

O protagonismo das cortes constitucionais na América Latina: a construção de uma nova visão hermenêutica para efetivação de direitos

Marcílio da Silva Ferreira Filho

Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Membro Pesquisador no grupo de pesquisa *Desafios do Controle da Administração Pública Contemporânea e Cortes Constitucionais e Democracia*, ambos registrados no CNPQ. Ocupante do Cargo Efetivo de Procurador do Estado de Goiás, sendo também Advogado Privado Especializado em Direito Público. Participa também como Membro da Comissão Especial de Estudos Processuais (CEEP) da OAB-Goiás. Professor de Direito e Palestrante, bem como Autor de Obras e Artigos Jurídicos. Currículo *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/2817314211126999>>. *E-mail*: <marciliosff@gmail.com>.

Sílvia Gabriela Duarte de Araújo

Mestre em Direito Constitucional Econômico pela Universidade de Marília-SP. Especialista em Direito Público (Axioma Jurídico – FESURV – 2010). Graduada em Direito na Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO – 2008). Professoras de Direito Constitucional. Advogada Privada. Currículo *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/3268127061857404>>. *E-mail*: <professorasilvia.gabriela@gmail.com>.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo promover uma abordagem acerca das decisões paradigmáticas proferidas nos últimos anos pelas referidas Cortes, em especial no que concerne à concretização de direitos sociais (educação, saúde, moradia etc.), que se fundamentam em perspectivas que buscam resolver os problemas decorrentes da complexidade social e econômica sem se ater exclusivamente em uma solução proveniente do Texto Constitucional ou legal. Pretende-se com este estudo averiguar como resultado se a interpretação constitucional tem se valido dos instrumentos hermenêuticos tradicionais ou se há uma perspectiva diferente para solução de *hard cases*, deduzindo, a partir disso, a conclusão adequada.

Palavras-chave: Hermenêutica. Cortes constitucionais. Direitos sociais. Prestação estatal.

Sumário: **1** Introdução – **2** Panorama da Hermenêutica Constitucional: princípios e métodos limitadores da interpretação – **3** Uma releitura hermenêutica: textura aberta da linguagem e a complexidade social-econômica – **4** Experiências paradigmáticas de protagonismo de Cortes latino-americanas em uma nova visão – **5** O Brasil no contexto de diálogo constitucional: da legitimidade à efetivação de direitos – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

A hermenêutica jurídica apresenta-se como um tema central do direito e de presença fundamental em todas as suas subdivisões (direito administrativo, tributário, ambiental, civil, processual, humanos etc.), uma vez que este ramo do conhecimento lida com a utilização da linguagem (sintaxe, semântica e pragmática) com vistas ao estabelecimento de comandos reguladores de conduta (permissão, proibição ou obrigação). A indeterminação característica dos signos linguísticos (e, conseqüentemente, do próprio direito em si, como se verá adiante) gera discussões hermenêuticas profundas sobre os limites da interpretação e sobre a legitimidade dos sentidos atribuídos pelo intérprete, especialmente em face de normas com textura aberta.

O fenômeno de constitucionalização dos direitos e suas diferentes visões experimentaram uma evolução que passou por distintas perspectivas hermenêuticas através da construção de teorias que vão desde um pensamento extremamente limitado (*v.g.* positivismo) até uma visão extremamente aberta da atividade cognitiva (*v.g.* realismo), contando ainda com teorias intermediárias (*v.g.* retórica, pragmatismo etc.). Essa variedade de visões decorre de uma contextualização cultural e filosófica, que avança em termos de complexidade social e econômica, exigindo cada vez mais prestação do Estado na garantia de direitos assegurados na Constituição.

Com essa perspectiva, a América Latina é um ambiente interessante acerca da mudança no processo hermenêutico. A complexidade de problemas e crises (especialmente em países subdesenvolvidos e diante da morosidade inerente ao processo legislativo) vem impondo uma atuação proativa das Cortes locais, através das quais são proferidas decisões paradigmáticas sobre diversos anseios da sociedade, com especial destaque para a concretização dos direitos sociais (educação, saúde, moradia etc.).

No presente trabalho, pretende-se enfrentar – sem a pretensão de exaurir a discussão ou dar uma conclusão com o intuito de verdade – a aferição de validade acerca da seguinte hipótese: a efetivação de direitos

sociais pelas Cortes Constitucionais latino-americanas, em especial a brasileira, decorre de uma nova sistemática hermenêutica que viabiliza um protagonismo do Judiciário na concretização da Constituição, mesmo nos casos em que a linguagem do direito não seja clara quanto às soluções jurídicas para resolver os problemas econômicos e sociais que lhe são submetidos.

Nos primeiro e segundo tópicos, pretende-se abordar o assunto como se encontra no panorama geral de discussão teórica, partindo de lições doutrinárias que fundamentam o debate hermenêutico atual entre *subjetividade* e *objetividade* (aplicabilidade de princípios e métodos) do processo interpretativo, enfrentando os seus consectários: discricionariedade judicial, legitimidade democrática, separação de poderes, noções do *neoconstitucionalismo* e assim por diante.

No terceiro tópico, pretende-se traçar um panorama sobre principais decisões de duas Cortes Constitucionais tidas como modelo nos estudos internacionais, quais sejam: a Corte Constitucional da Colômbia e a *Sala Constitucional* da Costa Rica. Nelas, a pretensão é identificar os fundamentos e as prestações determinadas em face do Estado, avaliando o nível de intervenção judicial e a base argumentativa utilizada no processo hermenêutico.

Por fim, no quarto tópico, pretende-se enfrentar a perspectiva sob o enfoque da atuação protagonizada pela Suprema Corte brasileira, analisando também decisões paradigmáticas com o intuito de efetivação de direitos sociais. As decisões, da mesma maneira que será feito em relação aos demais países, serão avaliadas do ponto de vista hermenêutico, em comparação entre o fundamento normativo utilizado para decisão e a prestação determinada no julgado em face do Estado.

2 Panorama da hermenêutica constitucional: princípios e métodos limitadores da interpretação

A hermenêutica jurídica (espécie de estudo da hermenêutica geral), como um tema essencial ao direito, embora não seja um tema recente, não pode ser situada como próxima de um consenso entre os autores. É inegável que houve no direito constitucional uma crise do modelo *subsuntivo*,¹ pautado na ideia de incidência infalível dos fatos à norma

¹ Ao afirmar a crise do modelo *subsuntivo*, não significa que a sua superação seja unânime. A ideia de incidência por subsunção do fato à norma possuiu um momento de atenção e estudo intensificado, especialmente na era do *positivo jurídico*. Todavia, a perspectiva hermenêutica atual vem superando a noção de perfeição do processo interpretativo, conforme se verá adiante.

jurídica. As alternativas encontradas a esse modelo na atualidade vêm suscitando o uso aguçado de *metodologismos*, expressão conceituada nos dizeres de Saldanha (2005, p. 82) e que esclarece a tendência de se chegar ao *fetichismo* do método.

