



LUIZ ELIAS MIRANDA DOS SANTOS

***QUIS CUSTODIET IPSO CUSTODES: ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES
NO PANORAMA DO CONTROLE DA ATIVIDADE JUDICANTE***

DISSERTAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS — MENÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

COIMBRA, SETEMBRO DE 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

QUIS CUSTODIET IPSO CUSTODES: ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS
PODERES NO PANORAMA DO CONTROLE DA ATIVIDADE JUDICANTE

LUIZ ELIAS MIRANDA DOS SANTOS

Dissertação apresentada no âmbito no 2º Ciclo de Estudos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Maria Benedita Urbano.

COIMBRA

2014

LUIZ ELIAS MIRANDA DOS SANTOS

***QUIS CUSTODIET IPSO CUSTODES: ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS
PODERES NO PANORAMA DO CONTROLE DA ATIVIDADE JUDICANTE***

Dissertação apresentada no âmbito no 2º Ciclo
de Estudos da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Maria Benedita Urbano
(Orientadora)

Membro da Banca

Membro da Banca

Dedico esta dissertação a meu avô, “Papai Luiz” de Souza Miranda (1915-2014), que me ensinou “o que é gente por debaixo d’água”.

AGRADECIMENTOS

Há muitas pessoas para agradecer, pois, muitos contribuíram fundamentalmente para que eu pudesse chegar aqui e finalizar esta investigação.

Em primeiro lugar, tenho que agradecer a Deus, fonte de todos os dons e que me mostrou, com o final desta caminhada, que tudo deve ser realizado no tempo certo, que todos os percursos experimentados são fases necessárias de amadurecimento e cultivo da paciência, “o fogo que experimenta o ouro e a prata” (Eclo, 2; 5).

A família tem um lugar especial nos contributos para que este projeto hoje possa se dizer “concluído”.

Gostaria de lembrar os ausentes, meu pai João Elias, meu avô paterno Elias Correia dos Santos, que com sua partida me mostrou o lado belo do amor pela vida e a possibilidade deste projeto tomar rumos concretos, e também meu avô materno, Luiz de Souza Miranda (Papai Luiz), que, numa convivência muito próxima, muito me ensinou e me incentivou (muitas vezes mais que meu próprio pai) a seguir em busca de uma vida melhor, ficam seus bons exemplos, suas histórias e “causos” impagáveis.

Gostaria de agradecer profundamente ao que posso chamar de “família real”, minha base mais firme de apoio, sem a qual não seria nada. Minha mãe, Maria da Consolação, um verdadeiro exemplo do que é o amor materno, sua fé, suas renúncias e sacrifícios foram essenciais para que pudesse ir a Portugal realizar o sonho de estudar na Europa e depois, já de volta ao Brasil, proporcionou um ambiente de estudos com a tranquilidade necessária que me permitiu trabalhar incessantemente nesta dissertação. Minha irmã, Izaura, que deu todo apoio necessário (afetivo, gerencial) para que eu pudesse ter forças para lutar pelo que eu sempre quis; ao meu irmão, João Paulo, um companheiro que, mesmo distante, não deixa que eu me esqueça dos fortes laços que nos unem que caracterizam o verdadeiro amor fraternal, ao meu cunhado Eduardo e minha cunhada Josiane, por tudo o que representam.

Tenho uma grande dívida com meus mestres, estes não podem ser esquecidos, pois, sem suas pontes em direção do saber, não poderia estar aqui hoje.

Gostaria de agradecer profunda e imensamente a minha orientadora, doutora Maria Benedita Urbano que, mesmo no gozo de uma licença sabática, não me privou de uma orientação absolutamente iluminante e bem-humorada, mesmo a um oceano de distância. Muito obrigado pelos conselhos, incentivos, e tudo o mais que muito me ajudaram a concluir este projeto e, principalmente, o ensinamento valoroso de confiar mais em mim mesmo.

Aos professores do Brasil, tenho uma imensa dívida com muitos, gostaria de mencionar quatro que muito me influenciaram neste percurso: Alessandra e Vinícius Rodrigues, meus professores de literatura e gramática nos hoje longínquos anos do Colégio Objetivo, a Mariana Tavares de Melo, pelos incentivos e confiança no meu potencial e, por fim, a Agassiz Almeida Filho, meu primeiro mestre, que, ainda nos bancos da Universidade Estadual da Paraíba, me apresentou a este ramo apaixonante que é o Direito Constitucional e fez com que eu descobrisse minha paixão pela academia.

Aos amigos, embora não possa citar todos, a quem gostaria de agradecer, devo registrar minha sincera gratidão a Claudio Britto, mais do que um companheiro daquele nosso apartamento na rua Fernão Lopes, um verdadeiro irmão que Coimbra me deu e marcou sua presença em minha vida de uma forma que o tempo não é capaz de apagar, a Cássia Cardoso e Patrícia Tavares, amigas inesquecíveis que tornaram a vida em Coimbra mais agradável com as conversas intermináveis na faculdade, em casa ou em qualquer lugar onde nos encontrávamos, eles foram a minha família em Coimbra. Aos confrades do nosso grupo de estudos, Rogério Ribeiro, Tiago Nolasco e Cássio de Assis, as conversas infindáveis nas tardes de terça-feira nos “sofazinhos” foram um dos pontos altos da vida universitária em Coimbra. A Isabela Gonçalves e Thalita Ventorini, pela amizade e “apoio operacional”. À minha grande amiga Danielle Bezerra de Moraes pela sua amizade, companheirismo e por não deixar que meu sonho de estudar na Europa morresse, guardarei lembranças inesquecíveis de nosso reencontro em Grenoble, uma das viagens mais divertidas de minha vida, que trouxe um pouco do calor da amizade ao gélido inverno dos Alpes franceses.

Por fim, às novas histórias que começam, à Thatianna Oliveira, por tudo que vem representando e pela devolução do colorido cotidiano.

“Um asno, de relíquias carregado,
vendo que se faziam reverências
quando passava,
julgou-se reverenciado.

Por que iriam reverenciá-lo
já que não merecia a distinção?
Mas isso o Asno não se perguntava.
Seguia em frente, todo presunção.

Até que um cidadão que ali passava
fê-lo voltar ao bom senso:

– Lembre, seu Asno, que a vaidade cega.
Não é para o senhor que queimam incenso,
Mas para as relíquias que carrega.

*Também ao mau juiz não se respeita,
e sim, somente, à toga que o enfeita.”*

Jean de la Fontaine, *O Asno Carregado de Relíquias*.

“O juízo dos homens é mais temeroso que o juízo de Deus porque Deus julga com o entendimento, os homens julgam com a vontade. Quando entre o entendimento de Deus e a vontade dos homens não houvera aquela infinita distância, bastava só a diferença que há entre vontade e entendimento para ser grande a desigualdade destes juízos. Quem julga com o entendimento pode julgar bem e pode julgar mal: quem julga com a vontade nunca pode julgar bem. A razão é muito clara. Porque quem julga com o entendimento entende mal, julga mal, se entende bem, julga bem. Porém, quem julga com a vontade, ou queira mal ou queira bem, sempre julga mal: se quer mal, julga como apaixonado; se quer bem, julga como cego. Ou cegueira, ou paixão: vede como julgará a vontade com tais adjuntos.”

Padre António Vieira, *Sermão da Segunda Domingo do Advento*.

RESUMO

Na atualidade, pode-se afirmar que existe um constante crescimento do poder dos juízes. Tal crescimento pode significar um tendencial desequilíbrio no quadro organizatório do Estado de Direito. Ao mesmo tempo em que o poder dos juízes cresce não é possível observar o surgimento de mecanismos ou poderes com capacidade para contrabalançar a expansão do poder judicial, sendo possível afirmar que o mesmo se encontra em franca politização e tal crescimento, em níveis políticos, situa-o em condição de controlar os poderes executivo e legislativo. Levando em consideração que a estrutura do Estado de Direito deve ser pensada sempre em termos de um tendencial equilíbrio dinâmico entre os poderes executivo, legislativo e judicial, o fenômeno do ativismo judicial vem provocando um descompasso em tal equilíbrio. Esse ativismo leva o poder dos juízes a um patamar superior relativamente às suas contrapartes políticas, sendo necessária uma profunda reflexão para recompor o equilíbrio violado e restaurar a tradição do Estado constitucional de poderes exercidos mediante limites impostos pelo domínio jurídico. O presente estudo, uma investigação em três tempos, volve-se ao objetivo essencial de formular três propostas para o controle do poder judicial baseado no secular adágio de Juvenal, *quid custodiet ipso custodes*. Para o atingimento deste desiderato, buscou-se analisar o princípio estruturante da separação dos poderes, tanto em sua acepção clássica, quanto na atual dinamização do mesmo a partir de penetrações funcionais no princípio, tudo isto na tentativa de fixar um conteúdo essencial da separação dos poderes. Após isto, o foco principal tornou-se a discussão sobre o ativismo judicial em termos tanto políticos como metodológicos, para fixar que esta prática se encontra dividida entre um funcionalismo político-material e a práxis emancipatória. Por fim, após a superação dessas fases, buscamos formular as três propostas inicialmente anunciadas, uma de natureza política, outra de natureza metodológica e, por fim, uma institucional.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Controle da magistratura. Funcionalismo. Poder judicial. Separação dos poderes.

ABSTRACT

In recent days, an increasing empowerment of the judges can be observed and such escalation could be considered as resulting in an unbalanced organizational framework within the rule of law. On the other hand, controlling mechanisms or powers do not seem to be emerging to counterbalance the rise of the judiciary. As a result, it has gone through a frank process of politicization, what puts it in a situation of controlling both the Legislative and Executive branches. Assuming that the rule of law must be conceived according to a dynamic balance between the Executive, Legislative and Judicial branches, the judicial activism phenomena happens to be breaking such equity. This activism promotes the power of judges to a higher level in relation to their political counterparts, requiring profound reflection to reset the violated balance and restore the tradition of the constitutional State, where powers are exercised under restrictions imposed by the legal domain. The present study, a three-phase investigation, turns to what is essential to develop three proposals for better control of the judiciary established on the classic Juvenal's adage, *quid custodiet ipso custodes*. To achieve such aspiration, we sought to analyse the structuring principle of separation of powers, both in its classic sense, as well as in the current dynamism of functional penetrations into the principle, and all in an attempt to consolidate an essential concept of the separation of powers. Next, the study aims at the discussion of judicial activism in both political and methodological terms, to determine that this practice is divided between political-material functionalism and emancipatory praxis. Finally, after going across these phases, we attempted to define the three aforementioned proposals: a political, the other methodological and, lastly, an institutional.

Keywords: Control of the judiciary. Functionalism. Judicial activism. Judiciary. Separation of powers.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	10
1.1 Coordenadas metodológicas	14
2 SEPARAÇÃO DOS PODERES ENTRE A VIDA E A MORTE OU O DIAGNÓSTICO DE UMA CRISE	16
2.1 Conteúdo essencial?	16
2.2 A crise do governo parlamentar como fator de desagregação do princípio da separação dos poderes	29
3 ATIVISMO JUDICIAL: POR UMA DOGMÁTICA POLÍTICO- METODOLÓGICA	47
3.1 A jurisdição e sua transformação	49
3.2 Poder judicial e independência	52
3.3 O ativismo como emergência política do judiciário	54
3.4 O ativismo como emergência metodológica entre o funcionalismo e a práxis emancipatória	60
3.5 O neoconstitucionalismo e suas armadilhas	65
4 PARÂMETROS DE CONTROLE DO PODER JUDICIAL	73
4.1 A dimensão política	77
4.2 A dimensão metodológica	86
4.3 A dimensão institucional	95
5 À GUIA DE CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	110

1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Podemos afirmar que, em cada fase da moderna história das ideias políticas, há a supremacia de um segmento do poder estatal em detrimento dos outros. Assim foi no alvorecer da modernidade com o absolutismo e a preponderância do príncipe ou no século XIX com a idade de ouro do Parlamento. Poder-se-ia falar hoje num despontar da função judicial dentro do quadro do poder político estatal e aceitar um papel político do labor dos juízes dentro do esquema organizatório do Estado?

Historicamente, dentre o poderes, o judiciário sempre teria sido considerado o mais frágil e foi o que mais demorou a conhecer uma existência autônoma e independente, que remonta apenas ao século XIX, se considerarmos apenas os sistemas jurídicos da *civil law*.

Ainda hoje, a questão da independência judicial, seja ela em relação ao poder executivo, ao poder econômico ou até mesmo às tendências mais recentes de uma independência em face da sociedade¹, é um ponto muito presente nas discussões sobre o poder judicial, mas sempre permeada por uma voz constante e incessante: “mister [...] fortalecer o poder judiciário por todos os meios possíveis”². Contudo, quais as consequências que este fortalecimento traz para a democracia? Seria possível viver uma democracia comandada por juízes, onde se tenha perdido a básica ideia de governo representativo? Como frear esta expansão?

Pode ser natural recorrer ao legislativo como depositário e guardião da democracia, uma vez que, em muitos ambientes institucionais, os tribunais despertam certo ar de desconfiança³. Nesse caso, é lícito questionar sobre a legitimidade do poder dos juízes, o fundamento da jurisdição constitucional ou criticá-la, já que as cortes não fariam parte de uma estrutura “natural” da democracia. No entanto, também é possível encontrar motivos para justificar, na democracia moderna, a inclinação por juízes e cortes constitucionais, tais como a proteção das pré-condições democráticas, a salvaguarda dos direitos fundamentais, impedir a tirania da maioria, situar-se externamente ao debate político (diferentemente do parlamento), corroborar com a ideia de *checks and balances*, dentre outros⁴.

¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 78.

² BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 74.

³ Cf. BREDIN, Jean-Denis. Un Gouvernament des Juges? *Pouvoirs – Revue Française d’Études Constitutionnelles et Politiques*, n. 68, p. 77, 1994.

⁴ Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Tese de Doutorado em Ciência Política apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008, p. 61-84.

Os argumentos da supremacia buscam “apontar para eventuais qualidades da corte na proteção de direitos, [...] que o legislador é pior”⁵ e vice-versa, pondo a nu hoje um ponto de tensão que importa numa disputa pela hegemonia do poder estatal.

Usualmente, nas investigações que versam sobre o ativismo judicial, é dada ênfase excessiva aos comportamentos dos Tribunais Constitucionais. Defendemos aqui a ideia de que a conduta ativista não deve ser refletida apenas naquele âmbito, principalmente se estivermos inseridos em sistemas de interpretação constitucional e controle da constitucionalidade que possam ser exercidos à americana, como é o caso do Brasil (desde 1891) e de Portugal (desde 1911), onde qualquer juiz possui livre acesso à Constituição sem necessidade de mecanismos de remessa⁶ ou questões prioritárias⁷ e as posturas ativistas podem ser observadas tanto nas cortes constitucionais quanto em juízes de primeira instância por meio de exercícios interpretativos para dizer o que a Constituição textualmente não disse (e muitas vezes nem ao menos deixou implícito) e, principalmente, na aplicação do direito ordinário.

Tendo o conceito de pós-modernidade⁸ como horizonte da “mudança de estatuto do saber”⁹ e lançando um olhar sobre a modernidade iluminista, pode-se considerar a mesma como uma espécie das grandes narrativas, como ressalta Lyotard¹⁰, utilizada para a legitimação do discurso das ciências, “onde o herói do saber trabalha para uma boa finalidade ético-política, a paz universal”¹¹.

Desta forma, as grandes narrativas valem-se de metanarrativas com o patente propósito de legitimar-se frente à sociedade. Considerando a modernidade, a narrativa das

⁵ MENDES, 2008, p. 61.

⁶ Art. 100, I da *Grundgesetz*.

⁷ Art. 61-1 da Constituição da República Francesa.

⁸ A afirmação de uma transição à pós-modernidade é polêmica. Embora criticada por figuras importantes como Habermas (que prefere falar em projeto inacabado da modernidade em função da apropriação indevida da herança iluminista e sua conversão em sistema de dominação) e Luhmann (*La Sociedad de la Sociedad*. Mexico: Herder, 2007, p. 905), que afirma não haver, na segunda metade do século XX, fundamentos para defender o trânsito da modernidade rumo a uma época pós-moderna), vêm ganhando força correntes que nomeiam nossa época como pós-moderna. Em especial o pensamento crítico estadunidense vem defendendo a existência de uma *Post-Modern Jurisprudence*. Buscando apoio em Jean-François Lyotard, poder-se-ia falar na pós-modernidade como a época marcada pelo fim (ou a incredulidade nas) das grandes narrativas, tais como o Iluminismo (cf. LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1989). Preferimos enxergar o diagnóstico de nosso tempo nem como a consumação de uma visão, nem de outra, mas como uma disputa, uma tensão entre o moderno (que assume o desafio de conseguir solucionar as novas demandas) e o pós-moderno (com novas propostas para solver os problemas mais recentes) pela “alma do pensamento ocidental”.

⁹ LINHARES, José Manuel Aroso. *Entre a Reescrita Pós-Moderna da Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença ou a Prova como Exercício de Passagem nos Limites da Juridicidade* (Imagens e Reflexos Pré-Metodológicos deste Percurso). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 222.

¹⁰ Cf. LYOTARD, op. cit., p. 11.

¹¹ *Ibid.*, p. 12.

luzes, como uma das grandes narrativas, sua práxis legitimante é levada a cabo por inúmeras metanarrativas das quais se destaca nesta investigação a separação dos poderes como uma espécie de metanarrativa da modernidade iluminista, ou seja, um círculo conceitual menor (dentre os vários existentes no Iluminismo) que surge como condição de possibilidade e de legitimação da ideologia moderno-iluminista.

Considerando a pós-modernidade como uma continuação da modernidade, mas com traços autônomos que lhe garantam um estatuto próprio¹², e a “incredulidade em relação às metanarrativas”¹³ como um de seus talentos mais notáveis, uma suposta transição à pós-modernidade poderia dar azo ao questionamento se existe ainda separação dos poderes, ou se ela constitui apenas uma metanarrativa legitimadora do Iluminismo que deve ser relegada ao passado, sendo necessário buscar outras formas de legitimação política onde um governo dos juízes não seria algo inimaginável.

Na atualidade, o crescimento do poder dos juízes, e sua refração política, deu-se de um modo tal que não seria exagerado falar numa “hipertrofia da justicialidade”¹⁴, onde é possível ao poder judicial fazer frente ao executivo e ao parlamento. Mas, quem é capaz de conter o poder dos juízes, *quid custodiet ipsos custodes?*

Hoje, já não constitui nenhuma novidade pensar que o “controle, fiscalização e também coordenação recíprocos tornou-se o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes”¹⁵. Contudo, ao mesmo tempo em que o poder judicial exerce “uma potencial vasta influência sobre o sistema político e a funcionalidade das instituições governativas e parlamentares”¹⁶, a submissão daquele ao controle, uma característica essencial do exercício do poder num Estado de direito democrático, ao cotejar-se teoria e prática, esta moderação não passa de mera ficção, ou ainda de uma abstrata figura dogmática. Desta forma, leva-se a crer que, na atualidade, o poder judicial constitui-se como um peso sem contrapeso e as ações dos juízes, em certos momentos cobertas de legitimidade popular e contribuindo para as condições de funcionamento da democracia, podem conduzir a quadros de instabilidade político-institucional.

Ao discorrer sobre um predomínio da função judicial ou até mesmo sobre um governo dos juízes na atual conjuntura da democracia ocidental, impossível não remeter às críticas

¹² Cf. LINHARES, 2001, p. 221.

¹³ LYOTARD, 1989, p. 12.

¹⁴ QUEIROZ, Cristina. *Os Actos Políticos no Estado de Direito: o Problema do Controle Jurídico do Poder*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 209.

¹⁵ 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, p. 258.

¹⁶ RIGHETTINI, Stella. La Politicizzazione di un Potere Neutrale: Magistratura e Crisi Italiana. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, a. XXV, n. 2, p. 227, 1995.

tecidas à democracia desde os seus primórdios, das quais Platão é o exemplo mais radical e emblemático¹⁷.

O ativismo judicial, governo dos juízes ou qualquer outra denominação que se possa construir a partir da ideia da ascensão do poder político dos juízes, faz renascer questões ligadas a uma crítica ao regime democrático e da ambição oligárquica de que o “governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas especialmente qualificadas para governar em razão de seu conhecimento e de suas virtudes superiores”¹⁸.

Embora seja claro que o ativismo judicial seja uma herança do contexto político estadunidense¹⁹, é patente que o ativismo consiste numa espécie de guardiania²⁰, uma postura política que abarca a crença de que alguns homens possuem um grau de excelência superior aos outros na arte da política.

Estes guardiões de virtudes superiores (ou de boas razões) seriam fadados a melhor conduzir uma comunidade na busca do bem supremo da justiça²¹. Ou seja, o ativismo judicial, como modalidade de guardiania, pressupõe que o governo representativo, por meio de suas leis, teria fracassado ou não é totalmente idôneo para governar uma comunidade; e que uma determinada parte da sociedade, os juízes, por meio de sua atividade, seriam os mais aptos a conduzir os rumos políticos da sociedade onde o executivo e o legislativo falharam.

Ao falarmos de ativismo judicial, é perceptível o renascimento de uma contraposição dialética, já existente no âmbito da monarquia mista inglesa, entre *gubernaculum* e *jurisdictio*²². Só que em sua atual faceta, o ativismo judicial tem radicalizado esta contraposição e abandonado a clássica ideia da atuação do poder judicial a partir de um racionalidade jurídica, aquela “despida de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas a salvaguarda e a atualização daqueles valores [jurídicos]”²³. A busca de mecanismos de controle do poder judicial possui, precipuamente, esta intenção: trazer o poder judicial e sua atuação de volta aos níveis de moderação tidos como aceitáveis dentro do Estado de Direito.

¹⁷ Cf. PLATÃO. *A República*. 13. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, livro V, p. 251 e ss.

¹⁸ DAHL, Robert A. *A Democracia e seus Críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 77.

¹⁹ É inegável que esta tradição, a florada a partir das últimas décadas do século XVIII, desenvolveu-se de forma muito peculiar, se compararmos ao paradigma europeu, sobre este tema, cf. CASALINI, Brunella. Soberania Popular, Governo da Lei e Governo dos Juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 264 e ss.

²⁰ Para um conceito de guardiania, cf. DAHL, op. cit., p. 86.

²¹ Cf. Ibid., p. 79.

²² Cf. PIÇARRA, 1989, p. 259.

²³ Ibid., p. 260.

Enfim, fica evidente que o *Leitmotiv* da investigação é permeado pela ideia da excepcionalidade, mas que não deve ser entendida como submissão, do poder de fiscalização dos atos legislativos pelo poder judicial²⁴. O papel dos tribunais é de acordo com a democracia a partir do momento em que se reconhece que os juízes não possuem nenhuma espécie de poder arbitrário, sendo seu real papel a concretização do direito, sem que isto implique em externar qualquer preferência axiológica ou política por meio desta atividade²⁵, o que implica numa afirmação do Estado de direito em detrimento de um *gouvernement des juges*.

1.1 Coordenadas metodológicas

O objetivo primordial deste estudo em três tempos é compreender a separação dos poderes em sua acepção clássica e a interpretação mais atual que possa se fazer deste princípio, o problema do ativismo judicial e, ao final, tentar formular alguma proposta que sirva para corroborar com a tradição democrática do controle do poder judicial.

A título de premissas justificantes para a investigação, mostra-se importante responder a quatro questões de fundo metódico para que o objeto de estudo esteja bem delineado.

a) O que se estuda? O título da investigação põe a descoberto o seu objeto. Uma vez que fica bastante claro que o mesmo seria a relação entre a separação dos poderes, em sua acepção clássica e desenvolvimentos pós-liberais desta teoria, e ativismo judicial, de forma a ter como claros os problemas de um excessivo criativismo jurisdicional a ponto de interferir na atividade parlamentar.

b) Por que se estuda? A relação entre o princípio da separação dos poderes e o ativismo nos será útil para atingir o objetivo maior da investigação, explicitar três propostas (que não se constituem como respostas definitivas para o problema dos excessos na atividade jurisdicional) de controle do poder judicial.

c) Para que se estuda? A finalidade do mesmo seria a formulação de uma proposta de controle numa linha diametralmente oposta a um governo dos juízes, já que, desde o princípio desta investigação, defende-se de forma muito aberta que o judiciário não é o palco adequado para debates políticos, devendo imperar uma racionalidade estritamente jurídica, sob pena de perder-se a almejada autonomia do direito.

²⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1196.

²⁵ Cf. TROPER, Michel. *Le Droit et la Nécessité*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011, p. 202-203.

d) Como se estuda? Excluindo-se a introdução e as considerações finais, o trabalho estrutura-se em três capítulos principais. O primeiro versará sobre o conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes e a crise que se abate sobre o governo parlamentar, esta última sendo tratada como fator desagregador do quadro organizatório estatal e um importante elemento ensejador de um pretense governo dos juízes. O segundo terá como objeto dissecar o fenômeno do ativismo judicial enveredando não apenas pela temática política, como é mais usual, mas também através de linha metodológica. Por fim, o terceiro capítulo buscará expor a proposta de controle da magistratura, tendo como parâmetro essencial três dimensões de controle: política, metodológica e institucional.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES ENTRE A VIDA E A MORTE OU O DIAGNÓSTICO DE UMA CRISE

Por ser um tema que remonta à antiguidade clássica, pode-se imaginar que nada mais haveria para ser dito em matéria de separação de poderes. Entretanto, por mais antigo que possa ser o objeto de estudo, “não é verdade que, quando se diz tudo sobre os principais temas da vida humana, as coisas mais importantes continuam por dizer?”²⁶.

Podemos localizar a separação dos poderes como um mote com intensa relação com a ideia de liberdade e esta, “conquanto tenha um conteúdo essencial preciso, pode assumir, ao longo da história, distintos significados concretos, dentre os vários significados possíveis, compatíveis com seu conteúdo essencial”²⁷. Daí, a importância de ter em mente o conteúdo essencial da separação dos poderes, pois, uma vez que este se encontre apreendido, será necessário apenas adequar esta ideia basilar aos novos desafios que se apresentam na atual dinâmica da organização do poder político.

Esta parte de nossa investigação possui o escopo de alcançar a compreensão de um conteúdo essencial de tal princípio, tendo em vista que é da crise que rodeia a ideia de governo limitado repartido em três diferentes estratos que derivará também a crise do governo parlamentar. A compreensão destas duas disfuncionalidades se mostra como de suma importância para uma apreensão adequada da questão do ativismo judicial no segundo capítulo.

