

Interpretação e Aplicação da Constituição no Brasil: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional no Pensamento de Lenio Streck

Vinicius Figueiredo Chaves

Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ; Pós-graduado em Direito Empresarial e especialista em Direito Societário e Mercado de Capitais, ambos pela FGV/RJ; Formado pela Escola de Direito da AMPERJ; Professor Substituto da UERJ e Professor Auxiliar da Estácio.

RESUMO

A riqueza da produção do jurista Lenio Streck é inquestionável, bem como a sua contribuição para o desenvolvimento de novos modos de pensar o direito. Em sua obra, o autor (re) discute as funções do direito e também as condições de realização e consolidação da democracia, especialmente em países de modernidade tardia, como no caso do Brasil, ainda ocupado da transição entre um regime autoritário e o Estado Democrático de Direito. O presente artigo é dedicado a analisar uma das principais abordagens de Lenio Streck, que consiste no exame do papel destinado ao Poder Judiciário e à justiça constitucional no novo panorama oriundo do pós-guerra, que perpassa os campos da jurisdição constitucional e da hermenêutica, na busca da construção de respostas (constitucionalmente adequadas) aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo. Após a enunciação das relações entre a política, o direito, a Constituição e os poderes constituídos, apresentam-se as noções sobre

as críticas do autor às teorias da argumentação – por seus supostos riscos ao sistema democrático - e a sua proposta de uma nova teoria da decisão judicial, baseada no paradigma hermenêutico-filosófico, onde advoga as necessidades de enfrentamento do sujeito solipsista e a superação da filosofia da consciência.

INTRODUÇÃO

A obra do jurista Lênio Streck, objeto desta análise, é bastante ampla e diversificada: seus estudos e reflexões englobam epistemologia, constituição, ciência política, teoria do estado, direito e processo penal, tribunal do júri, jurisdição constitucional, hermenêutica, entre outros temas de destaque, como as interfaces entre direito e literatura. É inquestionável a riqueza de sua produção, assim como a contribuição para o desenvolvimento de novos modos de pensar o direito, com a (re) discussão de suas funções e também das condições de realização e consolidação da democracia, especialmente em países de modernidade tardia, como no caso do Brasil, ainda ocupado da transição entre um regime autoritário e o Estado Democrático de Direito.

O objetivo deste artigo é analisar uma das principais abordagens de Lenio Streck, que consiste no exame do papel destinado ao Poder Judiciário e à justiça constitucional no novo panorama oriundo do pós-guerra, tema que perpassa os campos da jurisdição constitucional e da hermenêutica, na busca da construção de respostas aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo. Sem dúvida, trata-se de um dos principais temas e problemas atuais de jurisdição constitucional, cuja discussão engloba a interpretação aplicada no plano da cotidianidade do direito, bem como as implicações da defesa (ou não, como no pensamento do autor) de ativismos judiciais para a resolução dos dilemas que a realidade apresenta, com seus reflexos e consequências nas relações entre a política e o direito e no arranjo institucional entre os poderes constituídos.

O primeiro item deste artigo será dedicado a contextualizar e apresentar o problema central da discussão: a interpretação e aplicação da Constituição no Brasil e a construção de respostas aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo - assumido como decor-

rência de uma crise que aflige o Estado, o direito e a dogmática jurídica - com seus inevitáveis reflexos na sociedade, no arranjo institucional e no papel desempenhado pela jurisdição constitucional -, um problema que diz respeito à interpretação concreta do direito - no nível de aplicação -, ou seja, a hermenêutica jurídica. Nos itens seguintes, um breve retorno a algumas questões consideradas importantes para a melhor compreensão dos temas enfrentados: as relações entre a política e o direito e a separação de poderes - sua sistematização, evolução e os novos contornos do constitucionalismo contemporâneo. Finalmente, serão analisados os estudos de Streck sobre as interfaces entre jurisdição constitucional e hermenêutica, seus argumentos em defesa de sua teoria e algumas das principais críticas formuladas pelo autor às teorias da argumentação, a partir dos seguintes eixos de análise: i) o constitucionalismo contemporâneo e a teoria da decisão judicial baseada no paradigma hermenêutico-filosófico; ii) a construção das respostas constitucionalmente adequadas, o enfrentamento do sujeito solipsista e a superação da filosofia da consciência; iii) a necessidade de que a expansão do poder judicial ocorra sem violação do sistema político.

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL E A CONSTRUÇÃO DE RESPOSTAS AOS GRANDES DILEMAS ORIUNDOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O século XX foi palco de significativas alterações no ambiente institucional de alguns países, especialmente pela transferência do poder de instituições representativas para sistemas judiciários, com a difusão do conceito de supremacia constitucional como pilar na transição de regimes autoritários para a democracia¹. Da mesma forma, o desenvolvimento do Estado constitucional de direito acarretou também transformações aos sistemas jurídicos, a partir das noções dirigentes, normativas e compromissárias assumidas por alguns textos constitucionais, os quais possuem determinações de agir e normas com eficácia², contribuindo para “um

1 HIRSCHL, Ran. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide". *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em 25 de junho de 2012.

2 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional.³

No caso brasileiro, tais modificações revelaram uma crise de paradigma de dupla face que atravessa o direito, uma crise que perpassa tanto o seu modo de produção liberal/individualista/normativista -, como também o seu processo de compreensão, ou seja, a hermenêutica⁴. A discussão sobre a crise em questão, que aflige não apenas o Estado, bem como o direito e a dogmática jurídica, com seus inevitáveis reflexos na sociedade, não pode prescindir da análise do ambiente institucional e do papel desempenhado pela jurisdição constitucional na interpretação e aplicação da Constituição.

Essa tendência de transferência de poder de instituições majoritárias para o Judiciário se materializou em causas⁵ e condições políticas⁶ para o surgimento do fenômeno conhecido como judicialização da políti-

3 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 55.

