderes.

Tal papel político, assim, viu-se realçado, de um lado, pelo processo de modernização econômica, marcado pelo intervencionismo do governo no ordenamento jurídico, em especial por intermédio das medidas provisórias e, por outro lado, pela vigência de uma nova Constituição – a Constituição de 1988, que ampliou consideravelmente o elenco dos direitos fundamentais e que, repleta de novos direitos e garantias individuais e coletivas, acabou por conferir a importante e difícil missão ao Judiciário de zelar por esses interesses.<sup>30</sup>

Daí se afirma que "o Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano [...] para um de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana."<sup>31</sup>

De todo modo, não há dúvidas de que o Poder Judiciário não pode continuar com uma postura passiva diante da sociedade (a questão é: quais os limites desta atuação?). Nessa perspectiva, sustenta-se que o Poder Judiciário (entendido como justiça constitucional) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, transcendendo as funções de *cheks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (até mesmo porque estes igualmente devem obediência à Constituição).<sup>32</sup>

Trata-se de um momento em que se depende muito mais do Judiciário, sem com isso iludir-se a ponto vê-lo como "panacéia". Contudo, a realização dos direitos e garantias constitucionais, atualmente, faz-se possível pela via judiciária.

Nesse sentido, afirma-se que o Estado Democrático de Direito depende muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que procedimentos legislativos e administrativos, ainda que não se possa esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. Entretanto, é por essa via que se tem mostrado possível a realização dos direitos previstos nas leis e na Constituição; ademais, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através dos mecanismos e prerrogativas que a própria ordem constitucional lhe imputa, pode servir

\_

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> SADEK, Maria Tereza (Org.). Reforma do Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 8

<sup>2001.</sup> p. 8.

31 VIANNA, Luiz Werneck [et. al.]. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.*Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 53.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. p. 281.

como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.33

Prova disso é o fato de que cada vez mais se busca o Judiciário para resolver conflitos sociais (individuais ou transindividuais) a que o próprio Estado não consegue dar solução. Exemplifica-se o argumento, diariamente, quando se socorre ao Judiciário para garantir medicamentos a que se tem direito, quando se apela à Corte para a obtenção de documentos que permitam a transferência de uma escola a outra de alunos inadimplentes, quando se recorre também para buscar proteger o meio ambiente e definir o direito sobre a terra, bem como outras incontáveis situações que poderiam ser mencionadas, as quais refletem a própria fragilidade do Estado.

Essa dimensão expansiva que tem se notado em relação ao papel do poder em apreço, sobressaindo-se dos demais, é reforçada, curiosamente, pelos mesmos parlamentares que não raro se insurgem contra a atuação protagonista da jurisdição. Isso fica bastante claro à medida que se analisa a quantidade considerável de acões ajuizadas por parlamentares, buscando resolver, no Judiciário, questões puramente políticas, como por exemplo, derrotas eleitorais e em votações parlamentares, conflitos partidários, etc. Na verdade, o Supremo Tribunal Federal acaba sendo chamado para dirimir conflitos não só da política em sentido estrito, mas também questões políticas numa perspectiva "macro", isto é, sobre matérias fundamentais que deveriam ser tratadas/discutidas no âmbito político e deliberativo (por recentes exemplos, a questão da fidelidade partidária, nepotismo, o projeto de lei de iniciativa popular conhecido como "ficha limpa", etc.).

Tanto que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal tiveram um aumento de 61% no período de 1989 (158 ações) a 2000 (255 ações), sendo interessante notar que, das ações protocoladas no ano de 2000, 81,03% foram ajuizadas por partidos políticos (29,64%), Governadores de Estado (26,88%) e por confederações sindicais ou entidades de classe (24,51%). Mais interessante ainda, só o fato de que todos os partidos políticos que propuseram ADINs eram da oposição ou possuíam representação parlamentar insignificante. 35

De todo modo, quando se fala em função "intervencionista" do Poder Judiciário, não se propõe uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais, tampouco a morte da política. Assim como Streck, clama-se

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Estado Democrático de Direito e a Necessária Constitucionalização do Direito: a crise dos 10 anos da Constituição cidadã. Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta. Cruz Alta, nº IV, jan. 1999. p. 33. 34 BARBOSA, Claudia Maria. O Supremo Tribunal Federal e as Condições de Independência do

Poder Judiciário Brasileiro. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, nº 4, jul. 2003. p. 44.

