

A concepção hermenêutica dos diálogos entre constituição formal e material: ressignificação da separação dos poderes no estado constitucional

The hermeneutic conception of dialogues between formal and material constitution: re-significance of the separation of powers in the constitutional state

DOI:10.34117/bjdv7n4-208

Recebimento dos originais: 07/03/2021

Aceitação para publicação: 08/04/2021

Alexandre Walmott Borges

Professor da Universidade Federal de Uberlândia – Doutor em Direito – UFSC. Doutor em História – UFU. Professor do Programa de pós-graduação em Direito, UFU, e do programa de pós-graduação em Biocombustíveis, UFU. Professor visitante do programa de pós-graduação em Direito, UNESP. Pesquisador líder do LAECC - Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados.

E-mail: walmott@gmail.com

Gustavo Nascimento Tavares

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU (2016-2017); graduação em Direito, (2011-2015) e graduação em Matemática (2002-2007) pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU.

E-mail: gustavosersan@gmail.com

Ana Beatriz Araújo Cerqueira

Graduando(a) em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU (2015-2020).

E-mail: anabeatrizaraujocerqueira@gmail.com

Felipe Jabali Marques

Bacharel em Administração Pública – UNESP. Graduando(a) em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU (2016-2020).

E-mail: felipejabali@gmail.com

Tiago Romão Pereira Escobar

Graduando(a) em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU (2015-2020).

E-mail: tiagorpescobar@hotmail.com

Luisa Teresa Alves Pinheiro

Graduando(a) em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU (2015-2020).

E-mail: luisapinheirodireito@gmail.com

RESUMO

O presente artigo propõe discutir a divisão dos poderes no Estado Constitucional diante da hermenêutica filosófica e dos conceitos contemporâneos de constituição formal e material, com isso, objetiva-se formular uma concepção dinâmica de separação dos poderes. Para realizar esta tarefa a metodologia utilizada será indutiva, pois, por meio de

um juízo de probabilidade pretende-se reestruturar o princípio da separação dos poderes visto sob uma perspectiva dialógica e hermenêutica entre Constituição formal e material, e por fim, serão discutidos aspectos do Estado de Coisas Inconstitucional julgado pela suprema corte brasileira como possível exemplo dessa ruptura institucional de separação dos poderes. Sendo assim, a divisão dos poderes deve se submeter a uma concepção hermenêutica de diálogos entre constituição formal e material, e portanto, a distribuição coparticipativa dos poderes de um Estado devem ser moldadas por critérios hermenêuticos para garantir a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Constituição Formal. Constituição Material. Hermenêutica Filosófica.

ABSTRACT

This article proposes to discuss the division of powers in the Constitutional State in the face of philosophical hermeneutics and contemporary concepts of formal and material constitution, with the aim of formulating a dynamic conception of separation of powers. In order to accomplish this task, the methodology used will be inductive, because, through a probability judgment, it is intended to restructure the principle of separation of powers seen from a dialogical and hermeneutical perspective between formal and material Constitution, and finally, aspects of the State of Things Unconstitutional judged by the supreme Brazilian court as a possible example of this institutional rupture of separation of powers. Thus, the division of powers must undergo a hermeneutic conception of dialogues between formal and material constitution, and therefore the co-participation distribution of the powers of a state must be shaped by hermeneutical criteria to guarantee the supremacy of the Constitution and fundamental rights.

Keywords: Separation of Powers. Formal Constitution. Material Constitution. Philosophical Hermeneutics.

SUMÁRIO: (1) Introdução; (2) Os limites do direito: separação dos poderes e constituição formal e material; (3) (Re)estruturação do princípio da separação dos poderes: do modelo dicotômico constitucional, formal e material, para o constitucionalismo hermenêutico; (4) A constituição material como vetor hermenêutico da constituição formal; (5) O estado de coisas inconstitucional: ruptura da rigidez da constituição formal para a amplitude hermenêutica da constituição material; (6) Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Por mais que o direito, na contemporaneidade, seja marcado por uma profunda reconstrução de sentidos, epistemológicos e filosóficos, para dar respostas adequadas às complexas e dinâmicas relações sociais, é necessário estabelecer limites para evitar corrupções de áreas externas. Consequentemente, diante de alguns novos paradigmas, como por exemplo: o pós-positivismo; o neoconstitucionalismo; a normatividade dos princípios; a eticidade filosófica no direito e a eficácia vinculativa dos direitos

fundamentais, os limites pensados para o direito à época do surgimento do Estado não são mais adequados.

Dito isto, a delimitação do tema será observar a concepção do princípio da separação dos poderes à luz da Constituição formal e material. Desse modo, o problema consiste em: investigar os novos significados e sentidos da constituição na reestruturação da separação dos poderes para que este modelo se adapte à realidade. Nesse contexto, tem-se como hipótese: a ressignificação da separação de poderes perpassa por uma concepção hermenêutica de diálogos entre constituição formal e material.

Destarte, para a construção do trabalho parte-se dos objetivos específicos que são: (i) estudar os limites do direito, em específico, a separação dos poderes e a constituição formal e material; (ii) realizar uma releitura da separação dos poderes partindo de um modelo dicotômico entre constituição formal e material e após isto, chegar ao modelo do constitucionalismo hermenêutico; (iii) na terceira parte, pretende-se justificar o uso da constituição material como vetor hermenêutico da constituição formal; e por fim, (iv) apresentar o estados de coisas inconstitucional como possível exemplo de ruptura do modelo clássico de separação dos poderes para o modelo dos diálogos hermenêuticos entre constituição formal e material.

Contudo, o trabalho almeja sempre realizar tais objetivos paralelos sob à luz do objetivo geral que consiste em: apresentar uma alternativa teórica para redefinir a separação dos poderes sob um viés interpretativo e dialógico entre constituição formal e material, ou seja, não mais uma rigidez positivista, mas, uma concepção dinâmica de distribuição dos poderes com a imperatividade dos direitos fundamentais.

Para concretizar tais ambições, o marco teórico da pesquisa será Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet em suas tratativas da separação dos poderes a partir do novel instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, e por outro lado em relação a concepção hermenêutica do tema, o marco teórico será Hans-Georg Gadamer, pois, tal filósofo é o idealizador e expoente da hermenêutica filosófica.

A respeito da discussão que se tem do tema, é necessário mencionar que as pautas do direito contemporâneo estão concatenadas às pautas filosóficas, como por exemplo, pautas éticas e hermenêuticas, dito isto, em relação a hermenêutica a discussão encontra-se em como deve o direito utilizá-la: como método de validação lógica da interpretação; ou filosofia da compreensão por um viés de tradição, de historicidade e de linguagem dialética; para o desenvolvimento do trabalho, a opção adotada será, a princípio, pela segunda corrente.

Em relação à separação dos poderes, o estado da discussão encontra-se entre: a efetividade constitucional de um lado, e a dificuldade criada por bloqueios institucionais decorrentes de um paradigma ultrapassado de separação dos poderes de outro, isto é, o Estado Constitucional necessita de uma distribuição dinâmica dos seus poderes institucionais, com novas formas de divisão, para isso, é essencial a substituição da estrutura de separação, para uma superestrutura de coparticipação.

Por conseguinte, a metodologia utilizada será indutiva, ou seja, a pesquisa se inicia de um juízo de probabilidade de que existe uma insuficiência da concepção vigente de separação dos poderes e parte para uma releitura do tema utilizando-se para isso, a hermenêutica filosófica como responsável por modificar e ampliar os diálogos entre constituição formal e material, e como tal modificação (ampliação) pode determinar uma fórmula de separação dos poderes que respeite a constituição e garanta a adaptação e a continuidade do direito.