A interpretação, como ato intelectual do intérprete, sempre foi objeto de estudo do direito, primando a hermenêutica pela indicação de métodos e princípios para tentar objetivar esse processo, de maneira a impedir a mera valoração eminentemente pessoal do agente. A intenção de estabelecer limites à interpretação tem por finalidade evitar o desvirtuamento da regulação textual, de maneira a impedir uma decisão integralmente discricionária e repleta de valores formados por convicções livres e subjetivas. Assim, os autores vêm se dedicando a estabelecer critérios à interpretação visando à fidedignidade do sentido do texto legal.

Diante de normas compostas por regras e princípios – a primeira com característica de objetividade em sentido oposto à segunda, marcada pela subjetividade que fornece uma ideia de amplitude interpretativa –, há de se observar que a interpretação principiológica está sujeita a diferentes graus de concretização. Assim, carece de parcimônia, com um intuito de nortear as interpretações sem que se dissocie da racionalidade prática que assegura um equilíbrio na análise da norma, um liame bastante temerário.

O momento atual do *neoconstitucionalismo*, em que a força normativa da Constituição é primada nos ordenamentos jurídicos, enseja o retorno do debate à limitação hermenêutica. Isso porque as Constituições, como natural, utilizam-se de signos linguísticos com alto grau de indeterminação, sem uma solução específica para os problemas que são submetidos às Cortes Constitucionais. Nesse sentido, é comum o debate acerca dos limites dessa atividade interpretativa do julgador e dos agentes envolvidos no processo interpretativo, considerando questões de variadas ordens.

A hermenêutica clássica propugnada por Savigny apresenta técnicas específicas de interpretação, tais como a gramatical, lógica, sistemática, histórica, sociológica e teleológica. Apesar da base teórica existente sobre a hermenêutica jurídica em sua generalidade, o direito constitucional vem sendo construído em uma estrutura pautada em *métodos* (tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual, normativo-estruturante) e *princípios* (princípio da supremacia da constituição, da unidade, interpretação conforme a constituição, da máxima efetividade, entre outros) próprios.²

² A utilização de *métodos* e *princípios* na interpretação constitucional, apesar de ter ganhado força e espaço na discussão teórica, não sobressai livre de críticas. Virgílio Afonso da Silva (2010, p.

A especificidade das normas constitucionais (*v.g.* hierarquia no ordenamento jurídico, elevado grau de indeterminação etc.) levou os teóricos da hermenêutica jurídica a sistematizarem esse elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Isso porque, mesmo que as técnicas tradicionais de interpretação continuem a resolver boa parte das questões jurídicas, a concretização das normas constitucionais suscita problemas específicos a justificar uma teorização própria, como subdisciplina denominada de hermenêutica *constitucional*.

Os *métodos* são técnicas específicas para tornar mais racional o processo interpretativo, elucidando a forma de desenvolvimento do pensamento. De outra banda, os *princípios* são ditames de observância obrigatória pelo intérprete, que deve observá-los na construção da norma jurídica apropriada. Por uma questão de limitação cognitiva do presente trabalho e pela ausência de universalidade dos *métodos* e *princípios*, eximimo-nos de apresentar um rol específico de cada,³ até porque o objeto do presente trabalho possui foco distinto.

A intenção deste tópico é apenas demonstrar que a teorização atual do direito constitucional preza pela tentativa de objetivação da interpretação mediante o estabelecimento de limites ou de racionalização do processo intelectual do intérprete. No entanto, esse panorama atual vem sendo objeto de releitura no pensamento crítico e acadêmico, especialmente a partir do momento vivenciado pelas Cortes Constitucionais na concretização de direitos sociais.

A complexidade social e econômica dos Estados, principalmente naqueles subdesenvolvidos, vem impondo uma reflexão sobre o protagonismo do Judiciário na solução não só de conflitos, mas também na intervenção sobre políticas públicas. Essa variação indica que a hermenêutica não pode ser tratada como algo integralmente objetivo, uma vez que a interpretação “espelha o nível de conhecimento e a realidade de

135), em abordagem sobre o tema, afirma que a proliferação desses ditames acaba ensejando um *sincretismo metodológico*, em que se fala sobre qualquer método ou princípio para justificar a decisão tomada: “O *sincretismo metodológico*, característico do atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional, impede que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional. Comum às análises sobre o tema é o fato de que esses métodos sejam apenas resumidamente explicados – não raro com base apenas na obra de Canotilho –, sem que se chegue a qualquer conclusão sobre a relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e, principalmente, sobre a compatibilidade entre eles”.

³ Não há universalidade nos métodos e princípios. No entanto, utiliza-se normalmente o rol apresentado por Canotilho em sua obra intitulada *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, que tem base nas lições de Honrad Hesse para os princípios e em antigo artigo de titularidade de Böckenförde para os métodos.

cada época e sofre influência das crenças e valores da sociedade em geral e do intérprete particular” (BARROSO, 2009, p. 297).

É claro que existem mudanças no plano da hermenêutica. O questionamento acerca dos limites da interpretação não é algo recente e, por isso mesmo, é retomado nas mais diversas obras ao longo dos tempos. O momento atual da América Latina apenas vem impondo a retomada do assunto e a reestruturação do pensamento hermenêutico, o que se pretende demonstrar nos tópicos seguintes.⁴

3 Uma releitura hermenêutica: textura aberta da linguagem e a complexidade social-econômica

O tópico anterior demonstra que a hermenêutica constitucional construiu, ao longo dos anos, uma base teórica acerca de *métodos e princípios* aplicáveis ao processo de interpretação, com vistas a estatuir diretrizes para a condução do processo intelectual de maneira mais objetiva, sem recair em uma arbitrariedade no julgamento.⁵ Os entraves a essa tentativa de objetivação do processo intelectual (que é eminentemente *subjetivo*), no entanto, não passam despercebidos da doutrina e se destacam na contemporaneidade pelo protagonismo das Cortes Constitucionais, em especial no julgamento de *hard cases*.

O pensamento na hermenêutica jurídica ao início do Estado de Direito pregava uma restrição na atuação interpretativa. Objetivando evitar a experiência negativa do Estado Absolutista⁶ que o precedeu na história, o Estado de Direito experimentou inicialmente uma filosofia de cunho liberal, em que a intervenção do Estado deveria ser mínima, embora necessária (liberalismo). Tido como um mal necessário, o ente público não

⁴ Sobre esse temor acerca da atuação judicial, pode-se mencionar o pensamento de John Hart Ely (2010, p. 181) que divide opiniões acerca da intervenção judicial (especificamente, em sua obra, falava-se acerca da teoria do controle de constitucionalidade). Após apresentar os problemas de cada extremo (maior ou menor limitação da interpretação), o autor se mostra a favor de uma maior legitimidade democrática, especialmente a partir da intensificação da representação das minorias.