4 STRECK, Lênio Luiz. "Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil". **Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica** (organizador André Gustavo Corrêa de Andrade). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2ª tiragem, p. 40, 2003.

5 Causas atribuídas ao processo de judicialização: i) segundo Werneck Vianna, "a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o medium do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de constituição como obra aberta". WERNECK VIANNA, Luiz. "O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação." *In* R.G. Oliven *et alii* (orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008. ii) Barroso enumera três causas para a judicialização da política: (i) reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento central para as democracias modernas; (ii) desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral; (iii) atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line] Disponível em <http://www.lrbarraso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2012. iii) Há até mesmo referências a macroprocessos de mudança social que teriam embaralhado as relações entre direito, política e sociedade. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. "Sentidos da Judicialização da Política: duas análises." **Lua Nova Revista de Cultura e Política**. [on line]. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002, ISSN 0102-6445. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em 21 de maio de 2012. iv) Segundo Castro, "a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório". CASTRO, Marcos Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política." **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, n. 34, [on line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em 21 de maio de 2012.

6 Carvalho elenca uma série de condições políticas para o aparecimento da judicialização, quais sejam: a democracia, a separação dos poderes, os direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse e o uso dos tribunais pela oposição, para em seguida concluir que "o mapeamento das condições políticas em torno do fenômeno da expansão do poder judicial permite dizer que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro (...)". CARVALHO. Ermani. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem." **Rev. Sociol. Polit.** [on line]. Curitiba, n. 23, p. 115, Nov. 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em 13 de maio de 2012.

ca⁷, observado em diversas sociedades democráticas contemporâneas⁸, consequência não apenas da adoção dos princípios do constitucionalismo moderno e da expansão judicial, mas, principalmente, do fato de as Supremas Cortes terem sido armadas com meios – vias de ação⁹ – que permitem elevar ao Judiciário uma gama de questões¹⁰ morais, sociais e políticas. Tal como ensina Carvalho¹¹, “essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios” e, na prática, tem feito com que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estejam sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário¹², o que o tem levado a ocupar um lugar estratégico frente aos demais poderes.

A manifestação da expansão do poder judicial tem sido concretizada através da jurisdição constitucional, com o Judiciário passando a interferir no espaço decisório de atribuição do Executivo e do Legislativo, através de participação crescente no processo de tomada de decisões políticas: em alguns casos, tem desempenhado, ainda que subsidiariamente, um papel de criação de normas, acumulando a autoridade de intérprete da Constituição com o exercício excepcional de função legislativa; em outros, atuado como formulador de políticas públicas. E esse novo modelo

7 Segundo Rogério José Bento Soares do Nascimento, i) a expressão judicialização da política tem sua difusão atribuída a TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. 1995. "The Global Expansion of Judicial Power". *New York University Press*, 1995, tendo sido empregada no significado mais comum por Torbjorn Vallinder em 1994 no "The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction". *International Political Science Review*, 15, 2: 91-9; ii) O fenômeno já havia sido observado por Karl Loewenstein no clássico *Political Power and Governmental Process*, Chicago, University Press, 1957, traduzido para o espanhol com o título de *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970 (com sucessivas reedições); iii) entre nós, foi popularizado por FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves no "Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 198, p. 1-17, out/dez 1994, com um sentido crítico e delimitado por CASTRO, Marcos Faro no "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política, pesquisa empírica apresentada no XX Encontro Anual da ANPOCS." NASCIMENTO, Rogério J. B. S. "Direitos Políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal." *In: Revista JurisPoesis*, ano 13, n. 13, jan-dez. 2010, ISSN 1516-6635, p. 412.

8 CASTRO, Marcos Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política." *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, n. 34. [on line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em 10 de maio de 2012.

9 No caso brasileiro, são exemplos a ADI, ADI por omissão, ADC e ADPF.

10 Dentre as questões destacadas por Hirschl, expressão e liberdade religiosa, reprodução assistida, políticas públicas relativas à justiça criminal, comércio, educação, trabalho, imigração, meio ambiente, além de relações entre pessoas do mesmo sexo e ações afirmativas. HIRSCHL, Ran. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide". *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em 25 de junho de 2012.

11 CARVALHO. Ernani. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem". *Rev. Sociol. Polit.* [on line]. Curitiba, n. 23, p.115, Nov. 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em 13 de maio de 2012.

12 BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line]. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2012.

de atuação tem gerado inúmeras controvérsias, materializadas principalmente a partir de dois eixos de análise: de um lado, uma corrente¹³ hermenêutico-filosófica, que enfatiza o papel das instâncias majoritárias representativas, privilegiando os processos democráticos típicos de formação da vontade, com a conseqüente limitação do papel das cortes¹⁴; de outro, teorias da argumentação pregam um Judiciário mais participativo nas democracias contemporâneas, atuando de maneira mais ativa para resolver problemas políticos e sociais apresentados pelo cotidiano, com uma ocupação maior do mundo político pelo jurídico¹⁵. No confronto entre a hermenêutica filosófica e as teorias da argumentação, percebe-se que estas advogam a possibilidade de múltiplas respostas aos problemas jurídicos, enquanto aquela defende ser possível encontrar uma única resposta correta constitucionalmente adequada.

Como a construção de respostas aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo passa pela discussão sobre a defesa (ou não) de ativismos judiciais para a resolução dos dilemas que a realidade apresenta, a discussão sobre o papel do direito, da Constituição e da justiça constitucional no Estado Democrático de Direito não pode prescindir da percepção dos possíveis significados do ativismo judicial¹⁶, pela sua importância para a melhor compreensão desse crescente¹⁷ protagonismo do Poder Judiciário. Descrito como um fenômeno de inúmeras dimensões¹⁸, pode o ativismo ser medido pelo grau de assiduidade com

13 Para Cass Sustein, o papel das cortes deve ser limitado. Defende um minimalismo judicial. SUSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 142-149.