Portanto, o trabalho se justifica plenamente, visto que, busca readaptar conceitos fundamentais da teoria do direito e da teoria do Estado (separação e divisão dos poderes), utilizando conceitos da teoria da constituição e da hermenêutica jurídica (constituição formal-material; nova hermenêutica) para construir e/ou propor novos modelos de interpretação. Enfim, a proposta tem relevância, porque toma a realidade contemporânea como ponto de partida, e visa explicar uma situação que está em curso, logo, passível de proposições teóricas pertinentes.

2 OS LIMITES DO DIREITO: SEPARAÇÃO DOS PODERES, CONSTITUIÇÃO FORMAL E MATERIAL

O Direito em seu processo evolutivo nos últimos cinco séculos tornou-se um dos pilares essenciais das sociedades modernas e contemporâneas, conjuntamente com a política e a economia, sendo o responsável por limitar os outros dois sistemas e garantir que os valores sociais fossem respeitados em cada tempo. Contudo, a expansão do direito está diretamente ligada à ideia de limite, ou seja, o uso do direito para além das relações privadas é uma tentativa de limitar o poder, garantindo a justiça nas relações sociais, entre os particulares, e entre estes e o Poder Público (LUHMANN, 2009, p. 100-103).

Tal evolução, entretanto, foi pendular, de modo que as tentativas de criar limites ao poder político e econômico por meio do direito, por vezes foi insuficiente, e por outras foi mais nefasta que os próprios arbítrios combatidos. A história do direito a partir do

final da idade média marca um período social de constantes tentativas de equilibrar e limitar os poderes (PIÇARRA, 1989, p. 75).

Dentre todas as composições estruturais das sociedades, a transição da Idade Média para a Idade Moderna marca o momento em que o direito se torna o elemento que almeja limitar o poder. No entanto, houve variações dessa construção, de modo que o direito como limite, também prescindiu de limites para alcançar sua finalidade, ou seja, na Idade Média quem determinava o direito eram os monarcas, já na Idade Moderna passou a ser o parlamento, porém ainda sim, não havia um parâmetro de criação do direito, e este poderia ser discricionariamente modificado, sejam pelos monarcas em seu poder absoluto, sejam pelos escolhidos do povo para comporem o parlamento, ou mesmo pelo rei que detinha o controle do parlamento (DAVID, 2002, p. 123). Logo, neste período as leis eram quem detinha a prerrogativa de limitar o direito.

O principal autor que encampou a ideia de se concentrar os limites dos direitos nas leis, foi Montesquieu, pela teoria da separação dos poderes, teoria já apoiada na antiguidade – com destaque para Aristóteles, cuja obra “A Política” identifica a existência de três funções distintas entre si exercidas pelo poder soberano, e na idade média, encontra na obra “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, sua delimitação mais importante, sendo a peça central de seu livro décimo primeiro, intitulado “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”.

No desenvolvimento de seu pensamento, Montesquieu concluiu que a liberdade só existe naqueles governos em que o abuso do poder não existe, objetivo que só pode ser alcançado quando o poder limita o poder. Na construção de um sistema em que o poder seja limitado, ele se utiliza da Constituição da Inglaterra, a qual ele considera como a única em seu tempo que possuía a liberdade política como objeto direto, delineando a existência de três tipos de poder: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.” (MONTESQUIEU, 1996, p.167), Montesquieu descreve-os do seguinte modo:

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1996, p.167)

Tais poderes, para que a liberdade política seja preservada, não podem ser concentrados em uma única figura, seja o povo, os nobres ou apenas um indivíduo – ou um corpo de indivíduos – uma vez que caso o fosse, o abuso do poder detido poderia acontecer mais facilmente, extinguindo-se o conceito de que os poderes policiariam uns aos outros – conceito que viria a ser conhecido como sistema de freios e contrapesos, mesmo que não nomeado explicitamente por Montesquieu.

O filósofo francês construiu a teoria da separação dos poderes como um método de proteção da liberdade política, a qual ele diz “consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166), frisando ainda que esta liberdade só existe dentro do limite do que as leis permitem, uma vez que, ao praticar atos proibidos por elas, e a liberdade cessar-se-ia, uma vez que os demais cidadãos também teriam o poder de fazê-lo e assim os cidadãos temeriam uns aos outros.

O problema que exsurge, contudo, advém das leis sendo modificadas ao bel prazer do parlamento, ou por quem detém o controle do parlamento, com isso, os anos de prática desse modelo levaram à conclusão de que o controle, deveria ser algo que ultrapassa gerações, e se perpetue nas sociedades, ou seja, além da divisão dos poderes, é essencial que o poder tenha uma origem, um limite pré-estabelecido e uma continuidade no tempo, independente de quem estiver à frente das repartições do poder.

Diante dessa preocupação da época, as revoluções burguesas inauguram uma nova fórmula de limitar o uso do direito e dos demais poderes, a constituição como fonte normativa. A passagem do controle do parlamento para a constituição marca a mudança que colocou o direito como o protagonista em ser o guardião-intérprete das leis fundamentais de uma nação ou povo, essas leis foram inseridas nos textos constitucionais e estas ganharam status de epicentro do ordenamento jurídico (CANOTILHO, 2000, p. 43). Este Constitucionalismo moderno inicia-se no séc. XVIII e teve seus primeiros e principais êxitos nas Constituições dos Estados Unidos de 1787 e na França em 1791, não coincidentemente, tais constituições foram produtos das revoluções sociais burguesas destes países.

A partir deste marco, o Poder Judiciário, principalmente por meio de correntes como o *judicial review*¹ (1803), nos países de origens do *Common Law*², e das cortes constitucionais, por influência de Kelsen (1804), em países de tradição romano-germânicas ou *Civil Law*³, avocaram para si a responsabilidade de serem os intérpretes oficiais das constituições, pois, dessa forma, pensava-se que a imutabilidade das leis fundamentais estavam asseguradas (KELSEN, 1998).

Diante disso, emerge o Constitucionalismo moderno, nas definições de Dirley da Cunha Junior (CUNHA JÚNIOR, 2006, p.24): “um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas”.

A partir da supremacia da Constituição, surge os conceitos de constituição formal e material, nesse sentido temos para o primeiro conceito:

"Constituição formal é o conjunto das normas com forma de constituição, no sentido das normas elaboradas pelo poder constituinte e agregadas pelo poder de reforma constitucional, dotadas de hierarquia constitucional. A constituição em sentido formal é, portanto, direito constitucional “legislado”, mas não produzido pelas instâncias legislativas ordinárias (pelo poder legislativo na condição de poder criado e regulado pela constituição), mas sim, por uma instância especial, no caso, o poder constituinte, cuja prerrogativa e razão de ser consiste justamente na elaboração da constituição escrita na condição de “lei fundamental” de uma ordem estatal. O que define a constituição formal não é, portanto – e em primeira linha –, determinado conteúdo (o fato de contemplar determinados institutos ou valores), mas o modo de sua elaboração e a forma pela qual as normas constitucionais são veiculadas, ainda que a própria noção de constituição formal guarde relação direta e tenha sido mesmo a expressão de determinado modelo de constituição material, no caso, o paradigma do Estado Liberal ao final do século XVIII. (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 71)

¹ *Judicial Review* é um termo que significa revisão judicial, mas seu significado epistemológico é uma técnica em que o judiciário exerce o controle do poder, por meio do controle de constitucionalidade, de modo que, o que é incompatível com o texto constitucional, torna-se inconstitucional e deve ser desconsiderado do sistema jurídico.