⁵ A ideia da criação teórica dos métodos e princípios aplicáveis à interpretação é permitir um balizamento das decisões judiciais, não obrigando à uma univocidade da interpretação, mas também impedindo o relativismo absoluto das decisões judiciais. Trata-se da perene discussão doutrinária acerca da existência de uma chamada “discricionariedade judicial” na interpretação do Direito.

⁶ Como ensina Amaral (2015, p. 59), o Estado absolutista era caracterizado pela “centralização completa do poder real; enfraquecimento da nobreza, ascensão da burguesia; não convocação das Cortes; a vontade do Rei como lei suprema (*l'État c'est moi*); culto da razão de Estado; incerteza do direito e extensão máxima do poder discricionário (<<Estado de polícia>>); o Estado como reformador da sociedade e distribuidor das luzes – o <<despotismo esclarecido>>; recuo nítido em matéria de garantias individuais face ao Estado”.

deveria intervir na vida privada, a não ser para garantir a sobrevivência da própria liberdade.⁷

Nesse cenário é que se tem uma noção de separação de poderes concebida com um Poder Judiciário limitado à figura do “aplicador” da lei (ou, na expressão francesa, seria *la bouche de la loi*). Pregava-se, ademais, a ideia de *interpretatio cessat in claris*, através da qual não deveria haver interpretação de normas jurídicas nas hipóteses em que não houvesse dúvida acerca do sentido normativo. A atuação do intérprete seria de apenas declarar o sentido da lei, buscando, se necessário, os métodos tradicionais de sistematização atribuída ao autor alemão Savigny na busca pelo sentido unívoco do texto (método gramatical, sistemático, histórico, sociológico, teleológico etc.).

Sucedendo o liberalismo, o Estado de Caráter Social (também chamado de Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*) – assegurador de direitos que vão além do cunho individualista, como saúde, educação, moradia etc. – ensejou maior complexidade nas relações sociais e econômicas.⁸ Jean Rivero (1981, p. 30) afirma que o declínio do liberalismo econômico resultou em uma transformação política profunda: “Conduziu a um aumento considerável das tarefas públicas”. A intervenção do Estado para garantir direitos sociais mínimos (o chamado *mínimo existencial*), especialmente em decorrência do estabelecimento de deveres pelos diplomas constitucionais, levou demandas ao Poder Judiciário até então desconhecidas, em que a mera leitura do texto legal não levava a uma solução clara.

A exigência de prestações estatais passou a ser roteiro comum nos julgamentos das Cortes Constitucionais. Matérias como fornecimento de medicamentos não previstos em lista do sistema de saúde do Governo, custeamento de tratamentos específicos pelo Estado (inclusive fora do país), oferecimento de vagas em escolas públicas, intervenção em políticas públicas estatais pelo Judiciário, exigência de ações afirmativas específicas

⁷ Como destaca Reale (1978, p. 72): “No clima da cultura oitocentista, quando se pensava ter atingido um estágio de equilíbrio social, fundado na espontânea coordenação das liberdades individuais, era natural que se atribuísse ao intérprete a função subordinada de compreender as leis em seus objetivos estritos, visto serem elas concebidas como limites à ação criadora dos indivíduos”.

⁸ Streck e Morais (2017, p. 79) assinalam: “[...] pode-se dizer que o *Welfare State* [...] emerge definitivamente como consequência geral das políticas definidas a partir das grandes guerras, das crises da década de 1930, embora sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX (México, 1917, e Weimar, 1919). [...] pode-se caracterizar este modelo de Estado como aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político”.

e assim por diante passaram a ser pauta rotineira de julgamento pelas Cortes dos mais diversos países.

Esse cenário deu abertura às discussões quanto aos limites da intervenção do Poder Judiciário. De um lado, encontram-se autores defensores de uma teoria mais restritiva da interpretação (teorias *cognitivas* ou *interpretacionistas*, a exemplo da Escola Exegética do Direito), com base no pensamento de que o ato interpretativo seria um ato de descobrimento do sentido da norma.⁹ De outro lado, apresentam-se as teorias que assumem um caráter mais amplo e subjetivo da interpretação (teorias *não cognitivas* ou *não interpretacionistas*, a exemplo do realismo jurídico), assumindo a inexistência de um sentido unívoco dos textos legais e a percepção de um ato de vontade do intérprete na construção (e não mais declaração) da norma jurídica.¹⁰

Nesse caminho de discussão, veem-se também teorias intermediárias, que admitem o caráter subjetivo da interpretação, porém tentam verificar alguns limites ao processo intelectual, como a pragmática, a retórica, a linguagem etc.¹¹ A busca por uma limitação do processo hermenêutico se justifica na tentativa de não desembocar para um relativismo absoluto das decisões interpretativas, exclusivamente baseado em um ato de vontade. Assim, sem pretender voltar aos problemas da existência de “verdade” e de sentido “unívoco” retratados nas teorias *cognitivas* ou *interpretacionistas*, tentam-se perceber limites ou diretrizes à atuação do intérprete.

A discussão que envolve a existência dessa *discrecionabilidade* do intérprete possui ligação direta com o caráter indeterminado da linguagem. Há uma distinção imprescindível a se perceber entre o *texto legal* (signos linguísticos) e a *norma jurídica* (compreensão em determinado *tempo* e *lugar*).¹² O texto utilizado pelo legislador na criação dos diplomas legais

⁹ As teorias *cognitivas* ou *interpretacionistas* levam em consideração a possibilidade de o intérprete chegar a um sentido único do texto legal, de maneira a impedir a sua atuação criativa. É a base do positivismo jurídico clássico, atribuído às lições de Hans Kelsen.

¹⁰ Pelas teorias *não cognitivas* ou *não interpretacionistas*, o intérprete não pode chegar a um sentido unívoco da norma, mas sim a vários sentidos possíveis, o que lhe conferiria uma atividade criativa do Direito.

¹¹ Na contemporaneidade, as discussões em volta dos limites à interpretação se sobressaem com múltiplos pontos de vista. É o que se observa, por exemplo, na discussão entre Dworkin e Hart acerca da atividade criativa do intérprete. Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 351; e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127 e 165, com sua posterior reavaliação no livro DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 488-492.

¹² Segundo José Juan Moreso (1997, p. 19): “Las autoridades normativas realizan determinados actos cuyo resultado es la emisión de determinadas formulaciones normativas. La atribución de significado a dichas formulaciones es lo que nos permite averiguar el status normativo de determinadas acciones

se caracteriza pela utilização de símbolos linguísticos, os quais, no entanto, necessitam ser objeto de um processo intelectual do destinatário, que levará em conta a sintática, semântica e pragmática, a fim de lhe atribuir um sentido *possível*.¹³

O problema, no entanto, é que tais signos linguísticos, por se valerem de uma linguagem natural, são dotados essencialmente de algum grau de *indeterminação*, justamente pela necessidade de adequação entre as palavras e a realidade. É no processo intelectual do destinatário do texto que a norma jurídica é construída, considerando suas condições de *tempo* (momento em que se analisa o texto) e *lugar* (território, cultura e ambiente no qual está sendo interpretado). Como afirma Ángeles Ródenes (2012, p. 50), “*el proceso interpretativo está encaminado a resolver los problemas de indeterminación del derecho debidos a imprecisiones lingüísticas y a dificultades de coherencia normativa o congruencia*”.