2.1 Conteúdo essencial?

Sem o objetivo de perfazer a já muito conhecida senda da história do princípio da separação dos poderes, nosso propósito neste momento é realizar uma análise crítica de algumas das principais doutrinas que dizem respeito à separação dos poderes, tentando estabelecer a existência de um conteúdo essencial que se possa atribuir à ideia de limitação do poder estatal, independentemente da época em que estejamos a falar.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 16.

²⁷ MELO, Alexandre José Paiva da Silva. Montesquieu: o Diálogo Necessário. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos. *Novo Manual de Ciência Política*. 2. ed, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 238. No mesmo sentido, cf. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Lisboa: Edições 70, 2011, Livro XI, cap. II, p. 301-302.

Sendo impossível olvidar a herança greco-romana, uma vez que tais civilizações plasmaram os “axiomas fundamentais da ideia ocidental de Estado”²⁸, o trabalho de evidenciar um possível conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes ficaria prejudicado caso deixássemos de lado as origens mais remotas de tal princípio que remontam à Antiguidade clássica.

Assevera-se, usualmente, que o precursor da ideia de separação dos poderes foi Aristóteles²⁹, ao afirmar que há em “todo governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse a conveniência particulares”³⁰. Necessário apontar o equívoco em atribuir ao Estagira o papel de precursor da moderna ideia de separação dos poderes como modalidade de controle do poder soberano.

A própria noção de Estado em Aristóteles muito difere da ideia de unidade política por trás do Estado como conhecemos hoje que, aliás, só veio receber esta denominação no limiar da Idade Moderna³¹.

A pólis grega, como “condição humana da pluralidade”³², perfazia em si um ideal comunitário de autossuficiência. Então, a ideia de separação dos poderes em Aristóteles é muito mais uma realidade comunitário-integrativa da pólis. Daí, a participação de todos como pressuposto da vida política implicaria o surgimento de um governo misto, mas não com o mesmo sentido de Constituição que se tem hodiernamente, mas sim na constituição como forma de governo³³. Sendo impossível aos cidadãos não participar em nada no governo da cidade³⁴, o governo ideal imporia que os “vários grupos ou classes sociais participem do exercício do poder político”³⁵.

Aliás, nem ao menos poder-se-ia falar em separação de poderes em sentido estrito já a partir de Aristóteles, uma vez que o mesmo evidencia a distinção em “três funções do Estado [...] a elas, no entanto não correspondiam ao mesmo número de poderes”³⁶.

²⁸ IMBODEN, Max. Gewaltentrennung als Grundproblem unserer Zeit *apud* PIÇARRA, 1989, p. 31.

²⁹ Embora alguns defendam a primazia da origem do princípio em Platão, cf. BASSI, Franco. Il Principio della Separazione dei Poteri – Evoluzione Problematica. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno XV, p. 21, 1965. Em sentido contrário, cf. SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei Poteri*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 6-10.

³⁰ ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Nova Fronteira, 2011, Livro VI, cap. XI, §1º, p. 232.

³¹ Sobre a origem renascentista do termo Estado (*Stato*), mais precisamente na obra de Maquiavel, cf. BARROS, Vinícius Soares de Campos. O Estado. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional (Teoria do Estado)*. Salvador: Jus Podivum, 2009, p. 15. BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 6. ed, Torino: Giappichelli, 2005, p. 16.

³² ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 8.

³³ Cf. ARISTÓTELES, 2011, livro III, cap. I, §1º, p. 91.

³⁴ Cf. *Ibid.*, livro II, cap. I, §2ª, p. 47.

³⁵ PIÇARRA, 1989, p. 33. No mesmo sentido, cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz; SOUSA, Fábio Henrique Rodrigues. A Política em Aristóteles: Influxos na Modernidade. In: ALMEIDA FILHO, 2013, p. 43.

³⁶ SILVESTRI, op. cit., p. 3.

Desta forma, fica claro que Aristóteles, em meio à ideia de constituição mista, não concebeu uma separação dos poderes como instância de controle estatal, mas simplesmente como decorrência da realidade comunitária de distribuição das funções³⁷ com o objetivo de plasmar a estabilidade do governo da cidade³⁸. Tal equilíbrio era o segredo por trás do funcionamento da pólis³⁹, demonstrando que tal divisão consistia muito mais num pressuposto orgânico-funcional do que limitador do poder.

Em outras palavras, o desiderato de tal conceito aristotélico era “apenas aquele de descrever as formas de atividade dos órgãos estatais e não de repartir entre eles a soberania”⁴⁰, ou ainda, seria correto asseverar que Aristóteles, na linha dos que pensavam a política na Antiguidade, atenta “unicamente em discernir as diversas formas de atividade”⁴¹ dos órgãos estatais.

Ainda sobre a ideia de constituição mista, mostra-se relevante a contribuição da *Civitas* romana, especialmente o trabalho do historiador greco-romano Políbio, que descreveu o governo republicano existente à época em Roma, comparando-o aos existentes no Peloponeso e em Cartago⁴².

Apesar da influência grega, a ideia romana de governo misto possuía sensíveis diferenças do preconizado pelos helenos, sendo Políbio um severo crítico da constituição ateniense, a qual considerava uma “nau sem dono”⁴³.

Muito embora o governo de Roma tenha em mente também o conceito de equilíbrio de forças dos que compõem a cidade, na dinâmica da República romana não se observa o objetivo de criar uma amálgama entre as classes existentes ou a criação de um amplo setor de classe média tal como preconizado por Aristóteles⁴⁴, mas, de forma muito rígida, criar setores de poder fortemente demarcados dentro da constituição, que se contrabalançarão e impedirão o acúmulo de poderes em determinado estrato social. Ou seja, assim como na Ática, a repartição interorgânica na *Civitas* não buscou a construção de uma forma moderada no exercício do poder político, mas, antes de tudo, uma modalidade estável de governação.

³⁷ Sobre a especificação de tais funções, cf. ARISTÓTELES, 2011, Livro VI, cap. XI, §1º, p. 232. SILVESTRI, Gaetano, 1979, p. 1-2 especifica os órgãos que cumprem tais funções. MALBERG, R. Carré. *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*. Paris: Editions du CNRS, 1975, v. 2, p. 2. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406.

³⁸ Cf. ARISTÓTELES, op. cit., Livro VI, cap. X, §3º, p. 229.

³⁹ Cf. SILVESTRI, op. cit., p. 5.

⁴⁰ BASSI, 1965, p. 23.

⁴¹ MALBERG, loc. cit.

⁴² Cf. POLÍBIO. *Histórias*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, Livro VI, p. 325 e ss.

⁴³ Ibid., p. 339.

⁴⁴ Cf. ARISTÓTELES, op. cit., Livro VI, cap. X, §4º, p. 228-229.

Enquanto o governo ideal para Aristóteles seria uma fusão entre democracia e aristocracia (representado pela preponderância da assembleia e do conselho nas competências funcionais da pólis), a proposta de mistura de formas de governo na experiência romana foi muito mais radical, uma vez que seria possível vislumbrar num mesmo governo traços monárquicos (consulado), aristocráticos (senado) e democráticos (comícios da plebe).

A ideia subjacente na versão romana da constituição mista consistiria que a fusão entre as modalidades governamentais seria tal que se mostraria impossível afirmar, em termos globais, se Roma era uma monarquia, uma aristocracia ou democracia⁴⁵.

De fato, nota-se que a constituição mista, em sua versão romana, apesar de retomar a ideia aristotélica de “síntese das formas de governo puras”⁴⁶, possuía muito mais o escopo de obtenção de um equilíbrio institucional baseado no balanceamento de forças sociais, mas sem a busca de criar algo novo (como era a ideia de uma classe média em Aristóteles), mas a manutenção de um *status quo* social previamente existente com a clara intenção de preservação do “peso político das classes constitucionalmente relevantes a nível dos respectivos órgãos constitucionais”⁴⁷, equilíbrio social este que no futuro seria a principal fonte para a criação da sociedade estamental do medievo.

Não é possível afirmar, categoricamente, a origem do princípio da separação dos poderes nos chamados governos mistos existentes na Antiguidade greco-romana⁴⁸, face à incompatibilidade entre a compressão do Estado moderno e a pólis grega ou a *Comunitas* romana, já que a “separação dos poderes no senso de tripartição [...] é fruto de uma elaboração teórica e de uma experiência prática moderna”⁴⁹. Apesar disso, podemos falar numa origem remota de tal princípio, numa procedência que transmite seu legado por meio da “metáfora do equilíbrio” ainda presente na ideia mais básica da separação dos poderes como forma de ilustrar a “balança dos poderes”, um sistema orgânico-institucional onde cada uma das três partes detentora de uma fração do poder político do Estado, no exercício de sua atividade típica, contribua para a manutenção da estabilidade do sistema por meio de controles recíprocos entre as partes componentes do ente estatal (existência de um órgão como limite ao poder de outro), na qual, em caso de abuso, cada uma das partes poderia vir a

⁴⁵ Cf. POLÍBIO, 1985, p. 333.

⁴⁶ PIÇARRA, 1989, p. 37.

⁴⁷ Ibid., p. 39.

⁴⁸ Neste sentido, de que os governos mistos existentes na Grécia e em Roma ainda não eram estruturados a partir da separação dos poderes, cf. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and Separation of Powers*. 2. ed, Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 25.

⁴⁹ SILVESTRI, 1979, p. 31. No mesmo sentido, BASSI, 1965, p. 18; 23. MALBERG, 1975, p. 1-2.

obstruir os atos da outra. Este seria um primeiro ponto na busca por um conteúdo essencial do princípio em tela.

Conquanto também seja possível localizar pretensas heranças medievais da separação dos poderes, é na modernidade que encontraremos a real fundação da separação dos poderes.

A modernidade é uma época marcada fortemente pela secularização⁵⁰, impulsionada pela ilustração, quase como numa tentativa de evitar uma repetição das guerras religiosas que marcaram a Europa nos séculos XVI e XVII. Apesar disto, é possível perceber, ainda, uma forte carga teológica no princípio da separação dos poderes como reprodução desteologizada⁵¹ da Divina Trindade, quase como um selo indicativo de “seu pertencimento passado à esfera teológica”⁵².

No alvorecer da modernidade é que podemos localizar a origem próxima do princípio da separação dos poderes, que teria na *Rule of Law* e na experiência da monarquia inglesa⁵³ uma espécie de memória conceitual⁵⁴, ao invés de atribuir tal concepção a uma determinada pessoa como usualmente se faz com Locke ou Montesquieu, mas a sistematização de um período histórico que constituiu como um verdadeiro assalto ao Absolutismo.

Já foi acentuado anteriormente que a experiência da república romana e sua versão de governo misto foram as principais influências, por mais remoto que tal alcance possa realmente ter representado, do poder político baseado nos estamentos na Idade Média.

No entanto, o fim do período medieval e o início da idade moderna preconizaram a substituição dos direitos de ordens por uma gradativa concepção individualista dos direitos que influenciará decisivamente o Liberalismo⁵⁵ (liberdades individuais, este é um dos principais legados das cartas de direitos do final da Idade Média), fato este que coloca em cheque a lógica do sistema de monarquia mista então existente, no qual o poder político era repartido entre o rei e os estamentos que coexistiam dentro de determinada comunidade política. Assoma-se a este fato o de o século XVI marcar uma sensível alteração no paradigma

⁵⁰ Para uma significância e implicação da ideia de secularização, cf. AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a Glória – Uma Genealogia Teológica da Economia e do Governo*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 15.

⁵¹ Acerca da aproximação entre a separação dos poderes e a Divina Trindade, cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações no Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 44. E sobre as influências que a Teologia exerceria sobre a política moderna, cf. SCHMITT, Carl. *Teologia Política: Quatro Capítulos sobre a Doutrina da Soberania*. In: _____. *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996d, p. 81 e ss.

⁵² AGAMBEN, op. cit., p. 16.

⁵³ Sobre a importância da evolução das instituições políticas na Inglaterra, cf. SILVESTRI, 1979, p. 175 e ss.

⁵⁴ Sobre a ideia de memória conceitual como referência do discurso jurídico, cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Formação e Estrutura do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 159-168.

⁵⁵ Sobre o surgimento das cartas de liberdade/pactos de poder como sinal da transição da Idade Média para uma precoce modernidade, cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 17-22.

do poder político com as doutrinas formuladas por Bodin (*Les Six Livres de la Republique*) e Hobbes (*Leviathan*) onde o poder soberano é uno, indivisível e titularizado pelo monarca, negando a possibilidade de uma monarquia mista.

Levando-se em conta a ideia do *Rule of Law*, para a realização da mesma, dentre outras condições, era necessária a proeminência das leis e costumes do país em detrimento do poder de prerrogativa real e controles dos atos executivos pelo parlamento. Tais conjunturas não tinham como se sucederem se o poder político fosse exercido de forma unitária.

Desta forma, já era perceptível uma cisão entre a função legislativa (exercida conjuntamente pelo parlamento e pelo rei, por meio da instituição conhecida como *King-in-Parliament*, uma assembleia mista onde tinham assento comuns, lordes e o rei) e a função executiva⁵⁶, sendo que a esta altura ainda não se encontravam bem delineadas as diferenças entre atos de administração próprios e atos judiciais, já que a jurisdição era a principal forma sob a qual se externava a atividade administrativa.

O marco inicial da separação dos poderes foi a prescrição de um arranjo orgânico-funcional de distinção entre o poder executivo e o legislativo, ou seja, a eliminação das funções legislativas do rei e, simultaneamente, a abolição das funções jurisdicionais do parlamento, persistindo ainda aquelas ligadas ao julgamento de nobres e a responsabilidade de membros do governo. Esta diferenciação se impunha como forma de evitar que os homens que fazem as leis sejam os mesmos a aplicá-las, inserindo então um elemento de imparcialidade.

O traço essencial do alvorecer do princípio da separação dos poderes foi a construção de um sistema no qual as “funções jurídicas do Estado ou [...] apenas duas delas estejam num mesmo órgão ou que recomende reparti-las entre múltiplos órgãos, mas sem prever um modo específico de tal repartição”⁵⁷ com o objetivo crucial de evitar excessos no exercício do poder, ou seja, uma domesticação do domínio político.

No entanto, tal desiderato, como já salientado, apenas cumprir-se-ia ante uma não tão rígida distinção funcional (pelo menos na primeira fase do princípio, fato este que se modificou gradualmente com seu apuramento) entre os dois ramos do poder estatal.

Dentro deste panorama de restrição do poder monárquico à mera execução das leis (corroborará mais ainda para este papel a diferenciação funcional entre administração e

⁵⁶ Esta cisão tinha como característica básica de “governo por meio da lei” (*government by the law*) também é apontada por VILE, 1998, p. 24.

⁵⁷ TROPER, Michel. *Le Nuove Separazioni dei Poteri*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 9.

jurisdição), surge o parlamento como figura central, *Supreme Power*⁵⁸, para a criação de um governo moderado.

O motivo pelo qual tal poder supremo residiria no parlamento explica-se em decorrência desta instituição funcionar como um agente fiduciário da soberania popular, tanto no tocante à eleição quanto nas deliberações, guiando a ideia básica de governo por consentimento que, na visão de Locke, é “o que faz uma comunidade mover-se numa só direção”⁵⁹, implicando numa maior segurança, com o fim de evitar a tirania. O fato de que o labor da atividade legislativa residisse numa assembleia eleita e suas deliberações atinentes ao processo legislativo fossem de caráter majoritário e necessariamente vinculante, explicitavam a índole suprema da função parlamentar: “o consentimento e [...] autoridade que a sociedade lhe confere”⁶⁰.

No entanto, a experiência do *Common Law* e da monarquia inglesa dos séculos XVII e XVIII, transposta à teoria por Locke, apesar de trazer a supremacia do legislativo e uma primitiva base da separação dos poderes, baseava-se apenas na distinção entre legislativo e executivo.

Desta forma, ao possibilitar a cumulação de funções a um dos órgãos políticos⁶¹, consistia muito mais numa “teoria de distinção das funções estaduais, no qual é consentido o cúmulo, ao menos parcial, ao chefe do mesmo órgão”⁶². Embora o germe do princípio já estivesse lançado, a existência categórica deste em sua acepção moderna apenas pôde se observar a partir de alguns aprimoramentos.

Tais aprimoramentos implicam na realidade de que o modelo constitucional formulado na Inglaterra é apenas “um dos possíveis sistemas de articulação do poder político”⁶³. Neste propósito de tornar o sistema mais funcional é que se tem o desígnio de Montesquieu, por muitos visto como o pai da separação dos poderes⁶⁴, para outros apenas um mero divulgador da versão continental de um princípio estruturante da ordem política britânica⁶⁵.

⁵⁸ Apesar da conhecida expressão de Locke referindo-se ao poder de fazer a lei como poder supremo, tal afirmação não implica em poder ilimitado, mas sim preponderante. Sobre os limites dos poderes do parlamento, Cf. LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Lisboa: Edições 70, 2006, II Tratado, cap. XI, §135, p. 322-325.

⁵⁹ *Ibid.*, cap. VIII, §96, p. 297.

⁶⁰ *Ibid.*, cap. XI, §135, p. 321-322.

⁶¹ Cf. CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos Dias*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999, p. 112.

⁶² BASSI, 1965, p. 28.

⁶³ SILVESTRI, 1979, p. 175.

⁶⁴ Cf. BASSI, 1965, p. 28; BIN; PITRUZZELLA, 2005, p. 75.

⁶⁵ Cf. PIÇARRA, 1989, p. 89; URBANO, Maria Benedita. The Law of the Judges: Attempting Against Montesquieu’s Legacy or a New Configuration for an Old Principle? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. LXXXVI, p. 621, 2006; VILE, 1998, p. 83.

Sobre a teoria de Montesquieu, embora tenazmente associada à separação dos poderes, termo este que na realidade nunca utilizou, criou-se, na verdade, quase um mito⁶⁶ de um absoluto isolamento dos poderes existentes dentro do Estado.

Este isolamento, fruto de uma interpretação errônea das ideias de Montesquieu, pode ser claramente evidenciado se tivermos em mente que, na própria obra do nobre francês, admite-se abertamente o direito/poder de veto do executivo frente às medidas legislativas com o escopo de evitar excessos do parlamento⁶⁷ (ou, tendo em vista uma função de controle da legislação, não como partícipe, mas como *pouvoir d'empêcher*), o poder fiscalizatório do parlamento quanto aos atos do Executivo⁶⁸ ou ainda as funções judiciais que o parlamento pode assumir, como é o caso dos julgamentos por crimes de responsabilidade, só para termos um exemplo mais evidente.

Desta forma, podemos observar que Montesquieu, na célebre passagem sobre a Constituição da Inglaterra⁶⁹, ao mencionar sobre os tipos de *poderes* existentes em cada Estado, na verdade diz respeito às *funções* viventes no âmago do ente estatal, ficando claro que sua intenção era a de sistematizar um arranjo amplamente funcional que pudesse servir como um “espelho da liberdade”.

Sua finalidade não era na verdade separação dos poderes, mas sim de “combinação, de fusão e de ligação”⁷⁰ dos mesmos dentro de um sistema misto de equilíbrio, onde o executivo e o legislativo representariam as grandes potências, que trariam em si a representatividade dos setores da sociedade, e o poder judicial, de forma independente, estaria subordinado à rigorosa aplicação da lei como “seres inanimados”⁷¹. Só assim alcançar-se-ia o objetivo de uma liberdade normativa (importada por Montesquieu da realidade inglesa do *Rule of Law*). Mas até mesmo a defesa do poder judicial por Montesquieu não pode ser vista como um ponto original em sua obra, uma vez que a emergência de uma função judicial separada da atividade administrativa do Estado já era conhecida na Inglaterra desde 1701⁷².

De tudo o que se falou então sobre o desenvolvimento institucional na Inglaterra seguido das sistematizações de Locke e Montesquieu (este último tendo grande refração na

⁶⁶ Cf. ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a Política e a História*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 127 e ss. CANOTILHO, 2003, p. 114; PIMENTEL, Carlos-Miguel. Le Sanctuaire Vide: la Séparation des Pouvoirs comme Superstition Juridique? *Pouvoirs: Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, n. 102, p. 119-131, 2002.

⁶⁷ MONTESQUIEU, 2011, livro XI, cap. VI, p. 312; ALTHUSSER, op. cit., p. 130-131.

⁶⁸ MONTESQUIEU, op. cit., p. 312; ALTHUSSER, op. cit., p. 131.

⁶⁹ MONTESQUIEU, op. cit., p. 305.

⁷⁰ ALTHUSSER, op. cit., p. 132. No mesmo sentido, MORGADO, Miguel. Introdução. In: MONTESQUIEU, op. cit., p. 85. CANOTILHO, op. cit., p. 115.

⁷¹ MONTESQUIEU, op. cit., p. 313.

⁷² Cf. VILE, 1998, p. 59-60.

Constituição dos Estados Unidos e na francesa Declaração 1789⁷³), tem-se a importância que a ideia de equilíbrio possui para que possamos ter em mente a concepção de governo moderado, que é o objetivo primordial da separação dos poderes⁷⁴.

O conceito de equilíbrio entre forças políticas, que remontava à constituição mista do mundo clássico, permeava o pensamento europeu desde o Renascimento, da física newtoniana à filosofia moral⁷⁵.

Embora a busca de equilíbrio fosse quase que um ideal político-estético perseguido desde a Antiguidade, este elemento muitas vezes mostrou-se como um arquétipo quase que intangível e os conflitos entre o parlamento e o rei na Inglaterra do século XVII, que desaguaram numa guerra civil entre seus respectivos partidários, serviram para mostrar o quanto importante era, não somente a distinção entre a função legislativa e executiva, mas que o poder de cada uma contrabalançava o poder do outro reciprocamente, na célebre sistemática de que o poder contenha o poder para a formação de um governo moderado.

Daí que o sistema de controles políticos recíprocos, que antes se centrava exclusivamente no órgão legislativo, irá assumir um centro de gravidade localizado na relação entre a função executiva e a legislativa⁷⁶, tendo o poder judicial a precípua missão de assumir papel de mediador (equilíbrio institucional) entre estas duas potências para que elas desempenhem seus encargos de forma adequada.

Esta evolução do caráter estritamente político (na versão da separação dos poderes coligada essencialmente ao sistema de monarquia mista) rumo a um sistema político-institucional é o que originará a técnica onde se imagine a “estrutura interna do governo de tal modo que as partes constituintes possam, através de suas relações mútuas, constituir os meios de se manter umas às outras nos devidos lugares”⁷⁷, conhecida tradicionalmente como freios e contrapesos, doutrina esta que foi decisivamente influenciada por Bolingbroke⁷⁸.

Destas breves reflexões sobre as linhas clássicas do princípio da separação dos poderes podemos sintetizar que o conteúdo essencial do princípio não deve ser entendido como a separação absoluta dos poderes, tal como pretendia a versão positivista formulada no século XIX em seguida às sistematizações mais clássicas do princípio, mas sim numa distinção

⁷³ Sobre tais influxos, cf. DUGUIT, Léon. *La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996, p. 12-22; BASSI, 1965, p. 48-71.

⁷⁴ Cf. ALTHUSSER, 1977, p. 134-135.

⁷⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996e, p. 187. ZIPPELIUS, 1997, p. 407.

⁷⁶ Cf. PIÇARRA, 1989, p. 80.

⁷⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, n. 51, p. 468.

⁷⁸ Sobre a influência do nobre inglês nas ideias de equilíbrio entre poderes/freios e contrapesos, cf. SCHMITT, 1996e, p. 187; BASSI, 1965, p. 27-28.

orgânica não tão rigorosa. Isso importaria dizer que: 1) as diferentes funções estariam distribuídas dentre diferentes atores da ordem política, mas cada agente tem, dentre as suas competências, funções atípicas, tais como as funções legislativas do executivo, o poder fiscalizatório e judicial do legislativo ou as competências normativas e administrativas da função judicial; 2) não existiria supremacia de uma função sobre a outra como pretendia Locke, não obstante a importante função exercida pelo parlamento, o que importa em considerar que a função executiva, legislativa e judicial estariam no mesmo nível em termos políticos, apesar da diversidade de seus objetivos e, por fim; 3) os controles recíprocos entre os poderes do Estado garantiriam a harmonia entre os atores de forma intraorgânica e interinstitucional, ou seja, a autodelimitação dos limites de ação de cada órgão, segundo os marcos constitucionais, e a fiscalização das ações de cada poder pelo outro, para evitar eventuais excessos, importaria já no equilíbrio entre as funções estatais.

Tendo em vista o conteúdo essencial de nosso princípio estruturante aqui delineado, o mesmo importa numa separação orgânico-funcional não tão rígida, uma vez que a cada setor do poder estatal, além das funções típicas, atribuem-se funções atípicas. Esta mescla de atividades é o que garantiria o equilíbrio e a funcionalidade dessa proposta organizatória.

Entretanto, em termos pragmáticos, a aplicação deste princípio às realidades políticas sob a égide da predominância liberal do século XIX não seguiu este esquema funcional, trilhando a senda de um forte “processo de dogmatização, convertendo-se em uma proposição acrítica de fé”⁷⁹, onde imperava um imobilismo e cada setor apenas tinha competências estritamente ligadas ao seu setor de atuação.

Deixando de lado a rígida concepção do liberalismo político do século XIX, seria possível hoje advogar uma bidimensionalidade no princípio da separação dos poderes onde, por um lado: a) teríamos uma dimensão negativa deste princípio com um claro objetivo de defesa dos direitos individuais e controle do poder, ou ainda uma domesticação do domínio político por meio de uma divisão de competências⁸⁰ (este é o claro sentido da separação dos poderes do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789); b) de forma complementar à dimensão negativa, teríamos uma face positiva na compreensão deste

⁷⁹ GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 44.

⁸⁰ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*: Simultaneamente um Comentário ao Acórdão n. 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 37. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998a, p. 366.

princípio com um sentido organizatório do poder político, com o claro escopo de produzir decisões funcionalmente eficazes⁸¹.

Dentro desta compreensão mais moderna da separação dos poderes, onde se afigura a dimensão positiva do princípio, vê-se já não um simples esquema de divisão do poder político dentre vários estratos, balança de poderes ou ainda controles recíprocos, mas, no panorama de respeito ao conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes, vislumbra-se que a compreensão de tal princípio exige hoje muito mais uma coordenação/cooperação entre os poderes do que uma rígida separação, sendo mais importante uma delimitação material da legitimidade dos atos de cada poder do que propriamente uma classificação formal das ações dos mesmos⁸².

Juntamente às bases do conteúdo essencial da separação dos poderes, deve-se pensar tal princípio também em termos de uma estrutura orgânica funcionalmente adequada e distribuição de competências funcionalmente ajustada; estes são os fios condutores da dinamização do princípio da separação dos poderes.

