

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

Cristiane Maria de Lima Curtolo

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo análise da delicada relação entre direito e política, a qual foi significativamente alterada e ganhou especial relevo com as Constituições da Alemanha (1949), da Itália (1948), da Espanha (1972), de Portugal (1976) e, posteriormente, a do Brasil (1988) as quais ampliaram os textos constitucionais, com a incorporação de direitos sociais e econômicos, configurando o dirigismo constitucional. O que acarretou um aumento nos níveis das demandas sociais no direito, por via da ampliação do acesso à justiça, alterando a relação entre política e direito, com a redução da discricionariedade do legislador e a proeminência da jurisdição constitucional. Dessa forma, questões antes resolvidas no âmbito da política majoritária se tornaram passíveis de intervenção judicial, através dos mecanismos de controle de constitucionalidade. Tal alteração ocorre no Estado Democrático de Direito, o qual deve estar vinculado à ideia de constituição dirigente e de sua força normativa (Hesse). Assim, procura-se demonstrar que a questão dos limites entre direito e política é perpassada pelo problema hermenêutico de interpretação da Constituição, e que os diversos posicionamentos teórico-metodológico entre dos autores resultarão em diferentes configurações para o problema.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Hermenêutica Filosófica; Direito e Política.

Constitutional Interpretation: relation between Law and Politics in the Constitutional Jurisdiction

Abstract: This research aims the analysis of the delicate relation between law and politics, which was significantly changed and received a special attention with German Basic Law (1949), Italy Constitution (1948), and also Spain (1972), Portugal (1976) and later Brazilian Constitution (1988). They enlarged constitutional texts, embodying social and economic rights which configured constitutional interventionism. This led to an increase of lawsuits related to social rights, due to an improvement of the access to justice, altering the relation between politics and law, reducing legislators' discretion and enhancing constitutional jurisdiction. Thus, issues that once were solved in the scope of major politics matters were able to be solved by judicial intervention, by mechanism of judicial review. This transformation occurred in the Rule of Law, which must be linked to the idea of the Constitution as a driving force and its legal force (Hesse). This way, there's an effort to demonstrate that the issue of the limits concerning law and politics is due to the hermeneutic problems of Constitutional interpretation, and that many theoretical and methodological opinions of authors will result in different shapes for the problem.

Keywords: Constitutional Law, Philosophical Hermeneutics, Law and Politics

Notas introdutórias

A partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949 na Alemanha, da Constituição da Itália em 1948, da Espanha em 1972 de Portugal em 1976 e também a Constituição do Brasil de 1988, houve uma ampliação dos textos constitucionais, configurando o chamado dirigismo constitucional¹, devido à incorporação de direitos sociais e econômicos.

Com a inclusão desses direitos, questões antes decididas no âmbito da política majoritária, tornam-se agora passíveis de intervenção judicial, através de mecanismos de controle de constitucionalidade², aumentando assim, o número de demandas sociais no Poder Judiciário, o qual é chamado a se manifestar por via do acesso à justiça. Tal fato demonstra uma judicialização da política e a conseqüente alteração e reconfiguração da delicada relação entre direito e política.

Com o deslocamento do pólo de tensão entre os poderes, do Poder Legislativo para o Judiciário, há uma redução da discricionariedade do legislador (política) e a proeminência da jurisdição constitucional (direito) que passa a decidir questões político-sociais, antes restritas à esfera política.

Essa alteração ocorre no âmbito do Estado Democrático de Direito o qual deve estar vinculado à idéia de Constituição dirigente, especialmente através da busca da concretização da Constituição, com base em sua força normativa³. Tais fatores demandam uma mudança na

¹ No período chamado de “pós-bélico”, por Mario Losano observa-se o aumento do dirigismo constitucional, o qual já havia sido experimentado na Constituição Mexicana de 1917 e na alemã de 1919. Sobre o período de 1914 a 1948, Eric Hobsbawm assevera que “De todos os fatos da Era da Catástrofe, os sobreviventes do século XIX ficaram talvez mais chocados com o colapso dos valores e instituições da civilização liberal cujo progresso seu século tivera como certo, pelo menos nas partes “avançadas” e “em avanço” do mundo. Esses valores eram a desconfiança da ditadura e do governo absoluto; o compromisso com um governo constitucional com ou sob governos e assembléias representativas livremente eleitos, que garantissem o domínio da lei; e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião. O Estado e a sociedade deviam ser informados pelos valores da razão, do debate público, da educação, da ciência e da capacidade de melhoria (...). Afinal, em 1914 mesmo as duas últimas autocracias da Europa, a Rússia e a Turquia, tinham feito concessões na direção de um governo constitucional (...)” HOBBSAWN, Eric J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.113/114

² No Brasil, temos um sistema misto de controle de constitucionalidade o qual agrega o modelo difuso inspirado no *judicial review* americano além do modelo concentrado romano-canônico.