A indeterminação do direito pode ser vista, por exemplo, nos conceitos de *ambigüidade*¹⁴ e *vagüidade*.¹⁵ Os signos linguísticos naturais podem vir dotados de *ambigüidade* quando a palavra utilizada permite o enquadramento de mais de um sentido. A *vagüidade*, por sua vez, está relacionada à indeterminação quanto às características necessárias para enquadramento no sentido da palavra.

Como exemplo de *ambigüidade*, podemos citar os casos de homonímia, em que a mesma palavra possui mais de um sentido. É o caso da palavra “companhia”, em que o sentido pode abranger tanto “companhia de pessoas” como “empresa”. No mesmo sentido é também a palavra “manga”, que pode significar uma “fruta” ou uma parte da roupa,

susceptibles de ser realizadas por los destinatarios – los sujetos normativos – de esas formulaciones”.

¹³ Karl Larenz (2014, p. 441), após extrair o sentido ontológico da palavra “interpretação”, afirma que a participação do intérprete deve orientar o resultado do seu processo intelectual: “O texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo que ele trata. Só responde a quem o interroga corretamente. A pergunta é previamente dada àquele que quer aplicar em situação de facto definitiva. Para a formular correctamente, precisa de conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma se encontra. Pelo menos aí, no modo de formulação da pergunta, reside a participação, que se não pode passar por alto, do intérprete no resultado da interpretação. Pois que a formulação da pergunta limita também, ao mesmo tempo, as respostas possíveis”.

¹⁴ Josep M. Vilajosana (2007, p. 93) descreve a ambigüidade como sendo “*una palabra o una expresión lingüística es ambigua si, según el uso que hace de ella una determinada comunidad lingüística, tiene más de un significado o, lo que es lo mismo, expresa más de un concepto*”.

¹⁵ O mesmo autor (VILAJOSANA, p. 94-98), descreve a vagüidade da seguinte forma: “*La vaguedad se da en relación con las palabras de clase o expresiones generales (es decir, sustantivos que no son nombres propios). [...] Éste es un problema de imprecisión del lenguaje distinto al de la ambigüedad, ya que ahora no estamos frente al desconocimiento del significado de una palabra [...], sino de la indeterminación de la extensión o denotación de la palabra en relación con su connotación o intensión*”.

como “manga de camisa”. A definição do sentido, nesse caso, depende da sua utilização no contexto.

A *vaguidade* pode ser mencionada através de várias palavras que são normalmente utilizadas em textos legais com característica de incerteza ou imprecisão. Embora se saiba o que significa a palavra, há imprecisão quanto à denotação ou conotação que lhe é atribuída. É o caso de termos como “velho” em oposição ao “novo”, “lindo” em oposição a “feio”, “grande” em oposição a “pequeno”, “boa-fé” em oposição à “má-fé” e assim por diante. Quais as características necessárias para enquadrar algo nesses conceitos? Há uma indeterminação intrínseca nas referidas palavras que se modificam de acordo com o *tempo* e o *lugar*. Uma pessoa considerada “velha” em um lugar pode não o ser em outro ambiente, que possui índices de sobrevida maiores. Assim, a palavra se mostra caracterizada pela *vaguidade*.

A indeterminação do direito se apresenta como algo ainda mais intrínseco quando analisada no fenômeno atual de reconhecimento da eficácia das normas constitucionais (*neoconstitucionalismo*),¹⁶ justificando, inclusive, a existência da disciplina no meio acadêmico voltada à hermenêutica *constitucional*.¹⁷ Os Textos Constitucionais, por se caracterizarem como base do sistema jurídico, utilizam-se de palavras contendo alto grau de indeterminação, o que deixa o intérprete com o dilema de julgar casos complexos sem uma solução mais clara do texto utilizado como base. As constituições muito se valem da *textura aberta da linguagem*, permitindo maior liberdade ao intérprete para adequação do ordenamento jurídico aos problemas de complexidade social e econômica.¹⁸

Essa indeterminação caracterizadora do direito, somada à necessidade de garantir a concretização das normas jurídicas, é um dos fatores

¹⁶ Enterría e Fernández (2014, p. 126) asseveram que “a velha concepção que limitava o texto constitucional a um documento declamatório e retórico, próprio para amalgamar os espíritos, mas que não entrava na austera atividade dos juristas, já ficou para trás. Hoje, a Constituição domina não apenas o campo, relativamente estrito, da justiça constitucional, mas a totalidade da vida jurídica da sociedade, com um influxo efetivo e crescente”.

¹⁷ Muito embora a hermenêutica seja uma área do conhecimento (ou do conhecimento sobre o conhecimento) mais ampla, a necessidade de percepção da peculiaridade de determinados setores proporciona o surgimento de disciplinas específicas, tal como a hermenêutica *jurídica* (voltada à análise no campo do direito) e hermenêutica *constitucional* (voltada especificamente ao direito constitucional). Essas especificidades, no entanto, não conferem autonomia às disciplinas específicas, as quais possuem a ligação com a teoria hermenêutica geral.

¹⁸ A complexidade atual é tratada de maneira aprofundada por Manuel Castells, em especial no primeiro volume da sua tríade sobre a era da informação. O autor demonstra que a humanidade avançou de um momento pré-industrial e industrial para o atual momento da tecnologia da informação, tornando a sociedade mais dinâmica e, ao mesmo tempo, complexa. Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016. A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1.

que incentivaram o fenômeno vivido pelas Cortes Constitucionais, no que se inclui o cenário da América Latina, já que a complexidade de problemas sociais e econômicos dos países subdesenvolvidos é algo mais comum, suscitando maior necessidade de garantir a concretização dos direitos constitucionais. Reflete-se: como lidar com doenças graves se o Estado se negar a fornecer medicamentos, mesmo o texto constitucional assegurando o direito à saúde? Como enfrentar o problema de falta de moradia se o Estado não intervier para assegurar reformas agrárias e urbanas adequadas? Como garantir alimentação à população com a negativa do Estado em estabelecer programas sociais? Como assegurar isonomia sem a redistribuição de riquezas pelo Estado?¹⁹

Assim, a indeterminação do direito, em especial dos Textos Constitucionais, vem permitindo às Cortes Constitucionais enfrentar os desafios através de uma capacidade criativa, buscando soluções que não se limitam ao texto e *construindo* soluções para os problemas cotidianos. Nesse processo, o reconhecimento da indeterminação como característica do direito se mostra como vantajoso para esse fenômeno atual, principalmente em um momento em que a solução dos problemas pela via Parlamentar não se mostra ágil suficiente para garantir o desenvolvimento dos países e assegurar os direitos constitucionais em sua essência.

