

A jurisdição constitucional e o problema da legitimidade: soluções advindas da hermenêutica constitucional contemporânea

André Gardesani¹

Resumo: A Justiça Constitucional tem sido alvo de diversos questionamentos, notadamente acerca da sua legitimidade, tanto sob o aspecto do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como sob o prisma da jurisdição constitucional das liberdades. O estreitamento entre o político e o jurídico, a harmonia e a independência entre os poderes, a postura ativista do Judiciário e os limites impostos pela hermenêutica são apenas alguns dos aspectos sob os quais se assentam o estudo do tema no direito constitucional. A partir da teoria do sistema autopoiético de Luhmann e das propostas advindas da hermenêutica constitucional contemporânea, busca-se uma interpretação constitucionalmente adequada sobre o entrelaçamento dos poderes públicos, com vista a proporcionar a efetiva materialização dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Ativismo judicial. Judicialização da política. Legitimidade.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestrando em Literatura Comparada pela Universidade Estadual Paulista (UNESP).

1. Introdução

O Poder Judiciário tem por atribuição constitucional controlar a atuação dos demais poderes, apreciando a constitucionalidade e a legalidade de suas ações ou omissões. Noutras palavras, incumbe ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade da atuação estatal.

Entretanto, o referido controle, que originariamente tinha um caráter negativo, pois se limitava a desfazer os atos inconstitucionais e ilegais, passou a ser também dotado de um caráter positivo, já que através dos instrumentos previstos no texto constitucional e destinados à sua atuação, tem regulamentado a ordem constitucional, sem prejuízo de impor políticas públicas governamentais, com o escopo de conferir efetividade aos direitos constitucionais.

Diante desse quadro, a atuação do Poder Judiciário implica o surgimento de dois fenômenos: a “politização da justiça” ou “judicialização da política” e a “criação judicial do direito”, os quais têm suscitado inúmeras controvérsias quanto à legitimidade da Justiça Constitucional, tanto sob o aspecto do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como sob o aspecto da jurisdição da liberdade: seria legítima a atuação concretizadora da jurisdição constitucional, face à inércia ou ineficiência dos poderes incumbidos da conformação constitucional? Quais os parâmetros que poderiam ser adotados com o escopo de se conferir à jurisdição constitucional maior credibilidade, de modo a solucionar os conflitos de interesses com a necessária compatibilidade com o princípio da separação de poderes e com o Estado Democrático de Direito?

Portanto, na ânsia de encontrar respostas para tantos questionamentos que afloram diante de um assunto de tão grande relevo é necessário que um estudo sério e responsável seja realizado a respeito da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional quando provocada a se manifestar sobre a inadequação da conformação da ordem constitucional.

É dentro desta órbita que se pretende desenvolver o presente estudo, o qual, parafraseando Mauro Cappelletti, promoverá o encontro entre os “três poderes” e as “três funções”: o encontro entre a lei, as políticas

públicas e a sentença; entre as normas e o julgamento; entre o legislador, o administrador e o juiz.²

2. Jurisdição constitucional: generalidades

2.1 Definição e enfoques doutrinários

Como se sabe, a produção plena dos efeitos das normas constitucionais depende da atividade de conformação infraconstitucional, a qual consiste em complementar, densificar e concretizar a Constituição. Essa atividade compete, em primeiro lugar, ao Poder Legislativo e, em segundo, ao Poder Executivo no exercício da sua competência normativa. Pode ocorrer, todavia, que os poderes incumbidos da conformação infraconstitucional editem normas de conformação ou de restrição que não se encontrem em consonância com o texto constitucional. Em outras situações, podem omitir-se quanto à edição das aludidas normas. Tais fatos acabam por justificar o desenvolvimento, nos mais variados sistemas jurídicos, de mecanismos destinados ao controle de constitucionalidade das leis e à tutela das liberdades, a serem exercidos mediante a provocação da denominada “jurisdição constitucional” ou “justiça constitucional”.

Destarte, a definição de “jurisdição constitucional” encontra-se intimamente atrelada à necessidade de estabelecer mecanismos destinados à solução dos conflitos de interesses que se formam no cerne da Constituição. A jurisdição constitucional é, pois, uma manifestação da soberania do Estado, cujo principal escopo é fazer prevalecer os valores consagrados na norma constitucional, através da sua aplicação ao caso concreto. Objetiva, portanto, a aplicação e a proteção da Constituição contra eventuais atos normativos que atentem contra o seu conteúdo formal ou material.

² Cappelletti analisou a questão da “conformação do legislador” e da “legitimidade da justiça constitucional” enfatizando que dela decorre “o encontro entre dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz” (*O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984. p. 26).

Em sua maioria, os defensores da jurisdição constitucional procuram justificá-la, dentre outros argumentos, por meio da mudança no paradigma dos contornos da divisão dos poderes no Estado contemporâneo; do reforço das maiorias e do efeito marginalizador das minorias; da vasta gama de modalidades de lesão aos direitos fundamentais; e da aproximação da justiça constitucional das realidades sociais.³

O já citado jurista italiano Mauro Cappelletti entende que a jurisdição constitucional é consequência lógica do alargamento das competências dos poderes incumbidos de realizar a conformação infraconstitucional. Entende, ainda, que o controle judicial decorre do sistema de “freios e contrapesos”.⁴

Válidas também são as lições de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobirmos alguma fórmula mágica que nos permita justificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.⁵

Portanto, nos dias de hoje, a jurisdição ou justiça constitucional parece ter-se tornado um elemento imprescindível em todo e qualquer Estado Democrático de Direito.