A estrutura orgânica funcionalmente adequada implica em pensar nas funções de forma anterior aos órgãos constitucionais que as exercerão e, desta forma, tendo em mente uma “especialização materialmente adequada”⁸³, será mais útil a determinação das tarefas a se realizarem por cada órgão do ente estatal, quase como uma articulação entre as ideias de estrutura e função⁸⁴.

A partir do momento em que se mostram perfeitamente delineadas as já referidas especializações materiais, emerge a vedação de “um órgão exercer ou atribuir funções que não se ajustem materialmente à sua estrutura orgânica”⁸⁵. Se por um lado, deve-se ter uma perfeita estruturação entre órgão e função, tendo em vista o exercício legítimo de uma atividade pelo item que melhor satisfaz as exigências de tal atividade (adequação orgânico-funcional), a distribuição de competências funcionalmente ajustada impõe a necessidade de que a atividade materialmente delimitada pelos marcos constitucionais seja efetivada sem invasão da esfera de ação de outro órgão, sob pena de responsabilização (articulação objetiva entre ação e responsabilidade)⁸⁶.

⁸¹ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 250.

⁸² Cf. *Ibid.*, p. 251.

⁸³ ZIPPELIUS, 1997, p. 411.

⁸⁴ Cf. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 552.

⁸⁵ KADRI, Omar Francisco do Seixo. *O Executivo Legislador: o Caso Brasileiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 44.

⁸⁶ Dentro desta adequação funcional de competência, além do já delineado, também se assoma a clássica incompatibilidade de um mesmo agente cumular cargos em duas estruturas funcionais diferenciadas do Estado. Estas incompatibilidades foram vistas inicialmente como um critério de independência e de

Esta relação funcional entre as atividades exercidas por cada poder implicará em certa dependência relacional entre cada poder, já que cada função não corresponderá a essencialmente um único órgão de soberania estatal, ou que a separação dos poderes não implica num caráter de exclusividade, mas sim numa tipologia básica para o cumprimento das tarefas assumidas pelo poder político⁸⁷.

A partir desta evolução da separação dos poderes, de uma rígida separação sob a égide do positivismo para um modelo mais fluido, o que poderíamos esperar em termos de alterações nas estruturas funcionais do Estado?

De forma sucinta, a primeira das alterações que poderíamos apontar dentro dos poderes do Estado seria no executivo. Usualmente observada como um bloco monolítico de atividades, hoje “compreende o exercício de tarefas que pertencem a matérias mais diferentes e [...] não é somente um mero conceito coletivo para tudo aquilo que não legislação e jurisdição”⁸⁸. Este fato importa, dentro do próprio executivo, numa distinção, que não importará em autonomização, entre a função executiva governamental e a função executiva administrativa. Esta necessária clivagem deve-se à necessidade de, por um lado, relegar à esfera política (o governo) o desempenho de tarefas como a criação de um programa político condicional, construção do consenso ou preocupações legitimatórias⁸⁹ e, por outro lado, simplificar a função administrativa, que cada vez mais se transmuta numa emergente prática procedimental-burocrática de concretização do programa construído pelo diálogo entre governo e parlamento, mas que não deixa de assumir, progressivamente, um viés

preservação da separação dos poderes, mas, posteriormente, foram entendidas como uma decorrência lógica da especialização funcional das estruturas governamentais. Contudo, tais impedimentos hoje podem ser vistos de forma mais rígida (se tivermos em conta formas de governo puramente presidencialistas) ou mais maleável (ao levar em consideração sistemas parlamentaristas “puros”). A razão mais clara para fundamentar tal sistema de incompatibilidade é a função fiscalizatória do parlamento ante o executivo, uma vez que aos membros do parlamento é necessário controlar e, quando necessário, criticar o governo. O recrutamento de parlamentares para o exercício de cargos governamentais comprometeria as funções de controle e crítica, ante a necessidade de distinção entre o fiscal e o fiscalizado. Sobre esta vedação essencialmente arraigada no princípio da separação dos poderes desde princípios do século XVIII (*Act of Settlement*), cf. HESSE, 1998a, p. 373. Para uma síntese mais extensa dessas incompatibilidades, cf. URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009a, p. 421-442.

⁸⁷ HESSE, op. cit., p. 371.

⁸⁸ Ibid., p. 397.

⁸⁹ Cf. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011, p. 81-82; LUHMANN, Niklas. *A Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 170. No mesmo sentido, Hesse (op. cit., p. 398) atribui ao governo um perfil essencialmente político (em estreita ligação com as atividades dos partidos políticos), enquanto a administração assumiria um contorno de tarefas mais “técnicas e periódicas [...] firmemente circunscritas” (HESSE, op. cit., p. 402).

constitutivo⁹⁰, afastando-se do estrito perfil legalista da administração estatal consolidada em fins do século XIX, sem nos esquecermos da grave problemática, que não cabe ser abordada aqui de forma mais profunda, do executivo legislador⁹¹.

Dentro dos restantes poderes estatais, que serão objeto de análise mais detida posteriormente, as transformações funcionais mais evidentes dentro do quadro de uma dinamização do princípio da separação dos poderes seria que o parlamento não se restringe às clássicas funções de legislação e controle e o poder judicial tem cada vez mais se destacado no âmbito de uma jurisprudência criativa, numa zona gris entre legislação e jurisdição.

Contudo, tal dinamização no princípio da separação dos poderes pode gerar interpretações errôneas, levando a deduzir que não existiria mais, a rigor, a separação dos poderes.

Pode-se afirmar que centros estatais de poder (executivo, legislativo e judiciário) são realidades separadas e concomitantemente interdependentes, onde cada um desses cerne de poder possuem funções principais e outras auxiliares que serão primordiais para o cumprimento dos objetivos principais de cada uma das funções estatais, numa espécie de interpenetração entre funções típicas e atípicas.

Contudo, esta interpenetração funcional conhecerá limites por meio da fixação de um núcleo funcional essencial, núcleo este que “remete para um campo de tarefas típico de cada um dos órgãos de soberania”⁹², sendo lícito ainda falar em dois planos de operatividade do princípio da separação dos poderes: 1) plano orgânico-funcional de intercomunicação primário, onde a relação entre os poderes seguiria o arranjo organizatório como sistematizado por Montesquieu; 2) plano de coordenação intersistêmico, onde seria possível observar de forma mais acentuada a interpenetração funcional nas ações de cada poder visando atingir os objetivos essenciais de cada uma das funções do Estado, ou seja, tal coordenação entre objetivos e ações serve-se de uma interpenetração funcional para o ótimo desempenho de cada funcionalidade constitucionalmente fixada, mas com claro respeito à legitimidade do que é lícito cada poder desempenhar sem imiscuir-se nas competências constitucionalmente demarcadas dos outros poderes, num esquema evidentemente colaborativo.

⁹⁰ Sobre a emergência de uma Administração de natureza constitutiva em oposição ao perfil legalista herdado do liberalismo, cf. SOARES, Rogério. Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LVIII, p. 169 e ss., 1981.

⁹¹ Cf. KADRI, 2004, p. 89 e ss.

⁹² CANOTILHO, 2003, p. 551.

2.2 A crise do governo parlamentar como fator de desagregação do princípio da separação dos poderes

Na primeira seção deste capítulo, buscou-se evidenciar um conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes a partir de duas das linhas mais clássicas do mesmo (Locke e Montesquieu). Agora o objetivo principal é pôr em destaque uma situação de crise relativa ao parlamento, uma vez que temos em mente as alterações já abordadas que hoje se observam no princípio da separação dos poderes, com a qual esta crise se encontra implicada com as transformações operadas neste princípio estruturante do Estado constitucional, quase como uma questão circular, onde não é possível antever se as alterações na separação dos poderes resulta na crise do governo parlamentar ou vice-versa.

Mas, a que especificamente nos referimos ao usar a expressão governo parlamentar?

Sendo bastante claro o significado de governo, sua ligação com o Estado e a relação que se estabelece com as pessoas sujeitas a sua esfera de comando⁹³, resta elucidar a acepção que temos de parlamentar nesta investigação.

A expressão governo parlamentar, inevitavelmente, remete-nos ao sistema de governo do tipo *Westminster*, ou seja, o puro sistema parlamentar. Contudo, ao vislumbrarmos o uso em língua inglesa da palavra *government*, fica claro que ela possui um significado muito mais amplo do que a utilizada nos países de língua latina⁹⁴. Desta forma, ao nos referirmos sobre o governo parlamentar, não visamos analisar apenas aqueles sistemas ditos como parlamentaristas puros, repúblicas parlamentaristas ou o semipresidencialismo, mas todas as formas de governo que tenham diante de si uma espécie de assembleia de representantes eleitos, até mesmo os sistemas presidencialistas totais como o Brasil ou os Estados Unidos.

Esta opção semântica deve-se à razão de que, mesmo nos sistemas de governo onde o chefe de governo é o presidente da república, possuindo este uma maior gama de atribuições e poderes, a assembleia de representantes ainda possuiria um maior volume de legitimidade, poderes, atribuições e competências do que o chefe do executivo, sendo possível também falar-se de um governo parlamentar em sentido amplo.

A associação entre os vocábulos parlamento e crise muitas vezes pode induzir que se esteja a fazer um diagnóstico semelhante ao da “grande vaga antiparlamentar e anti-*Aufklärung* sobre a qual o nazismo veio à superfície [...] nos anos 20 e no começo dos anos

⁹³ Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998a, v. 1, p. 555 e ss.

⁹⁴ Sobre este uso comparativo e das diferenças semânticas entre as palavras governo, *government* e *cabinet*, cf. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 555.

30”⁹⁵ [do século XX] como crítica do então vigente modelo liberal-burguês da qual juristas como Carl Schmitt ou filósofos como Walter Benjamin podem ser apontados como claros representantes⁹⁶.

Obviamente não se defende aqui uma decadência da instituição parlamentar, visto que, assim como Kelsen, acreditamos numa relação umbilical entre o desenvolvimento sociopolítico da sociedade ocidental e a existência do parlamento⁹⁷, mas que a subsistência de alguns problemas pontuais torne questionável o atual modelo do governo parlamentar.

Quase que numa prática desconstrutiva, ante a polissemia do termo “crise” e a multissignificância que o mesmo pode vir a atingir, enxergamos como ponto necessário à investigação fixar aqui o que entendemos por “crise” para só depois pensarmos no governo parlamentar a partir de tal acepção.

Para elucidar o significado da crise, poderíamos usar a conhecida analogia entre crise e enfermidade⁹⁸, importada da medicina. Contudo, tal analogia não se mostra suficiente para que tenhamos a perspectiva que este termo assume na dimensão político-social.

Usualmente, associamos a crise como uma possibilidade de certo elemento estrutural (ou todo um sistema) ser incapaz de resolver novos desafios derivados de transformações existentes que desafiem sua conservação⁹⁹. Mas, nem tudo que possamos observar como “novidade” dentro de uma lógica sistêmica pode ser considerado crise, mas, especificamente, o que traz consigo a ameaça da perda de identidade¹⁰⁰, ou seja, o fato de as novas gerações “já não se reconhecerem nas tradições que antes tiveram caráter constitutivo”¹⁰¹.

Enfim, o cenário de crise delinea-se por meio da tensão entre o velho e o novo, ou seja, por um lado, a estrutura previamente constituída sob um determinado paradigma busca a manutenção do *status quo* operacionalizando as mesmas respostas direcionadas às mesmas questões, mas, por outro lado, alterações estruturais (o novo) fazem com que as respostas então existentes não sejam suficientemente eficazes para a manutenção da estrutura

⁹⁵ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o Fundamento Místico da Autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 63.

⁹⁶ Cf. SCHMITT, Carl. A Situação Intelectual do Sistema Parlamentar Atual. In: _____. 1996b, p. 3 e ss. BENJAMIN, Walter. Para uma Crítica da Violência. In: _____. *Escritos sobre Mito e Linguagem (1915-1921)*. São Paulo: Editora 34, 2011b, p. 121 e ss.

⁹⁷ Cf. KELSEN, Hans. Essência e Valor da Democracia. In: _____. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b, p. 50.

⁹⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Madrid: Catedra, 1999, p. 19.

⁹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 21.

¹⁰⁰ Habermas (1999, p. 23) identifica que as alterações estruturais de um sistema só podem ser consideradas como crise a partir do momento em que os membros de uma dada sociedade, de forma crítica, avaliem que tais modificações afetam a integração social, ou seja, que tais câmbios gerem uma perda de normatividade nas instituições sociais (anomía) trazendo uma desintegração das estruturas sociais.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 24.

sociopolítica existente até o momento. Esta tensão entre o velho e o novo traz em si problemas de legitimação que rompem com o equilíbrio homeostático então existente e levam à busca de novas respostas inexistentes no modelo até então tido como aceitável (ou legítimo).

Esta tensão (ou até mesmo disputa) entre o novo e o velho sobre a qual nos referimos como crise não deve ser entendida apenas como a tradução do “negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas, sobretudo a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido até então regulativa”¹⁰² que implica em duas soluções: ou a busca de novas formas de pensar o “antigo” ou eleger o “novo” como uma substituição ao velho paradigma esgotado. É justamente esta tensão (antigo x novo) que nominamos como crise onde encontraríamos uma espécie de transição rumo a uma pós-modernidade onde se perseguem novas formas de legitimação.

No entanto, ao falarmos de crise e parlamento, seria possível induzir a pensamentos ligados ao declínio ou até mesmo de superação desta instituição, o que não corresponde à realidade.

Ao falar em crise do governo parlamentar, não se busca a realização concreta de um parlamento ideal que nunca existiu para além da manipulação ideológica¹⁰³, mas tem-se em mente a “instabilidade crônica, [...] a inépcia verificada em lidar com muitas questões levantadas na sociedade pós-industrial, [...], o descrédito, o desprestígio”¹⁰⁴ do parlamento ou ainda a “perda de preeminência do parlamento em relação com as demais instituições do Estado em geral”¹⁰⁵. Enfim, uma situação de tensão que integra o atual quadro de desencantamento com a política vivenciado em muitas sociedades ocidentais, uma tensão entre o possível e o necessário.

Mas, apesar dos problemas vivenciados pelo governo parlamentar, a simples menção a essa crise não implica em seu necessário fim. O mesmo se mostra como uma peça indispensável à compreensão do Estado democrático, já que ele representa uma conciliação entre liberdade democrática e a necessária divisão de trabalhos num órgão estatal¹⁰⁶. Além disso, é o local mais apropriado para o exercício representativo da democracia e, por mais que se defenda a decadência da instituição ou sua substituição por um instrumento de governo

¹⁰² NEVES, António Castanheira. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010f, v. 3, p. 162.

¹⁰³ Cf. MORILLO, Joaquín Garcia. Mitos y Realidades del Parlamentarismo. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, p. 117-118, 1991.

¹⁰⁴ URBANO, 2009a, p. 31.

¹⁰⁵ MORILLO, op. cit., p. 115.

¹⁰⁶ Cf. KELSEN, 2000b, p. 47.

mais efetivo, a impossibilidade do exercício direto das liberdades democráticas e das funções exercidas pelo parlamento, é um claro delineamento que em “qualquer coletividade que tenha algum progresso técnico existir algo semelhante ao parlamento não é [...] puro acaso, mas corresponde a uma lei estrutural dos corpos sociais”¹⁰⁷.

Trata-se então de compreender e superar disfuncionalidades, não buscar um novo sistema, visto que por mais criticado que seja o parlamento e a forma de governo dele decorrente, sempre tenderá a reaparecer por meio da discussão colegial a ele basilar. O que importa salientar então é que a crise seria do governo parlamentar, não do parlamento como instituição.

Superada a exposição do sentido da crise, algumas questões¹⁰⁸ devem ser enfrentadas para melhor bosquejar a crise em si do governo parlamentar, localizadas para além do lugar comum da representação política: a) a alteração da estrutura social de uma sociedade homogênea para um setor de complexidade societária; b) o conceito iluminista de lei e as demandas numa sociedade complexa; c) a preponderância da função governativa em detrimento da deliberação parlamentar e, por fim, d) o poder judicial (em especial a atividade dos Tribunais Constitucionais) como fator de interferência na atividade do parlamento.

a) Embora a instituição denominada parlamento esteja firmemente associada à afirmação do constitucionalismo e à luta contra a concentração de poder na figura do rei, o mesmo não é uma criação especificamente moderna, uma vez que o medievo, a partir dos séculos XII e XIII¹⁰⁹, já a conhecia, mas sob a forma de representação estamental¹¹⁰.

Contudo, o caráter representativo que o parlamento possui na atualidade é fruto direto das reformas estruturais modernas, em especial as experimentadas com a revolução francesa, quando o parlamento passa da figura de antagonista à de protagonista do esquema político¹¹¹.

¹⁰⁷ KELSEN, 2000b, p. 50.

¹⁰⁸ Ressalte-se que, dentro do panorama da crise do governo parlamentar, muitas outras questões poderiam ser levantadas. Para o objetivo por nós aqui pretendido, escolhemos quatro questões que, a nosso ver, relacionam-se de forma umbilical ao princípio da separação dos poderes.

¹⁰⁹ Cf. ABELLAN, Angel Manuel. Notas sobre la Evolución Histórica del Parlamento y de la Representación Política. *Revista de Estudios Políticos*, n. 92, p. 163, 1996.

¹¹⁰ Cf. QUEIROZ, Cristina. *O Parlamento como Factor de Decisão Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 13; BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998b, v. 2, p. 877.

¹¹¹ Dentro do processo evolutivo que culminou na cesura entre a compreensão antiga e a moderna do parlamento, podemos apontar como o principal fator desta alteração estrutural a proibição do mandato imperativo (uma figura claramente assemelhada a um contrato de mandato de direito privado) existente na concepção medieval da instituição parlamentar, onde a representação parlamentar era quase como um “congresso de embaixadores com interesses distintos e hostis” (como já salientava Edmund Burke em seu *Speech to the Electors of Bristol*), junto ao rei rumo ao mandato representativo (como corolário da ideia de representação universal e não meramente setorial, como se percebe do art. 7º da Constituição francesa de 1791) e acrescentou um elemento de discricionariedade (com sua óbvia contraparte responsabilizante) à atividade parlamentar. Sobre o mandato imperativo, sua proibição e emergência do mandato representativo como uma

No entanto, apesar da idade de ouro¹¹² do parlamento ter sido vivenciada no século XIX como concretização do projeto liberal, ele promoveu uma apropriação direta de uma herança absolutista, a separação entre Estado e sociedade.

A cisão entre estas duas realidades foi uma das inovações que permitiu o surgimento do Estado moderno e, posteriormente, a ascensão do Antigo Regime com base na ideia de “expropriação por parte da coroa dos poderes políticos das entidades superiores [...] ou inferiores [...] e a conseqüente erupção de uma entidade monopolizadora do poder político”¹¹³. Essa expropriação originou uma sociedade político-juridicamente nivelada (fim dos privilégios medievais que tornavam a sociedade estamental muito heterogênea), alijada do poder político que possuiu outrora no esquema da monarquia mista, ou seja, a separação entre Estado e sociedade esvaziou o poder político da sociedade, mas tornou-a homogênea, onde a soberania por ela exercida transferiu-se para o caráter representativo (ainda não universalista) do parlamento¹¹⁴.

Por mais que a compreensão de um sistema representativo possa apresentar incompatibilidades com a ideia de uma democracia da identidade¹¹⁵, o meio social homogêneo que se fazia representar no sistema parlamentar aparecido em seguida às revoluções liberais do século XIX implicava numa “democracia identitária” ante a clara identificação entre governantes e governados/representantes e representados, uma vez que as bases censitárias do sistema eleitoral da época impunham graves restrições ao conceito de representação política e mantinham uma base homogênea que garantiam uma clara identidade entre os parlamentares e seus eleitores.

A chamada “grande revolução do último século – a universalização do voto”¹¹⁶ – implicou em significativas alterações no esquema homogêneo de representação existente até então, inserindo a complexidade no âmago da ideia de representação política. A partir daí o parlamento passou a ser sede de representação de todo um povo, independentemente da condição econômica, como uma espécie de microcosmo do corpo social, que não se mostra mais homogêneo como aquela sociedade igualitária que foi separada do Estado no princípio da modernidade, mas uma sociedade que externa cada dia mais e mais um pluralismo que necessariamente encontrará refração na seara política.

das principais aquisições do parlamento no advento do constitucionalismo moderno, cf. QUEIROZ, 2009, p. 14; URBANO, 2006, p. 91-137.

¹¹² Cf. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998b, v. 2, p. 879.

¹¹³ HESPANHA, António Manuel. Para uma História Institucional do Antigo Regime. In: _____. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*: Coletânea de Textos. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, p. 28.

¹¹⁴ Cf. PIÇARRA, 1989, p. 176.

¹¹⁵ Cf. SCHMITT, 1996e, p. 205.

¹¹⁶ BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op.cit., p. 880.

Entender a sociedade como complexa implica, dentre outras características, na existência “de um esforço no sentido de conciliar num mesmo espaço marcos axiológicos e critérios jurídico-normativos diferentes e até mesmo inconciliáveis entre si”¹¹⁷. Este pluralismo refratado dentro da instituição parlamentar implicará quase num conflito entre cada membro desta sociedade complexa para impor suas preferências/interesses político-axiológicos, uma tentativa de sobreposição do individual ao coletivo (inversão da tendência da democracia de massas do princípio do século XX).

A emergência de uma sociedade complexa, fruto da dissolução das estruturas comunitárias que implicará na condição de “individualidade como solidão”¹¹⁸ humana, torna algumas funções parlamentares como a deliberativa e a legislativa tão intrincadas que beiram ao inexecutável.

Contudo, a complexidade como decorrência da massificação da representação política não é um fator meramente social que encontra refração no parlamento. O próprio esquema dinâmico do poder sofreu relevante alteração, o que torna o panorama político no qual o parlamento está inserto no mínimo difícil.

O próprio número de atores políticos existentes hoje é bem superior do que na época da consolidação da ideia moderna da instituição parlamentar. Pode-se afirmar que a política não é mais um palco onde Estado e sociedade desempenham os únicos papéis existentes.

Não obstante estes atores terem sido influenciados pelo processo de complexização dos nossos dias (v.g. o sensível aumento das tarefas estatais e a consolidação da sociedade como um bloco bastante heterogêneo com posições dificilmente conciliáveis), atualmente emergem outros atores que desempenham importantes papéis como é o caso das macroempresas/empresas transnacionais que, por sua estrutura econômico-organizacional, “tem condições de acesso às altas instâncias estatais e de exercer por seus próprios meios uma adequada influência sobre os poderes públicos”¹¹⁹; as organizações de interesses, que podem ter conteúdos muito diversificados, constituindo-se como grupos de pressão aptos a influenciar o processo político-decisório e os partidos políticos que, após a massificação do século XX, constituíram-se como “relevantes espaços de canalização da vontade popular”¹²⁰, mas que hoje, diante do paradoxo da sociedade complexa, sentem imensa dificuldade em continuar a servir como canalizador da vontade popular do esquema da representação política.

¹¹⁷ ALMEIDA FILHO, 2011, p. 87.

¹¹⁸ Cf. NEVES, António Castanheira. O Papel do Jurista no Nosso Tempo. In: _____, *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995b, v. 1, p. 31.

¹¹⁹ GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 63.

¹²⁰ ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 85.

b) Como já referido, o nível de complexidade no qual a atual sociedade delineou-se, com óbvias refrações políticas, tem como principal marco a heterogeneidade. Desta feita, assim como o parlamento do século XIX tinha como horizonte laborativo uma sociedade homogênea, o principal produto de sua atividade preponderante (processo legislativo) também tinha em vista a homogeneidade social.

A partir da modernidade iluminista, a lei começa a cumprir importante função político-institucional em decorrência do conceito normativo de liberdade; este implicaria em que apenas a lei possa tornar obrigatória certa conduta social, conceito trazido por nomes como Montesquieu e Rousseau.

A lei, que no período pré-moderno consistia numa atividade complementar a um direito pressuposto (separação entre *jus* e *lex*)¹²¹, assume uma função de preponderância na determinação do direito dentro do sistema político que se constituiu “juridicamente como um Estado de legislação”¹²², ou seja, um sistema político que enxerga a lei como o (necessário) primado do direito (legalismo).

A supremacia da lei só se mostrou possível com o declarado rompimento com o jusnaturalismo então existente¹²³ e a assunção de um sistema positivo baseado num radical conceito de racionalização¹²⁴ fundado na soberania popular. Em relação a este ponto de rejeição de uma interpretação transcendental do mundo, a adoção de uma compreensão

¹²¹ Cf. NEVES, António Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 525. Desta forma, devemos proceder à distinção da função legislativa do parlamento em dois períodos distintos: até a idade moderna a legislação tinha um claro objetivo conservativo dos privilégios estamentais então existentes; a emergência da modernidade notabiliza-se pela clara modificação da função legislativa dos parlamentos com um claro caráter inovador da legislação. Cf. BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1998b, v. 2, p. 880.

¹²² NEVES, Castanheira, op. cit., p. 526.

¹²³ Para uma brevíssima visão panorâmica deste modelo de direito natural surgido com o racionalismo do século XVI e o seu projeto consolidado na dualidade entre direito natural e direito positivo, cf. MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua Compreensão Político-Jurídica a partir do Pensamento Moderno-Iluminista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 93-100.

¹²⁴ A ideia de razão/racionalização assume-se como um dos grandes temas de um projeto transicional moderno baseado no desencantamento das imagens religioso-metafísicas e o nascimento das estruturas de consciência moderna. Não indo tão além até o papel da crítica marxista da racionalização como coisificação (de Lukács a Adorno, como bem empreende Habermas tal genealogia) e o papel ideológico da racionalidade tecnológica como “forma dócil de dominação”, embora possamos também entender a racionalização como esquema relacional entre uma posição inicial e uma conclusão por meio de pressupostos materiais (fundamentos) ou formais (sistema de regras procedimentais), relação esta com o evidente objetivo de produção de significado justificante (cf. NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 34-35). O sentido mais usual da ideia de racionalização na modernidade é extraído de Max Weber ao assumir-se o processo de desconstrução das imagens sagradas no mundo como objetivização das condutas humanas (autônomas em termos de determinação intrínseca) a partir de uma tríade moderna (economia capitalista, Estado e direito formal) com um especial significado para a técnica e para a ação social com respeito a fins. A ideia de racionalização implica na rejeição de uma compreensão transcendental dos fenômenos da existência rumo a um horizonte de funcionalização teleológica das ações humanas com emprego essencial da previsão calculável de tais ações, cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010b, p. 209-221.

racional do mesmo implicou na acolhida do princípio da autolegislação em rejeição ao conceito de uma lei a partir de uma “juridicidade materialmente pressuposta”¹²⁵ (sentido filosófico-normativo da lei), e dentro da autolegislação surge o conceito de vontade geral identificado com o de lei.