14 Para Lenio Luiz Streck, "o ativismo judicial não é bom para a democracia". STRECK, Lenio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Entrevista à **Revista Consultor Jurídico - Conjur**. [on line]. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 25 de junho de 2012.

15 Rogério José Bento Soares do Nascimento defende o ativismo moderado, "concretizador". Segundo o autor, "este protagonismo frequentemente se faz acompanhar da aceitação de uma postura ativa, seja pelo reconhecimento do poder de aplicar diretamente disposições constitucionais sem exigência da mediação concretizadora do legislativo, seja pelo reconhecimento do poder de criar conteúdos normativos no vácuo deixado pela omissão do legislador." NASCIMENTO, Rogério J. B. S. "Direitos Políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal." In: **Revista Juris-Poesis**, ano 13, n. 13, jan-dez. 2010, ISSN 1516-6635, p. 412.

16 Para Lenio Luiz Streck, o ativismo pode ser "entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador". STRECK, Lenio Luiz. "Ativismo judicial não é bom para a democracia". Entrevista à **Revista Consultor Jurídico - Conjur**. [on line]. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 25 de junho de 2012.

17 Santos, Marques e Pedroso denunciam o crescente protagonismo social e político dos tribunais. SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. "Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas." [on line] **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, n. 30, ano 11, fevereiro de 1996.. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs/_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em 28 de junho de 2012.

18 Marshall identificou sete dimensões para o ativismo, quais sejam: contramajoritário, não originalista, jurisdicional ou formal, de precedentes, material ou criativo, remediador e partisan. MARSHALL, William P. "*Conservatism*

que o Judiciário invalida as normas e atos dos outros poderes, notadamente do Legislativo¹⁹. Seria, tal como ensina Ribas²⁰, igualmente considerado ativista o Judiciário ao procurar suprir omissões dos demais poderes com suas decisões. Observando a realidade brasileira, Ribas²¹ enuncia um ativismo jurisdicional por parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, “construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional”.

No Brasil, diante de uma constituição que visa o futuro e se empenha programaticamente ao definir os direitos sociais no terreno das políticas públicas²² - vinculando assim os poderes políticos aos seus comandos e compromissos valorativos – os problemas apontados são potencializados, justificando e mesmo impondo permanentes reflexões sobre o exercício da jurisdição constitucional e da hermenêutica, já que inúmeros temas de grande apelo social têm sido frequentemente retirados do debate político e inseridos no universo das pretensões de tutela judicial, a partir da provocação da sociedade mediante novos institutos²³ criados pela Constituição em busca da efetivação de seus comandos. Neste cenário, a aplicação concreta do direito interfere no arranjo institucional do país, especialmente no que diz respeito às relações entre a política e o direito, muitas vezes causadoras de focos de tensão entre os poderes e impactos na democracia.

and the seven sins of judicial activism." *University of Colorado Law Review*, v. 73, setembro de 2002. Disponível em: <http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em 28 de junho de 2012.

19 SUSTEIN, Cass. "Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America." New York: Basic Books, 2005.

20 VIEIRA, José Ribas. "Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil." *Revista Estação Científica* (Ed. Especial Direito). [on line]. Juiz de Fora, V. 01, n. 04, outubro/novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2012.

21 VIEIRA, José Ribas. "Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil." *Revista Estação Científica* (Ed. Especial Direito). [on line]. Juiz de Fora, V. 01, n. 04, outubro/novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2012.

22 WERNECK VIANNA, Luiz. "O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação." In R.G. Oliven *et alii* (orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.

23 Segundo WERNECK VIANNA, "em tese, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão consistiram nos instrumentos mais fortes previstos no sentido de conferir aplicabilidade à norma constitucional portadora de direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à cidadania, deixados inertes em virtude de ausência de regulamentação. Por meio deles, estaria disponível à sociedade, quer pela iniciativa de qualquer cidadão – no caso do Mandado de Injunção -, quer pela iniciativa da comunidade de intérpretes da Constituição – no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – o recurso ao Judiciário, a fim de encontrar remédio para uma eventual omissão do poder público quanto aos direitos que lhe foram outorgados constitucionalmente. Com essa construção, o constituinte, pela mediação da sociedade, procurava impedir que as normas e garantias dispostas na carta se revestissem de caráter simbólico, uma vez que as declarara, no parágrafo 1º do artigo 5º, no título que trata dos direitos fundamentais, como de aplicação imediata (Silva, 1997)". WERNECK VIANNA, Luiz. "O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação." In R.G. Oliven *et alii* (orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.

2. AS RELAÇÕES ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO

Política e direito são elementos que não se confundem. Neste sentido, a lição de Barroso²⁴, para quem “na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão.”

Embora conceitualmente distintos, gozam de aspectos comuns e se interligam de forma intensa, enquanto instrumentos voltados à necessária articulação e estruturação das sociedades. São os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação²⁵, com inequívoca importância para a organização do tecido social e atendimento dos interesses humanos. A política e o direito devem ser realizados com vistas a assegurar aos indivíduos uma existência digna, que permita o exercício dos direitos fundamentais, verdadeira “razão de ser do Estado de Direito, sua finalidade mais radical, o objetivo e o critério que dá sentido aos mecanismos jurídicos e políticos que o compõem.”²⁶

A política e o direito têm como ponto de contato a percepção do fenômeno do poder²⁷ e a sua interface encontra elo na Constituição, a qual opera um canal de inter-relação, estabelecendo uma engrenagem cujo bom funcionamento é essencial à consolidação das democracias e ao melhor atendimento dos interesses humanos. Contemporaneamente, aquilo que se assume como papel mais apropriado da Constituição, com sua consequente força normativa e grau dirigente, dependerá da filiação a um dos eixos temáticos que gravitam em torno da discussão: de um lado, as teorias procedimentais; por outro lado, as teorias materiais, às quais se alinha Lenio Streck²⁸.