Nesse sentido, o reconhecimento da atividade criativa dos tribunais permite o avanço, mas também gera a polêmica acerca da existência de limites na sua atuação. A característica de indeterminação do direito permite inferir uma maior influência de fatores extrajurídicos no processo interpretativo e decisório. A possibilidade de conferir decisões judiciais com base em *textura aberta da linguagem* viabiliza a influência de questões estratégicas, institucionais, religiosas, pessoas e assim por diante na tomada de decisão, em especial nos julgados de alto impacto e polêmica.

A professora Patrícia Perrone Campos Mello (2015, p. 310) tem voltado seus estudos à análise da influência de fatores extrajurídicos nos julgamentos das Cortes Constitucionais, especialmente o impacto desses modelos no processo de tomadas de decisão. A partir da análise de julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, especificamente sob o prisma de votos proferidos por alguns ministros, chega a afirmar em conclusão que: “[...] o modelo ideológico e o modelo estratégico de comportamento judicial constituem ferramentas valiosas para a análise

¹⁹ Diogo R. Coutinho (2013, p. 96-98) defende que o direito possui forte relação com o desenvolvimento de um país, especialmente quando focado na sua função distributiva de riquezas, na medida em que atua em um feixe de políticas, podendo ter um impacto positivo ou negativo nesse cenário.

das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e indicam que as preferências políticas dos ministros do STF podem interferir de forma relevante nas suas decisões. O juiz não vive em isolamento. O processo de cognição e de atribuição de significados aos fatos e às normas é um processo subjetivo, emocional e social, permeável, portanto, aos valores pessoais e à interação dos ministros com o seu meio, com seus colegas de Corte, com grupos com os quais se identifica, com agentes que podem frustrar a eficácia de suas decisões, com a opinião pública. É importante compreender como o processo decisório funciona realmente para avaliar criticamente as instituições e para aprimorá-las”.

Nesse sentido, percebe-se que a hermenêutica jurídica contemporânea assume o caráter indeterminado do direito e, conseqüentemente, o protagonismo do intérprete no processo de criação da norma jurídica. Porém, o receio de cair em um relativismo absoluto na interpretação incita o debate para criar limites à interpretação do direito e, conseqüentemente, ao processo de tomada de decisão, delimitando a existência de uma *discricionariedade judicial*.

Os *métodos e princípios* indicados no campo hermenêutico, nesse sentido, sobressaem como uma exigência de densidade argumentativa do intérprete, o qual deve utilizá-los para justificar a sua decisão.²⁰ Essa construção teórica serve como uma exigência argumentativa para legitimar a decisão das Cortes, porém não deve ser compreendida isoladamente, mas, sim, no contexto de influências possíveis no processo decisório, tendo em vista a ausência de sentido único na construção das normas jurídicas. Não há como negar a indeterminação como característica inerente ao direito, o que, no entanto, não contradiz a exigência de segurança jurídica inerente a esse campo do conhecimento.

4 Experiências paradigmáticas de protagonismo de Cortes latino-americanas em uma nova visão

Antes de passar à análise da situação brasileira, tem-se a intenção de apresentar algumas decisões paradigmáticas proferidas por Cortes Constitucionais latino-americanas que determinam prestações em face

²⁰ A questão da verdade e do método é objeto de profunda discussão na hermenêutica filosófica, especialmente diante das lições de Hans-Georg Gadamer (2015, p. 37-44). O autor, expoente das discussões hermenêuticas, afirma a impossibilidade de se atribuir uma “verdade” ou um sentido “unívoco” no ato de interpretar. Afirma que esse anseio pela objetivação da interpretação decorre da tentativa das Ciências do Espírito de se assemelhar às Ciências da Natureza, porém não lhe refuta o caráter eminentemente subjetivo.

do Estado para garantir a efetivação de direitos sociais, pautando-se em fundamentos constitucionais com alto grau de indeterminação ou que não solucionam diretamente a controvérsia, possibilitando uma percepção mais apurada sobre o processo hermenêutico atual. Por necessidade de um recorte cognitivo e pela limitação do presente trabalho,²¹ serão apresentadas decisões de dois principais países da América Latina, escolhidos pelo seu protagonismo nacional e internacional na concretização de direitos sociais, quais sejam: Costa Rica e Colômbia.

Iniciando pela Costa Rica, verifica-se que os casos paradigmáticos de concretização de direitos constitucionais são enfrentados pela Sala Constitucional da Corte costarriquenha, criada no ano de 1990.²² O instrumento mais utilizado para garantir direitos constitucionais perante o Poder Judiciário nesse país é o *recurso de amparo*, através do qual qualquer cidadão pode utilizá-lo para proteger direitos e liberdades fundamentais. A menção ao referido país é feita como referência na garantia de direitos humanos.

Um caso paradigmático foi o julgado enfrentado pela Corte foi o Recurso de Amparo 5934-97 (replicado logo em seguida no 6096-97),²³ através do qual se determinou pela primeira vez o fornecimento de medicamento fora da lista governamental. A Caja Costarricense de Seguro Social (CSS) negou o fornecimento de medicamentos antirretrovirais ao recorrente, portador de síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA), uma vez que não estaria incluso na lista oficial de medicamentos.²⁴

²¹ A intenção desse tópico não é proceder a um trabalho aprofundado de direito comparado, mas apenas demonstrar, através de julgados paradigmáticos, que as Cortes Constitucionais não têm se restringido a um vínculo objetivo à linguagem normativa quando há violação aos direitos sociais. A menção aos julgados serve para demonstrar como o fenômeno de concretização de direitos estatuídos na Constituição pelas Cortes latino-americanas enseja uma nova perspectiva acerca da hermenêutica constitucional.

²² Gilbert Armijo (2003, p. 53) defende que: "*En nuestro caso, el papel de la Sala Constitucional como guardiana de los derechos humanos del ciudadano es nuevo, es una responsabilidad que se adoptó a partir del año 1990. El asunto de la preponderancia de los derechos humanos como norma imperativa se presentó ante la Sala Constitucional durante su primera década de existencia, bajo una amplia gama de intereses dignos de tutela constitucional. Los recurrentes, interponen sus alegatos utilizando todo el arsenal procesal constitucional (hábeas corpus, amparo, acciones de inconstitucionalidad, consultas judicial preceptiva, entre otros). En la mayoría de los supuestos, se aduce el irrespeto de los tratados internacionales, debido a que los operadores judiciales le dan preeminencia a los Códigos ordinarios*".

²³ O fornecimento de medicamentos, relacionado ao tema da judicialização da saúde, é um problema constante da realidade dos países da América Latina e representa, em quase todos os países, um dos motivos que vem influenciando a intervenção judicial para concessão de direitos sociais.