Com a abertura democrática iniciada no século XIX, o voluntarismo do soberano foi substituído pelos enunciados da lei com o intuito de proteger a liberdade e, ante a manifestação da soberania de um povo por meio da vontade geral¹²⁶, a lei foi o elemento que melhor sintetizou a onda democrática então em voga seguindo o ideário de autolegislação.

A ulterior participação política na formação do parlamento, com este órgão assumindo a supremacia legislativa no Estado liberal, tornou claro que as leis existentes no Estado eram feitas pela própria sociedade, ou seja, por meio da mediação do órgão parlamentar, a sociedade era governada por ela mesma¹²⁷. A lei então seria a forma de suprir a “necessidade de fazer atuante a vontade geral”¹²⁸ e a forma como se encontrou para dar “movimento” à vontade geral foi a modificação do sentido da lei para ordenação geral e abstrata como correspondência a estas mesmas características da vontade geral de natureza claramente formal¹²⁹.

No entanto, assim como a representação parlamentar sofreu um revés com o surgimento da democracia de massas no século XX, o conceito de lei também tem experimentado problemas conceituais com a universalização do sufrágio.

Durante o século XIX, a compreensão de lei, que exerceu um importante papel, principalmente na contenção do voluntarismo estatal, e o formalismo implicado com aquela funcionaram bem porque a barreira censitária imposta à soberania popular tornava fácil conformar sob a veste racional da vontade geral uma grande gama das situações existentes numa sociedade homogênea, conformação esta que se torna muito mais problemática numa sociedade complexa.

Por mais que a generalidade e a abstração acentuassem a igualdade entre os cidadãos e definissem seu estatuto jurídico, a ideia de lei iluminista limitava-se a estes objetivos de

¹²⁵ NEVES, Castanheira, 1983, p. 525.

¹²⁶ Cf. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, Livro II, cap. I, p. 36: “outra coisa a soberania não é senão o exercício da vontade geral”. O conceito de vontade geral (*volonté générale*) em Rousseau é bastante difuso, contudo poderíamos afirmar que viria a ser o produto racionalizado da vontade de todos (*volonté de tous*), racionalização esta que se processaria por meio da exclusão dos interesses particulares da vontade de todos (cf. ROUSSEAU, op. cit., cap. III, p. 41).

¹²⁷ Na mesma linha do legislativo como “vontade unida do povo”, cf. KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 179.

¹²⁸ NEVES, Castanheira, op. cit., p. 542.

¹²⁹ Cf. *Ibid.*, p. 548.

regulação geral universal¹³⁰. Numa sociedade complexa, este desiderato não é suficiente ante os desafios que se avizinham.

Como já salientado anteriormente, o surgimento da democracia de massas traz consigo a dificuldade na obtenção do consenso numa sociedade “plural em seus componentes ideológicos, dividida em seus objetivos e interesses [...] cada vez mais específicos e segmentados”¹³¹.

A complexidade importa no surgimento de um paradoxo, por um lado a lei é aceita como norma social vinculativa, por outro, tais normas, apesar de serem criadas por meio da deliberação pública, não são capazes de refletir o tecido social como um todo¹³². Ou seja, a lei, outrora compreendida como a melhor expressão da soberania popular, por constituir o reflexo de um senso comunitário geral, não mais consegue constituir tal imagem por meio da generalidade e abstração, criando assim problemas relativos ao reconhecimento de minorias no sentido de uma contestação da vontade geral tendo em vista a clara cisão entre o Povo¹³³ e o legislador, que possuíam uma identidade no conceito moderno-iluminista de lei plasmado especialmente por Rousseau e Kant¹³⁴.

Muito mais do que o reflexo de uma imagem comunitária, a lei constitui-se hoje como um claro instrumento de governo. Nos rudimentos do liberalismo inglês, a distinção funcional proposta por Locke era bem clara ao conferir a supremacia legislativa ao parlamento e o cumprimento do que foi decidido pelo primeiro caberia ao executivo¹³⁵, só que a complexidade das questões nevrálgicas hoje enfrentadas pelo Estado é de tal natureza que a lei, com sua mera generalidade e abstração, não é mais capaz de constituir-se como satisfatório elemento regulatório apto a preservar a integridade da sociedade.

A simples regulação das relações privadas e da liberdade individual não é mais suficiente, as leis não podem simplesmente limitar-se a criar uma “ordem geral, justa e racional, mas o de realizarem elas mesmas uma utilidade concreta”¹³⁶, percebendo-se pois um regresso: da concepção iluminista de lei essencialmente jurídica que importava numa ordem de validade surge na atualidade um conceito de lei como expressão política, uma ordem de

¹³⁰ Cf. PIÇARRA, 1989, p. 158; NEVES, Castanheira, 1983, p. 563.

¹³¹ MELGARÉ, 2003, p. 49.

¹³² Cf. NEVES, Castanheira, op. cit., p. 585.

¹³³ Para uma distinção entre Povo e povo, cf. AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un Popolo?* In: AGAMBEN, Giorgio. *Mezzi Senza Fine: Note sulla Politica*. Torino: Bollati Boringheri, 1996, p. 31-34.

¹³⁴ Cf. NEVES, Castanheira, op. cit., p. 586.

¹³⁵ Cf. LOCKE, 2006, Cap. XII, § 143-146, p. 329-330; CHEVALLIER, 1999, p. 112.

¹³⁶ CANOTILHO, 2003, p. 718.

necessidade, “uma funcional programação e institucionalização de certos objetivos político-sociais”¹³⁷.

Sendo a lei agora o resultado de um evidente decisionismo funcional, o debate e a deliberação como principais vias para a resolução das necessidades sociais deixam de ser compreendidos como o fundamento da lei; este decorrerá da necessidade de resolução de problemas práticos nas várias esferas sociais, o que importará num perfil de atuação estatal bastante diferenciado do que caracterizou o Estado liberal.

Pode-se afirmar hoje que as leis se voltam para o atendimento de uma finalidade concreta, ou seja, será por meio delas que o Estado executará seu programa político. A solução dos problemas a serem resolvidos pela intervenção político-social do Estado não serão os princípios normativo-jurídicos da qual as leis sempre foram a forma de cumprir tal intencionalidade. As próprias leis passam a ser a solução dos problemas alvo das intervenções estatais, a lei como instrumento de governo é a própria medida da solução; ou segundo uma opinião mais abalizada, “haveria um fim determinado a realizar, cabendo apenas ao legislador o meio mais adequado para a resolução deste fim”¹³⁸.

Mas, como o debate da alteração do sentido da lei se relaciona com o princípio da separação dos poderes e a crise do governo parlamentar?

Fica bastante claro que a fórmula clássica da separação dos poderes, ainda que interpretada pela sua dinamização operativa ou por outras questões finalísticas, busca a conservação de um núcleo funcional essencial dos poderes estatais. Sabe-se que na atualidade o princípio da separação dos poderes estrutura-se por meio dos conceitos da distribuição de funções organicamente adequada e da distribuição de competências funcionalmente ajustada. Dentro de tal horizonte, a cada um dos órgãos estatais de soberania é atribuída uma série de funções primárias que remontam à clássica concepção do princípio em tela.

A alteração do conceito de lei importa numa disfuncionalidade da separação dos poderes já que haverá uma confusão entre as funções executivas e legislativas, uma vez que a lei como instrumento de governo implica no fruto de um labor legislativo que não é simplesmente um mandamento geral e abstrato que conferirá diretrizes de ação no momento da execução. Ela é em si a própria execução da intervenção estatal, criando uma atividade simultaneamente executiva e legislativa que violaria o princípio da separação dos poderes pela transgressão do núcleo funcional essencial que cada um dos poderes deve respeitar no

¹³⁷ NEVES, António Castanheira. O Direito como Alternativa Humana (Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito). In: _____, 1995, p. 305.

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 222.

exercício de seus misteres¹³⁹, além de dificultar a tutela da liberdade individual ou ainda o controle das leis e dos atos administrativos¹⁴⁰.

c) Pode-se afirmar que este outro fator que evidencia a crise do governo parlamentar está umbilicalmente ligado ao anterior (alteração do conceito de lei), pois a preponderância da função governativa (executivo) é em muito possibilitada por meio das novas expressões de normatividade da lei, sendo que a lógica contrária deste raciocínio também não é desprovida de fundamento.

Esta questão da centralidade do poder executivo na dinâmica dos poderes atual só poderá ser bem analisada se tivermos em mente alguns dos princípios basilares do sistema parlamentar. Sobre tais fundamentos, poderíamos invocar, ainda que parcialmente, Guizot¹⁴¹ para constituir como bases do sistema parlamentar a discussão e a publicidade (transparência pública).

A discussão mostra-se como uma das características mais arraigadas na própria tradição parlamentar, onde um encadeamento dialético de enfrentamento de argumentos resultará “num processo de conflito de opiniões opostas que resultará na vontade correta do Estado”¹⁴². Até os dias de hoje, a discussão ínsita ao parlamentarismo é uma de suas características mais evidentes, mas não como qualquer discussão, tal como “uma eterna competição de opiniões”¹⁴³, mas sim um discussão racional voltada à produção de consenso.

A transparência pública (ou publicidade) “adéqua-se bem à instituição ‘parlamento’, ao seu modo próprio de atuar”¹⁴⁴, além de mostrar-se como um complemento do elemento anterior (de nada adianta a livre discussão de ideias no âmbito do parlamento, se a mesma não for travada de forma pública) e um dos fatores decisivos de contraposição do sistema parlamentar-democrático ao Antigo Regime, caracterizado pelo modo de ser barroco da política da época representado pela Razão de Estado e pelos *Arcana*¹⁴⁵, onde os segredos

¹³⁹ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 551.

¹⁴⁰ Cf. *Ibid.*, p. 718.

¹⁴¹ Referimo-nos aqui às manifestações de Guizot, numa série de conferências entre os anos de 1814 e 1848, que deu origem a um livro de 1851 nominado *Historie des Origines du Gouvernement Representatif en Europe*. O autor relaciona três pilares do sistema parlamentar: 1) discussão, 2) transparência pública e 3) liberdade de imprensa. Preferimos servir-nos apenas dos dois primeiros fundamentos, uma vez que a liberdade de imprensa pode ser vista como um desdobramento dos outros dois.

¹⁴² SCHMITT, 1996b, p. 34.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 35.

¹⁴⁴ URBANO, 2009a, p. 33.

¹⁴⁵ A teoria dos “Segredos de Estado” emerge na política renascentista (a política como arte) com especial ênfase na obra de Maquiavel (que implicou num salto qualitativo nas relações entre política e segredo, ou chamada “política de gabinete”), passando a ser combatida após episódios como a noite de São Bartolomeu (1572), mas que permanece presente do debate político ainda nos dias de hoje. Para uma referência sobre a teoria da Razão de Estado, cf. BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1998, v. 2, p. 1066-1074; ÁGUILA, Rafael del. *La Senda del Mal: Política y Razón de Estado*. Madrid: Taurus, 2000, p. 55-123. SCHMITT,

inerentes à atividade política, que eram antes interpretados como um elemento necessário da política absolutista, a partir do Iluminismo passam a ser vistos como algo maléfico e a publicidade passaria a ser associada a um “*ethos* moral e jurídico”¹⁴⁶.

Mas, qual seria a relação entre estes princípios do parlamentarismo e a atual centralidade da função executiva?

O parlamento retira sua legitimidade, para além da representação eleitoral, de sua atividade pautar-se na discussão de argumentos feita em termos públicos (transparentes). Nos dias atuais é comum o mal-estar de que as decisões relevantes do parlamento não são tomadas em plenário, mas sim em “comissões, [...] em reuniões secretas de dirigentes [...] transformando todo o sistema parlamentar numa péssima fachada para o poderio dos partidos e dos interesses econômicos”¹⁴⁷.

Numa sociedade onde a complexidade é elemento essencial, o qual não pode ser ignorado, é cada vez mais difícil atingir o consenso ante a diferença de um sistema social marcado por uma intensa pluralidade, correndo-se o risco de debates intermináveis sem garantia da formação de um ponto de entendimento entre as várias facções existentes dentro do órgão parlamentar. Além disso, o mundo atual é marcado por uma intensa velocidade, ou até mesmo liquidez¹⁴⁸, onde “eventos tão mínimos e rápidos que mal se pode dizer que aconteceram”¹⁴⁹ são recorrentes.

Neste quadro de intensa velocidade e complexidade¹⁵⁰, a demora nas intrincadas deliberações parlamentares pode ser prejudicial à solução dos problemas que desafiam o Estado, sendo recorrente atualmente o papel da atividade governativa, ao mesmo tempo constitutiva e executiva, seja por meio de uma administração conformadora, da legislação suplementar (bastante recorrente, apesar da denominação e seus fundamentos) que compete ao executivo.

Um dos pontos que podem ser também apontados como indicadores desta centralidade da função governativa na atualidade é a “emergência de uma administração que através de sua vinculação com o executivo estabelece a tendência de reforçar a posição desta sobre as

Carl. *La Dictadura* – desde los Comienzos del Pensamiento Moderno hasta la Lucha de Clases Proletaria. Madrid: Alianza, 2007, p. 45-50.

¹⁴⁶ SCHMITT, 1996b, p. 37.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 21. Para uma posição semelhante, mas centrada na influência que os partidos políticos irão exercer no governo, cf. MORILLO, 1991, p. 122.

¹⁴⁸ A velocidade dos tempos atuais é bem retratada por Zygmunt Bauman por meio da metáfora da fluidez com o intuito de significação da velocidade incontrolável da sociedade que causa medo, fechamento e procura por segurança, cf. BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 11-32.

¹⁴⁹ MOORE, Alan; GIBBONS, Dave. *Watchmen – Edição Definitiva*. São Paulo: Panini Books, 2009, p. 398.

¹⁵⁰ Sobre a complexidade e velocidade em contraposição com a “lentidão” dos debates como fatores desfavoráveis ao parlamento, cf. MORILLO, op. cit., p. 122.

demais funções do Estado”¹⁵¹. Isso implica no aumento do papel do Estado hoje (postura intensamente intervencionista se compararmos com concepções mais liberais) com um progressivo crescimento de sua burocracia¹⁵² e hipertrofia em termos de poderes, que nem sempre são contrabalançados ou submetem-se-iam a efetivos parâmetros de controle como induz a melhor tradição do Estado constitucional.

Mas, por que hoje se atribui ao executivo este papel de verdadeiro “motor, ou pelo menos de guia, que decide o percurso essencial que a máquina estatal deve seguir”¹⁵³?

Não restam dúvidas que a história do constitucionalismo é permeada por um largo processo evolutivo que culminou com o parlamento ocupando uma função central¹⁵⁴, papel hoje já não ocupado, o que daria origem a uma espécie de “parlamento limitado”¹⁵⁵. Nos dias atuais, fica bastante clara a definição funcional do poder governante, para além da direção superior da administração pública, como responsável pela “determinação das linhas fundamentais de desenvolvimento e ordenamento e da política interna e externa do Estado”¹⁵⁶ (transição do parlamento para o executivo na preponderância da determinação do *indirizzo politico*).

Alguns caracteres que, no passado, podiam ser claramente enquadrados como alvos de definições decorrentes da deliberação parlamentar, já não são feitos hoje na mesma velocidade dos acontecimentos sociais. Esta necessidade de rapidez seria mais bem atendida pelo *modus operandi* do executivo que, além de ser afeito à hierarquia da imposição do poder numa perspectiva piramidal, possui o amplo domínio do vernáculo técnico, em contraposição ao caráter supostamente leigo dos membros da instituição parlamentar¹⁵⁷, essencial para a resolução de muitas das questões que demandam solução, além da necessidade de eficiência latente, fatores estes que fazem o executivo avocar para si a função legislativa do parlamento, tornando sua competência legislativa extraordinária mais ordinária do que o desejável. Esta

¹⁵¹ SERRANO, Rafael de Agapito. *Libertad y División de Poderes: el Contenido Esencial del Principio de la Separación de Poderes a partir del Pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos, 1989b, p. 9.

¹⁵² O termo burocracia é aqui empregado não no sentido pejorativo que usualmente tem-se utilizado, mas naquele empregado por Max Weber que compreendia a atividade burocrática como um dos traços característicos da modernidade num aparato institucional especializado regido por critérios técnicos que importaria em: 1) existência de deveres oficiais como atividades perenes da estrutura burocrática; 2) delimitação normativa da autoridade executiva; 3) existência de uma metódica concretizadora dos deveres oficiais, o que impõe a necessidade de emprego de pessoal técnico especializado (tecnocracia), cf. WEBER, Max. *Burocracia*. In: _____. *Ensaio de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982b, p. 229 e ss.

¹⁵³ BOGNETTI, Giovanni. *La Divisione dei Poteri: Saggio di Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 91.

¹⁵⁴ Cf. MORILLO, 1991, p. 121.

¹⁵⁵ Cf. *Ibid.*, p. 121.

¹⁵⁶ BOGNETTI, op. cit., p. 78. No mesmo sentido, cf. HESSE, 1998a, p. 397-407.

¹⁵⁷ Em sentido contrário, contrapondo a técnica ao caráter amplamente decisório de opções políticas do Parlamento, cf. URBANO, 2009a, p. 43.

situação é agravada, se levarmos em consideração o regime presidencial nos moldes estadunidenses (monismo da chefia das funções de Estado e governamentais num mesmo cargo), onde há um claro incentivo à irresponsabilidade presidencial, ausência de controles primários mais operativos (como acontece no sistema *Westminster* ou no semipresidencialismo) e um duplo poder no chefe do executivo, tanto no que diz respeito à iniciativa da legislação extraordinária, quanto ao exercício do poder de veto¹⁵⁸.

Além das questões já apontadas da centralidade mais necessária do que desejável do executivo na condução do Estado, faz-se necessário também apontar certa submissão do parlamento quanto à avocação de funções que, quando não as entrega ao executivo, não raras vezes, assume um papel meramente simbólico na dinâmica dos poderes, limitando-se a simplesmente ratificar as vontades do executivo, não sendo forçoso afirmar que, ao menos em parte, a função legislativa foi absorvida pela executiva, e o sistema democrático “não é mais parlamentar e, sim, governamental”¹⁵⁹, mas tal compreensão não se mostra apenas como um fato isolado em determinadas ordens constitucionais, mas quase dominante das democracias ocidentais, por mais que se insista num silêncio obsequioso sobre tal aspecto do governo democrático atual¹⁶⁰.

d) Por fim, como último dos elementos que decidimos utilizar para esta breve análise da crise do governo parlamentar como fator de desagregação da separação dos poderes, surge a atuação do poder judicial como fator de interferência na atividade do parlamento.

Constata-se que “há aproximadamente um século, a instituição parlamentar tem vindo progressivamente a perder terreno, antes de mais para o governo, mas não só”¹⁶¹, visto que atualmente o labor do poder judicial, especialmente dos Tribunais Constitucionais, vem sendo decisivo no exercício da função legislativa do parlamento.

Durante os tempos áureos da instituição parlamentar, dela emanava a soberania, imaginava-se que o parlamento só não tinha o poder de fazer o unimaginável e todo o resto estaria ao seu alcance¹⁶², até mesmo a força normativa da Constituição seria uma decorrência do poder político do qual o parlamento desfrutava.

No entanto, a evolução experimentada pela atribuição de força normativa ao texto constitucional, com a aquisição da compreensão jurídica da Constituição em detrimento da sua concepção meramente política, impôs a submissão dos poderes públicos à Constituição e

¹⁵⁸ Cf. KADRI, 2004, p. 218.

¹⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 32-33.

¹⁶⁰ Cf. *Ibid.*, p. 33.

¹⁶¹ URBANO, 2009a, p. 31.

¹⁶² Neste sentido, incluindo a cômica analogia de que o parlamento “só não poderia converter o homem em mulher”, cf. MORILLO, 1991, p. 122.

a conjugação de outros fatores históricos e políticos, compeliram à criação de um órgão, o Tribunal Constitucional, visando fornecer a “garantia da invulnerabilidade e integridade do texto constitucional”¹⁶³. Tal nova realidade pode ser compreendida como mais uma retração dos poderes parlamentares e da centralidade da função executiva no quadro organizatório do Estado.

Tendo como panorama tal arranjo institucional, por mais que possamos deduzir inúmeras funções da atividade parlamentar¹⁶⁴, a legislação ainda é que se mostra mais evidente¹⁶⁵. Não obstante os problemas explicitados anteriormente quanto ao exercício da competência legislativa pelo executivo, tanto formal como materialmente, percebemos que, muitas vezes, o parlamento limita-se a simplesmente ratificar os desejos do poder governante. E o fazem, amiúde, sem o mínimo sinal de contraposição aos posicionamentos daquele, a tentativa de aprimorá-los, ou até mesmo relativamente à função de controle (não exclusivamente parlamentar¹⁶⁶) que adquiriu um maior relevo no atual quadro político-institucional, tendo em vista o também já referido aumento (de claro fundamento funcional) dos poderes do executivo em nome da eficácia das medidas políticas práticas.

Embora a moderna percepção do que vem a ser a instituição parlamentar tenha como foco decisivo a transição do mandato imperativo rumo ao mandato representativo, com a implantação de alguma liberdade à atividade parlamentar, a práxis do mandato parlamentar não comporta tal entendimento de que o mandato representativo importe numa práxis totalmente discricionária.

Esquadrinhando a ideia de Constituição como tarefa, ou seja, o documento que entendemos por “estatuto jurídico do político” reputado não apenas como um elemento político ou até mesmo retórico, mas na verdade uma peça afeita à juridicidade de uma “teoria normativa da política”¹⁶⁷, a tarefa principal da Constituição seria a realização de sua própria narrativa.

¹⁶³ QUEIROZ, 1990, p. 206. No mesmo sentido, cf. MORILLO, 1991, p. 122.

¹⁶⁴ Não obstante a clássica taxonomia de Bagehot, que atribui seis funções clássicas ao parlamento, modernamente podemos distinguir funções essenciais diferenciadas das clássicas. Canotilho (2003, p. 634 e ss.) enumera as mesmas em sete: a) função eletiva e de criação, b) função legislativa, c) função de controle, d) função de fiscalização, e) função autorizante, f) função de representação e g) função “europeia”. Queiroz (2009, p. 37-41), numa linha mais sucinta, especifica apenas três: a) função de representação, b) função legislativa e c) função de controle. Urbano (2009a, p. 43-53) antevê quatro (com algumas subfunções implicadas), quais sejam: a) legitimação, b) ligação/conexão, c) decisão e d) controle.

¹⁶⁵ Cf. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, v. 2, p. 884.

¹⁶⁶ Cf. QUEIROZ, op. cit., p. 28.

¹⁶⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 51.

Dentro deste porvir, da busca de realização do conteúdo da Carta Política, poder-se-ia falar já numa diminuição da discricionariedade da atividade parlamentar no que diz respeito ao que ainda restou de seu poder de determinação do *indirizzo politico* do Estado.

Interiormente à função legislativa, seria possível nominar o parlamento como emissor da normatividade das leis, mas tal emissão tem em conta a atividade legislativa como execução (atividade legislativa como mera execução em nível mais geral ou mais específico dos preceitos constitucionais), aplicação (efetivação dos preceitos constitucionais por meio da atividade legislativa) ou conformação (que entende os preceitos constitucionais como cláusulas gerais) da Constituição¹⁶⁸ em termos de posição jurídico-constitucional do legislador, havendo uma maior ou menor vinculação do parlamento frente à carta política.

Deve-se ter em mente, ainda, que em razão da legitimação democrática do parlamento, uma maior liberdade conformadora do legislador frente à Constituição é a posição jurídico-constitucional que melhor se adéqua à atual compreensão do Estado constitucional. No entanto, é prudente reafirmar sempre que tal discricionariedade legislativa possui uma precisa delimitação positiva e negativa (competência e limites) dentro do próprio texto constitucional¹⁶⁹, além de outros controles jurídico-políticos interinstitucionais existentes.

Mas, para além da normal vinculação à Constituição que a atividade legislativa possui, deve-se ter em mente a atividade do poder judicial, especialmente dos Tribunais Constitucionais, muitas vezes além do desejável, quase que como um órgão paralegislativo, fixando a essência do desempenho da atividade parlamentar.

Não restam dúvidas sobre o papel dos Tribunais Constitucionais como guardiães da Constituição e de sua legitimidade (sendo esta institucionalmente pressuposta por meio da função de legitimação/eletiva e de criação do parlamento¹⁷⁰) para, de uma forma independente, sujeitar à Constituição os poderes executivo e legislativo¹⁷¹. Neste ponto, podemos enxergar a necessária atuação destas cortes como garantes do equilíbrio entre os poderes do Estado. Daí pode-se deduzir que a criação dos Tribunais Constitucionais não implica na formação de um novo poder no esquema da separação dos poderes, ou o declarado fim desta¹⁷².

¹⁶⁸ Para uma maior elucidação de tais posições, cf. CANOTILHO, 2001, p. 216-222.

¹⁶⁹ Cf. *Ibid.*, p. 221-222.

¹⁷⁰ Cf. URBANO, 2009a, p. 44-45; CANOTILHO, 2003, p. 634.

¹⁷¹ Cf. BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LVI, 1980, p. 1.

¹⁷² Cf. TEMPLADO, Eduardo Espín. Il Tribunale Costituzionale come Garante dell'Equilibrio tra i Poteri dello Stato. In: LUATTI, Lorenzo. *L'Equilibrio tra i Poteri nei Moderni Ordinamenti Costituzionali*. Torino: Giappichelli, 1994, p. 50.

Como já salientado, a principal ideia por trás do princípio da separação dos poderes é a preservação da liberdade. Todavia, alcançar tal desiderato só se mostra possível quando não se caracteriza alguma supremacia de um poder em relação aos outros, quando o ambiente institucional do Estado é marcado por uma harmonia, ou seja, “quando os poderes relacionam-se num plano de tendencial paridade”¹⁷³.

Deduz-se, então, que o papel do Tribunal Constitucional, para além da interpretação e guarda da Constituição, é o de exercer uma função moderadora que garanta o equilíbrio entre os poderes estatais, diminuindo o impacto político das controvérsias surgidas entre eles¹⁷⁴. Contudo, esta postura de moderação do processo político muitas vezes não acontece e tais tribunais, aspecto que gera reflexos nos outros órgãos do poder judicial, abandonam essa natureza moderadora avaliativa da conformidade das ações dos poderes com a Constituição para ditá-las.