² *Common Law* ou direito anglo-saxão, representa toda uma tradição ou família jurídica que se desenvolveu em certos países (Inglaterra e E.U.A.) e que o direito é revelado por meio das decisões dos tribunais, neste sistema, os juízes não estão vinculados a lei, mas as decisões judiciais das cortes. O instituto do *Stare Decisis* nasceu deste sistema, assim como a doutrina de precedentes que se modificou ao longo dos anos.

³ *Civil Law* ou sistema romano-germânico representa a família de direito em que as normas eram codificadas, e a interpretação era originalmente vedada, sendo apenas permitida a aplicação da lei pelos juízes. Em tal sistema iniciado após a revolução francesa, não havia a preocupação do juiz interpretar a lei, seu papel era apenas aplicador da lei. Esta tradição jurídica passou por mudanças ao longo da história e se adaptou à nova realidade do direito.

Já a constituição em sentido material pode ser compreendida como:

"A constituição em sentido material abrange não apenas as normas ancoradas na constituição formal, portanto, veiculadas (expressa ou implicitamente) pela constituição escrita, tal como elaborada pelo poder constituinte formal e mediante a reforma constitucional, mas vai além, incluindo normas apenas materialmente constitucionais. Assim sendo, o conceito material de constituição não se identifica por completo com o da constituição formal, de modo que é possível falar de direito constitucional apenas em sentido material, embora nem sempre haja clareza e consenso a respeito do que integra a noção de constituição material. A constituição material, além disso, não depende sequer necessariamente de uma constituição formal, já pelo fato de que em sentido material (pelo menos, de acordo com determinada forma de conceber a constituição material) todo e qualquer Estado possui (e sempre teve) uma constituição no sentido de um conjunto de regras (escritas ou não) sobre o modo de estruturação, organização e exercício do poder político e da vida social, no sentido de uma institucionalização jurídica do poder. Por outro lado, é possível afirmar que a mera existência de um documento chamado de constituição e elaborado com tal propósito, a depender de seu conteúdo, poderá não corresponder a uma constituição material, pelo menos de acordo com determinada concepção de constituição em sentido material." (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 73)

Com os conceitos de constituição formal e material já em mãos, o constitucionalismo, partiu para outra época evolutiva, conhecida por neoconstitucionalismo, a fronteira que demarca essa nova Era, foi a relevância dos direitos fundamentais e da interpretação para o direito, além de apenas ser um limite aos demais poderes, o Estado passa a possuir o dever de executar o projeto esculpido nas constituições (ALEXY, 2002).

Nesse novo paradigma epistemológico, e contemporâneo, os conceitos do sentido formal e material das constituições, tendem a se complementarem, de modo a possibilitar, por um lado, uma função limitadora, e de outro, uma função diretiva para as cartas constitucionais. Ou seja, a separação de poderes, as leis, os limites, as diretrizes políticas e econômicas foram necessidades que fomentaram o modelo em que a constituição rege os demais poderes em exercício nas sociedades (BARROSO, 2013, p. 231).

Dentro dessa conjuntura, a complexidade da evolução social exigindo mais do que uma constituição que limite o exercício do poder, mas que também, dê diretrizes políticas e econômicas, fez surgir uma preocupação de garantir que o Estado não apenas deixe de interferir das liberdades individuais, mas também, possibilite o efetivo exercício de direitos referentes ao desenvolvimento da pessoa humana, portanto, o Estado possui

deveres de garantir direitos de caráter existencial, sendo este, o principal limitador filosófico da atuação estatal (BONAVIDES, 2011).

Portanto, os conceitos de constituição formal e material, cada vez mais se tornam miscíveis, e nesse espeque, dão origem a diferentes pontos de convergência, não sendo mais razoável uma simples diferenciação conceitual, ou mesmo, uma utilização de um conceito sem o outro. Assim, torna-se necessário reestruturar a divisão dos poderes sob esta nova veste de sentidos da constituição, para isso, é fundamental adotar uma composição complementar e interdependente que readeque os conceitos clássicos para os padrões da realidade.

3 (RE)ESTRUTURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: DO MODELO DICOTÔMICO CONSTITUCIONAL, FORMAL E MATERIAL, PARA O CONSTITUCIONALISMO HERMENÊUTICO

Examinar as origens da teoria da separação dos poderes remonta à Grécia e Roma antiga (PIZARRA, 1989, p. 31). No entanto, os principais expoentes desta teoria ficaram conhecidos pelo fato de sistematizá-la já na Era Moderna. Nesse sentido, as ideias de Thomas Hobbes, especialmente na obra *Leviatã*, de 1651, prega a existência de um contrato social que seria capaz de domar a liberdade plena gerada pelo estado de natureza, razão principal das guerras feitas pelos homens (HOBBS, 2008).

Já em Locke, em 1690, também aponta em sua obra, *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, que os homens, no início, encontravam-se em um estado de natureza, de forma que estes reuniram-se em sociedade para que pudessem ser preservados seus direitos primordiais, tais como a vida, a propriedade e a liberdade (LOCKE, 1994).

Mas é, por fim, Montesquieu, em 1748, em seu livro *O Espírito das Leis*, que cria as bases fundamentais da teoria da tripartição dos poderes, de forma que constrói um sistema em que o poder contenha o poder. O grande mérito do autor, que aprimora os institutos apontados por Locke, é trazer a ideia de que os poderes devem ser equilibrados entre si, sendo esta a grande origem do “sistema de freios e contrapesos” (MONTESQUIEU, 2000).

O princípio da separação dos poderes aprimorada por Montesquieu alçaria uma condição proeminente nas constituições liberais, de forma a ser mesmo considerada como uma condição de existência de uma constituição. Esse fato pode ser observado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento culminante da Revolução Francesa, que em seu artigo 16 apregoa que “Qualquer sociedade em que não esteja

assegurada a garantia de direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem constituição”.

A importância do princípio dentro de uma perspectiva histórica e constitucional é indiscutível. No entanto, uma intrigante afirmação é feita por Eros Grau, em sua obra *O Direito Posto e Pressuposto*, de forma que este alega que “a separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal” (GRAU, 2003, p. 225). Para o autor, o princípio da separação dos poderes atuaria como uma engrenagem principal do Estado Liberal, de forma que este estaria significado para garantir a liberdade do indivíduo com toda a carga estrita que o termo liberdade carrega dentro do liberalismo clássico, que conforme Bonavides (2011, p. 61) nos alerta, trata-se de uma liberdade que traz uma igualdade meramente formal, que, na realidade, máscara “uma real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”.

É, talvez, na obra de Bonavides que iremos encontrar uma resposta que contextualiza ainda mais a intrigante afirmação feita por Eros Grau, de forma que Bonavides assinala que o princípio da separação dos poderes foi, em sua origem, “o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política” (2011, p.64). No entanto, para os dias de hoje, tal princípio e tal forma de sistematizar as funções e separação dos poderes já não serviria e não causaria o mesmo fascínio. Neste sentido, Medeiros aduz:

“O Princípio da separação de Poderes, com a feição que lhe deu o liberalismo, já não atende mais aos anseios de uma sociedade que instituiu um Estado compromissado com a ordem social. Um Estado que assumiu responsabilidades que o Estado liberal jamais pensou em conhecer. Nessa toada, seria por demais equivocado enxertar o Princípio da separação de Poderes, tal como concebido pelo liberalismo, num Estado que, embora também respeitante dos direitos de liberdade, faz da prestação dos direitos sociais a própria razão de toda a sua existência. Mais que isso: um Estado que alça à condição de direito fundamental – assim como são as liberdades clássicas – os chamados direitos sociais.” (MEDEIROS, 2008, p. 204)

A partir do que traz o autor é possível a entender a trajetória do princípio da separação dos poderes no prisma da legalidade até chegar ao prisma do constitucionalismo e dos direitos humanos (MARQUES; KHODR, 2016, p. 266). É preciso compreender as raízes histórico-culturais do processo de amadurecimento do princípio em questão, de forma que este não deve ser interpretado rigorosamente, de

forma inflexível (FIGUEIREDO; GURGEL, 2015, p. 160-161). É preciso ter em conta a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, que trouxe aos direitos sociais uma proeminência que não era imaginável à época da formulação do princípio (MARRAFON; ROBL, 2014, p. 282-283). Neste sentido, é completamente aceitável uma divisão mais dinâmica dos poderes, de forma que o rigorismo apontado pela tradicional separação seja substituído por uma versão onde a rigidez seja substituída por uma versatilidade que permita, sem que um poder interfira no outro de maneira desmedida, que os ideais apontados no texto constitucional sejam realizados (LIMA, 2016, p. 305-306). O princípio trabalhando como um facilitador dos ideais do texto constitucional, e não contra eles.