24 BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2012.

25 BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line] Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2012.

26 MAIA, Antônio Cavalcanti. "As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo". Citando DÍAZ, Elias. "Filosofía del Derecho: Legalidad-legitimidad". In: MUGUERZA, Javier e CERREZO, Pedro (Ed.). *La Filosofía Hoy*. Barcelona: Editorial Crítica, 2000, p. 323. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em 03 de abril de 2012.

27 LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. "Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas." [on line]. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, v. 17, nº 0, p. 45-52, novembro de 2001, ISSN 0104-4478. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 de maio de 2012.

28 STRECK, Lenio Luiz. "Concretização de Direitos e a Interpretação da Constituição". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: BFD 81, v. LXXXI, 2005, p. 291-323.

A existência dessas diferentes teorias faz com que as ligações entre a política e o direito possam ser verificadas segundo perspectivas muito diversas, o que incluiu a possibilidade de análise sob a ótica da judicialização da política. Esse fenômeno, que opera uma aproximação²⁹ ainda maior entre direito e política, na prática, tem tornado difícil distinguir entre um direito e um interesse político, tendo resultado em desdobramentos para posturas ativistas em sede de jurisdição constitucional, com impactos nas relações das instituições jurídicas (no caso, as judiciais) com as demais instituições que integram a organização política da sociedade brasileira.

Diante dessa realidade, convém um breve retorno ao estudo do arranjo institucional dos poderes, passando por sua sistematização e evolução até o constitucionalismo contemporâneo, onde a arquitetura institucional indica os agentes formuladores de determinados juízos políticos e permite conhecer em que importaria alterar o responsável por tais escolhas, com seus problemas de legitimidade provenientes de eventuais comportamentos ativistas, capazes de fragilizar a autonomia do direito.

3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

As discussões e ideias sobre a separação de poderes surgiram na Grécia Antiga³⁰. Foi, contudo, Montesquieu³¹ (1689-1755) o responsável pela sistematização da mais significativa teoria sobre o exercício do poder pelo Estado. A limitação do poder pelo poder seria tecnicamente alcançável quando se colocasse os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário

29 CASTRO, Marcos Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, nº 34, [on line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em 21 de maio de 2012.

30 Conforme adverte ALMEIDA JÚNIOR, "desde Aristóteles já havia a ideia de separação de poderes, seguida por Platão e Políbio. John Locke, entretanto, quando elaborou o segundo Tratado sobre o Governo Civil, delineou em sua teoria a distribuição das funções estatais entre órgãos diferentes, mas foi Montesquieu quem sistematizou a Teoria dos Três Poderes". ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. "A Separação de Poderes." *Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano I – Número 5, p. 35, outubro a dezembro de 2009, ISSN 2175-2176. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

31 Segundo Montesquieu, em cada Estado há três espécies de poderes. E "tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos". MONTESQUIEU, Charles de. "Do Espírito das Leis." Coleção *Os Pensadores* – História das Grandes Ideias do Mundo Ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156-157.

nas mãos de órgãos distintos³², de forma a assegurar o controle mútuo. Esse modelo, pautado na orientação ao bloqueio do funcionamento inadequado, ancorava-se na separação pura, mais rígida e, assim, ressentia-se ainda de mecanismos de reconhecimento de capacidades ativas de interferências recíprocas nas atribuições de um pelo outro.

Os americanos³³, reconhecendo como desgraça a tirania do Legislativo, foram responsáveis pela construção de uma matriz pautada em formas de equilíbrio e interferência, que propõe mecanismos para balancear os poderes, isto é, um sistema de freios e contrapesos³⁴, que caracteriza a instituição de uma separação de poderes impura³⁵.

A teoria da separação dos poderes, com os instrumentos de equilíbrio e interferência do sistema de freios e contrapesos, permanece até os dias atuais como influência maior nos arranjos institucionais do mundo ocidental. Ao longo dos anos, embora mantida a ideia básica de partição de funções entre órgãos distintos, foram estabelecidos novos contornos e aprimoramentos à equação dos poderes, com a previsão, nos próprios textos constitucionais, de incorporação de outras³⁶ atribuições às funções típicas tradicionais.

Nos regimes democráticos contemporâneos, o poder³⁷soberano emanado do povo inaugura a ordem constitucional, dando conformação

32 ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. "A Separação de Poderes." *Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano I – Número 5, p. 38, outubro a dezembro de 2009, ISSN 2175-2176. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

33 As principais ideias foram sistemizadas na obra "O Federalista", que condensava uma série de 85 artigos, como resultado de reuniões prévias à Constituição Americana de 1787. Tinham como autores James Madison, Thomas Jefferson e John Jay. O referido modelo mitigou a então vigente supremacia do Poder Legislativo em solo americano.

34 Na doutrina há menção a diferentes origens para o sistema de freios e contrapesos. Escaparia aos limites e objetivos do presente trabalho enfrentar esta temática. Para um aprofundamento sobre o tema, consulte-se Piçarra (PIÇARRA, Nuno *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989) e Carolan (CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*. New York: Editora Oxford University, 2009).

35 De acordo com o modelo Federalista, a competência legislativa não caberia apenas ao Congresso e às Assembleias dos Estados, como também ao Presidente, sendo-lhe atribuído poder para vetar projetos de lei. Haveria também interferência do Judiciário no Legislativo, por não ser aquele mais neutro, mas sim guardião da Constituição, com o poder de declarar que determinadas leis do Legislativo e atos do Executivo são contrários ao sentido dela.