³ (...) a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presente, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição*

postura metodológica, para pós-positivista, com enfoque no tocante a fundamentação das decisões judiciais. Sobre esse contexto Rafael Tomaz de Oliveira afirma:

(...) esse caráter incisivo da figura do juiz que passará a intervir, no limite entre política e direito, nas questões envolvendo o acesso à justiça e nas questões envolvendo a concretização dos direitos fundamentais, deixa sempre a possibilidade de que sua decisão não possa ser controlada pelos meios democráticos de legitimação, o que levaria a possíveis arbitrariedades judiciais.⁴

No Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que as decisões judiciais sejam discricionárias, por isso é necessário buscar meios para impedi-las. O limite contra discricionariedades está na fundamentação (pela principiologia da Constituição), o juiz, na tomada de decisão deverá optar pela resposta correta, ou seja, aquela adequada à Constituição. “É a possibilidade efetiva de respostas corretas que serve como blindagem contra ativismos/discricionariedades.”⁵ Portanto, os limites entre direito e política nas decisões judiciais é perpassado pelo problema hermenêutico de interpretação da Constituição, veremos que os diversos posicionamentos teóricos dos autores, resultarão em diferentes configurações para o problema apresentado.

1.1 Ativismo judicial e judicialização da política

O juiz ou tribunal pratica ativismo ao decidir a partir de argumentos de política, de moral e não de direito, substituindo-o por convicções pessoais. O problema relativo ao ativismo surge no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo portanto de forma discricionária.

Não é possível falar-se em ativismo no Brasil antes da Constituição de 1988, pois antes não havia um controle de constitucionalidade efetivo, devido aos curtos períodos de democracia vividos pelo País e a conseqüente falta de autonomia do Supremo Tribunal Federal; as primeiras décadas de controle difuso sem mecanismos de extensão dos efeitos das decisões; a tardia inserção do controle concentrado de constitucionalidade (apenas em 1965); o tardio ingresso do Brasil na era do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito (...).⁶

(*Wille zur Verfassung*). HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris, 1991. p.19

⁴ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.68

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.p.388

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica ao direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2002 p.109-110.

Enquanto que a judicialização ocorre a partir deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção à justiça constitucional. Segundo Luiz Werneck Vianna “é inevitável a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo de outro (...).”⁷

2. Interpretação Constitucional

O termo, *hermenêutica constitucional*, apesar de ser amplamente utilizado pela comunidade jurídica, recebe críticas ao seu uso.

Pois como adverte Lenio Luiz Streck:

Entendo, ademais, que não é mais possível falar de uma “hermenêutica constitucional” específica, porque isto leva à recuperação (ou à armadilha) da velha hermenêutica clássica (método). Dito de outro modo, admitir a existência de uma hermenêutica constitucional é ver /entender a hermenêutica como mera técnica, recuperando com isso, a superada relação sujeito-objeto (S-O) da filosofia da consciência.⁸

Além, das críticas de Friedrich Müller aos métodos ou técnicas de interpretação. Para ele, “as regras tradicionais de interpretação não podem ser isoladas como “métodos” autônomos por si. Tais regras dirigem-se a toda e qualquer norma jurídica: porque cada norma jurídica tem o seu texto da norma (...).”⁹

Entretanto, Inocêncio Mártires Coelho, defende a especificidade de uma hermenêutica constitucional, no seguinte sentido “Destarte, a Constituição – enquanto objeto – determina a escolha do método próprio para seu conhecimento, método esse que, por sua vez ao ser manejado pelo intérprete, vai “criando” seus objetos hermenêuticos, num processo aberto e infinito (...)”¹⁰

É evidente ainda entre alguns juristas a permanência/não superação da relação sujeito-objeto, a qual é incompatível com o caráter hermenêutico necessário após o deslocamento do pólo de tensão entre os poderes em direção a jurisdição constitucional. Com as duas revoluções copernicanas do século XX - a tomada da filosofia pela linguagem