Apesar do princípio da separação dos poderes fazer-se o mesmo em sentido formal, estando positivado da mesma maneira que fazia constar nas primeiras constituições liberais, seu sentido material foi alterado. No entanto, a aparente incompatibilidade entre as duas significações do mesmo princípio não é necessariamente uma confrontação, mas uma complementaridade, especialmente em um contexto de uma hermenêutica constitucional amplificada (SOARES et al, 2014, p. 321-338). Nesse sentido, é interessante recordar as palavras de Gadamer sobre o processo hermenêutico, de forma que o autor traz que “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário” (GADAMER, 2002, p. 409).

Ainda dentro deste panorama, faz-se necessário analisar as razões dessa mudança material. Dentro disso, é preciso destacar os novos panoramas trazidos pelo neoconstitucionalismo dentro da hermenêutica constitucional. Desse modo, Barroso (2015), ao traçar uma linha histórica do fenômeno, nos traz que a partir do final da década de quarenta floresce um novo modelo de configuração do poder que passa a ter como principal fonte de legitimidade, a Constituição. A proeminência do Poder Legislativo, vigorante na maior parte da Europa antes de 1945, com tímida participação do Poder Judiciário, sofre alterações que podem ser especificamente notadas pela evolução e consolidação de novos modelos de controle de constitucionalidade e da criação de tribunais constitucionais, impulsionados pela teoria dos direitos fundamentais.

É notório perceber que a forma que a proteção deste novo modelo passa a caber ao poder judiciário, de forma que este passará a ter um papel sobressalente e determinante diante da dinâmica dos poderes, muito diferente do modelo clássico proposto por Montesquieu (1996, p. 169), no qual, “dos três poderes [...] o de julgar é de certo modo

nulo”. Romanelli (2016) irá traduzir esta questão alegando que para Montesquieu ao judiciário não caberia uma estrutura e uma função similar aos outros poderes, de forma que este estaria despido de força política ativa ou de iniciativa, agindo como “uma terceira potência, reguladora, para temperar e mediar os conflitos entre executivo e legislativo” (2016, p. 233). Neste modelo, aos juízes e tribunais, não caberia uma função criativa e amplamente interpretativa, devendo estes portarem-se como o que ficaria conhecido como “juiz boca-da-lei” (MARQUES; KHODR, 2016, p. 264-299). A situação, no entanto, modifica-se com o passar do tempo de forma que Pompílio e Parrechio (2016) sintetizam trazendo que hodiernamente:

“A neutralidade que era imposta pela visão liberal da clássica teoria da tripartição dos poderes, de Montesquieu, é abandonada, passando-se, então, a permitir ao juiz uma postura cada vez mais ativa em sociedade, envolvendo-se na resolução de questões políticas das quais outrora sequer cogitava se aproximar.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 119)

A essas mudanças ocorridas no Estado e no direito, ocorridas após o desprestígio do estado liberal dá-se o nome de neoconstitucionalismo. Barroso (2015) irá definir o fenômeno como um conjunto amplo de transformações dentre as quais destacam-se três:

“(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.” (2015, p. 15)

Moreira (2008) irá abordar em sua obra *Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação* que com o advento do neoconstitucionalismo e a superação dos modelos liberais acontece também um câmbio no campo da hermenêutica jurídica, de forma que a interpretação jurídica se torna, sobretudo, uma interpretação constitucional. Para o autor, “o neoconstitucionalismo postula uma interpretação da Constituição, em todos os momentos, pois toda interpretação jurídica é interpretação constitucional” (2008, p. 230). Neste sentido, interpretar os três poderes torna-se uma tarefa além da interpretação exegética de uma norma, mas uma interpretação constitucional que deve ter em conta todos os princípios do estado social que passa a regê-la. O dinamismo entre os poderes torna-se, então, dentro da realidade da interpretação constitucional, uma realidade cada vez mais factível.

Portanto, a reestruturação do princípio da separação dos poderes, consolidado em norma, pela constituição formal também é atingido pela nova hermenêutica constitucional, isto significa, que a separação (distanciamento) dos poderes foi útil ao seu tempo e a ao modelo de Estado da época, no entanto, essa ideia (conceito) necessita ser revista para se adequar as respostas contidas na constituição (SOARES et al, 2014, p. 330). Conseqüentemente, essa nova concepção perpassa pelo abandono da dicotomia constituição material e formal observadas em isolado, mas reestruturar o princípio da separação dos poderes sob um palco constitucional em que a constituição formal e material são complementares e exercem influências em planos circulares com intersecções, e não como conjuntos disjuntos.

Para tal, a hermenêutica constitucional tem a pretensão de dar fluidez aos conceitos mais sólidos e readaptá-los ao todo hermenêutico da constituição (SOARES et al, 2014, p. 335). Nesse sentido, autores em mais diversos postulados apregoam as mesmas ideias sobre a dinâmica e a complexidade das relações regidas pela constituição. Nas palavras de Menelick de Carvalho Netto, temos:

“Ora, é claro que uma concepção distinta e respectivamente adequada acerca da atividade hermenêutica ou interpretativa do juiz integra cada um desses paradigmas, a configurar distintos entendimentos, por exemplo, do princípio da separação dos poderes, o que nos permite detectar, também aqui, uma grande e significativa transformação na visão dessa atividade, bem como um incremento correspondente de exigências quanto à postura do juiz não somente em face dos textos jurídicos dos quais estes hauriria a norma, mas inclusive diante do caso concreto, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram, necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do Direito por seus teóricos centrais como Konrad Hesse, Robert Alexy, Friedrich Mulher, Klaus Gunther, Laurence Tribe, Ronald Dworkin, Gomes Canotilho, Paulo Bonavides, e Oliveira Baracho, entre tantos outros.

Assim, a partir de rápidos escorço, podemos ver como se verificou um incremento das exigências relativas à postura do aplicador da lei e do responsável pela tutela jurisdicional que se assenta em uma crescente capacidade de sofisticação da doutrina e da jurisprudência para fazer face aos desafios decorrentes do processo de contínuo aumento da complexidade da sociedade moderna. (CARVALHO NETTO, 1998 p.38)

Nesse contexto, a dualidade conceitual de constituição formal e material não consegue contemplar a facticidade dos desafios postos sob a tutela jurisdicional, sem que este escopo atue como um bloqueio institucional, nesse sentido, deve-se adotar uma postura que reestruture a separação dos poderes a partir de uma nova concepção do que seja norma constitucional em sentido material e em sentido formal.