36 Como exemplos na CRFB, os artigos 62, 103A e 58, 3º que permitem, respectivamente: i) ao Presidente da República adotar medidas provisórias, com força de lei; ii) ao Supremo Tribunal Federal aprovar súmula com efeito vinculante; iii) ao Legislativo instituir comissões parlamentares de inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

37 "O Poder se apresenta como uma síntese interdependente de vontades e meios, voltada para o alcance de uma finalidade. A vontade, por ser um elemento imprescindível na manifestação do Poder, torna-o um fenômeno essencialmente humano, característico de um indivíduo ou de qualquer grupamento de indivíduos". (...) "A Nação, ao organizar-se politicamente, escolhe um modo de aglutinar, expressar e aplicar o seu Poder de maneira mais eficaz, mediante a criação de uma macroinstituição especial – o Estado – a quem delega a faculdade de instituir e pôr em execução o processo político-jurídico, a coordenação da vontade coletiva e a aplicação de parte substancial de seu poder". ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (Brasil). "Fundamentos Doutrinários da Escola Superior de Guerra." Rio de Janeiro: *A Escola*, 1998, p. 49.

ao Estado, repartindo as suas principais funções entre órgãos distintos e regulando o exercício do próprio poder, o que constitui um efetivo obstáculo para o arbítrio³⁸. A Constituição define o arranjo dos poderes do Estado e reserva a cada um deles funções³⁹ típicas distintas, nos âmbitos legislativo (ou normativo), executivo (ou administrativo) e jurisdicional, além de funções atípicas e outros atributos cada vez mais crescentes. Neste sentido, a lição de Barroso⁴⁰:

*A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à **rule of law**. É a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas.*

No caso brasileiro, a própria Lei Fundamental prescreve que os poderes são independentes e harmônicos entre si, fato indicativo de que a consolidação da democracia depende do equilibrado exercício das respectivas atribuições e adequado controle mútuo. Portanto, eventuais avanços nas funções típicas de um poder pelo outro, ainda que nas excepcionais hipóteses previstas na Constituição, somente se justificam quando em busca da materialização de seus próprios comandos. Em outras palavras, a harmonia somente restará assegurada na medida em que o campo de atribuição precípua de cada poder – inclusive essas de natureza excepcional - seja respeitado pelos demais.

A questão da harmonia entre os poderes assume feições complexas em meio às transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos⁴¹.

38 CASTRO, Flávia Viveiros de. "O Princípio da Separação dos Poderes." *In: Princípios da Constituição de 1988*. Organizadores: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO, Firly. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 151-152.

39 Ao Legislativo e Executivo são distribuídas competências políticas, ao passo que ao Judiciário assistem não apenas atribuições técnico-jurídicas, como também políticas. Neste sentido, registre-se a posição de Comparato, que advoga a tese de que assiste competência ao Judiciário para decidir sobre questões políticas. COMPARATO, Fabio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas." *Revista dos Tribunais*. São Paulo: v. 86, n. 737/15, p. 19-21, março de 1997.

40 BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 09-05-2012.

41 O tema foi detalhadamente examinado por Maia, em trabalho que analisa as transformações em diversos sistemas jurídicos avançados. MAIA, Antônio Cavalcanti. "As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos:

Surgem renovados parâmetros de interpretação e aplicação do direito, tributários de uma percepção expansionista do fenômeno jurídico, os quais resultam no estabelecimento de novos papéis para o Judiciário, aonde alguns⁴² chegam a admitir, em certas ocasiões, uma postura mais ativa dos juízes, através do desempenho de funções criativas⁴³ na concretização do direito. O exercício dessas novas funções possibilita a criação de focos de tensão entre os poderes, além de acirrados debates doutrinários acerca dos problemas de legitimidade de eventuais comportamentos ativistas, discussão que tem em Lenio Streck um de seus principais baluartes.

4. A OBRA DE LENIO STRECK

Em sua obra, Streck discute principalmente as condições de possibilidade que a teoria do direito (e da constituição) possui para construir respostas (constitucionalmente adequadas) aos muitos e grandes dilemas surgidos com o advento do constitucionalismo contemporâneo. Empreende análises profundas sobre a hermenêutica, ou seja, a interpretação aplicada no plano da cotidianidade do direito, e também acerca das novas posturas do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional em face do Estado Democrático de Direito, especialmente no confronto com os demais poderes do Estado, nas mais de duas décadas sob a égide da Constituição de 1988. Sempre levando em consideração as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional, repudiou as tentativas de formulação de uma teoria geral do constitucionalismo⁴⁴, preocupando-se em cunhar uma Teoria da Constituição Adequada aos Países de Modernidade Tardia⁴⁵,

apontamentos acerca do neoconstitucionalismo." Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em 20 de abril de 2012.

42 Para Mendes, Coelho e Branco "a criatividade judicial, em vez de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente. A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei." MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 96-97.

43 Registre-se o ponto de vista divergente de Streck, para quem "os juízes não criam o Direito [...] porque interpretam o Direito aplicando seus princípios gerais". STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 108.

44 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116-117.

45 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 144.

no caso brasileiro, capaz de resgatar o núcleo essencial da Constituição, que contém um conjunto não cumprido de promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos fundamentais. Uma teoria comprometida com a compreensão como totalidade, que tem na linguagem o meio de acesso ao mundo e aos seus objetos. Explicando melhor: diante da opção entre “fundamentar/justificar discursos ou compreender (fenomenologicamente)”⁴⁶, o autor aposta na compreensão para a busca da construção de sentidos. Nesta esteira, advoga a necessidade de rompimento com o paradigma que sustenta o esquema sujeito-objeto, típico das teorias da argumentação, e defende a emergência do paradigma hermenêutico-filosófico.