A atuação dos Tribunais Constitucionais tem refletido diretamente na discricionariedade do processo legislativo, vindo sua jurisprudência “pesar efetivamente no processo de decisão política e, particularmente, no processo de feitura das leis”¹⁷⁵, reduzindo, mais ainda, o espaço jurídico-constitucional de conformação que o legislador ainda possuía, numa clara mostra do conflito entre a independência do poder judicial e a autonomia do legislador, onde, muitas vezes, as cortes constitucionais efetivam um processo de assenhoreamento da Constituição, sem perceber, ou até deliberadamente enxergando tal detalhe, que “os objetivos políticos visados pelo legislador não são controláveis pelos Tribunais Constitucionais no que toca à sua correção e oportunidade”¹⁷⁶. Este é o principal ponto que buscamos salientar neste momento quanto ao poder judicial; sua progressiva hipertrofia e abandono de uma postura moderadora/garantidora em vista de determinar os rumos políticos do Estado vem causando problemas ao princípio da separação dos poderes.

Não obstante o parlamento venha progressivamente sendo encurralado tanto pelo crescimento do executivo quanto pelo poder dos juízes, acreditamos que o último seja mais perigoso pela efetiva ausência de moderação, ou de efetivo controle, nas atitudes daquele que deveria ser o moderador, comportamento este que será melhor dissecado no próximo capítulo.

Quanto à crise do governo parlamentar, o que resta para nos referirmos à mesma? Não acreditamos que os problemas enfrentados pelo mesmo impliquem num indício de decadência

¹⁷³ TEMPLADO, 1994, p. 51.

¹⁷⁴ Cf. BACHOF, 1980, p. 11.

¹⁷⁵ QUEIROZ, 2009, p. 107.

¹⁷⁶ BACHOF, op. cit., p. 13.

e progressivo desaparecimento, sendo esta muito mais uma crise de confiança¹⁷⁷ ante os problemas atuais não solucionados que desafiam a instituição, que acabam sendo solvidos por outros meios de ação (política ou não).

Dentre os problemas capitais do governo parlamentar que buscamos analisar neste capítulo, ressalte-se que não são os únicos existentes (seria possível ainda falar da captura do sistema político pelo econômico ou ainda do papel da mídia nesta crise); mas, dentre os inúmeros existentes, eram os que melhor serviriam à investigação por se relacionarem diretamente com a perturbação no interior do princípio da separação dos poderes, pois a complexidade social e a democracia de massas evidenciam problemas representativos com os quais o governo parlamentar não vem lidando bem, sendo incapaz de continuar a ser considerado como microcosmos da sociedade.

A superação do conceito iluminista de lei impõe a ultrapassagem da rígida distinção entre legislação e execução onde o parlamento encontrava uma funcionalidade ótima; a preponderância da função governativa, associada à atual concepção de lei, faz com que a instituição parlamentar mostre-se relativamente superada em sua deliberação ante a praticidade e velocidade do executivo.

Por fim, o poder judicial, ao romper a situação de garantia do equilíbrio entre os poderes do Estado, evidencia uma lógica de apoderamento das instituições políticas, o que desemboca na tentativa de emergência de uma neo-oligarquia judicial; este é um possível diagnóstico do nosso tempo.

Como uma última nótula à questão da crise do governo parlamentar, ante tais disfuncionalidades, e à indispensabilidade deste, o grande desafio a esta instituição é superá-las por meio da reinvenção, ou seja, deve-se pensar na atualidade, ante as questões anteriormente levantadas, qual a real função do parlamento? Controlar o governo? Legislar de forma autônoma ou apenas dando seu *imprimatur* aos desígnios do Executivo? Apenas respondendo tais questões, o parlamento pode rever sua forma de atuação e abandonar a situação de cativo na qual se encontra em relação ao poder executivo e judicial.

¹⁷⁷ Cf. URBANO, 2009a, p. 31-32.

3 ATIVISMO JUDICIAL: POR UMA DOGMÁTICA POLÍTICO-METODOLÓGICA

Referimo-nos anteriormente aos poderes executivo e judiciário e à atual expansão dos mesmos como grandes desafios ao princípio da separação dos poderes; então, qual o motivo de abordarmos apenas o último nesta investigação? Podemos invocar duas razões simples, arriscamo-nos a sustentar que hoje “não há [...] qualquer acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz”¹⁷⁸; também o fato de o poder judicial não estar submetido a um rígido controle na atual tradição republicana, tal como suas contrapartes políticas, faz com que sua independência venha traduzir-se numa ausência de fiscalização pelo executivo ou legislativo¹⁷⁹. Estas foram as principais razões que levaram à escolha do poder judicial e não do executivo, ou até mesmo uma análise conjunta, nesta investigação.

Antes de qualquer reflexão sobre o ativismo, deve-se ter em mente o caráter nebuloso que tal denominação pode assumir.

O conceito de ativismo judicial é impreciso, podendo ser variavelmente utilizado como uma ferramenta retórica para externar uma crítica superficial a uma decisão¹⁸⁰, o aviltamento por um “uso abusivo da função judicial”¹⁸¹ ou servir para denominar tanto posturas conservadoras¹⁸² como progressistas¹⁸³.

Tal superficialidade e uso sem muitos critérios metódicos indicaria uma dificuldade em fixar um conceito sólido do que seria ativismo judicial, ou um reflexo da origem leiga do termo num artigo de revista de variedades em 1947¹⁸⁴, embora já existissem reflexões anteriores sobre o fenômeno do poder dos juízes nos EUA como as efetivadas por Alexis de Tocqueville ou Édouard Lambert, mas não sob a terminologia de ativismo judicial.

Apesar da possível multiplicidade de conceitos do que pode vir a ser o ativismo judicial, seria possível compreendê-lo como uma postura variável do julgador ligada à

¹⁷⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Cascais: Principia, 2007, v. I, parte I, cap. VI, p. 139.

¹⁷⁹ Cf. URBANO, Maria Benedita. Criação Judicial e Ativismo Judicial: as Duas Faces de uma Mesma Função? In: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *35º Aniversário da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, v. 2, p. 31.

¹⁸⁰ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonnet. Em Busca de um Conceito Fugidio – o Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 392.

¹⁸¹ URBANO, op. cit., p. 7.

¹⁸² *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

¹⁸³ *West Coast Hotel Co. v. Parish*, 300 U.S. 379 (1937), *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954), STF – ADPF 54/DF (2012), STF – ADPF 132 E ADI 4227 (2011).

¹⁸⁴ Para uma genealogia do conceito, cf. KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of Judicial Activism. *California Law Review*, n. 92, 2004, p. 1446.

“abertura à discricionariedade no ato decisório”¹⁸⁵. Tal discricionariedade judicial implica no fato de o juiz ocupar o espaço que deveria ser do legislador, corrigindo as normas existentes para não as declarar inconstitucionais (é o caso das sentenças intermédias), ou ainda criando enunciados normativos em espaços vazios não ocupados pelo legislador¹⁸⁶.

O ativismo judicial implica na substituição da argumentação fundamentante, elemento relacional entre pressupostos e conclusões da decisão judicial, pela conveniência e oportunidade do juízo subjetivo do magistrado, evidenciando um criativismo judicial patológico que, muitas vezes mascarado por aparente fundamentação jurídica, esconde a real racionalidade política da decisão¹⁸⁷.

Usualmente, as reflexões ligadas ao ativismo judicial buscam apenas a compreensão política de tal fenômeno, olvidando as não menos importantes implicações metodológicas do mesmo, como se falar sobre o ativismo também não implicasse na forma como se reveste o ato decisório. O principal objetivo agora é tentar perfazer uma análise do ativismo judicial que possa ter o mérito de externar tanto a natureza política quanto metodológica desta postura, cada dia mais recorrente.

Ao abordar o ativismo, é bastante comum a oposição entre posicionamentos pragmático-realistas-behavioristas, que deem ênfase à ideia de uma Constituição viva, que busquem entender a aplicação do direito como previsão das decisões dos tribunais¹⁸⁸ e o comportamento dos juízes¹⁸⁹, ou compreensões puramente positivistas que objetivem a simples aplicação do texto legal ao caso concreto sem nenhuma autonomia pela parte do aplicador, dentre outros.

Corriqueira também é a exclusiva invocação das origens de tal fenômeno na práxis jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos, especialmente da era Lochner, já que a própria denominação ativismo judicial surgiu naquele país, esquecendo-se das influências mais remotas desta postura judicial no movimento do direito livre¹⁹⁰ e da jurisprudência dos

¹⁸⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33.

¹⁸⁶ Esta posição do juiz como corretor e também substituto do legislador corresponde ao conceito de criativismo judicial patológico ou *hard*, que equivale ao ativismo propriamente dito. Sobre esta posição e as outras duas formas de criativismo judicial (tradicional/*soft* e *borderline*/fronteiriço), cf. URBANO, 2011, p. 21-25. Idem, 2012a, p. 73-77.

¹⁸⁷ Cf. Id., 2011, p. 36.

¹⁸⁸ Cf. HOLMES, O. W. Le Droit comme Prédiction des Décisions des Tribuneaux. In: GRZEGORZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel. *Le Positivism Juridique*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1993, p. 123-127.

¹⁸⁹ Cf. POSNER, Richard. *How the Judges Think*. Cambridge-London: Harvard University Press, 2008.

¹⁹⁰ Sobre uma visão panorâmica do movimento alemão do direito livre, cf. NEVES, Castanheira, Escola do Direito Livre. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídica, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010e, v. 2, p. 193-201; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do*

interesses, ambas de forte influência alemã, ou de práticas ativistas que existiram simultaneamente em outros países do mundo, tais como a muitas vezes negligenciada doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, práxis ativista do Supremo Tribunal Federal até 1926¹⁹¹, ou o contributo do institucionalismo e do ordinalismo concreto no contexto europeu da primeira metade do século XX¹⁹².

Apenas como uma nota de abertura ao debate político-metodológico que impõe a compreensão do ativismo judicial, devemos rejeitar desde logo a cisão entre discricionariedade/legalidade para distinguir a atividade legislativa da jurisdicional.

O que será a marca distintiva entre o legislador e o juiz é a racionalidade utilizada em cada atividade. Enquanto a racionalidade política é caracterizada pela execução de um programa, uma racionalidade finalística “limitada pelas normas constitucionais e pelos compromissos pragmático-eleitorais”¹⁹³ e “pelas decisões da justiça constitucional”¹⁹⁴, a racionalidade jurídica é prático-prudencial que busca, por meio da solução de problemas práticos, cumprir uma determinada validade axiológico-normativa¹⁹⁵, o que implica na atividade legislativa como uma seara de “limites substanciais [...] menos frequentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara”¹⁹⁶ a atividade jurisdicional.

3.1 A jurisdição e sua transformação

No plano de modernização da ideia de jurisdição, juntamente com sua completa autonomia do poder executivo, assoma-se a tal característica sua constituição como poder independente. Todavia, apesar de tal emancipação, o poder judicial foi sempre visto como algo destinado a “ocupar-se dos interesses particulares e prestar, de boa vontade, atenção aos pequenos assuntos que lhe são expostos”¹⁹⁷, já que as grandes problemáticas seriam resolvidas pelo órgão dotado de soberania popular, o parlamento.

Direito. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 77-83; REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 284-289.

¹⁹¹ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226-235; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 520-521.

¹⁹² Cf. SCHMITT, Carl. *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996c, p. 26 e ss. CAMPDERRICH, Ramón. *La Palabra de Behemoth: Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005, p. 105-112.

¹⁹³ URBANO, 2011, p. 29.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, 1993, p. 26.

¹⁹⁵ Para mais desenvolvimentos de tal posição, cf. NEVES, Castanheira, 1993, p. 70 e ss.

¹⁹⁶ CAPELLETTI, op. cit., p. 27.

¹⁹⁷ TOCQUEVILLE, 2007, vol. II, parte IV, cap. VII, p. 844.

Contudo, como explorado em páginas precedentes, a anunciada crise do governo parlamentar, juntamente à do conceito de lei, torna o judiciário como grande foro de discussão na atualidade (esta sendo uma das marcas mais destacadas da judicialização da política); a alteração do papel do poder judicial traz consigo uma mudança do conceito de jurisdição. Sobre esta mutação hoje consolidada é que nos ocuparemos no momento.

O surgimento da jurisdição se confunde com o próprio aparecimento do direito como prática autônoma, uma evolução romana na concepção do direito, se compararmos com as ideias gregas mais ligadas à ética e metafísica, onde aquele passa a ser uma forma de dar respostas aos problemas práticos da vida em comum, autonomia esta que, a partir da modernidade, radicaliza-se no normativismo¹⁹⁸.

Por meio do normativismo foi proporcionada uma autonomia moderna ao direito, não obstante o fechamento e isolamento do direito frente à realidade social¹⁹⁹, baseado numa experiência legislativa da constituição do direito²⁰⁰, moldando-se uma espécie de jurisdição baseada na técnica de subsunção, onde fatos e normas distinguem-se em realidades intangíveis, restando ao juiz a simples aplicação do estrito conteúdo normativo textual da lei ao caso concreto, sem nenhuma função crítica ou constitutiva.

Esta compreensão formalista da jurisdição é bastante limitada. Inúmeros problemas podem ser apontados nela tais como a alienação da abstração normativa, o alheamento à realidade social concreta e outras profusas vicissitudes²⁰¹ contribuem para entendermos que este método jurídico, baseado num esquema “da lógico-dedutiva aplicação das normas legais [...] e o juiz como operador impessoal, anônimo e fungível desta aplicação”²⁰², deve ser entendido como superado pela sua limitação para dar respostas à problemática comunitária.

Dentro da revisão da teoria das fontes do direito, em decorrência já da dinamização do princípio da separação dos poderes, apenas a compreensão da experiência jurídica jurisdicional nos proporciona uma visão da jurisdição baseada na percepção do direito como

¹⁹⁸ Cf. NEVES, António Castanheira. O Problema da Autonomia do Direito no Actual Problema da Juridicidade. In: RIBEIRO, J. A. Pinto. *O Homem e o Tempo: Liber Amicorum para Miguel Batista Pereira*. Porto: Fundação Eng. António de Almeida, 1999, p. 91.

¹⁹⁹ Cf. Id., 2010f, p. 180.

²⁰⁰ Segundo NEVES, Castanheira. Fontes do Direito: Contributo para a Revisão do seu Problema. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídica, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra editora, 2010j v. 2, p. 23, tal experiência é aquela na qual a “lei [...] desempenha função normativo-juridicamente específica que a diferencia de todos os outros modos constituintes do direito”.

²⁰¹ Sobre os limites (intensivos e extensivos) metodológicos do esquema subsuntivo, cf. NEVES, António Castanheira. *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade: Ensaio de uma Reposição Crítica*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 251-422.

²⁰² Id., 2010f, p. 178.

realidade prática, o que envolve também a admissão de que “na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”²⁰³.

Assimilar a visão de um desenvolvimento judicial do direito é constatar a assertiva bastante clara que, mesmo uma lei “cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso”²⁰⁴. Pode-se considerar, hoje, uma atitude totalmente legítima, em termos jurídico-políticos, o papel dos tribunais para colmatar as lacunas existentes dentro do sistema jurídico. Isso não implica em defender que a lei seja atualmente algo prescindível, já que o sentido criativo da jurisprudência “trata-se sempre de uma criação do direito subordinada à lei ou nos limites da lei”²⁰⁵. Uma vez que a lei já não é o instrumento suficiente para regulamentar todas as situações da vida comunitária (como se chegou a crer), a jurisdição afirma-se correntemente como um modo de agregar sentido e experiência às normas positivas.

O que queremos dizer é que o significado atual da jurisdição é aquele que, apoiado numa experiência constitutiva do direito predominantemente, mas não exclusivamente, jurisdicional, em termos de suas fontes, assume uma índole prático-prudencial, o que evidencia a função do juízo normativo como mediador entre norma e problema e forma de criação do direito²⁰⁶, bem distante daquela figura do “poder invisível e nulo”²⁰⁷, como proposto por Montesquieu.

A corrente compreensão do Estado constitucional, ante a crescente relevância do poder judicial, impele ao mesmo afirmar-se não como um Estado jurisdicional, muito menos como um Estado de legislação, tal como experimentado na modernidade pós-revolucionária, mas sim como um Estado legislativo-jurisdicional, um sistema político híbrido de “legislação e jurisdição, e assim não centrado numa destas funções como [...] predominante e a partir da qual se institucionalizaria”²⁰⁸.

Esta natureza simultaneamente legislativa e jurisdicional do Estado constitucional influenciaria na concepção de jurisdição com a concepção de que ao juiz, ao contrário do que acontecia na experiência jurisdicional do normativismo, reconhecer-se-ia um poder criativo para além da legislação estatal (legislação e jurisdição seriam aqui realidades complementares) que, longe de poder ser considerada um elemento dispensável no processo decisório (que passa a ser também todo ele constitutivo do próprio direito), conferiria

²⁰³ CAPPELLETTI, 1993, p. 20.

²⁰⁴ LARENZ, 2005, p. 519. No mesmo sentido, CAPPELLETTI, op. cit., p. 20-21.

²⁰⁵ URBANO, 2011, p. 21.

²⁰⁶ Para uma ampla exposição desta experiência jurisdicional na teoria das fontes do direito, cf. NEVES, Castanheira, 2010j, p. 28 e ss.

²⁰⁷ MONTESQUIEU, 2011, p. 307.

²⁰⁸ NEVES, Castanheira, 1983, p. 596.

objetividade ao procedimento, garantindo a vinculação do juiz como fator de impedimento do uso de decisionismos, discricionariedades, utilização de normas semanticamente muito abertas²⁰⁹ ou qualquer outro artifício que transforme as decisões judiciais em expedientes subjetivos.

3.2 Poder judicial e independência

Uma realidade reconhecida desde Montesquieu é de que o poder judicial “aparece como o terceiro grande poder no Estado”²¹⁰ e, para constituir-se como tal, deve ser garantida à jurisdição sua independência, sob pena de que sua denominação como poder seja figura meramente retórica.

Embora alguns pretendam reconhecer uma natureza essencialmente política ao poder judicial²¹¹, deve-se esclarecer que, apesar de inserido no esquema político-organizatório do Estado, não podemos defender tal postura, já que, como salientado anteriormente, a jurisdição é exercida por meio de uma racionalidade diferente dos meios de ação dos órgãos tidos como políticos, o que acarreta afirmar que o poder judicial goza de “uma posição jurídica idêntica à dos outros órgãos de soberania”²¹², mas com um *modus operandi* distinto de suas contrapartes políticas.

Em última instância, cabe ao poder judicial um papel de, por meio da aplicação, desenvolvimento e interpretação das normas jurídicas, também exercer uma moderação corretiva dos atos dos poderes executivo e legislativo. Tal prática implica, no fim das contas, numa defesa da Constituição, já que tal controle sempre deve ser consumado tendo a supremacia constitucional como horizonte essencial e como resposta à busca de garantias à Constituição como corolário do Estado constitucional²¹³.

Então, como tal pretensão realizar-se-ia se o poder judicial não se constituir como entidade politicamente independente dos demais poderes do Estado? A resposta correta para a questão da independência judicial é o equilíbrio entre independência e controle. Verifica-se hoje uma preocupante desproporção entre a independência e o controle, ambos elementos essenciais na atual compreensão de Estado constitucional. Não se configura como equilibrado

²⁰⁹ Posteriormente explicitaremos um modelo metódico que garanta o recurso à lei, aos princípios e a outros estratos de normatividade para vincular o juiz no processo decisório-constitutivo do direito.

²¹⁰ MALBERG, 1975, v. 1, p. 691.

²¹¹ BRITO, Waldimir. O Poder Judicial. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. LXXX, p. 233 e ss., 2004.

²¹² CANOTILHO, 2003, p. 658.

²¹³ Cf. KELSEN, Hans. Quem Deve Ser o Guardião da Constituição? In: _____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003b, p. 239.

um sistema onde o juiz não possui independência ou esta é exercida sem limites, muito menos situações onde não existe controle dos atos estatais ou os juízes determinam a atividade política por meio de suas decisões.

O principal objetivo da constituição do poder judicial como uma função estatal autônoma é o escopo de garantir a liberdade e a independência dos juízes²¹⁴, mas o excesso ou falta de independência causam desvios que afetam diretamente sua finalidade essencial.

Não defender a independência do poder judicial implica num prejuízo ao princípio republicano e a mais básica acepção da separação dos poderes. Imaginar juízes subordinados em sua atuação ao poder governante é o mesmo que negar o postulado básico da funcionalidade do poder político, onde cada uma das funções não se concentrasse num mesmo órgão, e também o papel de garantia da liberdade por meio do exercício da jurisdição.

Por seu turno, a independência funcional, principal expressão da independência judicial, carrega consigo o encadeamento de que o poder judicial apenas submete-se às “fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas”²¹⁵, inexistindo qualquer forma de sujeição a outros poderes do Estado.

O grande problema da independência judicial reside no fato de que, sob o subterfúgio de concretização e desenvolvimento das normas jurídicas, os agentes do poder judicial passem a modificar seu sentido, ou até mesmo a criá-las, tal como o executivo e legislativo fazem. Frente a essa problemática, temos o que podemos denominar de “paradoxo dos freios e contrapesos”. Por um lado, o poder judicial tem como controlar os atos do executivo e do legislativo adequando-os à Constituição e até mesmo expurgando-os do ordenamento positivo quando estejam em contrariedade com aquela; contudo, ocorrendo a situação contrária, os outros dois poderes estatais não conseguem afirmar-se de forma efetiva frente ao poder judicial por meio dos mecanismos de contenção do poder pelo poder, o que desperta as fundadas suspeitas de impossibilidade de confiança unicamente na autocontenção (*self-restraint*) frente à clara emergência de um governo dos juízes, o que exige a necessidade de criação de efetivos parâmetros de controle da atividade judicial para reforçar a possibilidade de autocontenção.

²¹⁴ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 657-658.

²¹⁵ Ibid., p. 664.

3.3 O ativismo como emergência política do judiciário

Embora seja certo que os juízes sempre criaram direito e que se possa esgrimir argumentos favoráveis ao ativismo judicial, nosso principal interesse são os aspectos negativos que acompanham o ativismo judicial; ou seja, as perturbações que o ativismo judicial possa vir a causar no quadro institucional do Estado constitucional, que claramente sobrepujam os positivos, com a constante ameaça de formação de um governo aristocrático, onde juízes assumiriam a função de *policy-making*, em detrimento dos órgãos eleitoralmente legitimados para esta atividade²¹⁶.

Ao discorrer sobre o ativismo e sua faceta política, mostra-se necessário ter em mente uma importante distinção de três conceitos fulcrais que, embora relacionados, são diversos, e não devem ser confundidos: judicialização da política, ativismo judicial e politização do judiciário.

A judicialização importa num fenômeno social contingencial, ligado diretamente à ineficiência das respostas dadas pelas instâncias políticas tradicionais para a efetivação dos novos direitos criados pelos textos constitucionais da segunda metade do século XX.

Embora já conhecida na tradição estadunidense há várias décadas²¹⁷, é um fenômeno melhor observável nas democracias europeias a partir dos anos 80²¹⁸ e latino-americanas na transição para o atual século, a partir das condições criadas pela onda de redemocratização experimentada por muitos países deste continente.

Pode-se afirmar que a judicialização da política implica num fenômeno recorrente das democracias contemporâneas “onde o poder é distribuído de forma mais ampla (difusa)”²¹⁹. Tal pluralismo que emerge deste novo constitucionalismo relacionar-se-á diretamente com a mudança do papel do Estado e do direito na sociedade, o que acarreta numa expansão do poder judicial.

Este mencionado constitucionalismo traz consigo o Estado social, uma forma estatal tida como promocional, onde a estatalidade é convocada a “intervir em todos [...] [os] domínios, por mais difíceis e até arriscadas que possam ser essas intervenções”²²⁰, onde os direitos passam a ser não apenas declarados, mas necessários de concretização por via de uma série de políticas públicas estatais.

²¹⁶ Sobre os aspectos positivos e negativos do ativismo judicial, cf. URBANO, 2012a, p. 99-101.

²¹⁷ Cf. GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. L'Espansione del Potere Giudiziario nelle Democrazie Contemporanee. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, a. XXVI, n. 2, 1996, p. 269.

²¹⁸ Cf. Id., *La Magistratura nelle Democrazie Contemporanee*. Roma: Laterza, 2002, p. 173.

²¹⁹ TASSINARI, 2013, p. 46.

²²⁰ CAPPELLETTI, 1993, p. 39.

O quadro da hipertrofia dos direitos, frequentemente sem uma contraparte responsabilizante ou uma arquitetura objetivada à sustentabilidade financeira, a intenção subjetivante relativa aos direitos transindividuais, juntamente com a ampliação do conceito de acesso à justiça, muitas vezes fruto de uma leitura equivocada²²¹, concebida não em termos de eficiência judicial, mas sim “como o judiciário, pode ser concretamente ativado”²²². Tais fatores levaram a um considerável aumento da litigiosidade social como forma de não frustrar os direitos contemplados tanto pelas Constituições, como pela elaboração legislativa complementar àquela, fazendo com que a resolução de uma plêiade de questões importantes, muitas vezes de natureza política, por dizer respeito a decisões discricionárias de políticas públicas, recaírem nas mãos dos juízes.

Mas, o crescimento dos direitos e o aumento da litigiosidade como forma de intervenção concretizadora referida àqueles não é o único fator que importa na judicialização da política. Deve-se reparar também a questão da expansão do poder dos juízes nas democracias contemporâneas como um reflexo do afloramento de um real poder judicial como uma espécie de contrapeso aos poderes políticos.

O Estado social vem acompanhado do incremento do espectro de atuação governamental e, conseqüentemente, da dilatação da intervenção legislativa na sociedade onde ao poder judicial são possíveis duas alternativas: permanece fiel à concepção tradicional da separação dos poderes, ou se eleva aos níveis dinâmicos dos outros dois poderes²²³, tal como uma recomposição da antiga ideia de balança dos poderes.

A senda mais usual seria a segunda, que, se não for seguida pelo poder judicial, será levada a cabo por outros órgãos não judiciais que possam cumprir este papel análogo de restabelecimento do equilíbrio²²⁴, onde, como forma de contrabalançar os poderes interventivos do executivo e legislativo, ou até mesmo solucionar as questões sem respostas por meio do processo político, seria possível constatar o “deslocamento dos direitos de decisão do legislador, do governo ou da administração para os tribunais”²²⁵.

Como já salientado, judicialização da política e ativismo judicial não são conceitos sinônimos, embora seja possível observar zonas de intersecção entre os dois. Enquanto a primeira diz respeito ao maior fluxo de questões de importância fulcral para a sociedade decididas pelo judiciário, o que importará numa expansão do espectro interventivo deste

²²¹ Cf. TASSINARI, 2013, p. 47-49.

²²² GUARNIERI; PEDERZOLI, 1996, p. 278.