4 A CONSTITUIÇÃO MATERIAL COMO VETOR HERMENÊUTICO DA CONSTITUIÇÃO FORMAL

A Constituição além de ter se tornado o epicentro do ordenamento jurídico, também avocou para si a responsabilidade de reger as relações sociais, econômicas e políticas de quaisquer sociedades democráticas. Além dessa imensa responsabilidade, soma-se o seu principal ônus existencial, a de ser um limite ao poder e o roteiro para um projeto de sociedade ideal, considerando para isso, fatores históricos e culturais de cada povo (HESSE, 1991, p. 89) (LASSALE, 2000). Toda esta complexidade, portanto, exige que o conceito de Constituição transcenda o sentido formal de constituição, isto é, para que as constituições sejam efetivas não podem se dar ao luxo de serem imutáveis e ficarem adstritas apenas aos textos (LIMA, 2016, p. 305).

A evolução do constitucionalismo, apesar de pendular em alguns aspectos, deu saltos, ampliando a hermenêutica constitucional para além dos textos possibilitando a transformação dos seus sentidos, desde o formalismo exegético até o pós-positivismo atual, passando pelo positivismo normativista de Kelsen (BOBBIO, 2006, p. 141). Nessa conjuntura, o texto passou a ser fonte no sentido de matéria-prima, mas, a interpretação se tornou o elemento que esculpe o texto e produz a norma. As teorias que se ocupam das fontes do direito, e das normas jurídicas passaram a estar, intimamente, atreladas às teorias da interpretação (BARROSO, 2013, p. 156).

Nesse contexto, ganha extrema dimensão a hermenêutica, que nos últimos séculos também evoluiu paralelamente às teorias do direito e da Constituição criando um campo de estudo próprio, a hermenêutica jurídica (STEIN, 1996, p. 163). As origens da palavra hermenêutica possuem origens do verbo grego *hermeneuein* e por seu uso substantivo *hermeneia*, ambas traduzidas livremente por interpretação (PALMER, 1986, p. 13 e 23). Primeiramente seu uso ficou alocado na interpretação de textos bíblicos e literários voltados para a teologia.

No entanto, sua origem advém da mitologia, Hermes, o *deus-mensageiro-alado*, tinha sua associação a ideia de transmutação, e de tornar compreensível algo, tanto é que os gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem, tamanha a importância que estes povos consagram à interpretação, em sentido estrito, a hermenêutica era as ferramentas que a compreensão humana se utiliza para chegar ao significado das coisas e transmiti-las (PALMER, 1986, p. 24-25). O significado clássico de hermenêutica, portanto, possuía três sentidos, hermenêutica como *dizer*, como *explicar* e como *traduzir* (PALMER, 1986, p. 25).

Embora em cada um dos significados antigos de hermenêutica possuem suas especificidades, todos carregam a ideia de tornar compreensível e dar sentido, seja ao pensamento, aos textos, ou aos intérpretes de outras línguas. Dentre cada um dos significados, existem as possibilidades de aprofundar o estudo e conceber várias anedotas para o uso, e o estudo da hermenêutica, contudo, para o presente artigo, esses significados clássicos foram englobados pela ideia comum que carregam, ou seja, a hermenêutica como estudo da compreensão.

Dito isto, a modernidade trouxe diferentes definições para a Hermenêutica, o que permitiu essa área do conhecimento se tornar imersa na própria filosofia e nas demais ciências e áreas de estudo ligadas à linguagem, ao comportamento existencial e a cultura (STRECK, 2013).

Dentre as definições modernas de hermenêutica, quatro tem destaque para a presente abordagem, e para traçar o caminho evolutivo desta área do conhecimento com reflexos no direito, são elas: (i) Hermenêutica como metodologia filológica geral; (ii) Hermenêutica como ciência de toda a compreensão linguística; (iii) Hermenêutica como base metodológica dos *Geisteswissenschaften*⁴; (iv) Hermenêutica como fenomenologia⁵ da existência e da compreensão existencial. Tais definições representam o momento histórico e o objetivo da abordagem ao problema da interpretação, em alguns sentidos elas se complementam e não necessariamente superam-se (PALMER, 1986, p.43).

Em primeiro lugar, encontra-se a hermenêutica como metodologia filológica, nessa definição, a hermenêutica ganha traços de estudo da linguagem aplicado a interpretação, este marco inaugura a hermenêutica geral, que poderia ser aplicada não só aos textos bíblicos, mas também a quaisquer formas de linguagem (PALMER, 1986, p.43-49).

Por conseguinte, com Schleiermacher (séc. XVIII e XIX), a hermenêutica foi pela primeira vez pensada como arte da compreensão e ciência da interpretação, nesse autor, a hermenêutica era o fim em si mesmo, era o objeto de estudo e o estudo da sua

⁴ *Geisteswissenschaften*: Todas as disciplinas centradas na compreensão da arte, comportamento e escrita do homem.

⁵ Fenomenologia: aquilo que se apresenta e que se mostra, constitui uma corrente filosófica que afirma a importância dos fenômenos da consciência, os quais devem ser estudados em si mesmos, tudo só existe se possui existência na mente. Para M. Heidegger, a Fenomenologia é a via de acesso para a filosofia tomada como ontologia.

própria compreensão (SCHLEIERMACHER, 2006, p. 56). Em Schleiermacher, a hermenêutica foi concebida como uma hermenêutica geral, sem a necessidade de ter um objeto de análise, mas o próprio estudo da hermenêutica era sua finalidade, com isso houve desenvolvimento de vários postulados hermenêuticos, como a virada linguística, o círculo hermenêutico, dentre outros movimentos (SCHLEIERMACHER, 2006).

Após o contributo de Schleiermacher, surge outro momento de importante inovação nesta área do conhecimento, a hermenêutica como base metodológica para as *Geisteswissenschaften*, esta fase tem como grande expoente, Wilhelm Dilthey (séc. XIX e XX), que foi um importante biógrafo de Schleiermacher (PALMER, 1986). Para este autor, a hermenêutica era a disciplina central que sustentava todas as demais disciplinas que eram centradas na compreensão da arte, no comportamento e na escrita do homem, logo, em Dilthey a hermenêutica reformulou a importância da linguagem para as ciências (DILTHEY, 1984, p.26).

No entanto, apesar de grandes avanços, a hermenêutica teve sua elevação de maior amplitude com as concepções de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer (séc. XX e XXI). Em Heidegger, a hermenêutica foi concebida como parte intrínseca da filosofia e foi observada por meio da metodologia fenomenológica do *Dasein*⁶ e da compreensão existencial (HEIDEGGER, 2006, p. 100). Em sua obra, *O ser e o tempo*, Heidegger concebe a sua filosofia como sendo a hermenêutica do *Dasein*, pelo método fenomenológico. Ou seja, para Heidegger, a hermenêutica possibilita a explicação fenomenológica da própria existência humana, pela linguagem, redimensionando a estrutura sujeito-objeto (PALMER, 1986, p. 51). Nesses autores, a hermenêutica se tornou imprescindível para a própria compreensão da filosofia.

De acordo com Heidegger, a hermenêutica se funda na compreensão, e a interpretação é o desdobrar as possibilidades projetadas na compreensão, isso significa, dar à hermenêutica um aspecto dialógico em que a compreensão é o conjunto que engloba a interpretação. Tal premissa tem importância, pois, é possível extrair em Heidegger que, primeiro se compreende, para depois, se verificar a compreensão na interpretação, ou seja, a partir do fenômeno que se revela, surge as possibilidades extraídas na compreensão que são desdobradas na interpretação. Nas palavras de Martin Heidegger (2005), temos:

⁶ *Dasein*: Define o termo essencial da filosofia existencial de Martin Heidegger, e significa algo que se mostra em si mesmo, traz a ideia de coexistência, representa a separação do esquema sujeito objeto, representado pelo ser-aí, que em alemão quer dizer *Dasein*.