2.2 Origem

Historicamente a jurisdição constitucional surgiu como um mecanismo de defesa da Constituição, pois, sendo esta a norma suprema do ordenamento jurídico, donde emana a validade de todas as demais normas, necessita do estabelecimento de um conjunto de instrumentos destinados a protegê-la dos atos emanados dos poderes estatais.

3 SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Legitimação da Justiça Constitucional. Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

4 *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 19 e 46.

5 *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 133.

Nessa senda, podemos afirmar que a jurisdição constitucional encontra sua origem mais remota na Grécia antiga, quando se estabelecia a distinção hierárquica entre o *nómos*, considerada a lei em sentido estrito e o *pséfisma*, o decreto, de modo a se admitir um controle de validade das leis.

A mesma hierarquia que se estabelecia na Antiguidade grega entre a lei e o decreto, repetiu-se durante a Idade Média, entre as normas do direito natural (*jus naturale*) e as normas do direito positivo (*jus positum*).

Até então, como se nota, o controle limitava-se a avaliar a compatibilidade dos demais atos normativos com a lei ou do direito positivo com o direito natural. A ideia de supremacia da Constituição com relação às demais normas do ordenamento jurídico, somente surgiu mais tarde, em 1788, através do livro “O que é o terceiro Estado?” de autoria do abade Emmanuel Joseph Sieyès.⁶

Todavia, o momento crucial para o aparecimento da ideia de “jurisdição constitucional” ocorreu com o Direito Norte-americano, mais precisamente quando, em 1803, o Presidente da Suprema Corte John Marshall, no célebre caso *William Marbury v. James Madison*, reconheceu a invalidade da lei federal de organização judiciária que conferia à Suprema Corte competência que não lhe fora atribuída pelo texto constitucional. Não é demais dizer ser “deste período a maior contribuição americana ao direito constitucional: o princípio da supremacia do Judiciário ou o poder jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis.”⁷ Nasce, assim, a jurisdição constitucional difusa ou incidental, caracterizada por ser judicial e de caráter concreto, vale dizer, a lei apontada como inconstitucional deixa de ser aplicada ao caso concreto por qualquer integrante do Poder Judiciário.

Em oposição à jurisdição constitucional difusa originária do sistema norte-americano, surgiu a *jurisdição constitucional concentrada*, dotada

6 A sociedade francesa era dividida em três estados: nobreza, clero e povo. Sieyès considerava o povo como sendo o terceiro estado, pois através de seus representantes eleitos, organizavam a lei de regência do Estado: a Constituição. Esta estava acima da lei e dos poderes constituídos, razão pela qual deveria ser protegida através da instituição de um tribunal para o exercício desta finalidade.

7 RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1992. p. 35.

de caráter abstrato, isto é, o exame da inconstitucionalidade somente poderia ser aferido pelo Tribunal Constitucional diante da provocação de determinados órgãos políticos, sendo defeso a qualquer juiz exercer tal mister. É importante ressaltar que este sistema foi inicialmente consagrado pela Constituição da Austrália de 1920, com fundamento na ideia de Hans Kelsen, a qual inspirou diversas constituições europeias, razão pela qual também é denominado de “sistema europeu de controle de constitucionalidade”.

Inadequado seria esquecer que o denominado “recurso de amparo” instituído pela Constituição espanhola de 1931, conferiu essencial contribuição para o desenvolvimento da ideia de jurisdição constitucional, notadamente a jurisdição constitucional das liberdades. De fato, o referido remédio poderia ser manejado diretamente à Corte Constitucional, por aquele que tivesse sofrido lesão ao seu direito constitucionalmente assegurado, em razão de ato perpetrado pela autoridade pública, desde que houvesse o prévio esgotamento das instâncias judiciais.

Logo, a “jurisdição constitucional” origina-se da junção entre o sistema norte-americano e o sistema europeu de controle de constitucionalidade, acrescidos de remédios constitucionais destinados ao resguardo das liberdades públicas, conferindo aos órgãos incumbidos de seu exercício, a garantia de realizá-la tanto sob o prisma do controle difuso quanto do concentrado, como, por exemplo, ocorre entre nós.⁸

8 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade conjuga, em perfeita sintonia, o controle de constitucionalidade incidental ou difuso com o controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado. Contudo, em vista de recentes modificações havidas no texto constitucional, mormente a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento da ação direta e a criação da ação declaratória de inconstitucionalidade, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco entendem que a atual Constituição reduziu o significado do controle incidental ou difuso, conferindo um novo perfil ao modelo de controle de constitucionalidade no Brasil. A propósito, vale a pena registrar o seu entendimento: “(...) a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional do Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle constitucional incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que muitas controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal federal mediante processo de controle abstrato de normas. Portanto, parece quase intuitivo que, por essa forma, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade” (*Op. cit.*, p. 1102).

A partir da difusão desses sistemas de controles, elevou-se o número de países que instituíram Cortes Constitucionais com o objetivo de garantir a supremacia da Constituição, bem como que conferiram a seus juízes e tribunais ordinários o poder de controlar a constitucionalidade dos atos infraconstitucionais.