²²³ Cf. CAPELLETTI, 1993, p. 47.

²²⁴ Cf. CAPELLETTI, loc. cit.

²²⁵ GUARNIERI; PEDERZOLI, op. cit., p. 269.

poder, tal como acontece com o executivo e o legislativo no Estado social, causada tanto pela letargia dos outros poderes existentes, quanto pelo acesso à justiça e hipertrofia de direitos. O ativismo judicial importará numa decisão discricionária do julgador, onde o mesmo cria soluções não existentes nas normas jurídicas para os conflitos levados até a jurisdição. Deduzem-se direitos não positivados a partir de zonas de penumbra da Constituição ou de seu próprio voluntarismo ao inovar sentidos não existentes na lei ou na Carta Política.

A judicialização da política, por trazer mais questões ao judiciário, pode forçar o estreitamento das margens de conformação política, alargando as fronteiras de decisão discricionária²²⁶ pelo juiz. Mas o simples fenômeno da judicialização da política não traz em si implicado o ativismo judicial, este pode ser uma decorrência daquele, nunca um necessário encadeamento.

Resta ainda falar sobre a politização do judiciário, essa provavelmente uma decorrência da judicialização da política conjugada com ativismo judicial, ou ainda um fator simultâneo aos outros já mencionados o qual enxergamos como o principal sintoma da emergência política do poder judicial.

É bem certo que dentro desta questão não “deve transferir-se de plano de uns quadrantes jurídico-culturais [...] para outros contextos relativamente diferentes nos planos cultural e político”²²⁷, mas em termos dogmáticos, algumas práticas são recorrentes, independentemente de em qual cultura jurídico-política estejamos insertos.

Fica bem claro que o sentido da politização aqui não é o sistêmico-institucional²²⁸, o significado aqui convocado é aquele no qual o juiz seria tido como a “voz capaz de assegurar a universalização de convicções bem pensadas”²²⁹, assumindo, assim, uma centralidade política por meio da migração institucional do protagonismo, que deveria ser ocupado pelos atores do processo político (governo, parlamento, partidos políticos e sociedade civil). Ou seja, há uma significativa modificação estrutural onde os juízes que, numa democracia, devem fornecer “garantias gerais de transparência e correção ao processo político”²³⁰, com a politização muda seu papel para uma arranjo de criação e de definidor de um programa político.

²²⁶ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política e a Politização da Justiça*. Conferência Proferida no Supremo Tribunal de Justiça. Lisboa, 26 de abril de 2007, p. 5.

²²⁷ Id., A Questão do Autogoverno das Magistraturas como Questão Politicamente Incorrecta. In: VARELA, João Antunes *et alii*. *Ab Vno ad Omnes: 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 248.

²²⁸ Cf. *Ibid.*, p. 249.

²²⁹ *Ibid.*, p. 250.

²³⁰ RIGHETTINI, 1995, p. 231.

A contraposição entre neutralidade e politização remonta à antiga tradição dos sistemas jurídicos da *civil law*, nos quais a magistratura é concebida historicamente institucionalmente como um “poder neutro enquanto aparato do Estado com função de regulação burocrático-racional das relações sociais, de despolitização dos conflitos e das rupturas presentes na sociedade”²³¹. Sua neutralidade é resultante de ela estar situada num espaço externo ao dos órgãos de formação de consenso que têm a legitimidade eleitoral (fonte não partidária de autoridade) como uma de suas características mais marcantes, ficando claro ainda que a politização do governo ou do legislativo deve-se justamente pelo fato de estes dois órgãos singularizarem-se em razão de serem “locais de decisões vinculantes para toda a comunidade”²³².

A distinção entre politização e neutralidade é justamente a possibilidade de criação de um programa político, uma ação finalística visando à consecução de determinados objetivos.

Enquanto órgãos politizados, como o legislativo e o executivo, têm o poder de criar tal programa, ao poder judicial é vedado funcionar como planejador de um projeto que vise a determinados objetivos, mesmo que possa tal programação visar à concretização da Constituição, mas apenas supervisionar a adequação de um programa político e suas diretrizes materializadoras com a Carta Política; ou seja, um poder neutro situa-se da forma mais equidistante possível aos interesses de natureza política, mediando-os a partir da leitura e interpretação da Constituição.

O problema desta dualidade é que, na atual conjuntura do Estado democrático e da judicialização da política, muitas vezes a magistratura, cumprindo seu papel de “supervisionar a forma como os outros poderes operam em concreto”²³³, é convocada para solucionar questões de escolha política que, apesar de importar em aplicação das leis ou interpretação constitucional, no fundo dizem respeito à função de *indirizzo politico*, quando, na verdade, um poder neutro não deve assumir tais funções, já que o seu espectro de ação diz respeito à atividade de controle, nunca de modelagem.

No momento em que o equilíbrio neutro é quebrado, é possível observar uma fratura institucional onde os “poderes neutros assumem uma relevância política e adquirem visibilidade e reconhecimento enquanto parte constitutiva de um projeto político-constitucional [...] estrutural do regime político”²³⁴. O destaque dos poderes tidos como neutros deveria ser, necessariamente, em relação ao controle do poder político, nunca

²³¹ RIGHETTINI, 1995, p. 232.

²³² Ibid., p. 233.

²³³ Ibid., p. 235.

²³⁴ RIGHETTINI, loc. cit.

tomando parte do mesmo, o que gera algumas consequências no quadro organizatório do Estado constitucional.

A neutralidade do poder judicial não é uma virtude, mas uma simples característica a ele inerente. O apelo aos poderes neutros como fonte para solução de crises políticas e a fúducia da existência de um poder taumaturgo²³⁵ na magistratura importa na entrega de poderes políticos discricionários aos juizes, politização de um poder neutro, que o exerceriam num panorama de fiscalização inexistente, o que expõe em si um caráter antidemocrático. Uma vez que os poderes neutros caracterizam-se justamente pela “abstenção de entrar diretamente na arena político-parlamentar, [...] [e] de interferir sobre o equilíbrio partidário”²³⁶, sua politização importa na descrença no princípio da separação dos poderes e na “imparcialidade caracterizadora de certas instituições em um regime democrático”²³⁷.

Em suma, o fenômeno da politização da justiça implica no abandono do perfil de neutralidade, ou de uma perseguida imparcialidade, que caracterizou por muito tempo a atuação dos juizes²³⁸, onde o uso do processo judicial com claros fins políticos importa na configuração de novas posições de poder, posições estas que serão ditadas pelos juizes e não mais pelos portadores de uma legitimidade político-representativa (parlamento e governo).

A politização da justiça produz uma contraditória substituição governativa no Estado constitucional: do *government of the laws, not of men* ao *government of the men, not of the laws*, ou seja, a politização da justiça traz consigo um deslocamento do *indirizzo politico*, não apenas em sentido estrito, mas também em termos de condução político-administrativa, do Estado para os juizes.

Sendo óbvio que jurisdição e política já não são realidades tão antagônicas em razão de uma maior liberdade por meio da abertura interpretativa e criativa da jurisdição, por um lado, e de uma maior vinculação a partir da procedimentalização vinculativa da política atual²³⁹, por outro, seria possível falar de uma politização da justiça decorrente do ativismo judicial?

Hoje, não há choque ao afirmar que as “decisões que os juizes tomam devem ser políticas em algum sentido”²⁴⁰ se considerarmos o aumento da intervenção legislativa ou da expansão do poder judicial, visto que a própria resolução de importantes questões da

²³⁵ Cf. RIGHETTINI, 1995, p. 238.

²³⁶ Ibid., p. 239.

²³⁷ RIGHETTINI, loc. cit.

²³⁸ Cf. URBANO, Maria Benedita. Deambulações Teóricas em Torno da Justiça Política. In: CORREIA, Fernando Alves *et alii*. *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 648.

²³⁹ Cf. Ibid., p. 26-27.

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

sociedade, por meio do judiciário, fará com que as decisões judiciais tenham consequências políticas.

O que está em questão aqui é a legitimidade de fundamentos políticos nas decisões judiciais, não de suas consequências, e, no fim das contas, o ativismo judicial como postura aceitável aos juízes no Estado de Direito.

Ao afirmarmos que uma decisão judicial é política, concebidos seus fundamentos dentro do esquema de tal racionalidade, poderíamos ter em conta que a mesma não é “sobre o que está, em qualquer sentido no texto legal, mas antes, uma decisão sobre o que deveria estar lá”²⁴¹, tal como se o magistrado fosse capaz, por meio de uma simples sentença, de estabelecer um “objetivo a ser alcançado”²⁴² e como se fosse possível ao juiz, por mais que assegurada sua autonomia e independência, fazer escolhas de natureza política ao invés de simplesmente analisá-las e controlá-las por meio de seu labor, uma vez que tais escolhas cabem a outros agentes.

Enfim, a emergência política do judiciário pode ser entendida por meio do ativismo judicial a partir de três características presentes na práxis jurisprudencial ativista: a escolha, o desejo e o poder.

A escolha encontra-se subjacente ao fato de que os juízes que assumem uma postura ativista vão além da interpretação do direito e criam-no ao fazer escolhas políticas, programações finalísticas, para as quais não possuem legitimação, tal como se os juízes, por meio do uso da vontade, ao invés da lei, pudessem promover um melhor ordenamento da sociedade do que aquele decorrente do consenso obtido pela via parlamentar.

O desejo consubstancia-se na medida em que os juízes, por meio da criação de um governo oligárquico supostamente mais apto do que a democracia, assumem uma vontade de poder capaz de assegurar aos juízes o papel de “guardiões da virtude pública”²⁴³ habilitados a se tornarem a “consciência moral da vida social, política e econômica”²⁴⁴ de uma comunidade, promovendo uma interferência social para além do conflito levado ao judiciário de forma a acelerar ou retardar²⁴⁵ as mudanças sociais por meio de uma distorcida interpretação do direito.

Por fim, o poder se mostra nessa emergência política a partir do momento em que há uma vontade deliberada de apoderar-se das instituições políticas do Estado por meio de uma

²⁴¹ DWORKIN, 2001, p. 10.

²⁴² Id., *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010, p. 36.

²⁴³ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 53.

²⁴⁴ Ibid., p. 53.

²⁴⁵ Ibid., p. 54.

supremacia em relação a outros atores políticos que, num Estado constitucional o qual funcione em clima de normalidade, devem estar situados num mesmo plano institucional, para o estabelecimento de um governo dos juízes.

3.4 O ativismo como emergência metodológica entre o funcionalismo e a práxis emancipatória

Em termos políticos, é importante analisar a legitimidade, a organicidade e os limites dos poderes daqueles que prolatam decisões judiciais, exercendo uma crítica dessa práxis quando ela, por meio do ativismo judicial, extrapola todos os limites funcionais desejáveis e possíveis dentro do Estado constitucional. Da mesma forma, a discussão jurídico-metodológica interroga sobre a forma como se reveste esta decisão, “visando encontrar para ela uma fundamentação convincente”²⁴⁶.

Após examinar a faceta mais usual (política) do ativismo judicial, chega o momento de realizar considerações metodológicas, ou seja, uma reflexão sobre a forma como se decide num panorama ativista. Desde o princípio, deve-se salientar que a metódica ativista encontra-se dividida; de um lado, ela explicita uma temática materialmente funcional e, por outro lado, possui também uma refração política, é a tentativa de constituir-se como uma espécie de práxis emancipatória.

Previamente ao debate das duas cruciais características metodológicas do ativismo, pode-se mostrar adequada uma breve digressão sobre um elemento interno da decisão que pode ser determinante para detectar uma postura ativista.

Ao falarmos de fundamentos de uma decisão judicial, é comum aproximar a temática metodológica à teoria da argumentação, sendo impossível negligenciar o contato entre a discussão metodológico-decisória e a relevância procedimental-argumentativa de uma decisão, por mais perigoso que transitar em tal senda possa ser. Não obstante, muitas vezes passa despercebido o contributo de um dos tópicos da teoria da argumentação jurídica para o ativismo judicial, que é a pretensão de correção material.

Tendo em conta as ideias expostas por Alexy em sua teoria da argumentação jurídica, primordialmente como discussão de questões jurídicas nos tribunais²⁴⁷, o discurso jurídico seria uma modalidade especial do discurso prático geral, voltado à fundamentação de proposições normativas, pois seria referido a questões práticas sob o prisma da pretensão de

²⁴⁶ BRONZE, Fernando José. *A Metodologia entre a Semelhança e a Diferença* (Reflexão Problematicante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 12.

²⁴⁷ Cf. LARENZ, 2005, p. 212.

correção e sob certas condições limitadoras²⁴⁸ (sujeição à lei, consideração aos precedentes, enquadramento dogmático e respeito às regras processuais²⁴⁹).

O que chama especial atenção ao diálogo entre argumentação jurídica e ativismo é justamente a questão da pretensão de correção. A pretensão de correção diz respeito aos fundamentos não meramente pragmático-argumentativos da decisão, mas evidencia preocupações relacionadas à correta interpretação do direito, aplicação de regras e, de forma mais mediata, associadas à justiça da própria decisão.

Segundo os cânones da teoria da argumentação jurídica, inexistindo a pretensão de correção numa decisão, isto “não a priva necessariamente de seu caráter de decisão judicial válida, mas a torna defeituosa num sentido relevante não apenas moralmente”²⁵⁰, mas também performativa²⁵¹, fazendo a pretensão de correção ser um elemento denexo entre a decisão judicial e sua aceitação em termos sociais, um tópico referente à justificação moral das próprias deliberações judiciais.

O grande problema da pretensão de correção – ressalte-se que, ao falarmos desta correção numa decisão, ela não é necessariamente efetiva, mas busca, ao menos, ser²⁵² – não deixa de ser uma questão de justificação moral. É quando ela extrapola as regras sob as quais se desenvolve o discurso jurídico, passando a ser o principal fundamento de uma decisão judicial, menoscabando outros elementos necessários para a construção de uma decisão metodologicamente equilibrada é que podemos caracterizar um posicionamento ativista.

Volvendo à dualidade metodológica que entendemos assumida pelo ativismo judicial, pesa a dúvida do por que tentar interpretar este fenômeno por meio da ideia de funcionalismo.

O funcionalismo afigura-se hoje como uma das principais tentativas de reinvenção da juridicidade após a franca decadência do positivismo jurídico, ele está a “atingir tão fortemente o pensamento jurídico, como que numa radical recompreensão do sentido do direito”²⁵³, que se torna impossível debater o direito e qualquer pretensão de juridicidade sem ao menos tangenciar as pretensões funcionalistas.

²⁴⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica – La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008a, p. 207.

²⁴⁹ Cf. *Ibid.*, p. 35-36.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 209.

²⁵¹ Cf. *Ibid.*, p. 313.

²⁵² Cf. BAILO, Lucas Seixas; CHARUR, Alan Ibn. A Pretensão de Correção como Parâmetro Dogmático do Ativismo Judicial. *Revista Prisma Jurídico*, v. 10, n. 1, p. 181, 2009.

²⁵³ NEVES, Castanheira. O Funcionalismo Jurídico – Caracterização Fundamental e Consideração Crítica no Contexto Actual do Sentido da Juridicidade. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2010l, p. 209. v. 3.

Há uma clara dificuldade ao nos referirmos ao funcionalismo em virtude da fragmentariedade deste pensamento onde, por exemplo, podemos ter visões contraditórias entre si e, ao mesmo tempo, funcionais como o *Law and Economics*, os *Critical Legal Studies*, o tecnologicismo, a teoria dos sistemas, dentre outros, o que demonstra que não poderíamos falar de funcionalismo, mas sim de funcionalismos.

A origem dos funcionalismos jurídico-materiais pode ser detectada de forma mais sólida na chamada *Sociological Jurisprudence* surgida nos EUA, por meio do pensamento de Holmes e Roscoe Pound, também próxima à Jurisprudência dos Interesses alemã²⁵⁴, e, de forma mais remota, no próprio utilitarismo de Bentham²⁵⁵, ao considerar o direito como instituição destinada a satisfazer, ou ao menos harmonizar, as necessidades sociais²⁵⁶ num cenário de exigências quase infinitas e recursos finitos para tal satisfação.

Encontra-se subjacente a qualquer modalidade do funcionalismo a ideia de “redução ao simples, tentativa de clareza”²⁵⁷, ou ainda a “capacidade humana de compreender e reduzir a complexidade do mundo”²⁵⁸. Tal redução ao simples é obtida por meio de uma específica forma de racionalidade denominada de tecnológico-social. Esta racionalidade convoca a substituição da validade pela eficácia, transformando o direito num instrumento da engenharia social²⁵⁹, onde uma neutralidade axiológica volve-se para a obtenção de determinados fins, um agir instrumental estratégico como já referia Max Weber.

Por tal perspectiva, o direito passa a significar não uma validade comunitária, mas antes uma espécie de “convergência [...] para se chegar a uma decisão concreta que busque tornar eficaz um determinado programa”²⁶⁰; e, assumindo uma orientação finalístico-instrumental voltada à obtenção da vantagem e do bem-estar, transforma o direito numa “estratégia político-social funcional e finalisticamente programada”²⁶¹, negando-se sua autonomia, já que o mesmo não expressaria mais uma axiologia comunitária, mas seria a forma de alcançar objetivos anteriormente programados pela ação política.

²⁵⁴ Para uma visão panorâmica do movimento, cf. NEVES, Castanheira. Jurisprudência dos Interesses. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. 2010g, v. 2, p. 215-246. LARENZ, 2005, p. 63-77.

²⁵⁵ Cf. BRITO, José de Sousa e. *Droits et Utilité chez Bentham*. ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT tome 26, 1981, p. 93-119.

²⁵⁶ Cf. POUND, R. *Le Droit comme Institution Destiné à Satisfaire les Besoins Sociaux*. In: GRZEGORZYK; MICHAUT; TROPER, 1993, p. 110-111.

²⁵⁷ NEVES, Castanheira, 2010, p. 200.

²⁵⁸ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: Critica dell'Epistemologia Tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998, p. 217.

²⁵⁹ Sobre o conceito de engenharia social, cf. NEVES, Castanheira, 1993, p. 54-55.

²⁶⁰ MELGARÉ, 2003, p. 123.

²⁶¹ NEVES, Castanheira, 1993, p. 56.

A visão funcional transforma o direito num móbil da atividade política, ao invés do papel de mediador que assume a partir do paradigma moderno-iluminista.

Como já afirmamos anteriormente, o ativismo judicial importa numa material funcionalização do direito e, dentro da pluralidade discursiva do funcionalismo, importa ressaltar que as modalidades materiais deste pensamento implicam numa convocação da sociedade ao direito.

Nas concepções materiais do funcionalismo é possível observar que o direito se adapta às exigências que afloram da sociedade, a materialização do direito se manifesta em razão das demandas surgidas da componente sociedade numa via de desenvolvimento totalmente contrária às concepções normativistas, onde a regulação parte do abstrato ao concreto, e as situações concretas determinarão o conteúdo do direito, passando este a variar de acordo com as exigências fáticas existentes para uma melhor regulação utilitária (bem-estar geral) da sociedade.

Embora seja possível deduzir inúmeros conceitos de função, não buscamos evidenciar os mais radicais (tal como o assumido pelo funcionalismo sistêmico, aquele liberto de qualquer tipo de fim – *zweckfrei Funktionsbegriff*), mas sim aquele do funcionalismo material que evidencia uma concepção de função, no qual o meio é avaliado a partir da “aptidão para através dele se realizar um fim pré-fixado”²⁶² (conceito finalístico de função), sendo este especificamente assumido pelo ativismo judicial.

Dentre os vários sentidos possíveis de um funcionalismo material, o ativismo se apropria do funcionalismo jurídico-político, aquele no qual o direito deixa de cumprir um papel de espelho de uma axiologia comunitária e assume, ou é convocado a assumir, se considerarmos sua função meramente instrumental, uma finalidade política teleologicamente direcionada, onde a normatividade deixa de constituir-se como um projeto autônomo e se desloca para o “interior da esfera política, subordinando-a às contingências dos poderes políticos e ao atendimento das circunstanciais imposições e necessidades típicas da política”²⁶³.

Ao assumir esta intencionalidade programaticamente comprometida, o direito passa a servir como apetrecho de uma ordem de finalidade, uma alternativa de “total conversão do jurídico ao político”²⁶⁴ e transformação do direito num finalismo político-social e o juiz num agente que, cumprindo um expediente como se legislador fosse, passa a constituir o direito

²⁶² NEVES, Castanheira, 2010l, p. 214.

²⁶³ MELGARÉ, 2003, p. 133.

²⁶⁴ NEVES, Castanheira, 1995a, p. 305.

como sistema de contínua adaptabilidade conforme o dinamismo das necessidades sociais, dando um enfoque realista à práxis jurídica²⁶⁵.

Finalmente, o ativismo, como uma práxis jurídica orientada funcionalmente, importa numa redução política do método jurídico, o que acarretará na promoção de uma programação finalística da racionalização secundária (fundamentos decisórios) do direito, onde o mesmo cumpriria objetivos de uma teleologia política, assumindo fundamentos e critérios políticos²⁶⁶, abraçando, desta forma, a máxima de que *law is politics*, negando o projeto da autonomia do direito a partir do momento em que transforma o mesmo numa ferramenta da política e os critérios de fundamento das decisões judiciais não serão buscados dentro do próprio direito, mas a partir dos objetivos delimitados politicamente como convenientes.

Em termos da eventual realização de uma práxis emancipatória por meio do ativismo judicial, de forma que o papel criativo da jurisprudência viesse a funcionar não apenas como antecipador da legislação²⁶⁷, mas também, e não é forçoso aqui invocar influxos de Marx, desde que privado de sua estratégia político-ideológica²⁶⁸, como construtor de um direito concebido como “totalização da práxis da liberdade”²⁶⁹ e não apenas como instrumento normativo institucionalizador do poder de uma ideologia triunfante no Estado²⁷⁰.

Dentro de uma perspectiva jurídico-institucional, não há como contemplar todos os valores sociais numa espécie de pluralismo político infinito. A construção institucional do Estado sempre privilegiará uns valores em detrimento de outros, podendo o plano da práxis jurídica também ser enxergado como uma experiência “dialética entre interesses já realizados e ainda a realizar”²⁷¹, proporcionando tensões sociais ligadas à opressão contra a libertação, o que pode vir a gerar fraturas políticas num futuro mais ou menos remoto.

Nesse sentido, o afloramento da práxis emancipatória por meio do ativismo judicial, metodologicamente assume-se num uso politicamente engajado da jurisdição deliberadamente aceitado, mas que também não deixa de ser uma redução política do método jurídico, com o específico objetivo de libertar as pessoas por meio de uma “intenção prospectiva, de uma interventora e contínua ação de transformação da atual sociedade”²⁷² e o juiz, atuando como

²⁶⁵ Cf. NEVES, Castanheira, 1995a, p. 306.

²⁶⁶ Cf. Id., *A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico (Breves Notas Críticas sobre seu Sentido)*. In: _____, 2010a, p. 390.

²⁶⁷ Cf. ALPA, Guido. *L'Arte di Giudicare*. Roma: Laterza, 1996, p. 15.

²⁶⁸ Cf. NEVES, Castanheira, 1995b, p. 24.

²⁶⁹ NEVES, Castanheira, loc. cit.

²⁷⁰ Cf. Ibid., p. 22-23.

²⁷¹ BARCELLONA, Pietro. Uso Alternativo e Riserva di Liceità a Favore della Prassi Emancipatoria. In: _____, *L'Uso Alternativo del Diritto*. Bari: Laterza, 1973b, p. 126, v. 2.

²⁷² NEVES, Castanheira, 2010a, p. 400.

uma espécie de acelerador do curso da história, pode, por meio de suas decisões, construir direitos e criar soluções ao arrepio da ordem legislativa a partir de esforços hermenêuticos, o que em âmbito de formação parlamentar de consenso, poderia demandar anos de deliberações. Então, este uso evolutivo do direito como práxis emancipatória opor-se-ia à ideia de que as “técnicas de proteção e instituições jurídicas existentes são funcionalmente coligadas à conservação e defesa de interesses de fato já realizados”²⁷³.

3.5 O neoconstitucionalismo e suas armadilhas

Muito embora o neoconstitucionalismo possa ser considerado também uma espécie de funcionalismo material, ao propor termos interpretativos onde o juiz desempenhe um papel de concretizador, no sentido político-programático, das promessas constitucionais ou da assunção da Constituição como paradigma²⁷⁴, achamos por bem dedicar uma seção especial da investigação ao mesmo em razão do contributo que esta forma de pensar a concretização da Constituição representa para o ativismo judicial, como uma espécie de condição de possibilidade.

A humanidade sempre foi fascinada pelo novo e as possibilidades que com ele se avizinham, a modernidade apenas intensificou este traço patente da natureza humana.

Tal deslumbramento pelo novo foi trazido ao direito pelo neoconstitucionalismo a partir da década de 70 do século passado, inspirado pela análise de novos textos constitucionais, que miravam, para além da separação de poderes e catálogos de direitos fundamentais, o surgimento de novas práticas jurisprudenciais entremeadas às técnicas mais complexas de concretização constitucional e o desenvolvimento de novas teorias voltadas a tais técnicas²⁷⁵, trazendo consigo a “retórica da superação do positivismo enquanto modelo de compreensão do fenômeno jurídico”²⁷⁶ e a retomada da preocupação com a justiça, que foi por muito tempo negligenciada pelo positivismo, embora possamos questionar se “há algo novo no neoconstitucionalismo ou na realidade se trata de uma etiqueta vazia que serve para apresentar sob nova roupagem questões que no passado se apresentavam de outras maneiras”²⁷⁷.

²⁷³ BARCELLONA, 1973b, p. 126.

²⁷⁴ Cf. REYES, Manuel Aragón. La Constitución como Paradigma. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo* (Ensayos Escogidos). Madrid: Trotta, 2007a, p. 29-40.

²⁷⁵ Cf. CABONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo en su Laberinto. In: _____, *Teoría del Neoconstitucionalismo* (Ensayos Escogidos), 2007b, p. 9-11.

²⁷⁶ RAMOS, 2010, p. 35.

²⁷⁷ CARBONELL, op. cit., p. 9.

Tomando o neoconstitucionalismo como eixo do discurso jurídico, percebe-se o trânsito de um Estado-de-legislação para um Estado-de-Constituição, onde a “juridicidade identificar-se-ia com a constitucionalidade”²⁷⁸, fato que justificaria a invasão de todos os ramos do pensamento jurídico pelo discurso constitucional e até mesmo uma equiparação entre princípio de justiça e concordância constitucional, já que haveria uma identidade entre juridicidade e constitucionalidade.