²⁴ Essa tese é comumente enfrentada em países da América Latina, uma vez que o problema é semelhante e vivenciado em época semelhante (década de 90). Trata-se de um caso de prestação positiva em face do Estado, muito embora não haja norma jurídica expressa na Constituição acerca do assunto.

O fundamento da decisão é o art. 21 da Constituição Política da Costa Rica e outras normas de direito internacional que asseguram o direito à vida e à saúde.²⁵ Nesse contexto, a solução para o caso concreto não constava da Constituição costarrriquenha, a qual apenas previa o direito à vida no seu art. 21. Desse direito (vida), chega-se a extrair o direito social à saúde e, deste, o direito ao fornecimento de medicamentos, através do melhor tratamento, independentemente de previsão em listas do governo.

A partir desse julgado, cresceu a discussão acerca da judicialização da saúde e da intervenção do Poder Judiciário na concessão de medicamentos e outros tratamentos relacionados à saúde. A discussão acerca do protagonismo da Sala Constitucional levou a uma tensão atual entre a Caja Costarricense de Seguro Social (CSS) e a referida Corte Constitucional. Tanto que a matéria vem sendo retomada em debates de âmbito nacional sob variados aspectos.²⁶

Outro caso paradigmático em matéria de saúde foi o Recurso de Amparo objeto da Sentença 2007 007487. Nesse processo, utilizado como paradigma também, tratava-se da hipótese de lista de espera e retardo na prestação médica. Tratava-se de hipótese na qual o paciente foi diagnosticado com síndrome de vertiginoso, necessitando de atendimento no serviço de neurologia em clínica especializada, onde foi colocado em espera. O Tribunal acolheu o recurso, com base no direito à vida e à saúde (art. 21 da Constituição Política), para condenar a autoridade a fornecer o tratamento adequado.

Em mais um caso paradigmático e atual, a Sala Constitucional foi chamada a enfrentar um caso de omissão estatal na repressão do *bullying* em prejuízo de determinado aluno, representado no Recurso de Amparo 2016008983. A paciente havia sido diagnosticada com anorexia em virtude dos problemas psicológicos sofridos e, apesar dos relatos formalizados

²⁵ Utilizou-se como fundamento o art. 3 da Declaração Universal de Direitos Humanos; arts. 2 e 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o arts. 1 e 9 da Declaração de Direitos e Deveres do Homem; arts. 4 e 6 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; e arts. 5 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

²⁶ Em interessante estudo técnico sobre os custos e problemas envolvidos na judicialização da saúde, destacou-se como a tensão vem aumentando entre os órgãos administrativos e o Poder Judiciário, inclusive no que concerne ao cumprimento das decisões judiciais. O Estado de la Justicia da Costa Rica (2015, p. 210) destacou: “De acuerdo con los datos del sistema de seguimiento de las resoluciones de la Sala Constitucional-desarrollado en conjunto por ese tribunal y el Programa Estado de la Nación-entre el año 2009 y mayo de 2013 el 88% de todos los fallos emitidos había sido acatado. Sin embargo, el panorama es muy distinto cuando se analiza el grado de cumplimiento por institución y según los plazos fijados por la Sala. Ninguna de las entidades que con mayor frecuencia son objeto de recursos de amparo logró superar el 25% de sentencias cumplidas en el tiempo establecido. En el caso de la CCSS la proporción fue del 20%”.

perante a Escola, não foram adotadas providências estatais para impedir a prática do *bullying*. Como resultado, a Sala Constitucional determinou a adoção de providências para proteção da menor, bem como a adoção de meios eficazes a evitar o ocorrido com os outros alunos. O fundamento do julgado se pautou no direito à vida e à saúde, além no princípio da proteção dos menores.

Assim, percebe-se o evidente protagonismo da Sala Constitucional da Costa Rica na medida em que vem determinando as prestações em face do Estado para assegurar a concretização de direitos constitucionais, muito embora não haja disposição expressa para resolver os complexos casos que lhe são submetidos. O processo interpretativo da Corte se pauta mais em Textos Constitucionais e Supraconstitucionais de algo grau de indeterminação para, a partir da análise do caso concreto, chegar a uma solução específica a cada situação.

Segundo Gilbert Armijo (2003, p. 62), existem vozes atuais que pregam a necessidade de haver uma autocontenção por parte da Sala Constitucional, diminuindo o seu protagonismo de garantia dos direitos humanos. Porém, o autor discorda: “[...] *creemos que estamos ante el nacimiento de una nueva forma de hacer justicia constitucional, que sobre todo valora y revitaliza los derechos humanos, ahora podemos afirmar, que son normas jurídicas exigibles y con efectos jurídicos sobre el Estado, los jueces y los particulares que se encuentran en una situación de poder que hace ilusorios los remedios jurisdiccionales ordinarios*”.

A criação da Sala Constitucional e sua atuação no campo da jurisdição constitucional vêm se apresentando como referências para outros países, principalmente pelo seu protagonismo na garantia de direitos fundamentais.²⁷ A fundamentação dos julgados proferidos pelo referido órgão constitucional se pauta, como regra, em diversos textos constitucionais e, principalmente, em convenções internacionais dotados de alto grau de indeterminação.

Em contraponto, a Corte Constitucional da Colômbia é também uma das mais expressivas na efetivação de direitos sociais em face do Estado. Menciona-se comumente como um dos principais exemplos de

²⁷ Nestor Pedro Sagües (1991, p. 495), no bojo da criação da Sala Constitucional e do Código de Derecho Procesal Constitucional (Ley de Jurisdicción Constitucional), já destacava que: “*El ensayo de una <Sala Constitucional> en el seno de la Corte Suprema y el lanzamiento de un Código de Derecho Procesal Constitucional (<Ley de Jurisdicción Constitucional>) en Costa Rica significan mucho más que la instrumentación de dispositivos similares en otro país latinoamericano. El bien ganado prestigio institucional de Costa Rica hace que su experiencia sea atentamente seguida por las demás naciones del área y aun por naciones europeas que tiempo ha manejan mecanismos parecidos*”.

protagonismo daquela Corte a formação do entendimento acerca do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI).

A primeira decisão acerca do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) se deu através da Sentencia de Unificación – SU 559, de 06.11.1997. Na oportunidade, tratava-se de hipótese em que professores da rede municipal de ensino estavam tendo seus direitos previdenciários sistematicamente restringidos por atos do Governo. No pagamento da sua remuneração, havia o desconto de 5% (cinco por cento) dos seus salários, porém não havia contraprestação em serviços de saúde, já que não eram vinculados a qualquer fundo de seguridade. Estabeleceu-se a obrigação aos entes públicos de solver o problema dentro de prazo razoável, com base no direito à saúde. O julgado vem sendo replicado em diversos outros enfrentamentos pela Corte.