⁷ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO; Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann;. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 1999.p.10

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.308

⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre, Síntese, 1999. p. 68 e 69 *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.311

¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editó, 2003.p.90

(*linguist turn*) que resultou na derrubada do esquema sujeito-objeto, próprio da filosofia da consciência e no direito público o constitucionalismo com caráter dirigente e compromissório – trouxe para dentro dos textos constitucionais direitos político-sociais (com os direitos sociais e econômicos, direito à educação, saúde e ao trabalho) resultando num aumento da “dimensão hermenêutica do direito”.

3. Hermenêutica filosófica

Antes de debatermos as opiniões de outros autores sobre interpretação da Constituição, precisamos informar ao leitor o lugar de onde se fala e a partir do qual se desenvolverão as reflexões seguintes.

A principal obra de Hans-Georg Gadamer é *Verdade e Método* de 1960, contexto em que a hermenêutica procurava se afirmar como método compreensivo das ciências do espírito.¹¹ Com Stein, podemos dizer que o título poderia ser lido “*Verdade contra o Método*”. Porque o autor busca demonstrar que existem diferentes níveis de experiência¹² (arte, conhecimento histórico e linguagem) nos quais não se têm a verdade por meio lógico-analítico. Mas sim, “uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas da linguagem e do discurso.”¹³

Segundo Gadamer, “a hermenêutica filosófica não é ela própria a arte do compreender, mas a sua teoria”¹⁴. As conseqüências das análises de Gadamer certamente foram marcantes por causa da hermenêutica filosófica, a qual foi além filosofia hermenêutica.¹⁵

Em seu trabalho, o autor procura reabilitar a autoridade da tradição. Nesse sentido, autoridade tem a ver com conhecimento, ou melhor, o que foi consagrado pela herança histórica possui autoridade. Assim, o ser histórico fica determinado a essa. Para tanto, nos explica Gadamer que “a compreensão nas ciências do espírito compartilha com a

¹¹ STEIN, Ernildo. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹² “A experiência é justamente a expressão com que Gadamer procura nos sugerir que temos uma possibilidade de representação ou de descrição de uma totalidade e essa totalidade é a totalidade da experiência de mundo. Há, portanto, um universo fundamental ser humano que pode ser descrito por essa experiência.” STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 74

¹³ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 48

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índices*. Tradução de Enio PaGiachini. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.v.2.p.34.

¹⁵ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 72

sobrevivência das tradições, uma premissa fundamental, a de sentir-se interpelada pela própria tradição”.¹⁶ E sobre a experiência hermenêutica afirma:

A experiência hermenêutica tem a ver com a *tradição*. É esta que deve chegar à experiência. Todavia, a tradição não é simplesmente um acontecer que se pode conhecer e dominar pela experiência, mas é linguagem, isto é, fala por si mesma, como faz um tu. (...) estamos convencidos de que a compreensão da tradição não entende o texto transmitido como a manifestação vital de um tu, mas como um conteúdo de sentido, desvinculado de toda atadura para com os que opinam, para com o eu e o tu. Ao mesmo tempo, o comportamento com relação ao tu, e ao sentido da experiência que nele tem lugar tem de poder servir à análise da experiência hermenêutica; pois também a tradição é um verdadeiro companheiro de comunicação, ao qual estamos vinculados como o está o eu e o tu.¹⁷

Os preconceitos são condição da compreensão, “os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.”¹⁸ . Como afirma Gadamer, “Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos.”¹⁹ Aquele que pretende compreender,

(...) não pode de antemão abandonar-se cegamente à causalidade das próprias opiniões, para em conseqüência e de maneira cada vez mais obstinada não dar ouvidos à opinião do texto, até que esta opinião não se deixe mais ouvir, impedindo a compreensão presumida. Quem quiser compreender um texto está, ao contrário disposto, a deixar que ele diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve ser de antemão receptiva a alteridade do texto. Essa receptividade não pressupõe, no entanto, uma “neutralidade” quanto à coisa, nem um anulamento de si mesmo, incluindo a apropriação seletiva das próprias opiniões e preconceitos.²⁰

Feitas essas breves considerações, passaremos a análise do estado d’arte da *interpretação da Constituição*.

