

**INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL:
HERMENÊUTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO
PENSAMENTO DE LENIO STRECK**

**INTERPRETATION AND APPLICATION OF THE CONSTITUTION IN
BRAZIL: HERMENEUTICS AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION
IN LENIO STRECK THOUGHT**

Vinicius Figueiredo Chaves¹

Resumo:

O presente artigo é dedicado a analisar uma das principais abordagens do jurista Lenio Streck, que consiste no exame do papel destinado ao Poder Judiciário e à justiça constitucional no novo panorama oriundo do pós-guerra, questão que perpassa os campos da hermenêutica e da jurisdição constitucional 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.

Palavras-chave: Hermenêutica, jurisdição constitucional, Poder Judiciário, democracia.

Abstract:

The present paper is focused on the analysis of one of most valuable Lenio Streck treatments, which consists of the examination of the role of Judiciary and constitutional justice, based on new panorama which took place as result of post war. It spans the fields of hermeneutics and constitutional jurisdiction, aiming to the drawing of responses (constitutionally appropriate) to the dilemmas of contemporaneous constitutionalism. After the enunciation of relations between politics, Law, constitution, and duly constituted powers it is presented notions about Lenio's criticism on argumentation theories – due to its alleged democratic risks – and also on the proposal of new theory concerning decisions, based on hermeneutic-philosophic paradigm, which highlights the need for confrontation of solipsist subject and dismantling of conscience philosophy.

Key words: Hermeneutics, constitutional jurisdiction, Judiciary, democracy.

¹ Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ (defesa em 11-10-2013); 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.

Introdução

Como interpretar e aplicar as constituições têm sido problema de pesquisa corrente nas últimas décadas, desafiando estudiosos de diversos países à edificação de modelos teóricos capazes de apresentar soluções satisfatórias do ponto de vista da ciência jurídica.

Muito embora sejam frequentes as análises sobre os temas, permanecem as discussões sobre o papel do Poder Judiciário na busca da construção de respostas aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo, com divergências especialmente acerca dos seguintes pontos: i) a possibilidade de encontro de uma ou mais respostas constitucionalmente adequadas diante das questões submetidas à apreciação da jurisdição constitucional; ii) defesa ou não de ativismos judiciais para a sua resolução; iii) manifestação da expansão do poder judicial, através de participação crescente no processo de tomada de decisões políticas, em confronto com o papel das instâncias majoritárias representativas.

O objeto do presente artigo é justamente o enfrentamento das questões delineadas acima, relacionadas à hermenêutica e jurisdição constitucional, todavia, sem a pretensão de construção de uma abordagem própria: pretende-se realizar a análise das formas de interpretação e aplicação da Constituição propostas por Lenio Streck.² O objetivo da investigação é estudar uma das principais abordagens teóricas do autor, que consiste no exame do papel destinado ao Poder Judiciário e à justiça constitucional no novo panorama oriundo do pós-guerra.

Sem dúvida, trata-se de um dos principais problemas epistemológicos atuais, cuja discussão engloba não somente a interpretação aplicada no plano da cotidianidade do direito: as implicações da defesa ou não de ativismos judiciais para a resolução dos dilemas constitucionais impactam nas relações entre a política e o direito e no arranjo institucional entre os poderes constituídos. Por sua relevância e atualidade, justificam o presente estudo.

O primeiro item deste artigo será dedicado a contextualizar e apresentar o problema central da discussão, ou seja, a interpretação e aplicação da Constituição no Brasil e a construção de respostas aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo.

² A obra do jurista é bastante ampla e diversificada. Seus estudos e reflexões englobam epistemologia, constituição, ciência política, teoria do estado, hermenêutica, jurisdição constitucional, 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: (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.

Anuncia-se 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 hermenêutica e jurisdição constitucional, 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 democracia.³ 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 eficácia,⁴ contribuindo

³ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, vol. 75, no. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

para “um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional.”⁵

No caso brasileiro, tais modificações revelaram uma crise de paradigma de dupla face que atravessa o direito, uma crise que perpassa tanto o seu modelo - seu modo de produção liberal/individualista/normativista -, como também o seu processo de compreensão, ou seja, a hermenêutica.⁶ 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 foi materializada em causas⁷ e condições políticas⁸ para o surgimento do fenômeno conhecido como judicialização da política.⁹ Observado em diversas sociedades democráticas

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). *Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, p. 40.

⁷ 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: OLIVEN, R.G. et al (Org.). *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*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>.