O Direito Público, nas palavras de Jorge Miranda, passou por uma “revolução copernicana”, ou seja, “a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam de ‘interpositio legislatori’ a uma fase em que se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações da vida — não resultou só em mudanças no regime político ou da ideia de Constituição. Resultou, sobretudo, no aparecimento de uma justiça constitucional, como tal estruturada e legitimada.”⁹

2.3 “Filtragem” ou “oxigenação” constitucional e os aspectos da jurisdição constitucional

Em razão da superioridade das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico, estas últimas devem guardar consonância com seu conteúdo, cabendo ao Poder Judiciário fazer uma constante (re)leitura do ordenamento jurídico infraconstitucional a partir da Constituição, a fim de adequá-lo aos ditames constitucionais. A esta “releitura” do ordenamento jurídico à luz da Constituição Clèmerson Martin Clève chama de “filtragem constitucional”¹⁰, e Alexandre Morais da Rosa, de “oxigenação constitucional”.¹¹

Com o escopo de exercer essa “filtragem” ou “oxigenação” dos atos estatais normativos, a Constituição outorgou ao Poder Judiciário dois mecanismos de jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e a jurisdição constitucional das liberdades.¹²

9 *Apud* STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 31.

10 Cf. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 229.

11 *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 102.

12 Foi Carlos Mário da Silva Velloso, com apoio nas lições de Cappelletti, quem primeiro propôs a divisão do exercício da jurisdição constitucional nestes dois aspectos: o controle de constitucionalidade e o controle da jurisdição da liberdade (“O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI”. *In: Revista Jurídica*, Porto Alegre, maio/2001. p. 5-16).

O controle de constitucionalidade consiste na verificação de “compatibilidade vertical”¹³ entre a legislação infraconstitucional e a Constituição. Portanto, falar em controle de constitucionalidade significa verificar a adequação vertical entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, tanto sob o ponto de vista formal (regularidade do processo legislativo), como sob o material (conteúdo da norma questionada).

Vimos que o controle de constitucionalidade foi idealizado a partir de dois grandes modelos ou sistemas: o norte-americano, em que se desenvolveu o controle difuso de constitucionalidade, e o europeu do qual originou-se o controle concentrado. Entre nós, o controle concentrado é exercido através das seguintes ações:

- 1) Ação direta de inconstitucionalidade (CF, artigos 102, inciso I, alínea “a”, 103 e 125, § 2º);
- 2) Ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º);
- 3) Ação declaratória de constitucionalidade (CF, artigos 102, inciso I, alínea “a” e 103); e
- 4) Ação declaratória de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º).

Por outro lado, o *controle difuso* ou *concreto de constitucionalidade* é realizado incidentalmente através dos mais diversos instrumentos de direito processual constitucional e infraconstitucional, declarando os juízes e tribunais a inconstitucionalidade de uma norma, com efeito limitado às partes processuais.

Ao lado do controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional também é exercida através de instrumentos processuais constitucionalmente previstos e postos à disposição do cidadão para a defesa de seus direitos, sempre que violados ou ameaçados. Sob essa perspectiva a jurisdição constitucional é denominada jurisdição constitucional das liberdades, a qual caracteriza-se através da consagração, na Constituição, de um rol de garantias de ordem processual para as hipóteses de ameaça ou violação de direitos, bem como através da outorga aos juízes e tribunais ordinários e à Corte Constitucional de poderes destinados a protegê-los.

13 Expressão empregada por José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 1992. p. 47-49).

A jurisdição constitucional das liberdades no Brasil, que segue o sistema norte-americano, é exercida de forma difusa por todos os membros do Poder Judiciário, conferindo-se ao jurisdicionado diversos instrumentos processuais destinados a provocá-la: *habeas corpus* (CF, art. 5º, inciso LXVIII), mandado de segurança (CF, art. 5º, incisos LXIX e LXX), mandado de injunção (CF, art. 5º, inciso LXXI), *habeas data* (CF, art. 5º, inciso LXXII) e a ação popular (CF, art. 5º, inciso LXXIII).

Portanto, muitos desses instrumentos além de destinar-se à proteção judicial dos direitos constitucionais, também constituem meio para o exercício do controle difuso de constitucionalidade.

2.4 Competência para o exercício da jurisdição constitucional

A Constituição Federal, em matéria de jurisdição constitucional sob o aspecto do controle de constitucionalidade, confere competência a quaisquer juízes ou tribunais perante os quais a inconstitucionalidade venha a ser arguida em matéria de defesa por parte do interessado (controle difuso). Sem prejuízo, a Constituição também outorga competência a um tribunal específico, no qual se concentra a função de resguardo da Constituição: o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado). Sob o aspecto da jurisdição constitucional das liberdades, a legitimidade também é outorgada a todos os juízes e tribunais ordinários, bem como ao Supremo Tribunal Federal, conforme regras de competência que a Constituição estabelece.

3. O princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle da conformação infraconstitucional

A evolução do Direito impõe a outorga, aos indivíduos, do direito de acesso à justiça, como forma de substituir, nos conflitos ocorrentes na vida social, o emprego da força privada pela aplicação do direito. Não é por outra razão que essa garantia encontra-se prevista em grande parte das Constituições dos países europeus, norte-americanos e latino-americanos.

Entre nós, o direito de acesso à justiça, também denominado por alguns autores de princípio da inafastabilidade da jurisdição e, por outros, de princípio do direito de ação, encontra-se previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, como direito humano fundamental: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Apesar de a literalidade do texto constitucional passar a impressão de que o preceito constitucional tem como único destinatário o legislador, bom é dizer que, ao contrário do que parece, o dispositivo abrange qualquer espécie de norma, oriunda de qualquer um dos poderes constituídos, nas três esferas de governo, que venham, de qualquer forma, a obstar o acesso ao Poder Judiciário.