4. O estado d’arte da interpretação da constituição

Para a análise do estado d’arte da hermenêutica constitucional, serão utilizados os estudos dos seguintes autores: Inocêncio Mártires Coelho, Luis Roberto Barroso e Cristina

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ed. Petrópolis: Vozes, 1997.v.1.p.424.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ed. Petrópolis: Vozes, 1997.v.2.p.530

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes.v.2.1997.p.416.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índices*. Tradução de Enio PaGiachini. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.v.2.p.76.

Queiroz, com o objetivo de demonstrar que a relação entre direito e política consiste em um problema hermenêutico de interpretação da Constituição.

4.1 Os estudos de Inocêncio Mártires Coelho sobre Interpretação Constitucional

O autor tem como tema central de sua obra, ora abordada, a interpretação constitucional, sua especificidade e os métodos e princípios da interpretação constitucional. Veremos algumas de suas considerações sobre conceitos referidos ao longo de sua obra. Entre outros pontos, sua abordagem sobre a hermenêutica histórica e a pré-compreensão, em que afirma:

Apesar disso tudo, e de admitirmos que assiste razão a Hans-Georg Gadamer quando nos adverte que no domínio da hermenêutica histórica – onde está situada a hermenêutica jurídica – toda compreensão depende da pré-compreensão do intérprete; que essa pré-compreensão, por sua vez, é prefigurada pela tradição em que vive o intérprete e que modela seus preconceitos; que, nesse terreno, não se pode adotar um modelo de conhecimento objetivista, porque todo objetivismo não passaria de ilusão pois implicaria a possibilidade de uma compreensão a partir de um ponto de vista exterior a história; a despeito de tudo isso, achamos possível – e mesmo indispensável - *estabelecer padrões mínimos de racionalidade e de controlabilidade na interpretação dos modelos jurídicos.*²¹

Vale ressaltar, que a consciência histórica efetual²² é a consciência de que somos determinados pelos fatos históricos, os quais quando analisados e interpretados se tornam meio do desenvolvimento da compreensão.²³

Portanto, não podemos afirmar que falta racionalidade à hermenêutica ou que esta possibilite interpretações discricionárias, pois hermenêutica filosófica nos dá a consciência crítica, de modo a não estarmos presos a um conjunto de pré-conceitos, através de uma perspectiva de distância temporal por meio da tarefa de controlar a fusão de horizontes.²⁴

²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.p.25

²² “A consciência da história efetual é em primeiro lugar consciência da *situação* hermenêutica.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes,1997.p.451 “Compreender é um processo histórico-efetual, e se poderia demonstrar que é na linguagem própria a toda compreensão que o acontecimento hermenêutico traça seu caminho.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II. Complementos e Índices*. Tradução de Enio PaGiachini. Petrópolis: Vozes, 2002 p.81

²³ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p.76

²⁴ “Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois a margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.* (...) A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o

Gadamer procura controlar o subjetivismo através do não relativismo, da tradição e do círculo hermenêutico.

Ao tratar do “*método hermenêutico-concretizador*”, Inocêncio M. Coelho, afirma:

(...) toda pré-compreensão, em certa medida possui algo de *irracional*, (...) ficam a dever aos críticos alguns critérios de verdade que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, para quitar essa dívida, fazerem apelo a uma imprecisa e mal definida *verdade hermenêutica*, que pode ser muito atraente, como idéia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção.²⁵

A pré-compreensão²⁶ aborda os elementos constitutivos da própria racionalidade, os quais são fatores condicionantes do próprio processo de compreensão-interpretação. Porém pela perspectiva adotada pelo autor, a pré-compreensão não seria possuidora de racionalidade. Mas, Heidegger demonstra o significado prático que desde-sempre temos do mundo. E com Ernildo Stein, podemos afirmar, superando-se os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência que: “o acesso a algo não será mais de forma direta e objetivante; o acesso a algo é pela medição do significado e do sentido.”²⁷

Gadamer fala do *acontecer da verdade*, no qual está inserido o elemento da faticidade, especialmente referente ao segundo Heidegger²⁸ em que todo processo de compreensão é limitado pela história do ser. Esse acontecer da verdade causa estranheza à tradição analítica em que a verdade “é uma propriedade de proposições que podemos estabelecer através de determinados critérios.”²⁹.