4.1 O constitucionalismo contemporâneo e a teoria da decisão judicial baseada no paradigma hermenêutico-filosófico

A expressão “constitucionalismo contemporâneo” identifica os mesmos movimentos que surgiram após o advento das constituições do segundo pós-guerra e vêm marcando profundamente o direito no contexto atual. Contudo, é utilizada por Streck como forma de “evitar os mal entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo”⁴⁷, que, segundo o jurista, “incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido”. A fragilidade do termo construído pelos teóricos aos quais se contrapõe Streck é apontada como decorrência da incorporação de um ecletismo metodológico - caracterizado por diferentes posturas teóricas, muitas das vezes incompatíveis -, com distintas propostas de solução para o problema da interpretação do direito. Neste sentido, as principais críticas do autor a essa abordagem se dirigem às tentativas de correção do direito pela moral e de utilização da ponderação como modelo de realização do direito através de princípios (“princípioalismo”, “panprincipiologismo” e “bolha especulativa de princípios” são termos construídos por Streck como crítica à banalização na criação e utilização indiscriminada de princípios), próprias da leitura neoconstitucionalista.

46 STRECK, Lenio Luiz. “Concretização de Direitos e a Interpretação da Constituição.” *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: BFD 81, v. LXXXI, 2005, p. 291-323.

47 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio “Diálogos Constitucionais” à obra *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

Segundo Streck, a ausência de uma teoria da decisão tem conduzido a uma crise dos modelos interpretativos, com os adeptos dos métodos argumentativos passando a distinguir entre *easy* e *hard cases*, inadequada dicotomização que constitui “uma espécie de reserva hermenêutica, que somente seria chamada à colação na ‘insuficiência’ da regra, isto é, quando se estiver em face de ‘casos difíceis’ (*hard cases*).”⁴⁸ Assim, não encontrando nas teorias argumentativas maiores indicativos de viabilidade, procura edificar uma nova teoria, apta a responder efetivamente aos grandes dilemas contemporâneos e aos problemas oriundos da interpretação aplicada no plano da cotidianidade, e adequada à “construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição dirigente e da integridade da jurisdição”⁴⁹. Esta teoria, reconhecendo que o direito, nesta quadra da história, assume um caráter hermenêutico, “forja-se na imbricação dos elementos que caracterizam a tradição em Gadamer com a coerência e a integridade defendidas por Dworkin, culminando na tese de que o cidadão possui o direito fundamental a obter respostas adequadas à Constituição.”⁵⁰ Buscou acompanhar o *linguistic turn* (virada linguística), ocorrido a partir da invasão da filosofia pela linguagem, para uma revolução paradigmática no campo da compreensão, com a linguagem assumindo o status de condição de possibilidade de todo o processo hermenêutico, por abrir novas possibilidades de construção de sentido. Com base nesta concepção, não permite, como fazem as teorias da argumentação, a cisão dos dilemas contemporâneos em casos fáceis, “solucionáveis” por subsunção, e em casos difíceis, “resolvidos” através de princípios e de um livre atribuir de sentidos⁵¹, visto que ambos partem de um mesmo ponto e têm na pré-compreensão, na antecipação de sentido, sua condição de possibilidade para a compreensão de um problema, somente a partir da qual é possível alcançar respostas corretas, que evitem as discricionariedades interpretativas.

48 STRECK, Lenio Luiz. “Concretização de Direitos e a Interpretação da Constituição.” **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: BFD 81, v. LXXXI, 2005, p. 291-323.

49 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio “Diálogos Constitucionais” à obra **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**, de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

50 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio “Diálogos Constitucionais” à obra **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**, de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

51 STRECK, Lenio Luiz. “Aplicar a ‘Letra da Lei’ é uma Atitude Positivista?” **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index/php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

4.2. A construção das respostas constitucionalmente adequadas, o enfrentamento do sujeito solipsista e a superação da filosofia da consciência

O autor defende a possibilidade de encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico⁵², desafio que passa pela necessidade de rompimento com o paradigma que sustenta o esquema sujeito-objeto - típico das teorias da argumentação -, e se apoia na emergência do paradigma hermenêutico-filosófico, com vistas à superação da filosofia da consciência. Assim, aposta na compreensão para a construção de sentidos em detrimento da fundamentação/justificação de discursos provenientes de decisionismos ou discricionariedades interpretativas, próprios de sujeitos solipsistas⁵³.

Colocando em segundo plano os limites semânticos do texto, denuncia Streck, alguns lançam mão de uma subjetividade “criadora” de sentidos, que “acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um ‘mundo jurídico’ em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbstüchtiger*.”⁵⁴. Esta concepção de mundo que compreende o modo de decidir como extensão da vontade do intérprete, possibilitando discricionariedades e arbitrariedades⁵⁵, é veementemente combatida pelo autor, cuja aposta é no sentido de que a aferição da validade do direito depende do enfrentamento desse conteúdo interpretativo, como uma espécie de “controle” dessa vontade do sujeito solipsista⁵⁶.

Esse “não enfrentamento interpretativo” tem acarretado uma ausência de parametrização teórica que sirva de critério racional de decisão. E a falta da *applicatio* tem aberto espaço para arbitrariedades na atribuição de sentido, o que acarreta um determinado voluntarismo nas delibe-

52 STRECK, Lenio Luiz. "Aplicar a 'Letra da Lei' é uma Atitude Positivista?" *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index/php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

53 STRECK, Lenio Luiz. "Aplicar a 'Letra da Lei' é uma Atitude Positivista?" *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index/php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

54 STRECK, Lenio Luiz. "Aplicar a 'Letra da Lei' é uma Atitude Positivista?" *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index/php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

55 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

56 STRECK, Lenio Luiz. "A Interpretação do Direito e o Dilema Acerca de Como Evitar Juristocracias: A Importância de Peter Häberle para a Superação dos Atributos (*Eigenschaften*) Solipsistas do Direito." *Revista Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, p. 1-32, 2010/2011, ISSN 1982-4564. [on line]. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em 25 de outubro de 2012.

rações, caracterizado por decisões tomadas a partir de pré-compreensões pessoais em detrimento da apresentação de razões argumentativas justificantes. Para Streck⁵⁷, “cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio...”. De acordo com esta concepção, as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, oriundos da consciência do próprio intérprete. São as boas razões, a fundamentação e os argumentos de princípio que garantem consistência às deliberações.