A propósito, válidas são as lições de Márcio Louzada Carpena:

À evidência que a abrangência da disposição legal é muito maior do que a redação que lhe foi imposta, pois essa, na realidade, somente preconiza um espírito de consagrar que ao Judiciário poderá ser levado os conflitos sociais, sendo plenamente contrária à disposição do sistema qualquer ordem, independente da origem, que venha a impedir que o cidadão possa pleitear socorro ao Estado para defender seus direitos.¹⁴

É importante assinalar que o direito de ação é exercitável até mesmo contra o Estado, notadamente diante do inadequado exercício do poder de conformação da ordem constitucional por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

É relevante notar, contudo, que o controle jurisdicional, em tais hipóteses, deve ser exercido em consonância com os parâmetros previstos pela própria Constituição, notadamente o princípio da separação de poderes. De igual forma, como se verá, haverão de ser respeitados alguns limites traçados pela hermenêutica constitucional contemporânea.

4. A legitimidade da jurisdição constitucional

A legitimidade da justiça constitucional vem sendo objeto de muitos questionamentos, sendo que as principais objeções versam sobre a pretensa violação ao princípio da separação dos poderes e à invasão do plano político dos Poderes Legislativo e Executivo. Essas objeções acabam por colocar em “xeque” a legitimidade da jurisdição constitucional.

¹⁴ “Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo”. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.) *As Garantias do Cidadão no Processo Civil*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 14.

Não deixam de existir, no entanto, aqueles que defendem a legitimidade da justiça constitucional como decorrência lógica do alargamento das funções dos demais poderes na ordem jurídica, bem como do sistema de “freios e contrapesos” e do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Com o objetivo de conter as tensões formadas entre as duas correntes de pensamento acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, bem como estabelecer parâmetros razoáveis para o controle judicial das conformações infraconstitucionais, é importante a realização de um prévio estudo sobre a distinção das funções do Estado, adotando-se, como ponto de partida, a teoria de Luhmann sobre o sistema autopoietico.

4.1 Sistema político e sistema jurídico: distinções segundo a teoria do sistema autopoietico de Luhmann

Com o advento da modernidade, verificou-se uma ruptura entre o modelo unificado de sociedade e o modelo de sociedade descentrada, gerando um incremento da complexidade das relações sociais com um conseqüente processo de diferenciação funcional da sociedade.

Tal estado de coisas não passou despercebido aos olhos do sociólogo alemão Niklas Luhmann, que interpretou a sociedade como um sistema autopoietico. A bem da verdade, Luhmann aplicou ao sistema social uma teoria importada do conceito de autopoiese concebida na década de 1970 pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco J. Varela, cuja aplicação restringia-se aos sistemas vivos, referindo-se à capacidade que os seres vivos têm de autoproduzir-se.

O ponto de partida da teoria sob exame reside na distinção entre “sistema” e “ambiente”. No dizer de Cássius Guimarães Chai, sistema é um “conjunto de elementos inter-relacionados, cuja unidade é dada por suas interações e cujas propriedades são distintas da soma desses elementos.”¹⁵ Tenha-se presente que o sistema encontra seus limites definidos pela fronteira existente entre ele e o meio ambiente, não se admitindo atuação do sistema para além de suas fronteiras. O ambiente, por

15 *Descumprimento de Preceito Fundamental: Identidade Constitucional e Vetos à Democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 50.

seu turno, não é apenas uma categoria residual, pois é elemento constitutivo do sistema, quando com ele mantém relação.

Outro elemento fundamental para a compreensão da teoria dos sistemas é a “comunicação” que somente se verifica no interior do sistema e como forma de selecionar e processar os dados que se apresentam disponíveis no mundo exterior, conferindo-lhe sentido.

No interior do sistema, os subsistemas diferenciam-se, basicamente, através da adoção de uma forma específica de comunicação, composta por “códigos binários”, isto é, códigos que miscigenam a positividade com a negatividade. Esse processo de comunicação dá origem ao que Luhmann denomina de “autorreferência”, ou seja, a “capacidade de estabelecer aquelas relações entre si ao mesmo tempo em que diferenciam essas relações mantidas com o seu ambiente.”¹⁶

Como visto, sistema e ambiente não mantêm relações entre si, daí decorre a necessidade de se estabelecer uma forma que permita a convivência harmônica entre ambos. Luhmann voltando-se mais uma vez à ideia desenvolvida pelos biólogos chilenos, emprega o conceito de “acoplamento estrutural” para promover a referida coexistência entre o sistema e o meio externo, bem como a reação contra as “irritações”¹⁷ originárias do ambiente.

Apresentadas as noções fundamentais sobre a teoria da sociedade como sistema autopoietico, convém notar que o direito assim como a política representam subsistemas desta mesma sociedade, cada qual funcionando com seu código binário próprio. De fato, no subsistema jurídico o código opera por meio da distinção entre “direito” e “não direito” e, no subsistema político, por intermédio da distinção entre “poder” e “não poder” ou “governo” e “não governo”.