A intenção da hermenêutica é aclarar o pano de fundo da verdade que encontra-se no acontecer da linguagem. A superação do método e da filosofia da consciência não significa que seja facultado ao interprete “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. “Se o método colocava a linguagem em um plano secundário (...) manipulável pelo sujeito solipsista, a

velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1997. v.2. p.457

²⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p.117

²⁶ “Há em toda ação humana, uma compreensão antecipadora do ser que permite que o *Ser-aí* se movimente no mundo para além de um agir no universo meramente empírico, ligado a objetos. Nos relacionamos com as coisas, com o empírico, porque de algum modo já sabemos como elas são. Há algo que acontece, além da pura relação objetivadora. É esse acontecimento nós o encontramos constantemente quando, pela nossa condição humana, compreendemos o ser. Nosso privilégio se constitui pelo fato de termos a “memória do ser”. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.149

²⁷ STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p.86 *apud* STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.17

²⁸ As duas linhas do pensamento de Heidegger, a primeira da compreensão do ser e a segunda da história do ser. Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p.72

²⁹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p.75

intersubjetividade que se instaura com o *linguist turn* exige que, no interior da própria linguagem seja feito o necessário controle hermenêutico”.³⁰

4.2 Os estudos de Luís Roberto Barroso sobre Constituição, Democracia e Supremacia Judicial

O autor aborda nesse estudo a ascensão do Judiciário nos últimos anos, a concepção tradicional das relações entre direito e política, como está situada a Constituição entre o universo político e jurídico e também um modelo real de relações entre direito e política, a partir dos chamados casos difíceis.

Para o autor judicialização significa “que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.”³¹, seria esta uma demonstração da fluidez dos limites entre direito e política na contemporaneidade. Causado por um reconhecimento da importância de se ter um Judiciário forte e independente, e sua ascensão institucional demonstraria a desilusão com a política majoritária devido a uma crise de representatividade e funcionalidade.

Já o ativismo judicial estaria ligado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação de outros Poderes.”³² Conforme o autor, as objeções tecidas sobre a expansão do Poder Judiciário em Estados constitucionais, não enfraquecem a importância dos juízes nas democracias modernas. Assim, Barroso defende que o fenômeno do ativismo possui uma face positiva, “o Judiciário está atendendo as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais”³³

Porém as experiências históricas, americana e alemã, a partir das quais podemos traçar um conceito de ativismo, não apontam para o “bem” ou para o “mal” das atividades

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.p.101

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp.content/themes/LBR/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf> Acesso em: 8 jan 2011.p.6

³² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp.content/themes/LBR/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf> Acesso em: 8 jan 2011.p.10

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 8 jan 2011.p.9.

desenvolvidas sobre este signo³⁴, que é sempre uma intervenção discricionária no sentido forte³⁵.

De extrema importância pra essa questão é o estabelecimento de parâmetros de legitimidade de intervenções judiciais no âmbito da política e da sociedade. Quanto ao ativismo judicial é que se tem a discussão sobre o governo dos juízes.

Outro aspecto abordado pelo autor é a relação entre direito e política, sobre a qual afirma: “O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa.”³⁶

Em seu estudo Luis Roberto Barroso, não expõe parâmetros para que se estabeleçam limites na relação entre direito e política, apenas assevera que a separação entre direito e política será sempre relativa, pois no momento de criação do direito é impossível separá-lo da política

4.3 Os estudos de Cristina Queiroz sobre interpretação constitucional

Em seus estudos sobre “*Os Limites da Interpretação Constitucional*”, a autora afirma que os direitos mediam entre “direito” e “política”, enquanto a tendência atual seria distinguir o conceito de “legitimidade” (política) do conceito de “validade” (jurídica).³⁷

É adotada pela autora a teoria da argumentação jurídica e o procedimento da ponderação presente na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Como é possível observar no seguinte trecho:

³⁴ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.30-31

³⁵ Para uma melhor compreensão do tema, as assertivas de Rafael Tomaz de Oliveira: “Dworkin fala em três sentidos para o termo *discricionariedade*: um sentido fraco; um sentido forte; e um sentido limitado. O sentido limitado (...) Significa que o poder da autoridade à qual se atribui poder discricionário determina-se a partir da possibilidade de escolha “entre” duas ou mais alternativas. A esse sentido, Dworkin agrega a distinção entre discricionariedade em *sentido franco* e discricionariedade em *sentido forte*, cuja determinação é bem mais complexa que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside, segundo Dworkin, no fato de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica incontabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Desse modo, *alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente*. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento.(...)” TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.28.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp.content/themes/LBR/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf> Acesso em: 8 jan 2011.p.46

³⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra : Coimbra, 2006.p.199

A “reserva do possível”, “no sentido daquilo que o individuo pode razoavelmente exigir da sociedade”, não tem como consequência sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a *necessidade da sua ponderação(...), que a necessidade de ponderação, de equilíbrio e compromisso entre interesses que se contrapõe, mas que se encontram protegidos por normas constitucionais de idêntico escalão(...)*.³⁸

A teoria da argumentação alexyana não superou o paradigma da filosofia da consciência, ou seja, o esquema sujeito-objeto. O cerne da problemática, como afirma Lenio Luiz Streck,

está na continuidade da “delegação” em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa escolha subjetiva. Daí a incompatibilidade com a circularidade hermenêutica, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se dá a antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas).³⁹

Portanto não se encontra superada a subsunção, a qual é prescrita por Alexy para os “*easy cases*”, ou seja, a aplicação de regras, “o que se opera através da subsunção por meio dos métodos tradicionais de interpretação e de solução de eventuais antinomias (critérios de anterioridade e da especialidade)”⁴⁰.

Enquanto a ponderação seria recomendada para os “*hard cases*”⁴¹, devido a aplicação de princípios e o método nesses casos seria o da ponderação, “Alexy estabelece a ponderação como procedimento apto a solucionar as colisões de princípios e evitar, assim, a livre escolha do juiz no momento decisional.”⁴² E dessa operação resultaria a regra de direito fundamental a ser aplicada por subsunção ao caso.

5. Considerações finais: reforçando os principais pontos levantados

³⁸ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.p.205-206

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.p.178-179.

⁴⁰ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.185.

⁴¹ Os “*easy cases*” seriam aqueles casos possíveis de serem resolvidos por subsunção, enquanto os “*hard cases*” exigiriam a construção de uma racionalidade discursiva que assegurasse as condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido. Cf STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.p.245.

Laurence Tribe e Michael Dorf tecem críticas aos *hard cases*: “It is a fundamental mistake to suppose that weighty problems of interpretation arise only in the hardest cases – only where the issue is one as to which the text is unusually vague or unusually ambiguous”. TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.p.34.

⁴² TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.185.

Diante de todas as considerações feitas, algumas questões merecem ser ressaltadas para reforçar a compreensão do fio condutor deste estudo:

a) Com a Lei Fundamental de Bonn na Alemanha de 1949, da Itália em 1972, de Portugal em 1976 e a Constituição do Brasil de 1988, ocorre uma ampliação dos textos constitucionais e o chamado dirigismo constitucional, como consequência da incorporação de direitos sociais e econômicos. Ocasionalmente o aumento de demandas sociais no direito, questões antes decididas no âmbito da política passaram a ser passíveis de intervenção judicial, por meio do controle de constitucionalidade. Tendo-se assim alterada a relação entre direito e política.

b) O juiz ou tribunal pratica ativismo ao decidir a partir de argumentos de política, de moral e não de direito, substituindo-o por convicções pessoais, em outras palavras, não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo assim de forma discricionária. Já a judicialização ocorre com deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção à justiça constitucional.

c) O uso do termo, *hermenêutica constitucional*, demonstra uma não superação do esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência, pois entende a hermenêutica como técnica.

d) A hermenêutica filosófica, com Gadamer, “a hermenêutica filosófica não é ela própria a arte do compreender, mas a sua teoria”. Em seu trabalho o autor procura reabilitar a autoridade da tradição, e também que os preconceitos são condição da compreensão.

e) A relação entre direito e política consiste em um problema hermenêutico de interpretação da Constituição e, os diversos posicionamentos entre os autores resultarão em diferentes configurações para o problema.

6. Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp.content/themes/LBR/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>

Acesso em: 8 jan 2011.

_____. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 8 jan 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Edito, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ed. Petrópolis: Vozes, 1997.v.1.

_____. *Verdade e método II: Complementos e Índices*. Tradução de Enio PaGiachini. Petrópolis: Vozes, 2002.v.2.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

HOBBSBAWN, Eric J. *A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras,1995.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo ,questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

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

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

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press,1991.

VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO; Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann;. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 1999.