4.3. Da necessidade de que a expansão do poder judicial ocorra sem violação do sistema político

O autor se preocupa com a diferenciação entre judicialização e ativismo: enquanto a primeira é considerada contingencial, uma característica do constitucionalismo contemporâneo, o segundo “pode ser destrutivo, uma vez que permite substituir os juízos morais e políticos institucionalizados no direito produzido democraticamente pela ‘opção’ pessoal dos juízes.”⁵⁸ Neste sentido, parece sugerir que o debate acadêmico em torno da expansão do poder judicial deva indicar caminhos para que a judicialização da política ocorra de forma compatível com bases da democracia constitucional, sem violar a autonomia do direito e o equilíbrio do sistema político; afinal, “o direito só pode ser considerado válido se os conteúdos afirmados pela jurisdição constitucional forem legítimos do ponto de vista democrático.”⁵⁹ Em outras palavras, “não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia.”⁶⁰

57 STRECK, Lenio Luiz. “Ativismo judicial não é bom para a democracia”. Entrevista à *Revista Consultor Jurídico - Conjur*. [on line]. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 25 de junho de 2012.

58 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio “Diálogos Constitucionais” à obra *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

59 STRECK, Lenio Luiz. “A Interpretação do Direito e o Dilema Acerca de Como Evitar Juristocracias: A Importância de Peter Häberle para a Superação dos Atributos (*Eigenschaften*) Solipsistas do Direito.” *Revista Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, p. 1-32, 2010/2011, ISSN 1982-4564. [on line]. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em 25 de outubro de 2012.

60 STRECK, Lenio Luiz. “A Interpretação do Direito e o Dilema Acerca de Como Evitar Juristocracias: A Importância de Peter Häberle para a Superação dos Atributos (*Eigenschaften*) Solipsistas do Direito.” *Revista Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, p. 1-32, 2010/2011, ISSN 1982-4564. [on line]. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em 25 de outubro de 2012.

Esta concepção se mostra adequada ao texto da Constituição de 1988, o qual incorpora princípios e valores que caracterizam um programa substantivo, voltado à transformação social, onde o Poder Judiciário assume um papel decisivo na realização de sua materialidade. Para o alcance dos objetivos traçados pela Lei Maior, fundamental que a expansão do Poder Judiciário ocorra sem violar o equilíbrio do sistema político e de forma compatível com as bases da democracia constitucional. Em outras palavras, este modelo está pautado no respeito à independência e na harmonia entre os poderes constituídos, que consistem nos principais alicerces da democracia⁶¹, onde a sintonia na sua interface depende do cumprimento dos papéis previstos na Constituição, mediante a busca do equilibrado exercício das respectivas atribuições. Inoportunas interferências de um poder no (s) outro (s) atuam contra a lógica constitucional e podem representar um foco de tensão entre a política e o direito, impondo abalos à estrutura do sistema democrático.

Mesmo diante das inúmeras vias de ação – que favorecem a judicialização, por permitirem levar ao Judiciário uma gama de questões –, é possível o Judiciário se manter numa posição autocontida, sem revelar um comportamento ativista que comprometa a legitimidade democrática de sua atuação e, portanto, deletério à democracia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil posterior à Constituição de 1988, percebe-se que os tribunais têm assumido um papel cada vez mais relevante no cenário político. Tal concepção orienta a reflexão sobre a necessidade da construção e manutenção de um modelo capaz de maximizar as possibilidades e minimizar os riscos para a consolidação democrática, no contexto de um complexo sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, que conjuga formas de controle difusa e concentrada, envolve diversas vias de ação e amplia sobremaneira a litigiosidade e também a judicialização da política. De

61 Conforme ensina Barroso, “a democracia, ou, mais propriamente, o constitucionalismo democrático, foi a ideologia vitoriosa do século XX, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Trata-se da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria”. BARROSO, Luis Roberto. Palestra: “Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez anos.” In: Conferência Magna de Encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba, 24 de novembro de 2011, p.2. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/luis_roberto_barrosoconferencia_de_enc.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2012.

tal modo, necessário que o debate acadêmico em torno da expansão do poder judicial sugira caminhos para que a judicialização da política ocorra de forma compatível com bases da democracia constitucional, sem violar a autonomia do direito e o equilíbrio do sistema político.

Os esforços de Streck para a melhor compreensão do alcance dos fenômenos presentes nos principais temas contemporâneos de jurisdição constitucional e hermenêutica são justamente neste sentido: a partir do reconhecimento da crise que aflige o Estado, o Direito e a dogmática jurídica, a proposta de construção de um modelo que, ao invés de corroer as estruturas sobre as quais estão assentados os poderes da república, seja capaz de reforçar a lógica democrática, e assim contribuir para a conquista de padrões mais elevados de desenvolvimento para o direito e a sociedade brasileira, mediante uma nova teoria da interpretação e aplicação da Constituição no Brasil, que permita a construção de respostas (constitucionalmente adequadas) aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo, com foco no papel da jurisdição constitucional na interpretação concreta do direito - no nível de aplicação -, ou seja, a hermenêutica jurídica.