Vale ainda registrar que o direito e a política assim entendidos como subsistemas autônomos que operam mediante códigos binários próprios constituem um ambiente do outro. Noutras palavras, o direi-

16 Cf. CHAI, Cássius Guimarães. *Op. cit.* p. 50.

17 O “termo ‘irritação’ deve ser entendido como capacidade de reação a situações ou eventos gerados por fatores externos” (Cf. CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 35. jan.-jun./2001. p. 173).

to é o ambiente em que rodeiam outros subsistemas sociais, dentre os quais o subsistema da política, assim como este último constitui o meio ambiente do direito.¹⁸

Ocorre que a coexistência entre estes dois subsistemas pode causar perturbações ou irritações recíprocas, as quais devem ser atenuadas mediante a adoção da ideia de acoplamento estrutural, que, no caso dos subsistemas jurídico e político, é a Constituição que funcionará como elemento de acoplamento, de modo a compatibilizar o conflito entre o direito e a política. Tenha-se em mente, contudo, que a Constituição não se afigura como o único recurso de harmonização entre direito e política, já aos Tribunais é conferida a relevante tarefa de julgar os casos concretos com base no código jurídico (“direito” e “não direito”), sendo lhes defeso encontrar soluções fora do subsistema do direito.

Nesse sentido, ensina Luhmann que “os tribunais somente podem decidir com base no código jurídico – direito/não direito – abandonando qualquer enfoque moralista, político ou utilitarista.”¹⁹

Eis, portanto, uma das maiores virtudes da construção teórica de Luhmann para efeito do presente estudo: a distinção funcional entre o sistema jurídico e o sistema político, bem como as bases teóricas para a harmônica convivência entre os citados sistemas.

4.2 A tripartição das funções estatais

Segundo a teoria da tripartição dos poderes, proposta por Montesquieu, cada uma das atividades estatais deve ser executada por órgãos distintos, com o escopo de se impedir a formação de governos absolutos mediante a concentração de poderes nas mãos do monarca.

Nossa atual Constituição alberga a citada teoria em seu artigo 2º, ao dispor que são “poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

18 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000. p. 159.

19 *El Derecho de la Sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero-Americana, 2002. p. 380.

Não quer o aludido dispositivo dizer, entretanto, que a independência entre os poderes seja absoluta, pois há a necessidade de haver certo grau de intervenção com o objetivo de se assegurar a harmonia. É o que a doutrina norte-americana convencionou denominar de “sistema de freios e contrapesos” (*checks and balances*).

Destarte, podemos afirmar que o sistema de freios e contrapesos confere ao Poder Judiciário a atribuição de tutelar os valores constantes das normas do ordenamento jurídico. Todavia, as intervenções do Poder Judiciário nos demais poderes deve ser feita com observância dos limites impostos pela norma Constitucional, pois, do contrário, violado estaria o dogma da separação de poderes.

4.3 O ativismo judicial e a criação judicial do direito

Com a transição do regime liberal para o Estado Social de Direito, constatou-se um aumento dos anseios sociais, o que gerou um incremento na atuação dos órgãos públicos, mormente do Poder Judiciário, com vista a concretizá-los. Entretanto, muitos dos reclamos da sociedade deixaram de ser atendidos em razão da ausência ou, mesmo, da morosidade na adoção de medidas legislativas. Diante desse panorama, verificou-se uma inevitável ativação judicial.

A justificativa para a referida “ativação” reside no fato de que o julgador é capaz de encontrar, com muito mais presteza, as soluções para os conflitos de interesses que afloram na sociedade, do que as demoradas soluções apresentadas pelo legislador ou pelo administrador. Desse modo, levando-se em conta o fato de que as exigências da sociedade são absorvidas pelo intérprete-aplicador da norma, através de novas leituras, novos modelos jurídicos acabam sendo criados. Miguel Reale denomina esses novos modelos jurídicos de “modelos autônomos” e ressalta que o aplicador da norma possui competência para criá-los desde que observe dois princípios fundamentais: 1) o julgador não pode eximir-se de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade na lei; e 2) diante da omissão da norma, o aplicador deve agir como se fosse legislador.²⁰

²⁰ *Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Ao analisar a legislação processual civil em vigor, verificamos que os princípios acima mencionados encontram-se positivados no artigo 126 do Código de Processo Civil:

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Os defensores do ativismo judicial justificam-no através do argumento segundo o qual as cortes constitucionais estão situadas fora e acima dos poderes do Estado. Aduzem, ademais, que os enunciados das normas constitucionais são abertos e indeterminados, conferindo ampla liberdade para o exercício da criatividade do intérprete-aplicador do direito.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco apresentam diversos argumentos favoráveis a essa tendência ativista do Judiciário, dentre os quais se destaca a questão da autonomia do objeto nas ciências naturais e nas ciências do espírito ou culturais²¹:

Entre as ciências naturais, rigorosamente, como todos sabemos, a questão da autonomia do objeto nem sequer se coloca, ou pelo menos não se coloca com a mesma intensidade com que se põe nas ciências humanas, porque nesse terreno o sujeito do conhecimento não pode criar nem consumir o objeto das suas investigações. É que, sendo externos e estranhos, de todo alheios ao cientista, os fenômenos naturais como que são imunes a contaminações subjetivas, e isso menos por virtude do sujeito do que pela impropriedade do objeto.

E, prosseguem, mais adiante:

21 As ciências do espírito ou cultural compõem-se de realidades ou fenômenos que pertencem ao *mundo* do “dever ser”, por serem dotados de valorização. As normas jurídicas pertencem a essa classe, por comportarem variação de significado em virtude da interferência da vontade humana, como forma de adequar os meios aos fins. Em contrapartida, as ciências naturais pertencem ao mundo do “ser”, pois se constituem de fenômenos que podem ser aferidos pela mera constatação de fatos naturais. As leis físicas, por exemplo, são dotadas de definitividade, na medida em que não sofrem qualquer alteração de significado com o passar do tempo, justamente por serem leis postas pela natureza. É o que se dá, por exemplo, com as leis formuladas por Isaac Newton, as quais explicam vários comportamentos que ocorrem regularmente com os objetos físicos.