Na compreensão, a *pre-sença* projeta seu ser para possibilidades. Esse ser para possibilidades, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre a *pre-sença* as possibilidades enquanto aberturas. O projetar da compreensão possui possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão. (HEIDEGGER, 2005, p. 204)

Em continuidade aos ensinamentos de Heidegger, Gadamer se propôs a dar uma concepção filosófica da hermenêutica. Nesse modelo, a hermenêutica é um encontro com o Ser por meio da linguagem (GADAMER, 1997, p. 227). Nesse sentido, Gadamer ampliou os estudos de Heidegger e concebeu a hermenêutica filosófica, que por definição promove a solução de problemas filosóficos, relaciona a linguagem com o Ser, com a compreensão, com a história, com a existência e por fim, com a realidade (PALMER, 1986, p.52-53).

A hermenêutica filosófica gadameriana é o revelar dos sentidos por meio da linguagem, suas dimensões são: (i) a circularidade das partes e do todo, o espiral hermenêutico; (ii) a mediação como meio discursivo e dialético de desvelar os sentidos; (iii) a historicidade e a tradição que compõe a pré-compreensão dos intérpretes, e por fim (iv) a linguagem, que é o lugar e modo de se interpretar, pois, somente fora do esquema sujeito-objeto a interpretação ocorre, ou seja, o mundo se revela ao ser pela linguagem e do mesmo modo o ser se revela na linguagem (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002).

Após traçar as linhas evolutivas da hermenêutica, demonstrando sua evolução, torna-se possível fazer a correspondência dessa área filosófica do conhecimento com a interpretação do direito, em especial da constituição. Com a mudança profunda no tracejado epistemológico das fontes do direito e do conceito de norma jurídica, em que, o império das leis deu lugar a Era dos direitos (BOBBIO, 2004), a constituição material tem adquirido relevância e normatividade para conformar e readequar os limites epistemológicos da constituição formal.

No entanto, o papel da hermenêutica é possibilitar diálogos discursivos que revelam os sentidos da compreensão, e dessa forma, permitir que apesar das transformações atuais do positivismo normativista de Kelsen, os textos ainda possuem extrema importância para a interpretação, contudo, não de modo uníssono e suficiente, pois, precisam ser complementados por elementos trazidos pela hermenêutica, como a

pré-compreensão, a historicidade (tradição), a dialética, a existência e a realidade, todas inseridas na linguagem (FIGUEIREDO; GURGEL, 2015, p. 160). Nesse sentido, a hermenêutica gadameriana é resoluta em dar importância para os textos no processo hermenêutico de compreensão, conforme a trecho a seguir de *Verdade e método* (GADAMER, 2002):

“O avanço metodológico resultante dessas observações feitas sobre a linguagem consiste em que o “texto” deve ser entendido aqui como um conceito hermenêutico. Isso significa que não é visto a partir da perspectiva da gramática e linguística, ou seja, como produto final, buscado pela análise de sua produção. Essa análise tem como propósito aclarar o mecanismo em virtude do qual a linguagem funciona, deixando de lado todos os conteúdos que transmite. Considerado a partir da perspectiva hermenêutica – que é a perspectiva de cada leitor -, o texto não passa de um mero produto intermediário, uma fase no acontecer compreensivo que encerra sem dúvida uma certa abstração: o isolamento e a fixação da mesma fase.” (GADAMER, 2002, p.393-394)

Esse fragmento da obra de Gadamer, *Verdade e Método*, ressalta que o texto traz a ideia de movimento e de associação com o intérprete, porém, ainda assim, o texto tem sua essência que deve ser explorada e revelada pelo intérprete, de modo que o produto final não pode ser distinto do que o texto queria transmitir. Nesse sentido, enquadra-se os diálogos entre constituição formal e material, isto significa que, a constituição em seu sentido formal ocupa o lugar do texto, já a constituição material os demais elementos, como a historicidade, a pré-compreensão, a realidade, todos eles são componentes essenciais da linguagem onde se desenvolve a interação do intérprete com o texto, isto significa que, o intérprete traz a historicidade em sua pré-compreensão e os fatos vão de encontro ao texto, para depois retornar do texto e ser aplicado ao fatos.

Para a ótica hermenêutica, portanto, a constituição material pode ser os elementos que preencham a pré-compreensão do intérprete para a dar sentido ao texto, mas nunca se desvencilhar dele (GADAMER, 2002, p. 389). Logo, nessa concepção proposta, a constituição formal pode ser ressignificada, contudo, com critérios hermenêuticos, para que a constituição não perca seu sentido, mas, encontre novos sentidos não revelados, daí, portanto, a proposta de uma concepção dialógica entre constituição formal e material, de modo que a constituição material seja um vetor hermenêutico de interpretação da constituição formal, sem que haja sobreposição de um poder sobre os demais (OLIVEIRA; MOURA, 2016, p. 244).

Por fim, como exemplo, pode-se direcionar a lente hermenêutica para a separação dos poderes, que, em seu sentido formal foi concebido possuindo uma gama de significados, entretanto, com a revolução dogmática e filosófica que perpassa o direito, este sentido necessita de ser reestruturada, para permanecer atingindo sua finalidade, que é a de: controlar o poder, para promover o desenvolvimento social. Pois, caso a separação de poderes rígida esteja apenas funcionando como um bloqueio institucional da constituição material, esta deve ser reinterpretada para retornar a sua finalidade constitucional.

A separação de poderes, portanto, necessita ser contemplada em dois prismas, (i) o controle do poder; e (ii) realizar tal controle, para promover a realização do projeto de sociedade esculpido na constituição. Dessa forma, a constituição material deve ser o fio condutor que reestrutura os sentidos da constituição formal sem desrespeitar o texto, há portanto, uma relação dialógica circular (o todo e as partes) de produção de sentidos de acordo com a constituição.

Nesse contexto, é possível uma reestruturação da separação de poderes, de modo que a expressão independente, no art. 2º da CRFB/1988⁷, não seja entendida em um sentido puro de 'separação' e 'distanciamento', mas, opte por um plano mais dinâmico de 'divisão' e 'coparticipação' das funções, para otimizar o projeto constitucional, sem descontextualizar seu sentido. O sentido de 'independência' deve estar associado ao sentido de 'harmonia', também presente no texto do mesmo artigo, em um círculo hermenêutico, que no contexto atual e histórico permite olhar os poderes republicanos como independentes em sua autonomia, mas dialógicos em cumprir tarefas constitucionais.

5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ruptura da rigidez da constituição formal para a amplitude hermenêutica da constituição material

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) Nº 347⁸ foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal (STF) em meados de 2015, tendo como

⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: versão atualizada até a Emenda n. 88/2015. 46. ed. (Coordenação de Edições Técnicas).

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Distrito Federal, 09 set. 2015. Disponível

objetivo uma mudança concreta na estrutura do sistema carcerário brasileiro. A partir dessa ação, pretende-se em um primeiro plano, explicitar a situação em que se encontram nossos presídios e toda a injustiça que envolve o processo de encarceramento no Brasil, para conseqüentemente, propor soluções não contingenciais sob uma nova perspectiva constitucional de utilização da constituição material como vetor hermenêutico da constituição formal.

As mudanças pretendidas por meio da ADPF N° 347 podem vir a partir do reconhecimento da ação, e acolhimento da tese do Estado de Coisas Inconstitucional⁹ pelo STF, e desta forma, o Judiciário poderia ofertar uma solução estrutural e conjunta com os demais poderes, para agirem no sentido de recuperar o sistema carcerário brasileiro, e promover a aproximação dos aspectos formal e material da Constituição.