Sobre algumas das premissas do neoconstitucionalismo, afirma-se que o “direito vive uma grave crise existencial [...], a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica de nossa era”²⁷⁹. Dentro dessa necessidade de mudança, a proposta do neoconstitucionalismo seria uma espécie de guinada transformadora.

Há quem defenda que o neoconstitucionalismo emerge a partir de três marcos: um histórico (a reconstitucionalização da Europa após 1945, a *Grundgesetz* de 1949, a disseminação de Tribunais Constitucionais, não apenas naquele continente, e o surgimento de ordens constitucionais com forte influência da Lei Fundamental alemã), um filosófico (a emergência do pós-positivismo caracterizado por uma reaproximação entre direito e filosofia) e um teórico (marcado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da justiça constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação da Carta Política)²⁸⁰.

Preferimos seguir por um caminho mais racional e menos emotivo ao perfazer uma análise sobre o neoconstitucionalismo.

Verdadeiramente, as Constituições surgidas na segunda metade do século XX não implicam necessariamente no aparecimento de algo realmente novo, uma vez que tais Cartas Políticas podem ser vistas como sucessoras das declarações de direito do século XVIII, constituídas materialmente como uma espécie de resumo do “programa político [...] disposto a transformar tanto a sociedade como as instituições”²⁸¹, ou ainda, das grandes cartas programático-revolucionárias dos primeiros anos do século XX.

Como premissa básica mais sólida do neoconstitucionalismo, poderíamos apontar a superação da compreensão da Constituição como simples instrumento de limitação do poder político por meio da separação dos poderes e a criação de um catálogo de direitos fundamentais (em sua acepção mais clássica de direitos negativos) pelo surgimento de novos

²⁷⁸ NEVES, Castanheira, 2010a, p. 170.

²⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 28, n. 60, p. 27, 2004b.

²⁸⁰ Cf. *Ibid.*, p. 29-38.

²⁸¹ SANCHÍS, Luis Prieto. El Constitucionalismo de los Derechos. In: CARBONELL, 2007, p. 214.

direitos, especialmente os sociais, econômicos e culturais, possuidores de uma estrutura dogmática singular, radicalmente diversa dos direitos fundamentais clássicos de proteção, e uma interpretação mais maleável do princípio da separação dos poderes, o que evidencia a Constituição como fiduciária de um projeto de transformação política e, dentro deste esquema organizatório, o juiz cumpriria uma função essencial ao garantir tal processo transicional por meio da garantia jurisdicional da Constituição.

Em termos políticos, pode ainda ser ressaltado que o neoconstitucionalismo tem como pano de fundo a “crescente desconfiança frente ao legislador parlamentar e a correlativa fé em virtudes taumatúrgicas da magistratura”²⁸².

Dentro do contexto de justificação metodológica, o neoconstitucionalismo poderia ser explicado por meio de sete proposições: a) materialidade da Constituição, b) garantia jurisdicional da Carta Política, c) ubiquidade constitucional (no sentido de uma força expansiva e irradiante a todo sistema jurídico), d) Constituição como regulação principiológica, e) ponderação como método de aplicação da Constituição, f) impossibilidade de demarcação precisa entre Constituição e legislação, g) relação argumentativa entre legislação e Constituição ao invés de dogmático-estrutural (o que implicaria na expansão materializada pela constitucionalização do direito)²⁸³.

Sendo o neoconstitucionalismo uma tendência difusa²⁸⁴, é possível, através de tais premissas justificantes, aduzirmos três temas basilares desta compreensão: as relações entre direito e moral, a distinção entre regras e princípios e o sopesamento de bens jurídicos em conflito como método de aplicação da Constituição e, por meio deles, efetivar uma crítica a este movimento.

A separação entre direito e moral é um dos temas mais arraigados na cultura do positivismo jurídico²⁸⁵ e, atualmente, ainda é alvo de arraigado debate no âmbito da teoria do direito anglo-saxã sobre teses ligadas ao positivismo inclusivo²⁸⁶ e não inclusivo²⁸⁷ em relação à abrangência ou não da moral pelo direito e provavelmente tem origem no enunciado kantiano do caráter formal do direito moderno. Este dogma positivista teve como refração no

²⁸² PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, 2007, p. 294.

²⁸³ Cf. *Ibid.*, p. 290-291.

²⁸⁴ Cf. PIRES, Thiago Magalhães. Pós-Positivismo sem Trauma: o Possível e o Indesejável no Reencontro do Direito com a Moral. In: FELLETT; PAULA; NOVELINO, 2013, p. 31. RAMOS, 2010, p. 279.

²⁸⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003c, p. 75-76. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 135 e ss.

²⁸⁶ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 201 e ss. Hoje se pode apontar Jules Coleman como um dos principais herdeiros da tese de Hart sobre a inclusão (de alguma) moral no direito.

²⁸⁷ Cf. RAZ, Joseph. La Incorporación por el Derecho. *Revista Derecho e Libertades*, n. 16, 2007, p. 17-40.

direito constitucional a ideia de dispensa de justificações axiológico-normativas da Constituição²⁸⁸.

Tendo em vista a tese neoconstitucional de um pretense reencontro do direito com a moral, tal proposição se afigura como falsa, uma vez que não pode haver reconciliação entre moral e direito já que tais esferas nunca estiveram separadas, visto que a necessidade de legitimação do direito em si já evidencia uma referência jurídica à moral.

Uma cesura entre direito e moral importaria numa compreensão equivocada de que tais espaços normativos, já que ambas as ordenações visam a uma determinação do comportamento humano, encontram-se em confronto ou que exista algum tipo de hierarquia entre tais ordens, ao invés da relação de complementaridade observável.

Invocando o magistério de Habermas, direito e moral voltam-se para o mesmo problema de equilibrar condutas humanas, muitas vezes conflitantes, por meio de instrumentos normativos (regras e princípios) intersubjetivamente reconhecidos²⁸⁹, mas propondo soluções diversas, já que a moral “representa mais uma forma de saber cultural, enquanto que o direito, por sua vez, cobra a obrigatoriedade no plano institucional”²⁹⁰.

A essencial diferença entre direito e moral se encontra justamente na sua natureza, já que o primeiro constitui-se como um sistema de ação e a última como um sistema simbólico carente de instrumentos coativos previsíveis por meio de suporte fático²⁹¹. Outrossim, pode afirmar-se, categoricamente, que direito e moral não se encontram em realidades qualitativas ou estruturais separadas, mas numa intensa relação de complementação mútua, fato este que demonstra ser falsa a tese neoconstitucional de promoção de um reencontro inexistente.

Como segundo tema basilar do neoconstitucionalismo há a distinção entre regras e princípios²⁹². A partir da clássica premissa de que o direito teria como componente elementar as normas, poderíamos promover uma dicotomia entre regras e princípios, as regras seriam mandamentos definitivos²⁹³ “aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”²⁹⁴, já os princípios consistiriam em mandamentos de otimização que determinariam a realização de algo com a

²⁸⁸ Cf. PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 37 e ss.

²⁸⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2010a, p. 171.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 172.

²⁹¹ Para um conceito de suporte fático, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67 e ss.

²⁹² Apesar de Dworkin também operar com base na distinção entre regras e princípios, achamos mais coerente dar prevalência às concepções de Robert Alexy por ser originariamente pensadas num sistema de *civil law*, o que não se observa nas ideias de Dworkin.

²⁹³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008b, p. 91, 104.

²⁹⁴ DWORKIN, 2010, p. 39.

máxima efetividade, “dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”²⁹⁵, ou seja, são valores estruturados a nível deôntico²⁹⁶.

Sobre uma crítica a tal concepção, é bem certo que hoje não mais impera a lógica positivista da literalidade e identidade entre norma e texto, aquela passa a ser compreendida hoje como os “sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos”²⁹⁷ legais. A teoria neoconstitucional propõe que a regulação constitucional seja uma práxis principiológica “onde se produz uma pluralidade de mundos constitucionalmente possíveis”²⁹⁸, o que convocaria um emprego utilitário dos factíveis sentidos normativos contidos nos princípios e uma deliberada liberdade do intérprete em detrimento da construção deliberativa do sentido inicial da norma o que, pelo menos minimamente, deve ser levado a cabo pelo parlamento.

Muito embora tais contratempos listados acima sejam problemas fulcrais, os defensores do neoconstitucionalismo não dedicam muita atenção a tais vicissitudes decorrentes do uso abusivo e isolado, que os princípios jurídicos podem trazer consigo, mas que também não são únicos na concepção principiológica do neoconstitucionalismo.

A lógica neoconstitucional rejeita a concepção da Constituição como um “sistema de regras estruturado por princípios”²⁹⁹ em nome da assunção desta como uma ordem concreta de valores, o que implicaria na transformação da Constituição num enorme catálogo de “mandados de otimização, cuja a intensidade permanece aberta”³⁰⁰, gerando uma indeterminação das normas jurídicas e, em certo grau, de insegurança ao se realizar a transferência do ônus do regulador³⁰¹ do legislativo ao poder judicial e a construção da norma, em termos interpretativos, ser transformada numa prática discricionária do julgador operacionalizada no puro domínio da argumentação jurídica quando este tenha apenas como limites os princípios, ao invés de toda uma rede de elementos para a construção do sentido normativo sob o qual o mesmo estaria adstrito³⁰².

²⁹⁵ ALEXY, 2008b, p. 90.

²⁹⁶ Cf. *Ibid.*, p. 153.

²⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30.

²⁹⁸ PULIDO, 2007, p. 290.

²⁹⁹ HABERMAS, 2010a, p. 327.

³⁰⁰ HABERMAS, *loc. cit.*

³⁰¹ Cf. SUNFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é Preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295-305.

³⁰² Sobre uma fórmula metodológico-decisória que contemple os princípios (conjugados com outros estratos normativos tais como a lei, a jurisprudência e a dogmática) para a construção das normas jurídicas para casos concretos a partir da dialética sistema-problema, cf. NEVES, Castanheira, 1993, p. 155-159.

Por fim, surge o último dos três temas basilares do neoconstitucionalismo que nos dispusemos a abordar criticamente que é a questão do sopesamento entre princípios conflitantes, tal ponto pode ser mirado como uma decorrência do principiologismo contido no neoconstitucionalismo.

Ao vislumbrar uma situação de conflito entre regras, em razão de elas serem entendidas como mandamentos definitivos, “uma delas pode não ser válida”³⁰³ ou, dentro do próprio sistema, pode haver regras voltadas à eliminação de tais conflitos normativos³⁰⁴. Tendo em vista os princípios, as colisões entre estes torna a solução um quadro mais complexo, uma vez que existem vários graus de realização do conteúdo de um princípio e, “quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”³⁰⁵. O que se resolve na dimensão da validade quanto às regras, refina-se na dimensão do peso nos princípios.

Como os princípios se constituem como mandados de otimização, realização mediante as condições fático-juridicamente concretas, é impossível resolver casos de colisão invalidando um princípio em detrimento do outro ou prevendo uma cláusula de exceção.

A solução para os conflitos principiológicos será a determinação de que um dos “princípios terá precedência em face do outro sob determinadas condições”³⁰⁶, precedência esta que pode não se reproduzir sob circunstâncias diversas (decorrência da caracterização dos princípios como mandamentos de otimização). Este conflito seria resolvido por meio da fixação da chamada lei de colisão que consiste no “estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”³⁰⁷, onde a restrição de um princípio para a plena eficácia do outro seria realizada por meio da máxima da efetividade, da análise concreta de subelementos independentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o que implica dizer que somente a análise de cada posição individual poderá ser apta a determinar o real conteúdo de um princípio, trazendo consigo a indeterminabilidade do conteúdo de um princípio e do próprio direito.

³⁰³ DWORKIN, 2010, p. 43.

³⁰⁴ Sobre uma saída normativista para a solução destas antinomias, cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB Editora, 1995, p. 92-97.

³⁰⁵ DWORKIN, op. cit., p. 42.

³⁰⁶ Cf. ALEXY, 2008b, p. 93.

³⁰⁷ Ibid., p. 96.

O grande problema da ponderação, embora seus defensores insistam em argumentar de forma contrária³⁰⁸, é que, ao chegar à terceira fase da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito, um domínio claramente argumentativo ao explicitar a escolha na esfera do peso de um princípio), embora tal etapa implique numa escolha, metodologicamente, para cogitar a racionalidade deste procedimento, essas “relações de preferência têm de ser fundamentadas”³⁰⁹, o que na prática não ocorre e os juízos de ponderação acabam constituindo o reverso da moeda da discricionariedade³¹⁰.

Como último ponto, o recurso à ponderação acaba sendo como uma porta de entrada para decisões discricionárias, onde se criam direitos à margem da lei ou em zonas de penumbra dificilmente averiguáveis na Constituição, o que implica em ameaça à autonomia do direito, o mesmo tipo de ameaça proporcionada pela politização ocasionada pelo ativismo judicial, transformando a jurisdição numa espécie de pragmatismo político onde, sob o manto da decisão judicial, cria-se direito de acordo com as contingências sociais ou até mesmo as preferências pessoais do julgador, papel de uma racionalidade que não é jurídica, mas política.

A título de um juízo crítico, o neoconstitucionalismo acaba afigurando-se como algo aproximado ao realismo jurídico³¹¹, onde não haveria distinção entre o que a Constituição é e o que os juízes dizem o que ela é, ou seja, rejeita a famosa tripartição positivista (o que a Constituição expressamente disse, o que ela não disse e o que não sabemos precisamente se ela disse ou não) e o conteúdo da Constituição, necessariamente, variará de acordo com a forma como a interpretarmos³¹², aproximando-se da ideia da Constituição como experiência.

Além do já apontado, poderíamos afirmar a fragilidade do neoconstitucionalismo a partir da vulnerabilidade de suas premissas da expansão da justiça constitucional e da força normativa da Constituição que, longe de se constituírem algo novo, são mera decorrência da própria afirmação do constitucionalismo³¹³.

Ao fim, fica claro que o neoconstitucionalismo é uma condição possibilitadora do ativismo judicial. Embora historicamente o ativismo constitua um fenômeno mais antigo do que o neoconstitucionalismo, ele mobiliza os mesmos argumentos de uma desenfreada liberdade judicial, mas tentando ser algo novo.

³⁰⁸ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e Objetividade na Interpretação Constitucional. In: MACEDO JR.; BARBIERI, 2011, p. 363-380.

³⁰⁹ Ibid., p. 368.

³¹⁰ Cf. STRECK, Lenio. Contra o Neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, 2011a, p. 22.

³¹¹ Cf. RAMOS, 2010, p. 286.

³¹² Cf. AMADO, Juan Antonio García. Derechos y Pretextos: Elementos de Crítica del Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, 2007, p. 238.

³¹³ Cf. RAMOS, op. cit., p. 282.

Ao buscar um voluntarismo político do magistrado sob uma nova roupagem, o ativismo se aproveitou da ênfase neoconstitucional do papel do juiz no sistema político e, na busca por liberdade para que este agente pudesse decidir de uma forma menos sujeitada à lei, encontrou nela, conjugada com elementos retoricamente atraentes, mas teoricamente insustentáveis, um elemento bastante útil para produzir a variação do direito a partir da necessidade política existente num conflito judicial, que é um dos traços marcantes do ativismo judicial.

Por fim, poderíamos denunciar que o neoconstitucionalismo consiste uma retórica passionalista, onde o juiz, se nos é permitida tal analogia por meio da literatura, não seria nada além do que uma figura, tal como os lixeiros da cidade de Leônia imaginada por Ítalo Calvino, incumbidos de “remover os restos da existência do dia anterior”³¹⁴, dando a impressão confortável a todos aqueles que fazem parte da civilização do direito que estão envoltos sempre por algo novo.

³¹⁴ CALVINO, Ítalo. *As Cidades Invisíveis*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 105.

4 PARÂMETROS DE CONTROLE DO PODER JUDICIAL

Expostos os problemas da separação dos poderes e do poder judicial em sua prática ativista como o foram nos dois capítulos precedentes, como a presente investigação não se limita a ser simplesmente um trabalho descritivo dos problemas precisados, neste momento bosquejar-se-á encontrar parâmetros de controle para o exercício da função judicial.

Ressalte-se que a questão do controle do poder judicial não é uma temática nova dentro do Estado constitucional. As tensões entre o legislador e os tribunais sempre foram uma ferida aberta desde os primeiros dias pós-revolução. Tal relação de desconfiança é perceptível ao observarmos movimentos metodológicos tais como a francesa *École de l'Exégèse*³¹⁵, com seu firme postulado de proibição da interpretação dos textos legislativos, ou por meio de institutos como o *Référent Législatif*, previsto no art. 256 da Constituição francesa do ano III, que, se não tentava proibir a interpretação da lei pelos tribunais, tinha o claro objetivo de sujeitá-la a um muito rígido controle³¹⁶.

Elegemos, dentre as várias possibilidades, três critérios de controle, não excluindo outras possibilidades que possam servir ao mesmo desiderato, divididos por sua vez em três dimensões: política, metodológica e institucional.

A dimensão política consiste numa exploração do controle a partir do fortalecimento da ideia de processo político, uma mediação entre Estado e sociedade como forma de criação do direito, com o objetivo de promover, uma vez mais, o protagonismo da deliberação pública como principal instância de decisão política, já que a relação entre “legisladores e parlamentos com a democracia é mais óbvia e natural”³¹⁷, quase que intuitiva.

A dimensão metodológica diz respeito a uma incursão na teoria da interpretação, tendo a interpretação constitucional como um caso especial, e uma reflexão sobre os limites que devem ser impostos a tal práxis com o auxílio da semiótica e dos próprios limites imanentes da própria interpretação jurídica.

Por fim, a dimensão institucional plasma-se a partir das ideias de autocontenção judicial, o que já implica um debate sobre uma ética da responsabilidade, e também uma tentativa de refletir sobre a ideia de responsabilidade judicial no atual quadro político-organizatório da separação dos poderes.

³¹⁵ Sobre a Escola da Exegese e um juízo crítico sobre a mesma, cf. NEVES, Castanheira. Escola da Exegese. In: _____. 2010d, p. 181-191.

³¹⁶ Sobre o instituto do *Référent Législatif*, cf. TROPER, Michel. *La Separazione dei Poteri e la Storia Costituzionale Francese*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 62 e ss.

³¹⁷ MENDES, 2008, p. 85.

Ao externar uma preferência por três modalidades de controle do poder judicial, não se pretende fixar, tal como François Ost, sobre modelos existentes para o labor jurisdicional³¹⁸, ou algum padrão ideal de juiz, mas simples propostas não definitivas que possibilitem alguma forma de controle do poder judicial que, atualmente, exerce poderes sem nenhuma limitação expressa, o que fere os fundamentos mais inerentes do Estado constitucional, ou pelo menos a abertura de um necessário debate.

Contudo, antes mesmo de expor a argumentação relativa aos parâmetros de controle aqui perseguidos, é necessário esclarecer o sentido atual da realização/concretização do direito no intuito de afastá-lo do clássico modelo positivista de vinculação à lei e subsunção na aplicação do direito³¹⁹.

O que diremos hoje como sentido prático do direito, e de alguma forma evolutivo em relação ao método subsuntivo, é a ideia de realização do direito entendido como “atividade institucional e os atos pelos quais se decidem normativo-juridicamente questões jurídicas concretas – casos jurídicos”³²⁰, onde o específico juízo decisório terá uma importante função mediadora entre o material normativo (sistema) e o problema concreto para a construção da norma e do próprio direito como prática constitutiva.

Dentro deste contexto de realização, e não mais de simples aplicação do direito, a decisão só se materializa a partir de uma tripla consideração: a) o direito como intencionalidade a cumprir (momento filosófico), onde este deve ser sempre convocado como normatividade axiológico-comunitária, não como legalidade formal ou ação estratégica; b) o direito enquanto espaço institucional da decisão (momento político), o exercício da competência decisória dentro dos marcos constitucionalmente delimitados; c) o direito enquanto fundamento e critério do juízo da decisão (momento metodológico), onde o direito só se realiza quando o mesmo for o critério racionalmente utilizado para a fundamentação do juízo decisório³²¹.

A hoje muito premente necessidade de realização do direito exige também uma revisão do contexto de fundamento do pensamento jurídico inspirado por algumas diretivas

³¹⁸ François Ost, ao analisar sobre os modelos de juiz, fala do juiz Júpiter (ligado à tradição positivista dos códigos piramidalmente hierarquizados, de matriz kelseniana), Hércules (que, tal qual um engenheiro social, acomoda os conflitos com o objetivo de apaziguar as necessidades sociais) e Hermes (aquele que na era pós-moderna estaria atento às necessidades hermenêuticas e reflexivas atuais do direito). Cf. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, p. 169-194, 1993.

³¹⁹ Sobre tal método, cf. LARENZ, 2005, p. 215-229.

³²⁰ NEVES, Castanheira. O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2010i, p. 249. v. 2.

³²¹ Cf. *Ibid.*, p. 251-252.

básicas: a) o direito passa a ser entendido como dotado de intenções e tarefas práticas; b) a intenção prática do direito impõe a este uma realização problemático-concreta para além do sistema legal; c) unidade intencional prático-normativa entre direito e pensamento jurídico, d) constatação da validade em termos normativo-materiais; e) a decisão concreta como objetivo problemático-metodológico do pensamento jurídico; f) convocação de fundamentos e critérios normativos para além do texto da lei (insuficiência regulativa do texto legal); g) assunção do direito como realização histórica produzida a partir de problemas concretos com solução judicativo-decisória³²².

Contudo, qual modelo metodológico poderia atender às condições de realização assumidas pelo direito na atualidade? Por certo não seria aquele fornecido por uma versão renovada do positivismo, hoje em muito reduzida à concepção estrutural do direito como análise da linguagem que, por meio do simples conhecimento das prescrições legais, transformaria a questão prática do direito numa mera investigação semântica, colocando o juiz apenas como um aplicador do direito prescrito.

A perspectiva tecnológica também não se mostra adequada, seja pelo seu assumido finalismo em detrimento dos conteúdos, característica comum ao lidar com concepções ligadas à engenharia social, pela construção de hipóteses abstratas de experimentação racional social, pelos objetivos pragmáticos de uma teoria analítica da decisão ou a assunção de um juiz tecnocrata, dificilmente compatível com a ideia de *rule of law*, disposto a agir de tal forma que seria “constitutivamente interventor, criador autônomo das soluções pelos fins e interesses sociais”³²³.

Ou seja, tal perspectiva oferece uma negação da própria autonomia do direito ao transformar este numa ferramenta funcional a serviço de ordens de possibilidades ou de finalidades.

O atual sentido necessário da realização do direito apenas poderia ser assegurado por meio da adesão a um modelo metodológico que enfatizasse a prática, mas sem olvidar os conteúdos valorativos abertamente assumidos pelo direito.

³²² Cf. NEVES, Castanheira, 2010i, p. 259-260.

³²³ Ibid., p. 270.

É por meio de uma racionalidade prático-prudencial, tal como uma transposição pós-moderna da virtude intelectual aristotélica da prudência, a partir de dois componentes, o sistema, “unidade de totalização normativa”³²⁴, formado pelos princípios, normas prescritas, precedentes e a dogmática, e o problema, “intencionalidade problemática dos casos decididos”³²⁵, numa interação dialética por meio de um sistema de perguntas e respostas, que encontramos o cerne do modelo metódico que resgata o originário sentido da *jurisprudencia* romana.

Há possíveis objeções quanto à eficácia de um modelo metódico estruturado a partir destes dois elementos, uma vez que o sistema é tendencialmente estático e previamente delimitado, surgindo novas problemáticas na velocidade da contingência social.

Pode-se responder a esta crítica de forma que, apesar da celeridade na emergência de problemáticas nem sempre devidamente respondidas pela caracterização tendencialmente inerte do sistema, o surgimento de novas questões não prontamente respondidas por ele implicam num “enriquecimento do contexto intencional”³²⁶ do mesmo por meio da integração e assimilação da nova experiência problemática, o que acarreta numa criação jurisdicional do direito (obviamente onde existam limites para o que o juiz efetivamente possa fazer).

Esta dinâmica importará no enriquecimento do próprio direito por meio de uma relação de reciprocidade onde “assim como o sistema influencia o direito, também inversamente a plena formação do sistema só se verifica no processo da constituição do direito”³²⁷, acarretando que a compreensão problemática do direito, para além da solução tópica ou hermenêutica³²⁸, traz em si a ideia do sistema jurídico não como um elemento pressuposto, mas em contínuo aperfeiçoamento por meio da práxis jurisprudencial realizada pela resposta aos casos práticos, numa constante reconstrução/reelaboração do sistema por meio de uma atividade problemática.

A concretização do direito como “adequação da esfera jurídica aos diferentes âmbitos sociais”³²⁹ mostra-se como uma questão fractalmente problemática no âmbito da Teoria da Constituição.

Esta última “revela dificuldades em compreender as lógicas da materialização do direito”³³⁰ que estejam fora da específica racionalidade da Constituição, diálogo entre poder

³²⁴ NEVES, Castanheira, 1993, p. 155.

³²⁵ *Ibid.*, p. 157.

³²⁶ *Id.*, 1993, p. 158.

³²⁷ *Ibid.*, p. 159.

³²⁸ Sobre as críticas a tais posições, cf. *Id.*, 2010i, p. 275-276.

³²⁹ CANOTILHO, 2003, p. 1.349.

³³⁰ *Ibid.*, p. 1350.

político e controle racional deste por meio do direito, e uma especial opacidade em relação a âmbitos da juridicidade que operem em completo alheamento, ou preservem apenas uma sintonia mínima com a constitucionalidade (negação de uma pretensa ubiquidade constitucional) ou que demonstrem um grau de inovação e a Constituição não consiga estender-se a este espaço periférico.

4.1 A dimensão política

Dentre as três dimensões de controle aqui apontadas, a primeira que deve vir a lume é a de natureza política, focada no reforço da ideia de processo político como corolário do Estado constitucional para melhor demarcar as tarefas e funções fixadas constitucionalmente.

Tendo como modelo usualmente preconizado pelo constitucionalismo clássico, o poder estatal repartido em três diferentes estratos, com cada uma dessas classes possuidora de uma muito bem demarcada série de tarefas constitucionais que, como vimos anteriormente, mesmo que possamos conceber a separação de poderes de uma forma mais fluída, ainda haverá núcleos funcionais básicos a serem respeitados na dinâmica entre os poderes.

No entanto, é evidente que, na práxis jurídico-constitucional, os mecanismos não funcionam tal como sua descrição pelos modelos dogmáticos. Isso faz com que se tente compensar a deficiência de um dos componentes do processo político por meio do fortalecimento ou ampliação de outra instituição, como é o caso dos problemas envolvendo a representação política que deságuam na crise já referida do governo parlamentar, que se pode tentar corrigir por meio da expansão legislativa do executivo ou pela fidúcia no poder judicial como órgão apto a resolver os imbróglis políticos da atualidade.