No âmbito da cultura, no entanto, porque o sujeito trabalha com formas significativas, com realidades que não se explicam, antes se compreendem e, ainda, porque nesse terreno toda descoberta de sentido envolve ou exige, necessariamente, uma atribuição de sentido (...).²²

Entretanto, bom é dizer que o ativismo judicial e a criação judicial do direito também encontram fortes opositores. Sebastián Soler é um deles. Segundo o citado jurista, as normas jurídicas são estruturas nas quais se articulam conceitos, ideias e valores, cujo sentido não é subjetivo, mas objetivo. Caso a criação livre do direito triunfe, trocar-se-á a firmeza objetiva dos comandos normativos pelo subjetivismo do julgador. Argumenta, ainda, que o princípio da separação dos poderes obstará a atribuição, por parte do Poder Judiciário, de sentido diverso daquele que conste na norma interpretada. O julgador, ao criar o direito, estaria substituindo a ação do legislador numa nítida ofensa ao princípio da separação dos poderes.²³

Convém ressaltar que o problema em foco não é típico de países que adotam o modelo da *civil law*, pois também afeta países da *common law*, como é o caso dos Estados Unidos, onde setores de esquerda têm-se utilizado do Poder Judiciário como instrumento destinado a colocar em prática as suas propostas de reforma. Nesse sentido, o advogado norte-americano Mark R. Levin lançou um livro intitulado *Men in Black: How the Supreme Court Is Destroying America* (“Homens de preto: como a Suprema Corte está destruindo os Estados Unidos”), onde também enfatiza a postura ativista que vem sendo adotada pelo Poder Judiciário estadunidense.

4.4 Politização da justiça constitucional

A confusão entre os subsistemas político e jurídico também dá origem a uma tendência denominada pela doutrina constitucional contemporânea de “politização da Justiça Constitucional”.

A seu respeito, encontramos na doutrina duas correntes de pensamento.

²² *Op. cit.* p. 89-90.

²³ *La interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 89-90.

A primeira corrente, denominada *procedimentalista*, apoia-se nas ideias de Habermas e é contrária à judicialização das políticas públicas, sob o fundamento de que o controle judicial criaria uma crise institucional, além de prejudicar o exercício da cidadania ativa, pois colocaria o cidadão na dependência do Poder Judiciário para o exercício de seus direitos fundamentais.

A segunda baseia-se no pensamento de Dworkin e denomina-se corrente *substancialista*. Trata-se de um posicionamento favorável à judicialidade das políticas públicas, pois, em síntese, entende que a lei constitui vontade indireta do povo, na medida em que ele consente na sua edição por meio de seus representantes. Logo, a partir desse contexto democrático, o juiz deve deixar de ser um aplicador formal da lei e adotar uma postura mais ativa, no sentido de que os cidadãos tenham os seus direitos concretizados.

Entre nós, entendia o Supremo Tribunal Federal que a atividade do Poder Judiciário não se confunde com ato de produção normativa:

A interpretação do ordenamento positivo não se confunde com o processo de produção normativa – O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos juízes e Tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República.²⁴

Contudo, em julgados mais recentes, podemos constatar a modificação desse entendimento, de modo a albergar a corrente substancialista por ocasião do julgamento de instrumentos destinados à provocação da atuação da jurisdição constitucional.

Com efeito, ao julgar a ADC n. 12/DF, entendeu a Suprema Corte que, mesmo diante da inexistência de regulamentação legal, é constitucional a

24 RE 266041-SP, relator Ministro Celso de Melo.

Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que proíbe a nomeação de parentes por parte dos membros do Poder Judiciário.²⁵ Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 13²⁶, estendendo a vedação do nepotismo aos membros do Poder Executivo e Legislativo.

Além disso, pode-se também verificar a mesma linha de ativismo na ADI 3682, relativa à necessidade de edição de lei complementar federal estabelecendo o procedimento e o período para que a lei estadual crie Municípios (CF, art. 18, § 4º), na qual o Plenário da Suprema Corte reconheceu a omissão do Poder Legislativo em elaborar a referida lei complementar, fixando o prazo de dezoito meses para que o Congresso Nacional edite a lei complementar federal.²⁷

Outro fato digno de nota é que Supremo Tribunal Federal tem consagrado a perspectiva ativista também no controle concreto de constitucionalidade, pois, ao julgar os mandados de injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, respectivamente impetrados, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, com o escopo de garantir aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição²⁸, decidiu que a solução para a omissão legislativa se dará mediante a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.²⁹

Essa postura ativista adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede do controle concreto de constitucionalidade, mereceu destaque no Informativo n.º. 485, onde restou assentado que “a Corte, afastando-

25 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF. Pleno. Rel. Min. Carlos Britto. 16 fev 2006. DJ 01.09.2006.

26 Nos termos da referida súmula, a “nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

27 ADI n. 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9.5.2007, DJ 6.9.2007.

28 Nos termos do art. 37, inciso VII da Constituição, “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

29 MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; e, MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007.

-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.”³⁰

A mesma postura ativista ocorre em matéria de políticas públicas, seara em que o Supremo Tribunal Federal sufragou o entendimento segundo o qual o Judiciário pode atuar com vistas a implementá-las, sem que se vislumbre qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes. A propósito, foi de crucial importância o julgamento da ADPF n. 45/DF promovida contra veto presidencial incidente sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O referido dispositivo considerava ações e serviços públicos de saúde “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” O autor da ação argumentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Ocorre que, inobstante tenha vetado o dispositivo questionado, o próprio Presidente da República tomou a iniciativa de remeter ao Congresso Nacional um projeto de lei que restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003, dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto, o qual foi transformado na Lei nº 10.777/2003. Destarte, não obstante tal fato pudesse prejudicar o objeto da ação de arguição de descumprimento fundamental, em razão da iniciativa do Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ação como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização das políticas públicas.³¹

Contudo, malgrado haja por parte da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal uma forte inclinação ao ativismo judicial e à politização da justiça, entendemos que a questão mereça ser analisa-

30 Informativo 485, de 25/10/2007: disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo485>. Acesso no dia:27/02/2009.