<sup>35</sup> CÓSTA, Flávio Dino de Castro e. Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: a proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 36.

por um "intervencionismo substancialista", referente ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, prega-se a necessidade de uma atitude ativa da realização desses fins sociais pela via judicial quando e onde o processo político (Legislativo, Executivo) falhar ou se omitir na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais constitucionalmente previstos, impondo-se uma atuação jurisdicional de correição de prestações dos serviços sociais básicos.<sup>36</sup>

Nesse contexto crítico, diz-se que o controle judicial das políticas públicas, por exemplo, surge exatamente da ineficácia estatal em realizar as políticas públicas segundo as determinações constitucionais, seja em função da limitação decisória decorrente dos mecanismos tradicionais de representação, seja em decorrência da rediscussão do papel de interferência do Estado na sociedade, que tem seu papel restringido em vista da redistribuição dos recursos conforme as determinações de mercado, seja, ainda, em razão da sempre alegada insuficiência de recursos.<sup>37</sup>

Sem pretender trazer à tona toda a polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca da questão da judicialização de políticas públicas, apresentam-se. sobre o tema, três correntes que versam sobre o controle judicial das políticas públicas: a) a dos que entendem que o Poder Judiciário possui competência para intervir em políticas públicas sempre que estiver em xeque a efetividade de Direitos Fundamentais, com maior fundamento na aplicabilidade imediata de tais direitos - artigo 5°, parágrafo 1°, da Constituição Federal; b) a dos que não admitem a referida intervenção, uma vez que as políticas públicas seriam assunto pertinente ao Poder Legislativo e Executivo, cujos agentes estariam legitimados pelo voto popular a realizar o juízo sobre a necessidade e possibilidade de sua implementação, em respeito ao princípio da independência dos Poderes - artigo 2º da Constituição Federal; e, c) a dos que creem ser possível a intervenção judicial para garantir a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais a prestações e ao principio da vedação ou proibição do retrocesso social, estando condicionada, contudo, à reserva do possível, isto é, à capacidade econômico-financeira do Estado para a sua imediata implementação.3

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos* - Volume 8 - № 2 - p. 257-301, maio/ago. 2003. p. 282-282.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> GASTALDI, Suzana. *A Implantação de Políticas Públicas como Objeto Juridicamente Possível da Ação Civil Pública*. Disponível em: http://www.academus.pro.br. Acesso em: 08 maio 2010.

De acordo com entendimento do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição por expressa delegação do poder constituinte, não se pode renunciar ao exercício desse encargo, pois se a Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. Por isso é que práticas acusadas de ativismo judicial tornam-se uma necessidade institucional guando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional. O Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.<sup>3</sup>

Diante, então, de um novo papel para o Direito e para a Constituição, igualmente inovam-se as perspectivas da jurisdição constitucional, cujas implicações recíprocas com o desenvolvimento que conduziu a essa original conformação restam evidentes. Trata-se de um novo contexto, de uma complexa realidade, de uma diferente postura reclamada e notada em relação ao Judiciário, as quais, não obstante reconheçam-se como necessárias, não estão livres de críticas. Exatamente a análise de algumas dessas críticas constitui o passo seguinte dessa investigação.

#### (I)LEGITIMIDADE DA **ATUAÇÃO** DA **JURISDIÇÃO** CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Antes de adentrar no que constitui o núcleo deste capítulo de encerramento, impõe-se uma distinção que, embora preliminar, é de grande importância para a compreensão mais exata do que se pretende abordar em termos de legitimidade da jurisdição constitucional.

Trata-se da distinção entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira, pacífica (conforme entendimento da doutrina), é matéria institucional, estática; a segunda, controversa, é axiológica e dinâmica. A legitimidade da jurisdição constitucional em si apresenta adequação e defesa da ordem constitucional, já a legitimidade no seu exercício oscila entre o Direito e a política. À verdade, tribunal ou órgão de Estado, consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregue requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade arranhada e contestada ou comprometida.<sup>4</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/

discursoCM.pdf. Acesso em: 01 abr. 2011.

40 BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script= sci\_arttext. Acesso em: 03 abr. 2011.

Há quem sustente que a origem desse e de outros problemas enfrentados pelo Judiciário, bem como das críticas de que é alvo, remonta à sua concepção, já que, historicamente, tem sido visto como o mais hermético dos três Poderes. Isso é devido, entre outras possíveis explicações, ao parco controle social a que se acha submetido e à competência para fiscalizar os atos emanados de outros poderes (de forma mais destacada, porque, de fato, o Legislativo também fiscaliza os atos do Executivo, e assim por diante, já que, afinal, é esta a idéia do sistema de "freios e contrapesos"). Assim é que muitas das objeções postas à atual forma de atuação da jurisdição constitucional fundamentam-se na teoria da separação dos poderes.