Para que o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) seja reconhecido pelo Judiciário, devem ser observadas algumas condições. Tais condições podem ser sintetizadas na existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar esta conjuntura, de modo que, apenas transformações estruturais no desempenho do Poder Público e a atuação plural das autoridades republicanas (inclusive a sociedade civil organizada) possam alterar a situação inconstitucional em que se encontra o sistema carcerário brasileiro.

Nessa perspectiva, como argumentam os autores da ADPF, nosso atual sistema carcerário viola princípios contidos na Constituição Federal de 1988, como a dignidade da pessoa humana, legalidade, presunção da inocência, proporcionalidade, contraditório, ampla defesa, dentre outros. Tais violações de materializam em um quadro de: a superlotação nos presídios; a falta de segurança física, psicológica e emocional dos presos; a falta de acesso adequado à jurisdição e ao devido processo legal; a falta de promoção à saúde; à higiene; à educação; à alimentação adequada; ao trabalho e à mínima assistência material.

em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁹ Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) tem origem nas decisões da Corte Constitucional colombiana e, consiste em violações sistemáticas, contínuas e generalizadas de blocos de direitos fundamentais, e a partir desse diagnóstico, o Judiciário se propõe a oferecer soluções estruturais com diálogos com os demais poderes (PULIDO, 2013).

Devido a esse grave e sistemático desrespeito aos direitos fundamentais, fica evidente que ocorre grande discrepância entre o projeto constitucional de direitos e garantias fundamentais, e a prática chancelada pelos poderes republicanos, ou seja, há um abismo no que temos disposto em nosso sistema de normas e o que realmente ocorre em relação aos assuntos que tratam estes dispositivos legais. E portanto, uma solução isolada de um dos poderes, como leis, políticas públicas e tutelas jurídicas não são suficientes para resolver o problema.

Nessa perspectiva, para que se possa desfazer esse quadro de violação constitucional generalizado, alguns pontos cruciais são apontados pelos autores da ADPF N° 347, são eles: (i) a elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial, ou seja, o estabelecimento de medidas para solução do EIC e suas respectivas discussões entre os órgãos do poder público e a sociedade civil; (ii) previsão de metas e prazos objetivos para a correção do ECI; (iii) a utilização efetiva das audiências de custódia, apresentando em prazo razoável, o preso ao juiz para que o mesmo possa ouvi-lo e tirar conclusões mais sólidas, como garantia legal e a fim de reduzir o já inflacionado número de presos provisórios em nossas penitenciárias; (iv) a necessidade de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, quer dizer, mudar a cultura do encarceramento e fomentar as medidas alternativas à prisão, previstas em lei, a partir de exigência de elevado nível argumentativo para a justificação da mesma, reservando-se a prisão provisória somente para casos extremos; e por fim, a consideração do ECI na aplicação e execução penal, como modo de admitir-se a crueldade vigente e a necessidade de mudança radical da estrutura atual, justificando-se a partir do preceito de que a Constituição não deve ser apenas uma peça retórica, mas sim, buscar sempre se adequar nos moldes principiológicos democraticamente elegidos e garantidos pela soberania do povo, em todos os âmbitos, e em especial nos direitos fundamentais.

A proposta da ADPF N° 347, portanto, visa criar uma comunidade de trabalho entre as instituições republicanas e democráticas superando o prisma de separação formal de poderes independentes, para um prisma de divisão de responsabilidades com atuações dialógicas complementares que visam dar efetividade ao sentido material da Constituição, mesmo que para isso, se torne necessário reformular o sentido formal de separação dos poderes.

Observando a ADPF n° 347 sob a perspectiva hermenêutica de diálogos entre constituição formal e material, é possível traçar soluções institucionais sob o manto

constitucional, sem cometer excessos autoritários ou ativistas pelo Poder Judiciário. Pois, a solução perpassa por uma atuação estrutural e dialógica, em que o Judiciário não encerra a lide na decisão, mas sim, criar um cronograma de trabalho e monitoramento para ações efetivas dos poderes republicanos.

Contudo, fica o questionamento se tal ação viola o princípio da separação dos poderes. Por todo o exposto nas ideias defendidas neste artigo, não. Pois, a solução contida na ação de descumprimento de preceito fundamental mantém a integridade das instituições, o respeito à separação dos poderes, às leis e todos os valores democráticos da Constituição de 1988. A solução proposta, ao contrário de romper a independência dos poderes, visa dar concretude às suas funções constitucionais de forma autônoma, embora co-participativa.

A concepção da constituição material como um vetor hermenêutico da constituição formal permite olhar para esta ação como um exemplo de ruptura conceitual da divisão de poderes, e dar à jurisdição constitucional uma nova perspectiva para (re)construir a interpretação a partir de um novo problema que se apresenta e desafia os sentidos do texto. Por conseguinte, a jurisdição tem um papel mediador (entre a norma e a conjuntura dos fatos) ao invés de uma função de autoridade (simples aplicação mecânica da norma ao fato), e, a leitura do texto da Constituição versando sobre separação dos poderes, deve considerar os paradigmas da hermenêutica gadameriana, como a historicidade, a circularidade, a linguagem e a dialética.

Em relação à historicidade, toda conjuntura da promulgação da Constituição de 1988 deve ser sopesada, isto é, os ideais democráticos e a densa camada de direitos e garantias fundamentais, são condições de horizonte para os intérpretes envolvidos alcançarem o sentido do texto. Desse modo, a promessa constitucional não pode ser barrada por um dispositivo (art. 2º CRFB/1988) que não visa a limitação das diretrizes constitucionais, mas sim, pretende impedir que um dos poderes se sobreponha sobre os demais, ou até mesmo, sobre a Constituição.

Sobre a circularidade na interpretação, os elementos particionados devem ser observados a partir do todo constitucional, e da mesma forma, o todo constitucional deve ser olhado em harmonia com suas partes. Portanto, permitir que os poderes atuem de forma harmônica e interdependente, sem perecimento de sua autonomia, em nada fere a proposta ideológica do Estado Constitucional, enquanto meio para se realizar algo, e não fim em si mesmo. Logo, a circularidade permite o equilíbrio, ou seja, evita que a

Constituição enquanto conjunto diretivo e normativo seja um projeto sem bases, e ao mesmo tempo, suas partes não desmontem sua estrutura ideológica.

O ECI propõe um processo em que a autoridade da jurisdição constitucional não repousa do poder e no "dizer o direito", mas sim, uma estrutura de linguagem, em que as partes envolvidas tenham influência na decisão, e também em sua execução. A interpretação para este caso não parte do esquema sujeito-objeto, em que um detém o outro para interpretar, mas pelo contrário, os sujeitos envolvidos e os objetos encontram-se imersos à linguagem, e dessa forma, os sentidos não estão na consciência do intérprete, mas irão ser revelados no, e pelo processo.

Por fim, outro importante elemento da hermenêutica filosófica que possibilita a leitura do caso ECI, como uma ruptura da divisão clássica dos poderes é o elemento da dialética. Este, em especial, é o que conduz a argumentação, isto é, enquanto no paradigma clássico da interpretação pelo método, os fatos são apresentados no processo para a valoração do intérprete (jurisdição), a proposta na ADPF nº 347 é construir a decisão a partir dos diálogos intra-processuais, com participação e influência dos sujeitos envolvidos, inclusive na fase da execução da decisão, em que, todos os envolvidos terão sua parte de responsabilidade, com continuidade, e com possibilidades de revisões e adequações, colocando a atividade jurisdicional em uma perspectiva dialética.