Acesso em: 13 mai. 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*. São Paulo, no. 57, p.113-133, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 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, nº 34. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

⁸ Ernani 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. Em seguida, conclui 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, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, nº23, p.115, Nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

⁹ Segundo Rogério José Bento Soares do Nascimento, i) a expressão judicialização da política tem sua difusão atribuída a TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995), tendo sido empregada no significado mais comum por Torbjorn Vallinder em 1994 no trabalho “The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction” (*International Political*

contemporâneas,¹⁰ como 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 ação¹¹ – que permitem elevar ao Judiciário uma gama de questões¹² morais, sociais e políticas. Tal como ensina Carvalho,¹³ “essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios”. Na prática, tem feito com que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estejam sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário,¹⁴ 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 de atuação tem gerado inúmeras controvérsias, materializadas principalmente a partir de dois eixos de análise: de um lado, uma corrente¹⁵ hermenêutico-filosófica, que enfatiza o papel das instâncias majoritárias representativas, privilegiando os processos democráticos típicos de formação da vontade, com a consequente limitação do papel das cortes;¹⁶ de outro, teorias da argumentação pregam um Judiciário mais participativo nas democracias contemporâneas, atuando de maneira mais ativa

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); 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. *Revista JurisPoiesis*, ano 13, n. 13, jan-dez. 2010, p. 412.

¹⁰ CASTRO, *op. cit.*

¹¹ No caso brasileiro, são exemplos a ADI, ADI por omissão, ADC e ADPF.

¹² Dentre as questões destacadas por Ran 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, *op. cit.*

¹³ CARVALHO, *op. cit.*

¹⁴ BARROSO, *op. cit.*

¹⁵ 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.

¹⁶ Para Lênio Luiz Streck, “o ativismo judicial não é bom para a democracia”. STRECK, Lênio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Entrevista à *Revista Consultor Jurídico - Conjur*. 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 jun. 2012.

para resolver problemas políticos e sociais apresentados pelo cotidiano, com uma ocupação maior do mundo político pelo jurídico.¹⁷ 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.

A construção de respostas para os dilemas oriundos do constitucionalismo está permeada pela discussão sobre a defesa ou não de ativismos judiciais para a sua resolução. Assim, o debate sobre o papel do direito, da Constituição e da justiça constitucional não pode prescindir da percepção dos possíveis significados da expressão ativismo judicial.¹⁸ Seu entendimento é indispensável para a melhor compreensão desse crescente¹⁹ protagonismo do Poder Judiciário.

Descrito como um fenômeno de inúmeras dimensões,²⁰ pode o ativismo ser medido pelo grau de assiduidade com que o Judiciário invalida as normas e atos dos outros poderes, notadamente do Legislativo.²¹ Seria, tal como ensina Ribas,²² igualmente considerado ativista o Judiciário ao procurar suprir omissões dos demais poderes com suas decisões. Observando a realidade brasileira, Ribas²³ 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”.

¹⁷ 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, *op. cit.*, p. 412.

¹⁸ Segundo Lênio Luiz Streck, o ativismo pode ser “entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador”. STRECK, *Ativismo...*, *op. cit.*

¹⁹ Sobre o crescente protagonismo social e político dos tribunais, ver: SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, no.30, ano 11, fevereiro de 1996.. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs/_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 28 jun. 2012.

²⁰ 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 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 jun. 2012.

²¹ SUSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

²² VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*. Juiz de Fora, V.01, no. 04, outubro/novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

²³ *Idem*.

No Brasil, diante de uma Constituição que se empenha programaticamente e define os direitos sociais no terreno das políticas públicas²⁴ - vinculando assim os poderes políticos aos seus comandos e compromissos valorativos -, os problemas apontados são potencializados, o que impõe permanentes reflexões sobre a hermenêutica e o exercício da jurisdição constitucional. 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 institutos²⁵ 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.

2. As relações entre a política e o direito

Política e direito são elementos que não se confundem. Neste sentido, a lição de Barroso,²⁶ 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 rotação,²⁷ 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

²⁴ WERNECK VIANNA, *op. cit.*

²⁵ 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”. *Idem.*

²⁶ BARROSO, *op. cit.*

²⁷ *Idem.*

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.”²⁸

A política e o direito têm como ponto de contato a percepção do fenômeno do poder²⁹ 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 Streck.³⁰

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 maior aproximação³¹ entre direito e política, na prática, tem tornado difícil distinguir entre um direito e um interesse político. Tem 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, desde a sistematização, passando por sua evolução até o constitucionalismo contemporâneo, cenário em que a arquitetura institucional indica os agentes formuladores de determinados juízos políticos e permite conhecer em que importaria alterar o responsável por tais escolhas. Estas alternativas podem trazer em si problemas de legitimidade provenientes de eventuais comportamentos ativistas, capazes de fragilizar a autonomia do direito.

²⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em: 03 abr. 2012.

²⁹ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, v. 17, nº 0, p.45-52, novembro de 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 mai. 2012.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Concretização de Direitos e a Interpretação da Constituição. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: BFD 81, vol. LXXXI, 2005, p. 291-323.

³¹ CASTRO, *op. cit.*

3. O princípio da separação de poderes e o constitucionalismo contemporâneo

As discussões e ideias sobre a separação de poderes surgiram na Grécia Antiga.³² Foi, contudo, Montesquieu³³ (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 nas mãos de órgãos distintos,³⁴ 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 americanos,³⁵ 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 contrapesos,³⁶ que caracteriza a instituição de uma separação de poderes impura.³⁷

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

³² 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 Theotônio Mendes de. A Separação de Poderes. *Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano I – Número 5, p. 35, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2012.

³³ 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*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.156-157.

³⁴ ALMEIDA JUNIOR, *op. cit.*

³⁵ As principais ideias foram sistematizadas 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.

³⁶ 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, 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, Eoin. *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*. New York: Oxford University, 2009).

³⁷ 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.

aprimoramentos à equação dos poderes, com a previsão, nos próprios textos constitucionais, de incorporação de outras³⁸ atribuições às funções típicas tradicionais.

Nos regimes democráticos contemporâneos, o poder³⁹ soberano emanado do povo inaugura a ordem constitucional, dando conformação 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 arbítrio.⁴⁰ A constituição define o arranjo dos poderes do Estado e reserva a cada um deles funções⁴¹ 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 Barroso:⁴²

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

³⁸ 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.

³⁹ “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.

⁴⁰ CASTRO, Flávia Viveiros de. O Princípio da Separação dos Poderes. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO, Firly (Org.). *Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 151-152.

⁴¹ 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, no. 737/15, mar. 1997, p. 19-21.

⁴² BARROSO, *op. cit.*

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 contemporâneos.⁴³ Surgem renovados parâmetros de interpretação e de aplicação do direito, tributários de uma percepção expansionista do fenômeno jurídico, os quais resultam no estabelecimento de novos papéis para o Judiciário: aonde alguns⁴⁴ chegam a admitir, em certas ocasiões, uma postura mais ativa dos juízes, através do desempenho de funções criativas⁴⁵ 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 dilemas surgidos com o advento do constitucionalismo contemporâneo.

Sempre levando em consideração as especificidades histórico-factuais de cada Estado, o autor repudiou as tentativas de formulação de uma teoria geral do constitucionalismo,⁴⁶ preocupando-se em cunhar uma Teoria da Constituição Adequada aos Países de Modernidade Tardia.⁴⁷ 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

⁴³ O tema foi detalhadamente examinado por Maia, em trabalho que analisa as transformações em diversos sistemas jurídicos avançados. MAIA, *op. cit.*

⁴⁴ Para Mendes, Coelho e Branco “a criatividade judicial, ao invés 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.

⁴⁵ 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, *Hermenêutica Jurídica...*, *op. cit.*, p.108.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ STRECK, *Jurisdição Constitucional...*, *op. cit.*, p. 144.

(fenomenologicamente)”,⁴⁸ 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.

Aplicada ao Brasil, a teoria é voltada ao resgate do 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. Para tanto, o autor empreende análises sobre a hermenêutica, vale dizer, a interpretação aplicada no plano da cotidianidade do direito. Examina também as novas posturas do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, especialmente em sua relação com os demais poderes do Estado nos vinte e cinco anos sob a égide da Constituição de 1988.

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”,⁴⁹ 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 suposta 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. As principais críticas do autor a essa abordagem dizem respeito às tentativas de correção do direito pela moral, assim como a utilização da ponderação como modelo de realização do direito através de princípios (“principlismo”, “panprincipiologismo” e “bolha especulativa de princípios” são termos construídos por Streck como crítica à banalização na criação e utilização indiscriminada de princípios).