Embora muito antigo e até apontado por outros autores, como Aristóteles e Locke (ainda que de forma apenas embrionária), o princípio da separação dos poderes consagrou-se na teorização de Montesquieu, segundo o qual "tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares". 41

Partindo-se da concepção de que o poder emana do povo, a sua realização deve ser estruturada de modo a prestigiar o domínio do poder por seu titular (o povo), que limita e controla o seu exercício. Destarte, o poder estatal deve ser limitado e desconcentrado, de forma que impeça o exercício de todas as faces deste Poder por única autoridade, dividindo-se a sua execução, instituindo várias autoridades, através da organização de estruturas com funções delimitadas. Consagrou-se no constitucionalismo do modelo liberal, momento em que se pretendia vincular, juridicamente, a atuação do Estado e romper-se com a espécie absolutista — noção de Estado de Direito.

Não se pode olvidar, de qualquer forma, que o poder do Estado, assim como a soberania popular que o legitima, é uno e indivisível. A conhecida separação de poderes nada mais é, em verdade, do que a divisão (tripartição) de funções estatais a que se costuma chamar de "poderes". Tratam-se das funções executiva, legislativa e judiciária, porque o poder estatal é indivisível.

O princípio pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, sendo possível determinar fronteiras apartando cada uma dessas funções. No entanto, há tempos já se advertia não ser o que se verifica no plano dos fatos.<sup>43</sup> Isso porque não há como definir, na prática, fronteiras capazes

\_

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Tradução de Cristina Murachco.
 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.
 GORCZEVSKI, Clovis; SILVA JÚNIOR, Edison Botelho; LEAL, Mônia Clarissa Hennig.

GORCZEVSKI, Clovis; SILVA JÚNIOR, Edison Botelho; LEAL, Mônia Clarissa Hennig.
 Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição. Porto Alegre:
 Verbo Jurídico, 2007. p. 119.
 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed.,

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 385-386.

de separar rigorosamente essas três funções. Apenas para citar alguns exemplos atuais, existem as Medidas Provisórias, o instituto do veto pelo executivo, o controle de constitucionalidade das leis, entre outros, que de certa forma demonstram essa mescla de funções.

Na verdade, a idéia de separação dos poderes há tempos vem sendo rediscutida, ora em busca de qual seria a exata concepção de Montesquieu, ora na busca do que se entende hoje pelo princípio e sua efetivação nos sistemas políticos. Em relação a essa compreensão atual, Mendes esclarece que não obstante tenha sido inicialmente formulado em sentido forte, até mesmo em razão das exigências e circunstâncias históricas, o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, requer temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Tal (re)adequação é necessária para que tal princípio possa ser compreendido de modo constitucionalmente apropriado.<sup>44</sup>

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF, o Ministro Joaquim Barbosa sintetiza o que até aqui se procurou demonstrar: a dificuldade de conceituação e a necessidade de readequação do princípio estudado. Na verdade, inexiste um conceito apriorístico de separação de poderes e, apenas na positivação desse princípio na Constituição é que se pode visualizá-lo concretamente. Mais precisamente, o conceito de separação dos poderes foi se adaptando a circunstâncias e necessidades históricas surgidas ao longo do tempo, de sorte que não é admissível extrair a visão que dele se tinha há trezentos anos e simplesmente aplicá-lo às necessidades atuais. A despeito de serem conhecidas as bases teóricas mais sólidas sobre esse tema, vindas de John Locke e Montesquieu, suas idéias poderosas, que forjaram as formas de organização político-social sob as quais até hoje se governa, talvez não devam ser seguidas em sua pureza original.

Arrazoa-se, nesse sentido, que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só serão bem desenvolvidos se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que exige colaboração e controle recíprocos entre eles, sem significar domínio ou usurpação de atribuições de um pelo outro. De outra parte, a desarmonia ocorre sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro. 46

Oa

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.
 Curso de Direito Constitucional. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.156.
 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF, julgada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <a href="http://www.stf.gov.br">http://www.stf.gov.br</a>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. p. 92.
 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed., rev. e atual.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed., rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2005. p. 111.