A teoria da decisão judicial baseada no paradigma hermenêutico-filosófico, no enfrentamento do sujeito solipsista e na superação da filosofia da consciência, é uma grande contribuição para o direito brasileiro, por trazer relevantes discussões sobre questões relacionadas à consolidação e fortalecimento da democracia brasileira. Ao sustentar que não se altera a Constituição por meio de ativismos judiciais, o autor defende o arranjo institucional e enfatiza o papel das instâncias majoritárias representativas, privilegiando os processos democráticos típicos de formação da vontade, com a consequente limitação do papel das cortes no que diz respeito às tentativas de “alterar” ou “esticar” o texto constitucional, especialmente por intermédio de princípios construídos *ad hoc*. Em outras palavras: a defesa de que a expansão do poder judicial ocorra sem violação do sistema político, na busca de soluções possíveis à redução do inaceitável hiato entre o realizável e o realizado em matéria de direitos fundamentais e bem-estar social em nosso país.

O Brasil tem grandes desafios diante de um enorme conjunto de demandas e carências sociais, um longo caminho a percorrer para garantir efetividade aos direitos formalmente reconhecidos pela Constituição de 1988. Neste cenário, devem ser permanentes as discussões sobre o exer-

cício da jurisdição constitucional, que tem papel decisivo na realização da materialidade da Constituição e na busca dos objetivos fundamentais da República, apresentando-se como imprescindível à edificação das pontes que permitam ao país evoluir de um passado que não se aceita a um futuro que se deseja. ❖

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. "A Separação de Poderes." **Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros**. [on line]. Rio de Janeiro, Ano I – Número 5, p. 35-38-57, outubro a dezembro de 2009, ISSN 2175-2176. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Palestra: "Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez anos." *In*: Conferência Magna de Encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. [on line]. Curitiba, 24 de novembro de 2011, p.2. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/luis_roberto_barrosoconferencia_de_enc.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2012.

_____. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2012.

CAROLAN, Eoin. **The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State**. New York: Editora Oxford University, 2009.

CARVALHO, Ernani. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem." **Rev. Sociol. Polit.** [on line]. Curitiba, n. 23, p. 115-117-118-119-120, Nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em 14 de maio de 2012.

CASTRO, Flávia Viveiros de. "O Princípio da Separação dos Poderes." *In*: **Princípios da Constituição de 1988**. Organizadores: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO, Firly. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 151-152.

CASTRO, Marcos Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política." **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, n. 34. [on line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em 13 de maio de 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas." **Revista dos Tribunais**. São Paulo: v. 86, nº. 737/15 março, p. 19-21, março de 1997.

ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (Brasil). "Fundamentos Doutrinários da Escola Superior de Guerra." – Rio de Janeiro: **A Escola**, 1998, p. 49.

HIRSCHL, Ran. "*The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*". **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em 25 de junho de 2012.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. "Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas." **Rev. Sociol. Polit.** [on line]. Curitiba, v. 17, n. 0, p. 45-52, novembro de 2001, ISSN 0104-4478. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 22 de maio de 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. "Sentidos da Judicialização da Política: duas análises." **Lua Nova Revista de Cultura e Política**. [on line]. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002, ISSN 0102-6445. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>> Acesso em 21 de maio de 2012.

MAIA, Antônio Cavalcanti. "As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo." [on line]. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em 17 de maio de 2012.

MARSHALL, William P. "*Conservatism and the seven sins of judicial activism*. *University of Colorado Law Review*", v. 73, setembro de 2002. Disponível em: <http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em 28 de junho de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 96-97.

MONTESQUIEU, Charles de. "Do Espírito das Leis." Coleção **Os Pensadores** – História das Grandes Ideias do Mundo Ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156-157.

NASCIMENTO, Rogério J. B. S. "Direitos Políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal." *In: Revista JurisPoiesis*, ano 13, n. 13, jan-dez. 2010, ISSN 1516-6635, p. 406-429.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. "Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas." [on line] **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** São Paulo, n. 30, ano 11, fevereiro de 1996. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs/_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em 28 de junho de 2012.

STRECK, Lenio Luiz. "A Interpretação do Direito e o Dilema Acerca de Como Evitar Juristocracias: A Importância de Peter Häberle para a Superação dos Atributos (*Eigenschaften*) Solipsistas do Direito." **Revista Observatório da Jurisdição Constitucional.** Brasília: IDP, ano 4, p. 1-32, 2010/2011, ISSN 1982-4564. [on line]. Disponível em <<http://www.portal-deperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em 25 de outubro de 2012.

_____. "Aplicar a 'Letra da Lei' é uma Atitude Positivista?" **Revista NEJ – Eletrônica,** v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

_____. "Ativismo judicial não é bom para a democracia." Entrevista à **Revista Consultor Jurídico - Conjur.** [on line]. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 25 de junho de 2012.

_____. "Concretização de Direitos e a Interpretação da Constituição." **Boletim da Faculdade de Direito.** Coimbra: BFD 81, v. LXXXI, 2005, p. 291-323.

_____. "Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Socias no Brasil." **Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica** (organizador André Gustavo Corrêa de Andrade). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2ª tiragem, 2003.

_____. **Hermenêutica Jurídica e (em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 6ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. "Posfácio 'Diálogos Constitucionais' à obra Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição", de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

_____. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio M'ont Alverne Barreto. "A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional." [on line]. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2012.

SUSTEIN, Cass. **The Partial Constitution.** Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 142-149.

_____. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America.** New York: Basic Books, 2005.

VIEIRA, José Ribas. "Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil." **Revista Estação Científica** (Ed. Especial Direito). [on line]. Juiz de Fora, v. 01, n. 04, outubro/novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2012.

WERNECK VIANNA, Luiz. "O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudanç a e conservação." *In* R.G. Oliven *et alii* (orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira.** São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.