⁴⁸ STRECK, *Concretização...*, *op. cit.*

⁴⁹ *Idem, Posfácio...*

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*).”⁵⁰ 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.”⁵¹ 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.”⁵² 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: i) casos fáceis, “solucionáveis” por subsunção; e ii) casos difíceis, “resolvidos” através de princípios e de um livre atribuir de sentidos,⁵³ visto que ambos partem de um mesmo ponto e tem 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.

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

⁵⁰ *Ibidem*, *Concretização...*

⁵¹ *Idem*, *Posfácio...*

⁵² *Idem*, *Pós-fácio...*

⁵³ *Idem*. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 15 – n.1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index/php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 10 set. 2012.

O autor defende a possibilidade de encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico,⁵⁴ 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 solipsistas.⁵⁵

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*..”⁵⁶ Esta concepção de mundo que compreende o modo de decidir como extensão da vontade do intérprete, possibilitando discricionariedades e arbitrariedades,⁵⁷ 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 solipsista.⁵⁸

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 deliberações, caracterizado por decisões tomadas a partir de pré-compreensões pessoais em detrimento da apresentação de razões argumentativas justificantes. Para Streck,⁵⁹ “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 este entendimento, as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais,

⁵⁴ *Ibidem*. Aplicar...

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ *Idem*. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

⁵⁸ *Idem*. 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, ano4, p. 1-32, 2010/2011. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em: 25 out. 2012.

⁵⁹ *Idem*. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Entrevista à *Revista Consultor Jurídico - Conjur*. 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 jun. 2012.

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.”⁶⁰ 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.”⁶¹ Em outras palavras, “não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia.”⁶²

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 a harmonia entre os poderes constituídos, que consistem nos principais alicerces da democracia,⁶³ onde a sintonia na sua interface depende

⁶⁰ *Ibidem. Posfácio...*

⁶¹ *Idem. A Interpretação...*

⁶² *Idem.*

⁶³ 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:

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 elevar 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, o que 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 a forma difusa e a concentrada e envolve diversas vias de ação, amplia-se sobremaneira a litigiosidade e a judicialização da política. Em meio a esse cenário, imprescindível 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 Lenio Streck para a melhor compreensão do alcance dos fenômenos presentes nos principais temas contemporâneos de hermenêutica e jurisdição constitucional são justamente neste sentido: a partir do reconhecimento da crise que aflige o Estado, o Direito e a dogmática jurídica, o autor enuncia a proposta de edificação de um paradigma voltado ao reforço da lógica democrática. Este modelo é baseado numa teoria da decisão judicial que permita a construção de uma única resposta (constitucionalmente adequada) a cada um dos grandes dilemas que a realidade apresenta, oriundos do constitucionalismo contemporâneo.

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, englobando relevantes discussões sobre questões relacionadas à consolidação e fortalecimento da democracia brasileira. De acordo com esse entendimento o ativismo pode ser destrutivo, uma vez que permite substituir os juízos morais e políticos institucionalizados no direito produzido democraticamente.

O autor, ao sustentar que não se altera a Constituição por meio de ativismos judiciais, defende o arranjo institucional e enfatiza o papel das instâncias majoritárias representativas, privilegiando os processos democráticos típicos de formação da vontade. Consequentemente, advoga a 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, mas com papel decisivo na realização da materialidade da Constituição.

6. Referências:

ALMEIDA JUNIOR, João Theotônio Mendes de. A Separação de Poderes. *Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano I, no. 5, p. 35-57, out./ dez. 2009. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 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. Curitiba, 24 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/luis_roberto_barrosoconferencia_de_enc.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2012.

_____. 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: 14 mai. 2012.

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

CARVALHO. Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, no. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

CASTRO, Flávia Viveiros de. O Princípio da Separação dos Poderes. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO, Firly (Org.). *Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, nº 34. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

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

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

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, vol. 75, no. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, v. 17, no. 0, p. 4552, nov. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 mai. 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo, no. 57, p.113-133, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>> Acesso em: 21 mai. 2012.

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

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

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

MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

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

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. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, no. 30, ano 11, fevereiro de 1996. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs/_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 28 jun. 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, ano4, p. 1-32, 2010/2011. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 15 – n.1, p. 158-173, jan./abr. 2010. [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*. 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 jun. 2012.

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

_____. Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). *Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

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

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. 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*. Disponível

em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

SUSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

_____. *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*. Juiz de Fora, V.01, no. 04, outubro/novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

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