31 ADPF 45 MC;DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29.4.2004, DJ 4.5.2004.

da com maior cautela. De fato, diversas questões devem ser levadas em conta quando o tema é judicialização das políticas públicas.

De fato, a partir do momento em que o sentido e o alcance da Constituição e das leis passam a ser alterados pelo Poder Judiciário, é debilitada a própria organização do Estado, o sistema político e o princípio da soberania popular, já que, em muitas vezes, as referidas alterações contrariam a vontade do povo e de seus representantes. A tarefa de exprimir a vontade popular é atribuída pela Constituição ao Poder Legislativo, por meio da elaboração das leis, e ao Executivo, através da administração e execução das leis.

Ademais, como visto alhures, a politização da ordem constitucional acaba gerando a indevida inversão dos códigos através dos quais operam o subsistema político e o subsistema jurídico. Dessa forma, o Judiciário, ao proferir decisões que não contemplem o código jurídico (“direito” e “não direito”), acaba por subverter a ótica da separação dos poderes, invadindo, destarte, competência política atribuída com exclusividade ao Legislativo e ao Executivo.

Dessa forma, o Poder Judiciário acaba encontrando, fora do subsistema jurídico, solução para a inefetividade do legislador e do administrador, o que resulta na arbitrária criação judicial do direito, com a conseqüente subversão do sistema.

Convém notar, outrossim, que os juízes constitucionais não são eleitos pelo povo, razão pela qual, em face do princípio da soberania popular (CF, art. 1º), o Poder Judiciário estaria usurpando prerrogativas dos representantes do povo e, com isso, violando a aludida soberania.

Enfim, existem diversos limites que ainda devem ser considerados pelo Poder Judiciário ao implementar as normas constitucionais, os quais consistem na estrutura objetiva da norma e nas reservas da consciência e do possível, assim como na “abertura” do processo constitucional, mediante a extensão do rol dos intérpretes da Constituição.

4.5 Limites à materialização das normas constitucionais

4.5.1 Limites decorrentes da estrutura objetiva da norma

O primeiro limite que deve ser observado em matéria de implementação de direitos constitucionais pelo Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição constitucional, decorre da estrutura objetiva da norma.

Nesse sentido, ainda que a estrutura da norma constitucional seja aberta e flexível e por mais ampla que seja a liberdade de interpretação conferida ao juiz constitucional, ela não é absoluta, de sorte que é vedado criar ou atribuir significados aos enunciados normativos, bem como extrapolar a estrutura objetiva da norma.

Isso não quer dizer que o julgador deve restringir-se a um mero aplicador da lei, desconsiderando a realidade social. Deve, pois, sem se afastar da estrutura normativa da norma, considerar todo o contexto das relações sociais.

É o que ensina com muita propriedade Carlos Maximiliano:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta à cena certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltar aos olhos dos espectadores maravilhados com belezas inesperadas, imprevistas.³²

Como se pode notar não é permitido ao julgador conferir à interpretação constitucional subjetivismos aptos a desviar o sentido e o alcance do texto constitucional.

4.5.2 Limites decorrentes da reserva da consciência e da reserva do possível. “Abertura” do processo constitucional.

Além dos limites decorrentes da estrutura objetiva da norma, ainda podemos citar outro, consistente em determinadas “reservas”, quais sejam, a “reserva da consistência” e a “reserva do possível”.

Em consonância com as lições do renomado jurista alemão Peter Häberle, Habermas foi o primeiro jurista a empregar a expressão “reserva de consciência” em sua obra *Legitimationsproblema in Spätkapitalismus*. Segundo Häberle, o resultado da interpretação “está submetido à reserva da consistência, devendo ela, no caso singular, mostrar-se

32 *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 81.

adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais.”³³

Dessa forma, a “reserva da consistência” consiste na necessidade de o intérprete-aplicador da norma constitucional fundamentar a sua decisão, de modo a declinar todos os motivos que a embasam. Ressalte-se que essa fundamentação não se resume apenas a argumentos de natureza técnica-jurídica, pois o julgador deve, em determinados casos, recorrer a outras áreas do saber humano para conferir maior consistência à fundamentação.

Nesse sentido, considerando-se que o julgador resente-se de conhecimentos técnicos para apurar determinados fatos litigiosos e conferir à sua decisão a necessária fundamentação³⁴, deve recorrer a pessoas entendidas, o que ocorre através da determinação da prova pericial. Assim, por exemplo, na ação em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos ao Poder Público, há necessidade de determinação de prova pericial, consistente em exame médico do jurisdicionado, com o escopo de se aferir a real necessidade do medicamento pleiteado, pois só assim estará respeitada a reserva da consciência e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

É bem verdade que a ideia de “reserva da consciência” encontra-se intimamente associada à construção doutrinária da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Peter Häberle.