O direito à educação, naquele país, é também reconhecido como um direito subjetivo dos colombianos, merecendo especial proteção, inclusive quando envolvendo menores.²⁸ Em uma das hipóteses mencionadas pelo Tribunal na sua lista de julgados paradigmáticos, vê-se o caso do julgado relativo à Sentencia T-689/16. Na hipótese, tratava-se de hipótese na qual um cidadão pretendia o acesso à educação superior, a qual lhe havia sido negada em virtude da ausência de preenchimento de requisitos formais. O Tribunal afastou tais requisitos para garantir o direito à educação.

Em outra hipótese, a Corte colombiana foi chamada a enfrentar a situação da falta de água no Complejo Carcelario y Penitenciario COIBA de Ibagué, alegando-se violação aos direitos humanos do preso, dignidade da pessoa humana, direito à água como mínimo existencial e direito à saúde. Ao analisar a situação, foi verificada a ausência do fornecimento de água em quantidades compatíveis para assegurar as necessidades básicas dos presos, motivo pelo qual a Corte determinou prestações em face do Estado para correção dos problemas apontados (Sentencia T-077/13).

Menciona-se também o julgado enfrentado na Sentencia T-267/11, referente ao direito social à moradia. Na hipótese, tratava-se de uma comunidade local que ocupava, há alguns anos, uma propriedade rural denominada Las Pavas, Peñalosa y Si Dios Quiere. O proprietário do imóvel, que não havia lhe dado destinação apropriada, vendeu o bem a uma sociedade empresária, que começou a adotar as medidas para retomada do

²⁸ Nesse sentido: Cfr. Sentencias T-1227 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-787 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-550 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-805 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-306 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-153 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada).

imóvel. Os interessados provocaram a Corte para lhes assegurar o direito à posse, bem como a retomada do processo de extinção da propriedade privada, pleito este que foi deferido, com base no direito à moradia, vida digna, igualdade, trabalho, livre desenvolvimento da pessoa e devido processo legal.

Já na Sentencia T-629, com base no direito ao trabalho, a Corte Constitucional colombiana considerou que o exercício da prostituição ensejaria direitos trabalhistas, reconhecidos e passíveis de execução perante o Poder Judiciário. A base do julgado foi no direito social ao trabalho, reconhecendo às trabalhadoras diversos direitos trabalhistas.

Vê-se, portanto, que, partindo de argumentos possuidores de alto grau de indeterminação, a Corte Constitucional da Colômbia vem pautando sua hermenêutica a partir de uma problematização prática, sem obrigatoriedade de uma busca direta da solução no Texto Constitucional. Apontando ao que já suscitamos no início do presente artigo, a exigência técnica hermenêutica vem ganhando um foco mais pragmático e menos técnico, voltado aos problemas sociais e econômicos, ao que se verifica o maior protagonismo das Cortes Constitucionais.

5 O Brasil no contexto de diálogo constitucional: da legitimidade à efetivação de direitos

O Brasil se insere no mesmo cenário. O protagonismo do Supremo Tribunal Federal vem sendo evidenciado também em decisões paradigmáticas, em especial nos casos de alta repercussão social ou econômica. A Suprema Corte brasileira, então, insere-se nesse modelo de diálogo constitucional, inclusive com precedentes intrigantes em que os julgados das demais Cortes da América Latina são mencionados. Sem a pretensão de exaurir as hipóteses e os julgados, pretendemos mencionar aqui alguns que demonstram o protagonismo no Brasil e o diálogo constitucional do referido Tribunal.

Com o precedente da Corte Colombiana, no contexto do *diálogo constitucional*, o Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) recebeu grande relevância no Brasil ao longo dos anos, especialmente em 2015, quando o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente o pedido de medida cautelar na ADPF nº 347/DF, cujo mérito de controle foi proposto em face da crise do sistema carcerário brasileiro. Por maioria de seus membros, a cautelar, reforçando a observação dos artigos 9.3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e 7.5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinou aos juízes e tribunais, entre outras coisas,

que, em até noventa dias, audiências de custódia deveriam ser realizadas, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

O julgado acima mencionado é apenas um marco do Estado de Coisas Internacionais na Corte brasileira, pois, no diálogo entre as Cortes, o Supremo Tribunal Federal já demonstrou familiaridade com a temática quando, em 2008, decidiu liberar as pesquisas com células-tronco embrionárias, reconhecendo que elas não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana tal como mencionado em ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 3.510) ajuizada com o propósito de impedir esse tipo de estudo científico. Foi nessa mesma linha de raciocínio que o então ministro Ayres Britto entendeu que a pesquisa com células-tronco embrionárias não representaria violação do direito à vida e, por isso, fez referência ao que é a vida em termos constitucionais, ocasião em que o ex-ministro citou o caso de uma menina de 3 anos de idade, paraplégica, que questionou: “Por que não abrem um buraco nas minhas costas e põem dentro dela uma pilha para que eu possa andar como minhas bonecas?”.

A relevância do caso foi tamanha que o ministro relator Carlos Britto convocou e realizou a primeira audiência pública da história do STF com o objetivo de ouvir a comunidade científica sobre o assunto; afinal, o que seria do direito sem a soberania popular? A decisão final se deu pela improcedência total, por maioria e nos termos do voto do relator, sendo arguida a relevância do desenvolvimento científico e tecnológico em prol do ser humano nascido, em detrimento da expectativa de vida do embrião.

Quando a Corte declara o Estado de Coisas Inconstitucionais, reconhece a existência de um quadro intolerável de transgressão aos direitos fundamentais inerentes ao povo, transgressão essa decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por autoridades públicas, tornando, assim, inegável o reconhecimento da participação do Poder Judiciário. Faz-se necessário, contudo, uma atuação legítima no cumprimento da efetivação dos direitos, pois, quando o Judiciário assim atua, também está a defender a democracia.

Essa defesa intransigente é um dos motivos pelos quais a Corte permeia os mais diversos assuntos emblemáticos, desde a crise do sistema carcerário à vida na ótica de pesquisa com células-tronco, passando inclusive por questões culturais, como a prática da vaquejada, que chegou até a Suprema Corte por intermédio de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.983) sobre lei do Estado do Ceará. Na ocasião, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência, arguindo a proteção ao meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal) em contraposição aos valores culturais

da atividade desportiva, enquanto o ministro Edson Fachin divergiu sob o argumento de que a vaquejada consiste em manifestação cultural. Já em 27 de março de 2017, o ministro Celso de Mello considerou inconstitucional a prática de vaquejada no Estado do Ceará, mantendo o entendimento para casos análogos em outros estados brasileiros.

Embora devam ser contemplados os mais diversos assuntos, considerando as circunstâncias de uma sociedade multicultural, é necessário tecer um comentário relevante ao direito à saúde. Consagrado no texto da Constituição da República Federativa do Brasil como direito social e assegurado dentro do capítulo da Ordem Social, esse talvez seja um dos temas de maior destaque ao exercício do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) da Corte brasileira.