Assim, deve-se relembrar que, por mais que a separação dos poderes seja um princípio fundamental do Estado de Direito e, da mesma forma, do Estado Constitucional, deve-se analisá-la a partir da conjuntura histórica contemporânea, que acaba por demonstrar que as funções desempenhadas pelos três poderes possuem cada vez maior similaridade e, não raro, encontram-se sobrepostas.<sup>47</sup>

Dessa forma e utilizando-se de critérios objetivos baseados nas determinações constitucionais sobre o assunto, o juiz estará legalmente habilitado a intervir, pois não estará usurpando a atribuição de qualquer dos demais poderes estatais, isto é, não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar uma política pública, por exemplo, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dessa política pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida.<sup>48</sup>

Aliás, afirma-se, inclusive, que é justamente em nome da salvaguarda do princípio da divisão dos poderes que se desafiou uma redefinição de papéis e importância do Judiciário, escapando ao figurino de mero censor ou árbitro das relações privadas, pois o que se vinha verificando era um crescimento quase desgovernado do Legislativo e Executivo. 49

Apesar de tal situação suscitar o argumento de que o magistrado não é legitimado pelo voto para efetuar escolhas políticas (como o são os membros do Legislativo e do Executivo), não se pode olvidar que sua legitimação advém do processo em que a decisão é formada. Isto porque a decisão judicial surge a partir do contraditório entre os interessados e apoia-se na possibilidade de uma discussão anterior entre os que poderão vir a ser atingidos pela atuação jurisdicional. Dessa forma, seu conteúdo deve possuir legitimação na mesma medida que o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo. 50

Essa nova atribuição exigida do magistrado – a adequada tutela coletiva frente ao Poder Público – exige a reestruturação da noção clássica da tripartição dos poderes do Estado, bem como do dogma, idealizado pela

4

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243-244.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 244.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 63.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 244.

jurisprudência pátria, de impossibilitar o Judiciário a atuar como legislador positivo, isto é, criando determinações concretas, de forma a suprimir a omissão legislativa. <sup>51</sup>

Seja como for, o direito nacional não concebe a proibição de o Judiciário fiscalizar atividades dos outros poderes – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja fixando condutas (controle positivo). No sistema brasileiro, ao contrário, o Judiciário tem a prerrogativa de intervir na seara do Executivo e do Legislativo, com vistas a controlar a atuação destes em consonância com o Direito, aí inclusos os princípios e diretrizes constitucionais.<sup>52</sup>

Nessa esteira, a intervenção do Judiciário não deve ser entendida como uma invasão/intromissão na atividade legislativa ou administrativa do Estado e, portanto, como uma violação à separação dos poderes. Em um Estado Democrático de Direito, a intervenção do Judiciário mostra-se compatível com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais (seja esta intervenção para implementar políticas públicas, por exemplo, seja para garantir a integridade e intangibilidade de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna), ressalvada a necessidade de observância dos mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade e, sobretudo, da própria Constituição. Não obstante, mais uma vez retorna-se a um dilema: que o Judiciário tem um importante papel a cumprir, não se discute; o problema continua sendo até onde ele pode ir nesta tarefa, pois são estes limites que permanecem em aberto, dependentes, também eles, de uma certa interpretação e ponderação no caso concreto, não havendo, portanto, uma "resposta absoluta, universal" para a questão dos limites, pelo menos não (ainda) conhecida.

Por fim, é preciso deixar claro que, embora se reconheçam problemas quanto à concepção clássica da separação dos poderes, alguns indicados, inclusive, ao longo do texto, não se pretende, em momento algum, *ontologizá-la* no sentido de conceber-lhe uma natureza comum (nos diferentes períodos por que passou) ou dados inerentes. Essa abordagem crítica da jurisdição constitucional e de sua atuação quer levar em consideração as mudanças e o caráter paradigmático de toda a interpretação jurídica (daí o pressuposto assentado de concepções não apriorísticas), trazendo à contemporaneidade todos os elementos estudados. A partir da postura hermenêutica aqui assumida, não se está propondo apenas uma nova interpretação da – velha e ontológica – separação de poderes, mas sim uma compreensão nova acerca do próprio fenômeno/instituto da separação de poderes; ou seja:

114

ARENHART, Sergio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <a href="http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177">http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177</a>>. Acesso em: 08 maio 2010.

<sup>&</sup>lt;a href="http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177">http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177</a>>. Acesso em: 08 maio 2010.