Com efeito, há muito tempo, a interpretação constitucional permaneceu vinculada ao modelo de sociedade politicamente fechada, o qual conferia destaque aos procedimentos e métodos de interpretação, pelos quais somente estaria legitimado um reduzido rol de pessoas que compunham o processo constitucional nas Cortes Constitucionais, vale dizer, os magistrados, os promotores e os advogados.³⁵ Entendia Häberle que a interpretação constitucional não poderia evadir-se da análise

33 *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42.

34 A imposição de fundamentação das decisões judiciais decorre do inciso IX, do art. 93 da Constituição, cuja redação é a seguinte: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

35 HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 12.

do embate entre “Constituição” e “realidade constitucional”, razão pela qual promoveu a ampliação do ciclo dos legitimados a participar do processo hermenêutico, mediante a inclusão de todos aqueles que, de certa forma, fazem parte da realidade da norma. Segundo Häberle, os “critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”³⁶ Dessa forma, o modelo de “sociedade fechada” cedeu lugar àquilo que Häberle denominou de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

A grande virtude da democratização do processo hermenêutico-constitucional é justamente atribuir à jurisdição constitucional maior legitimidade, já que os próprios interessados na aplicação da norma são admitidos na fixação do significado e do alcance da norma interpretada.

Entre nós, a teoria haberliana ressoou no plano legislativo, mediante a edição de leis que estabeleceram mecanismos que asseguram a ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição, como é o caso da Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O citado Diploma previu a figura do *amicus curiae*, com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, através da manifestação de outros órgãos ou entidades (Art. 7º, §2º), assim como a possibilidade de o relator, quando necessário para o esclarecimento da matéria ou de circunstâncias de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, solicitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, § 1º).

Em contrapartida, a “reserva do possível” traduz a ideia de que os indivíduos, diante da comprovada escassez de recursos públicos não têm direito subjetivo frente ao Estado, senão nos estritos limites da razoabilidade. A respeito do tema, ensina o constitucionalista lusitano Jorge Miranda:

(...) a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende, também, e sobretudo

36 *Ibidem*. p. 13.

do, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.³⁷

Em suma, a reserva do possível constitui um limite a ser observado ao se realizar a interpretação/aplicação da norma constitucional sempre que atendidos os requisitos cumulativos da irrazoabilidade da pretensão e a ausência de disponibilidade financeira do Estado, desde que objetivamente aferível.

5. Conclusão

O Poder Judiciário deve atuar com o objetivo de viabilizar e conferir concreção aos direitos constitucionais quando o dever de conformação por parte do legislador e do administrador se mostrar insuficiente ou mesmo inexistente. Nesse passo, é de todo oportuna a observação de que o exercício da jurisdição constitucional através dos órgãos do Poder Judiciário não se limita à conferência de compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a Constituição, mas também à plena e eficaz materialização das normas constitucionais, sobretudo aquelas que veiculam direitos de natureza fundamental. Impossível, pois, olvidar que a jurisdição constitucional se faz necessária para que os direitos constitucionais sejam exercidos em sua plenitude.

Entretanto, a atuação da justiça constitucional não pode acarretar confusão funcional entre os subsistemas jurídico e político, nem tampouco no desvirtuamento de outros princípios e valores igualmente resguardados pelo texto constitucional.

Dessa forma, muito embora haja argumentos e decisões favoráveis aos fenômenos da “politização da justiça” e da “criação judicial do direito”, a Justiça Constitucional há de pautar-se de acordo com determinados critérios e técnicas, sob pena de restar caracterizado um desvirtuamento no exercício da jurisdição constitucional, através da invasão das atribuições outorgadas pela Constituição aos demais poderes (Legislativo e Executivo).

³⁷ *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Coimbra, 1998, vol. 4, p 348.

Assim, ao interpretar a Constituição, o julgador deverá guiar-se pelos limites impostos pela hermenêutica constitucional contemporânea à atividade exegética, quais sejam, os decorrentes dos contornos objetivos da norma interpretada e das reservas de consciência e do possível. Além disso, o juiz constitucional deverá levar em conta a necessidade de abertura do processo, permitindo a participação daqueles que fazem parte da realidade concreta da norma, pois só assim será possível uma fundamentação adequada da decisão judicial sobre políticas públicas.

Eis, portanto, os parâmetros destinados a realizar o juízo de ponderação entre, de um lado, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, de outro, o princípio da separação de poderes.

Note-se que não se está negando legitimidade à jurisdição constitucional, até porque a referida legitimidade decorre da própria legitimidade da Constituição. O que se pretende, na realidade, é que a ordem constitucional não seja comprometida mediante o desvirtuamento da função jurisdicional.

Em síntese, o objetivo do presente estudo não foi outro senão buscar uma compreensão constitucionalmente adequada sobre o conteúdo, a extensão e os limites da jurisdição constitucional, de modo a permitir que o controle da atividade legislativa e administrativa seja realizado em conformidade com o princípio da separação de poderes e o Estado Democrático de Direito.

6. Referências

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

_____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARPENA, Márcio Louzada. “Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo”. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.) *As Garantias do Cidadão no Processo Civil*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de Preceito Fundamental:*

Identidade Constitucional e Vetos à Democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte. n. 35. jan.-jun./2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

LEVIN, Mark R. *Men in Black: How the Supreme Court Is Destroying America*. United States: Regnery Publishing Inc., 2006.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Coimbra, 1998, vol. 4.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1992.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 1992.

SOLER, Sebastián. *La interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Legitimação da Justiça Constitucional. Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI”. *In: Revista Jurídica*, Porto Alegre, maio/2001. p. 5-16