Em outro julgado paradigmático, o STF foi chamado a analisar especificamente o controle de políticas públicas no bojo da ADPF nº 45 MC/DF de relatoria do ministro Celso de Mello. Tratava-se de impugnação ao veto do presidente da República em relação a dispositivo da LDO que previa a destinação de investimento mínimo à área de saúde. Embora tenha sido julgada prejudicada por meio de decisão monocrática, o referido julgado tratou das questões relativas à intervenção do Judiciário em políticas públicas, no confronto entre a *reserva do possível* (alegação do Estado com base na escassez de recursos financeiros) e o *mínimo existencial* (alegada pelo autor da ADPF). Na oportunidade, o ministro destacou a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas quando necessária a garantia de direitos sociais, econômicos e culturais submetidos ao arbítrio do Estado, mediante um processo hermenêutico aberto.

No mesmo sentido, vários são os julgados que enfrentam questões polêmicas do ponto de vista social e econômico (mesmo quando se trata de direitos eminentemente individuais), as quais efetivamente na vida da população. Podemos mencionar, além dos já citados acima, os casos da proibição de *nepotismo* na Administração Pública (ADC nº 12, relator Carlos Britto, julgado em 20.8.2008); *progressão de regime prisional* (HC nº 82.959, relator Marco Aurélio, DJ 1º.9.2006); *fidelidade partidária* (MS nº 26.602, relator Eros Grau, DJ 17.10.2008); *direito de greve dos servidores públicos* (MI nº 670, rel. para o acórdão Gilmar Mendes; MI nº 708, rel. Gilmar Mendes e MI nº 712, rel. Eros Grau; todos julgados em 25.10.2007); entre outros.

Visto que não se trata de uma questão unicamente brasileira, evidencia-se a força normativa da Constituição enquanto norma política, que vem se submetendo a uma nova proposta hermenêutica. O dever não é o de registrar vitórias e derrotas das diferentes correntes político-

jurídicas, principalmente diante do fato de não haver como renegar o caráter ideológico do direito. Porém, a maior problemática reside no fato de que não basta a Constituição Federal estabelecer direitos sem a sua real efetivação.

O papel exercido pela atual ação do Poder Judiciário, dito por alguns autores como a politização do Judiciário, visa aproximar a legitimidade da efetivação dos direitos consagrados e positivados constitucionalmente. Cumpre destacar que esses direitos derivam da proposta de ações positivas de um Estado propositalmente displicente frente a uma Constituição que consagra direitos que dependem de políticas para sua eficácia.

O dever do Estado obviamente deveria ser o de buscar maior eficácia para as normas e, se necessário, readequar as suas prioridades, redirecionando as suas políticas em prol da sociedade. Porém, tal argumento não pode se fazer de empecilho aos anseios sociais, que se alastram com um Poder Público tão falho e em constante desequilíbrio. Por essa razão, as decisões da Suprema Corte (Poder Judiciário) demonstram uma propensão em dar sentido de efetividade a direitos legítimos, mas constantemente negligenciados.

6 Considerações finais

Em conclusão, observa-se que o cenário atual é de assunção, pelas Cortes Constitucionais, de um protagonismo na concretização dos direitos constitucionais. Se há efetivamente uma prevalência do Poder Judiciário sobre os demais poderes, não é o objeto do presente estudo, que se volta mais à análise hermenêutica das decisões proferidas pelas referidas Cortes.

Observou-se que a hermenêutica clássica, pautada na atividade meramente cognitiva do intérprete, não vem possuindo muito mais espaço, dando lugar a uma perspectiva mais aberta da compreensão acerca das normas constitucionais e da solução dos casos práticos complexos. De fato, a indeterminação – como característica típica da linguagem e, conseqüentemente, do direito em si – impede a conclusão de um sentido unívoco para cada caso regulado pelos Textos Constitucionais e legais, principalmente quando utilizados com o intuito mesmo de conferir uma textura aberta.

Nesse sentido, a aplicação do direito tem se pautado em uma verdadeira atividade criativa das Cortes, as quais se valem de conteúdos jurídicos indeterminados, buscando fundamentar uma decisão inovadora, sem respaldo direto na linguagem do ordenamento jurídico. Em todos os países, encontram-se posicionamentos críticos a esse protagonismo

das Cortes Constitucionais, que se reconhece como um verdadeiro fato, levando à perene discussão quanto aos limites da interpretação.

Em arremate à tese lançada no início do presente trabalho, observa-se que os julgados paradigmáticos, em especial nos *hard cases* enfrentados pelos Tribunais, utilizam-se de argumentos baseados em fundamentos contendo alto grau de indeterminação, como direito à vida, à saúde, dignidade da pessoa humana etc., sem respaldo em uma regra abstrata para a solução do caso. Há, evidentemente, a criação de uma solução (atividade *criativa* ou *construtiva*), pautada nas cláusulas constitucionais.

Essa perspectiva mostra que a hermenêutica jurídica, ainda possuindo seu campo de discussão, volta os olhos a um novo momento. Um momento de descoberta da nova função do Poder Judiciário, que deve ser pensado e repensado em face dos limites democráticos.

The protagonism of the Latin American Constitutional Courts: the construction of a new hermeneutic vision for the realization of human rights

Abstract: This article aims to promote an approach about the paradigmatic decisions issued in recent years by the aforementioned Courts, especially with regard to the realization of social rights (education, health, housing etc.), are based on perspectives that seek to solve the problems arising from social and economic complexity without a solution exclusively derived from the Constitutional or legal text. The goal of this study is to investigate whether the Constitutional interpretation has used traditional hermeneutical instruments or whether there is a different perspective for the solution of hard cases, thus deducing the appropriate conclusion. The aim of this study is to investigate whether the constitutional interpretation has used traditional hermeneutical instruments or whether there is a different perspective for the solution of hard cases, thus deducing the appropriate conclusion.

Keywords: Hermeneutics. Constitutional Courts. Social rights. State provision.

Referências

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, v. 1, 4. ed. 2015.
- ARMIJO, Gilbert. La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica. *Revista Ius et Praxis*, ano 9, n. 1, p. 39-62, 2003, p. 53.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016. A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. v. 1. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ESTADO DE LA JUSTICIA (Costa Rica). Judicialización de la salud: recursos de amparo por medicamentos. *Primer Informe Estado de La Justicia*. San José, Costa Rica, p. 195-216. abr. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273-310, p. 310.

MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

RÓDENES, Ángeles. *Los intersticios del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SALDANHA, Nelson. *Da Teologia à Metodologia: Secularização e crise do pensamento jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAGÜES, Nestro Pedro. La jurisdicción constitucional en Costa Rica. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 74, out./dez. 1991, p. 471-495.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 115-144, p. 135.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008.

VILAJOSANA, Josep M. *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; ARAÚJO, Sílvia Gabriela Duarte de. O protagonismo das cortes constitucionais na América Latina: a construção de uma nova visão hermenêutica para efetivação de direitos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 110, p. 113-135, jul./ago. 2018.

Recebido em: 20.12.2017.

Aprovado em: 27.07.2018.