ARENHART, Sergio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <a href="http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177">http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177</a>>. Acesso em: 08 maio 2010.

não se trata de manter o seu conceito clássico e propor uma releitura, mas de avançar com relação à sua própria compreensão. Em outras palavras, não se sugere investir em um conceito fixo/duro de separação (aquele tradicional) que precisa ser "revisado"; na verdade, a "revolução" é bem maior.

## CONCLUSÃO

Hodiernamente, já não se pode negar que a jurisdição constitucional ocupa um espaço privilegiado e inédito de atuação, viabilizado, sobretudo, pela disseminação da ideia de supremacia da Constituição e da necessidade de concretização do seu texto, cada vez mais a contemplar direitos e garantias aos cidadãos, bem como mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para sua implementação, cuja indeterminação e imprecisão alargam inevitavelmente os espaços para a interpretação jurisdicional.

Esse quadro é resultado da própria evolução do Estado Democrático de Direito, cuja maturação trouxe, ao mesmo tempo, a consolidação de novas concepções, como a de neoconstitucionalismo e da nova hermenêutica, que permitiram, de certa forma, um rearranjo entre os Poderes estatais, por sua influência direta na forma de se pensar e justificar a atuação da jurisdição constitucional.

Evolução que acarretou, também, uma nova dimensão (produtiva e criativa) reconhecida à atividade interpretativa da jurisdição constitucional, a qual tem sido alvo de duras críticas, especialmente quanto se considera que suas decisões repercutem e mesmo interferem no âmbito político (normalmente entendido como aquele em que caberia apenas ou predominantemente a ação dos Poderes Executivo e Legislativo), abalando, assim, a secular teoria da separação de poderes, que se tornou um dos grandes fatores de objeção a essa nova perspectiva da interpretação e da jurisdição constitucional.

O princípio pressupõe a determinação dos três poderes como funções distintas e coordenadas do Estado, concebida, inclusive, com certo rigor. No entanto, há tempos se adverte não ser possível no plano fático uma separação exata, pelo que a ideia de separação dos poderes vem sendo rediscutida. Assim, nos dias atuais, não há duvidas de que a teoria requer uma leitura adaptada à realidade constitucional.

Por sua vez, tal realidade atribui à jurisdição constitucional a tarefa de guarda da Constituição, o que implica um compromisso inegável com a concretização dos direitos fundamentais nela previstos. No atual estágio do Estado Democrático de Direito, portanto, o Judiciário é tão responsável pela efetivação das previsões constitucionais quanto qualquer dos demais Poderes estatais. Assim, compete-lhe efetivar a Constituição, inclusive (se não principalmente), em face de eventuais omissões e violações por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, retirando, dessa mesma figura a que deve proteger, a sua legitimidade, que já não mais pode ser negada.

# **REFERÊNCIAS**

ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

ARENHART, Sergio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <a href="http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177">http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177</a>>. Acesso em: 08 maio 2010.

BARBOSA, Claudia Maria. O Supremo Tribunal Federal e as Condições de Independência do Poder Judiciário Brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, nº 4, jul. 2003.

BAROSSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-4014200 4000200007&script=sci\_arttext. Acesso em: 03 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <a href="http://www.stf.gov.br">http://www.stf.gov.br</a>. Acesso em: 16 out. 2008.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: a proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CRUZ, Luis M. Estudios sobre el Neoconstitucionalismo. México: Porrúa, 2006.

GASTALDI Suzana. A Implantação de Políticas Públicas como Objeto Juridicamente possível da Ação Civil Pública. Disponível em: http://www.academus.pro.br. Acesso em: 08 maio 2010.

GORCZEVSKI, Clovis; SILVA JÚNIOR, Edison Botelho; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta:* reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MELLO, Celso de. Discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf. Acesso em: 01 abr. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis.* Tradução de Cristina Murachco. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, Nelson Camatta. Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador: nº 12, dez./jan./fev. 2008. Disponível em: <a href="http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/12/">http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/12/</a>. Acesso em: 30 out. 2011.

NALINI, José Renato. A Rebelião da Toga. 2. ed., Campinas: Millennium, 2008.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

- \_\_\_\_\_. A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, nº 1, jan./abr. 2005.
- \_\_\_\_\_. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*. Volume 8, nº 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.
- \_\_\_\_\_. O Estado Democrático de Direito e a necessária Constitucionalização do Direito: a crise dos 10 anos da Constituição cidadã. *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*. Cruz Alta, nº IV, jan. 1999.
- \_\_\_\_\_. O que é isto decido conforme minha consciência? 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck [et. al.]. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.