Diante de todo o contexto construído até aqui, sobre a divisão dos poderes, sobre os sentidos formal e material da constituição e sobre a perspectiva da hermenêutica filosófica na interpretação jurídica, pode-se inferir que tais premissas refletidas para a questão colocada pela ADPF Nº 347, revela a possibilidade de interpretar a constituição formal a partir da constituição material. Assim, o sentido material da constituição carrega os sentidos históricos desta, e portanto, o texto não pode ser lido descolado dos preceitos materiais da Constituição, ou seja, todos estes elementos presentes na constituição material podem(devem) ser lidos como vetores hermenêuticos para a interpretação do texto frio contido na constituição formal, e essa exigência é justamente um dispositivo que garante que o direito não se torne algo manipulado, discricionariamente, pelos intérpretes, ou retorne a um positivismo sem critérios filosóficos.

Portanto, sob o viés hermenêutico, a solução visa compreender a constituição por meio da linguagem, utilizando-se do processo como palco para a mediação; a construção dialética da interpretação; a projeção de horizontes a partir da realidade – e, não presa ao intérprete, superando o esquema sujeito-objeto para o paradigma da

linguagem - e adotando o círculo hermenêutico, que consiste em interpretar a constituição a partir do todo para se alcançar as partes, e vice-versa, revelando a interpretação.

Assim, os diálogos entre constituição formal e material, sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, possuem cariz republicano e democrático de solucionar o problema criando verdadeiros diálogos institucionais, e desse modo, alcançar a concretude de preceitos que, se observados apenas sob a perspectiva isolada, constituem bloqueios institucionais que impedem a realização do projeto constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da argumentação apresentada, o artigo se propôs a discutir a divisão clássica de separação dos poderes, e se tal concepção ainda é factível no atual paradigma hermenêutico constitucional, para tal, o estudo investigou a origem da separação dos poderes sob o olhar dos limites do direito, e conseqüentemente, os conceitos de constituição formal e material.

Na sequência, o objeto da investigação se voltou à concepção dos poderes sob o viés dicotômico constitucional (formal e material), descrevendo a finalidade e o uso dessa teoria, que surgiu no âmago do Estado Liberal e não foi adequada à nova feição do Estado Constitucional. Nesse sentido, o paradigma atual exige algo mais da teoria da constituição para que coexistam as instituições em um Estado Democrático, logo tal princípio necessita ser ressignificado.

Assim, o direito que carece da filosofia para manter seus fundamentos e direcionar seus objetivos, da mesma forma, também precisa, de fato, se inserir na virada linguística e abandonar a concepção isolada do intérprete que toma os fatos como objetos, para estar imerso aos fatos e alcançar a interpretação na, e pela linguagem. Nesse contexto, a hermenêutica evoluiu de tal forma que foi incorporada à filosofia, abandonando o método como justificativa para a verdade.

Nessa perspectiva, em Gadamer, a hermenêutica ganhou status de hermenêutica filosófica, ou seja, enquanto em Heidegger, a hermenêutica já se concebe ontologicamente como evento da compreensão (a partir do ser), por outro lado, na concepção gadameriana, está se desenvolve como a própria ontologia da compreensão (o ser no mundo), de modo que a interpretação ocorre na, e pela linguagem. Portanto, para este filósofo, a hermenêutica se torna uma disciplina que toma os eventos de forma histórica dialética e linguística.

Com efeito, ao olhar a Constituição, em especial, a constituição formal e material, a hermenêutica filosófica em Gadamer, pode, e deve ser a matriz para a compreensão desses conceitos, criando um ambiente reflexivo de coexistência, ao invés de conflito. Por conseguinte, esta visão teórica tem efeitos práticos na solução de demandas no âmbito da jurisdição constitucional, como por exemplo a ADPF nº 347, e sua proposta de decisão estrutural dialógica entre as instituições democráticas utilizando a constituição material como vetor hermenêutico para a constituição em sentido formal.

Portanto, a teoria da constituição necessita se adequar a hermenêutica filosófica para promover soluções que desamarrem os nós criados por bloqueios institucionais que se formaram devido ao desequilíbrio entre os sentidos fundantes da separação dos poderes, ou seja, para dar efetividade e continuidade ao projeto constitucional é necessário reestruturar a separação de poderes, e da mesma forma, fixar novas formas de interpretá-la, isto é, olhar para a constituição formal, a partir da constituição material.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **2002. Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madri : Centro de estudos políticos e constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

BARROSO, Luís Roberto..**Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito.** Norberto Bobbio; compilado por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsever, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** São Paulo: MAHLEIROS, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Distrito Federal, 09 set. 2015. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.** In: Revista Notícia do Direito Brasileiro, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul./dez. 1998.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DILTHEY, Wilhelm. **“Origens da hermenêutica”**, in: Textos de hermenêutica. Trad. Alberto Reis. Lisboa: Rés, 1984.

FIGUEIREDO, Tereza Margarida Costa de Figueiredo e GURGEL, Yara Maria Pereira. **Análise da prescrição da cobrança de valores relativos ao FGTS à luz da nova hermenêutica: importância de uma interpretação hermenêutica concretizadora pautada na interpretação da lei conforme a Constituição.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba – PR, vol. 7, n. 12, jan-jun. p. 142-163, 2015. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista13/revista12.pdf>> Acesso em 20 abr. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer Revisão de Tradução de Ênio Paulo Giachini, Petrópolis RJ: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: Complementos e índices**. Tradução de Flávio Paulo Meurer Revisão de Tradução de Ênio Paulo Giachini, Petrópolis RJ: Vozes, 2002.

GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: MALHEIROS, 2003.

HEIDEGGER, Martin **Ser e Tempo**. Tradução revisada de Márcia Sá Cavalcante Schuback; Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis, Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 3. ed. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2008. (HOBBS, 2008)

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade**. Teoria e Prática. Salvador: Jus Podvm, p.24, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE. **A Essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LIMA, Simone Alvarez. **Neoconstitucionalismo no Brasil: do positivismo à nova leitura constitucional a respeito dos valores**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba – PR, vol. 8, n. 14, jan-jun. p. 300-318, 2016. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/revista14.pdf>> Acesso em 15 abr. 2017.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil**. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MARQUES, Alessandra Garcia e KHODR, Amir Barroso. **Origens e fundamentos da Judicial Review: um berço americano**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba – PR, vol. 8, n. 14, jan-jun. p. 264-299, 2016. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/revista14.pdf>> Acesso em 15 abr. 2017.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 178, pg. 195 -205, abr/jun 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTESQUIEU, **Do Espírito das Leis**. Traduzido por: Charles de Secondat, Baron de. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL, Ilton Norberto Filho. **Constituição e efetividade dos direitos fundamentais: caminhos para superação da perspectiva tradicional do direito constitucional brasileiro a partir do princípio da factibilidade e do desenvolvimento.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba – PR, vol. 6, n. 11, jan-jun. p. 278-297, 2014. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista12/revista11.pdf>> Acesso em 20 abr. 2017.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira e MOURA, Suellen Patrícia. **O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba – PR, vol. 8, n. 14, jan-jun. p. 238-263, 2016. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/revista14.pdf>> Acesso em 15 abr. 2017.

PALMER, Richard. **Hermenêutica.** Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos direitos – Um Escrito Sobre a Aplicação dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4ed. Ampl.. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação.** 5.ed.Trad. Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

SOARES, Anna Victória; SOARES, Gabriela Albino; SANTOS, Mayara Fernanda Perim. **O Neoconstitucionalismo como forma de identificação da Constituição frente às inércias do Executivo na efetivação das demandas sociais por meio do ativismo judicial.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba – PR, vol. 6, n. 11, jan-jun. p. 321-338, 2014. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista12/revista11.pdf>> Acesso em 20 abr. 2017.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.