A partir deste raciocínio, fica bem claro que, nas sociedades de hiperlitigiosidade, caracterizadas pela prática de comportamentos ativistas, evidencia-se um amplo espectro do processo judicial em detrimento do processo político, o que vai dar azo ao fenômeno da excessiva legislação judicial e transformação do processo judicial na principal área de discussão política, tal como foi o parlamento outrora, quando sabemos existirem outros locais mais adequados para o fomento de debates políticos.

Ao bosquejar um conceito de processo político, é necessário retroceder ao alvorecer da era liberal para conhecer os fundamentos sob os quais se assenta o Estado constitucional (para além do muito conhecido binômio separação de poderes e direitos fundamentais), uma condição *sine qua non* para a existência do processo político. Tais pressupostos podem ser definidos a partir da assunção do indivíduo como protagonista da história, ligada diretamente

à ideia kantiana de *Mündigkeit*, onde “este se converte no ente sob o qual giram a organização das relações sociais e a articulação do Estado como instrumento de desenvolvimento da racionalidade social”³³¹.

A partir deste protagonismo como autonomia racional, vislumbra-se o princípio da individualidade não mais de forma metafísica, mas histórica e institucionalmente concreta nas relações entre indivíduo e sociedade. A partir dele desenvolver-se-ão duas ideias em constante atrito no Estado constitucional: a identidade a partir do conceito de humanidade dos indivíduos, subjacente ao conceito de igualdade, que terá como projeção jurídico-política a generalidade das normas jurídicas, e a diferença sob a qual se constrói a tensão entre semelhança e alteridade presente no conflito entre indivíduo e sociedade que estrutura a ideia de liberdade, que tem a autonomia do indivíduo como seu principal relevo jurídico-político.

Como segunda premissa do Estado constitucional surge a relação entre conhecimento das necessidades sociais e poder político.

Diferentemente do que existia na Antiguidade, no medievo ou no Absolutismo, a modernidade traz consigo a inovação da compreensão do Estado como algo objetivado a partir do social e das necessidades individuais nele contidas, passando a ser percebido como um instrumento artificial que articula a mediação entre vigência jurídica da regulação social e o questionamento do direito vigente tendo como objetivo a exigência de reconhecimento de novos interesses da esfera social³³².

A relação entre conhecimento e poder significa, para o primitivo liberalismo político, a consciência de que a esfera social e a esfera política, apesar de separadas no alvorecer da modernidade, não se encontram alheadas uma da outra, cabendo ao Estado, com sua função mediadora entre o social e o político, reconhecer e contrabalançar a força dos interesses sociais tendentes ao enfrentamento.

Como a última das premissas do Estado constitucional, surge a significação dos partidos políticos, não no sentido atual dos partidos de massa³³³, da sua consideração como um mal necessário³³⁴, da atual função de determinação dos atores eleitorais³³⁵ ou ainda do papel de simples meios para uma estratégia de conquista do poder político, mas de sua gênese no sistema liberal por proporcionar a racionalização dos trabalhos parlamentares³³⁶ e se

³³¹ SERRANO, Rafael de Agapito. *Estado Constitucional y Proceso Politico*. Salamanca: Ediciones de la USAL, 1989a, p. 43.

³³² Cf. *Ibid.*, p. 45.

³³³ Cf. BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1998b, v. 2, p. 900-909.

³³⁴ Cf. HAMILTON; MADISON; JAY, 2011, p. 121 e ss.

³³⁵ Cf. URBANO, 2009a, p. 62.

³³⁶ Cf. URBANO, 2009a, p. 55.

instituírem não mais como simples agrupamentos de interesses, mas como verdadeiros “canais de representação que, portanto, localizam sua ação no processo político legislativo”³³⁷, possibilitando a real implantação da moderna concepção de Constituição e a distinção do processo político do âmbito de outras atividades estatais.

Embora muitas vezes os pressupostos, o Estado constitucional e o próprio processo político possam ser instrumentalizados e até mesmo reduzidos por diversos tipos de interesses, isto não reduz a importância destes conceitos na construção de critérios políticos para a formulação de uma base de controle do poder judicial. É por meio da configuração deste, de acordo com as exigências constitucionais no quadro da Teoria da Constituição, que há uma afirmação dos próprios conceitos liberais e uma crítica às concepções de tecnologia social e da política radical abstrata³³⁸.

Tendo em vista a ideia do processo político como assunção de uma mediação entre Estado e sociedade na histórico-institucional criação do direito por meio do princípio da autolegislação (cesura ente o social e o político), a conjuntura desta mediação será uma característica muito particular de cada realidade estatal.

Tais existências particulares podem variar de um desenvolvimento liberal precoce de vinculação de todos os membros da sociedade à lei, cunhado a partir da colaboração entre os centros de poder existentes (Inglaterra)³³⁹, até um cariz mais patrimonialista³⁴⁰, onde não houve realmente uma separação entre o Estado e a elite política, travando-se verdadeiras disputas pelo monopólio do poder, quadro típico de modernidades tardio-periféricas, tais como o Brasil, onde a política constitui um nível reflexivo de um sistema ordenado a partir da ação instrumental-estratégica, não por “formas democráticas de formação discursiva da vontade”³⁴¹, o que impõe uma forma de Estado mais intervencionista e presente na realidade social que tradições liberais mais arraigadas como os Estados Unidos, desta forma não sendo conveniente serem abordadas aqui as diversas possibilidades de relação entre Estado e sociedade.

Depara-se com o conceito de processo político a partir do momento em que retrocedemos à sua gênese no liberalismo inglês prematuro e à sua estrutura social como descrita por Locke, uma conformação conflituosa herdada dos confrontos entre rei e parlamento durante a dinastia Stuart (guerra civil inglesa). Daí, o processo político surge

³³⁷ SERRANO, 1989a, p. 46.

³³⁸ Cf. *Ibid.*, p. 48.

³³⁹ Sobre a relação entre Estado e sociedade na Inglaterra, cf. *Ibid.*, p. 56-59.

³⁴⁰ Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O Homem Cordial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 51 e ss.

³⁴¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 74.

como algo que se “orienta precisamente para acomodar os sucessivos conflitos de interesse produzidos ao largo do desenvolvimento histórico”³⁴² nas relações entre Estado e sociedade. O caráter conflituoso das relações sociais e suas refrações políticas constituem uma realidade possível de deparar-se tanto no alvorecer do liberalismo inglês quanto na atual sociedade hipercomplexa, onde muito pode ter mudado, menos a ideia de embate no intuito de satisfação de interesses. O processo político é o instrumento a ser utilizado para fornecer soluções gerais aos conflitos entre interesses concretos³⁴³.

É bem certo que o surgimento da primitiva estrutura do processo político se relaciona muito mais com o contexto liberal inglês do século XVII, onde o conceito de sujeito social não pode ser separado do de proprietário³⁴⁴ e a própria ideia de sociedade se articulava por meio do objetivo de proteção da propriedade³⁴⁵, mas acreditamos ser ainda uma categoria válida a partir do momento em que atualizamos as ideias subjacentes à noção de indivíduos (em caráter universal) e sociedade (como sistema social de relações intersubjetivas).

O conflito social implícito ao processo político pode ser observado através da ocorrência de dois elementos precisamente determinados: os interesses concretos dos indivíduos e a articulação pública de tais utilidades³⁴⁶.

Mesmo que não se possa defender hoje, mesmo na seara liberal, a existência de agrupamentos político-sociais tão homogêneos, um interesse que possa ser aferido apenas abstratamente dificilmente poderia ter força para se articular publicamente em busca de reconhecimento na constituição do direito.

A concretude, mesmo que hoje não possa afirmar-se de forma como um “único critério normativo [...] de manter-se como solução pública, permanente e inalterável”³⁴⁷, deve mostrar-se, ao menos, como um critério geral a implementar um debate na esfera pública apto a incitar alguma tensão social, sob o risco de não constituir-se como um interesse político legítimo para ser incluído dentro do processo político. É a partir desta ideia de legitimidade do interesse político que se pode afirmar a sua capacidade de influenciar nas decisões normativas do Estado.

³⁴² SERRANO, 1989a, p. 102.

³⁴³ Fica aqui ínsita a ideia ainda de enfrentamento de forças como um dos possíveis fundamentos da sociedade civil, tal como uma inversão do famoso aforismo de Clausewitz, cf. FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade* (Curso no Collège de France 1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26.

³⁴⁴ Cf. SERRANO, op. cit., p. 109.

³⁴⁵ LOCKE, 2006, cap. VII, §85, p. 288.

³⁴⁶ Cf. SERRANO, op. cit., p. 121.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 122.

Apreciando o processo político como mediação de interesses políticos legítimos para a constituição do direito, expande-se a importância e a essencialidade da representação política e o papel dos partidos políticos.

Sabe-se hoje da inviabilidade do exercício da democracia direta³⁴⁸, salvo em procedimentos semidiretos. Obviamente, não podemos descurar dos problemas de desencantamento com a política e os partidos, as novas perspectivas³⁴⁹ e crises da representação política, mas o foco aqui em relação aos partidos políticos é eminentemente associado à sua função de instrumentos de atuação no processo político e como ponto culminante da estratégia dos sistemas eleitorais de “transformar os votos do eleitorado em mandatos representativos da vontade política que se exterioriza em um dado momento histórico”³⁵⁰.

Embora ainda exista certa animosidade quanto aos partidos políticos, não restam dúvidas que eles constituem “um instrumento básico e indispensável para a formação da vontade popular, sem o qual se torna difícil concretizar uma democracia real e efetiva”³⁵¹, sendo os mesmos constitucionalizados de forma mais ou menos ampla em várias das Constituições surgidas após 1945.

Em relação ao processo político, importante é o significado dos partidos, independentemente de sua consideração como “quadro de notáveis” ou a realidade atual dos partidos de massa. O sentido dos partidos em relação ao processo político relaciona-se muito mais com a hoje denominada função de articulação da relação de representação nos partidos políticos, em especial a subfunção de agregação de interesses e vontades individuais dos cidadãos.

No processo político, os partidos têm um importante papel, não simplesmente pela escolha constitucional da democracia representativo-partidária em detrimento de outros esquemas políticos, mas sim por desempenhar a apreensão dos mais diversos “interesses, vontades e objetivos mais ou menos expressos pelos cidadãos, não se limitando [...] a articulá-los [...] e a transmiti-los como meros porta-vozes”³⁵².

Os partidos cumprem, assim, a função de introduzir tais interesses na mediação do processo político, inserindo os interesses políticos legítimos nas deliberações voltadas à

³⁴⁸ Cf. DAHL, 2012, p. 356 e ss.

³⁴⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Em Defesa do Partido dos Brancos: Republica.com e os Desafios do Constitucionalismo Eletrónico. In: _____. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008b, p. 355 e ss.

³⁵⁰ ALMEIDA FILHO, 2011, p. 121.

³⁵¹ URBANO, 2009a, p. 57.

³⁵² Ibid., p. 68.

constituição do direito. É só por meio da atividade daqueles, dentro do esquema das regras do jogo democrático, que o direito pode surgir ou ser modificado de acordo com os interesses legítimos representados pelos partidos.

Dentro do contexto do processo político, a noção de procedimento judicial é, igualmente, bastante útil para fixar os limites do primeiro.

Ao falarmos de procedimento judicial, tem-se em vista um modelo baseado na ideia do “poder estatal em consentir às partes em conflito resolver suas diferenças em uma controvérsia processual regulada e aceitem como vinculante a decisão advinda de seu término”³⁵³.

O processo político hoje herda do procedimento judicial os limites de uma controvérsia processual regulada, visto que a criação do direito não pode ser vista como uma atividade ilimitada, mas fortemente demarcada pela Constituição, pelos interesses políticos legítimos e, por sua vez, rejeita a existência de uma instância neutra, tal como a existente no processo judicial representada pelo juiz, para tomada de decisões que possam apaziguar o conflito social existente, o que evidencia a autonomia política das partes intervenientes no conflito político³⁵⁴.

O processo político significa a mediação de interesses na criação do direito, expressa que a deliberação, no intuito de uma luta por reconhecimento de interesses políticos legítimos, deve ser tratada numa esfera não judicial por meio da canalização de interesses representados, cumprindo aí os partidos políticos uma importante função.

Mas, se o processo político, por sua própria definição, dá a entender uma constituição do direito focada nos trabalhos parlamentares, seria compatível com o conceito de jurisdição anteriormente externado? No que seu fortalecimento, que é a proposta por nós defendida para uma dimensão política da moderação do poder dos juízes, corrobora para uma proposta de controle do poder judicial?

A consolidação do Estado moderno se notabiliza por uma progressiva especialização da função legislativa e da função judicial, distinguindo-se em diferentes órgãos.

A criação do direito, então, deixa de fazer parte do processo judicial, como era até então³⁵⁵, passando a integrar o âmbito de um processo independente. A partir do princípio do

³⁵³ SERRANO, 1989a, p. 139.

³⁵⁴ Cf. Ibid., p. 142-143.

³⁵⁵ Cf. PIÇARRA, 1989, p. 45.

século XVIII, isto se torna uma tendência com o *Act of Stettlement* (1701)³⁵⁶, e a modernidade se notabiliza como um trânsito do Estado jurisdicional para o Estado de legislação.

Contudo, se na atualidade, fica claro que o Estado não se pode afirmar nem legislativo, muito menos jurisdicional³⁵⁷, a ideia de processo político não estaria defasada na atual caracterização estatal de produção das normas jurídicas?

A criação do direito por meio do processo político perfaz a ideia muito cara ao constitucionalismo que é vinculação da política ao direito³⁵⁸. Já que aquele consiste numa esfera regulada da atuação estatal, então, dada a natureza legislativo-jurisdicional do Estado atual, a defesa do processo político em nenhum momento se incompatibiliza com uma jurisdição mais dinâmica relacionada com a experiência judicialmente constitutiva do direito.

Sendo centrada num problema prático mais particular do que o interesse político legítimo, a jurisdição importa num círculo de ação mais restrito que a criação do direito pelo processo político; este ainda será estritamente necessário para a experiência judicial de constituição do direito, já que a via problemática desta modalidade de formação apenas terá vez se existirem os dois elementos de interação dialética, sistema e problema.

Por mais que se enfatize a importância da via problemática, sendo ela a chave do modelo metodológico aqui adotado, o processo político nunca será dispensável já que é ele quem cria as bases estruturais do sistema. Inexistindo o processo político, a própria jurisdição se inviabiliza, já que inexistirá a esfera regulada para resolução da problemática comunitária. Ou seja, processo político e jurisdição não são esferas incompatíveis, mas a segunda pressupõe a primeira como condição de possibilidade, apenas existindo um direito positivo, plasmado a partir da contraposição entre interesses sociopolíticos, é que a jurisdição pode desenvolver juízos normativos a partir do direito posto e de outros estratos da normatividade.

Tendo em conta a segunda questão sobre o processo político e seu contributo para uma dimensão de controle do poder judicial, respondemos a tal indagação com a proposição de que a expansão do poder judicial afirma-se a partir da letargia ou ineficiência das respostas oferecidas pelas instâncias políticas clássicas, como uma compensação à ineficácia do processo político.

Contudo, a partir do dever de respeito aos núcleos essenciais funcionais dos poderes estatais, a expansão de um poder para compensar a insuficiência do outro implica em

³⁵⁶ Apesar da primazia inglesa, apenas se observou a continentalização desta prática cerca de um século depois, cf. CAPPELLETTI, 1993, p. 78.

³⁵⁷ Cf. NEVES, Castanheira, 1983, p. 596.

³⁵⁸ Cf. SERRANO, 1989a, p. 139.

quebrantar o princípio da separação dos poderes³⁵⁹ e até mesmo fortalecer algum poder estatal, sendo que tal afirmação pode resultar num uso originariamente impensável a algum órgão constitucional, como é o caso dos juízes.

Um parâmetro de controle político ao poder judicial só pode ter lugar considerando tanto os limites do processo político quanto da jurisdição.

Ambos estão implicados já que o primeiro confecciona, pelo menos num espectro mínimo, as regras processuais que transformam a jurisdição numa esfera regulada de solução de conflitos. Ao mesmo tempo, o processo político mostra-se dependente daquela no ponto em que a mesma desenvolve de forma mais específica o resultado do conflito de interesses politicamente legítimos (leis positivas) e incrementa de forma mais especial o sentido das limitações criadas pelo processo político.

O processo político, como prática voltada à compreensão da legislação estatal e sua gênese depara-se com as mesmas falácias de uma suposta discricionariedade na mediação dos interesses políticos na atividade legislativa. É preciso salientar que o processo político não é uma esfera de atuação política carente de regulação, principalmente se considerarmos que ele herda parte da estrutura do procedimento judicial para constituição do direito.

Dentro do conceito já esposado de processo político, poder-se-ia presumir erroneamente que apenas os interesses políticos legítimos assumem o papel de condições limitadoras da atividade de composição e autorreflexão³⁶⁰ do direito, quando na verdade existem três dessas chamadas condições limitadoras que definem a práxis do que denominamos de processo político.

Em primeiro lugar o processo político é fortemente demarcado pela delimitação da própria função legislativa. Como hoje não se pode mais defender um papel do parlamento apenas como legislador e garante da generalidade da lei, mas, além desta função, que deveria figurar como prioritária, também deve cumprir, com maior firmeza, a missão de controle do executivo e, juntamente com este, a “conformação dos objetivos político-constitucionais mais importantes e a escolha dos meios ou instrumentos idôneos e oportunos para os prosseguir”³⁶¹ (*indirizzo politico*).

³⁵⁹ Contudo, no contexto de lealdade institucional relativa aos núcleos essenciais dos poderes, a atuação da justiça constitucional como corrente contramajoritária em defesa das minorias de um Estado não implica em tal violação.

³⁶⁰ Pela expressão direito autorreflexivo, referimo-nos à possibilidade do direito que modernamente se notabiliza por uma ênfase legislativa que possibilita o direito em criar e recriar (revisar) a si mesmo, cf. SERRANO, 1989a, p. 140.

³⁶¹ CANOTILHO, 2003, p. 566.

O segundo limite do processo político é o mais evidente a partir de seu conceito, já que este existe como forma de “canalizar a colocação e discussão de interesses concretos”³⁶², o que demonstra desde já uma intenção prática na limitação do processo político pelos interesses concretos, o que obsta a defesa, por meio do processo político, de intenções ou interesses abstratos ou distanciados da realidade prática do conflito social a ser apaziguado pela criação e modificação do direito legislativo.

Por fim, a última condição limitadora do processo político consiste na regulação da ação das partes em conflito que, por meio da ideia de *audiatur et altera pars*, crie-se um canal de comunicação entre os estratos sociais conflitantes³⁶³. Tal condição limitadora impõe a criação de um diálogo, tal como a habermasiana comunicação voltada ao entendimento, com o escopo de que este diálogo possa aliviar o ponto de tensão entre interesses políticos legítimos conflitantes e refletir na criação do direito mediante as contingências causadas pela inconsistência do direito vigente.

A partir do momento em que se tenha um modelo dogmático onde o processo político funcione num nível satisfatório, vê-se que posturas como o ativismo judicial poderiam sofrer uma drástica redução, já que, num ambiente político-institucional onde o processo político funcione, implicaria também dizer que os poderes estatais se comportam de forma a respeitar os marcos constitucionais dos núcleos funcionais essenciais dos poderes, ou seja, um espaço onde cada um dos poderes pudesse agir com a chamada lealdade institucional.

O reforço da ideia de processo político no Estado constitucional constitui um óbice interessante ao poder judicial ao ponderarmos alguns problemas pontuais da interpretação da Constituição, tais como a centralidade dos direitos fundamentais, que transformam todos os problemas jurídicos em questões constitucionais, o que levaria a uma supremacia dos Tribunais Constitucionais, ou de quem lhe faça as vezes, e uma redução da responsabilidade do legislador, ou ainda a mensurar a extensão do controle que a jurisdição pode vir a exercer sobre o governo ou órgãos parlamentares³⁶⁴.

Perfilar limites políticos para a atuação do poder judicial pode se mostrar como problemático já que em algumas situações, tal como na tutela de direitos fundamentais, seja necessária uma intervenção mais incisiva da jurisdição, mesmo correndo o risco de incitar

³⁶² SERRANO, op. cit., p. 153.

³⁶³ Cf. SERRANO, 1989a, p. 157.

³⁶⁴ Cf. HESSE, Konrad. Estadios en la Historia de la Jurisdicción Constitucional Alemana. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, 1998b, p. 110-112.

conflitos com outros poderes estatais, o que não significa que seja impossível fixar medidas para tal intervenção³⁶⁵.

A separação dos poderes, vista por um prisma ideal, acarreta que cada um dos poderes estatais exerça suas tarefas funcionais de acordo com a delimitação presente na Constituição. Como as instituições nem sempre se comportam da forma como foram concebidas, o exercício das competências primárias de um órgão por outros de forma ilegítima tornam problemática a separação dos poderes, pois reduzem as atividades que eram legitimamente específicas de outros órgãos (violação do núcleo essencial funcional)³⁶⁶.

Nossa proposta de controle do poder judicial, em sua dimensão política, afigura-se por meio do reforço do processo político que, numa ênfase da participação política como forma de aliviar os conflitos sociais na constituição do direito positivo, promova uma mais precisa demarcação das funções primárias de cada órgão constitucional, enfatizando as tarefas políticas que competem à democracia parlamentar que ultimamente têm sido usurpadas pelo poder judicial.

Em suma, ao contemplar o funcionamento do processo político em níveis satisfatórios, seria desnecessário que os juízes avocassem para si poderes de natureza política, sob o pretexto de inatividade ou omissão dos poderes executivo e legislativo em cumprir suas tarefas constitucionais e promover, de uma forma não democrática, esquemas de engenharia constitucional apossando-se da função de *indirizzo politico*.

O poder judicial, por meio do processo político, encontra sua atuação limitada aos marcos constitucionais no momento em que o desempenho do parlamento e do poder governante, em suas estruturas funcionais primárias, constituem-se como limites à própria jurisdição, que apenas necessitaria recorrer ao criativismo judicial dentro dos limites legítimos, tendo em conta a dinamização do princípio da separação dos poderes.

4.2 A dimensão metodológica

Dentro do espectro desta investigação, o aspecto metodológico mais relevante é o interpretativo e a delimitação de seu campo de ação dentro da atual compreensão da realização do direito como postura oposta ao ativismo judicial.

Ressalte-se aqui que nosso objetivo não é falar sobre a interpretação permeando-nos da ilusão da mesma como uma forma de, para os casos concretos, obtermos uma resposta dita

³⁶⁵ Cf. Ibid., p. 112.

³⁶⁶ Cf. KADRI, 2004, p. 51.

como correta³⁶⁷ (formalismo estrutural), mas sim encarar o problema normativo da interpretação jurídica a fim de fixar limites à atuação dos juízes, uma vez que é bastante clara a imagem de que, a partir da separação entre o texto e seu emissor, suas intenções e circunstâncias concretas, ele pode flutuar numa zona de quase infinitas possibilidades interpretativas³⁶⁸.

Nos cânones clássicos do positivismo jurídico, a interpretação era vista como uma “mera reconstrução do pensamento que é expresso na lei”³⁶⁹, não possuindo o juiz qualquer faculdade criadora ou otimizante do conteúdo normativo, uma tarefa restrita do legislador (Savigny). Esta concepção só começa a ser superada de forma mais incisiva a partir da segunda metade do século XX, em especial a partir dos anos sessenta, com reabilitação da filosofia prática e as conquistas evolutivas levadas a cabo especialmente pela hermenêutica gadameriana e pelo giro linguístico³⁷⁰.

O tema da interpretação jurídica afigura-se como delicado e controvertido a partir da viabilidade e dos riscos com ele implicados, do uso pragmático-utilitário que pode invadir a esfera da interpretação e fazer com que se possa dizer tudo sobre qualquer coisa.

Mirando o atual sentido de uma teoria da interpretação, mostra-se relevante o problema da discricionariedade³⁷¹, não obstante existam esforços para eliminá-la ou a criação de uma discricionariedade grau zero.

“Não é possível buscar uma racionalidade ou uma objetividade que exclua por completo qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito”³⁷², até porque na interpretação jurídica, assim como na música, encontraremos variações a depender do intérprete e, por mais que este se esforce deliberadamente em manter-se fiel ao texto, será sempre “forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances* para a criatividade interpretativa”³⁷³.

³⁶⁷ Sobre a explicitação do que viria a ser a tese da única interpretação correta, Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 85-86. Sobre a falácia deste argumento, cf. DIMOULIS, Dimitri. *Sentidos, Vantagens Cognitivas e Problemas Teóricos do Formalismo Jurídico*. In: MACEDO JR.; BARBIERI, 2011, p. 220-224. KELSEN, 2003c, p. 396. LARENZ, 2005, p. 443.

³⁶⁸ Cf. ECO, Umberto. *Os Limites da Interpretação*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. XIV.

³⁶⁹ LARENZ, 2005, p. 10.

³⁷⁰ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. 12. ed. Salamanca: Sígueme, 2007, p. 461 e ss.; STRECK, Lenio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011c, p. 73 e ss.

³⁷¹ Por discricionariedade, temos em vista o sentido de um ato metodologicamente contrário à ideia de aplicação vinculada do direito, cf. NEVES, Castanheira, 1967, p. 354 e ss.

³⁷² SILVA, Virgílio, 2011, p. 368-369.

³⁷³ CAPPELLETTI, 1993, p. 22. No mesmo sentido, LARENZ, op. cit., p. 441.

Enfim, tendo em conta o atual estado da teoria da interpretação e da assunção, que hoje não pode ser ignorada, do juiz como ministro do sentido³⁷⁴, mostra-se como um tema proeminente abordar os possíveis significados de uma normativa fixação dos limites da atividade interpretativa como forma de tentar impedir, ou ao menos reduzir, as práticas ativistas decorrentes de artifícios interpretativos.

Durante muito tempo, a interpretação era proibida ou mesmo evitada (doutrina medieval do *in claris fit non interpretatio, interpretatio cessat in claris*³⁷⁵). Contudo, a premente necessidade hoje de interpretar³⁷⁶ é evidente ao atentarmo-nos à atual tarefa do jurista de construir e reconstruir sentidos³⁷⁷ a partir dos vários estratos da normatividade.

Ao falar da interpretação como tarefa prática, é comum remeter-se ao método hermenêutico desenvolvido por Gadamer³⁷⁸. Sem embargo, vemos a hermenêutica como um recurso limitado dentro da necessidade normativa de construção do direito a ser levada a cabo pela interpretação. Além dos obstáculos emergentes de uma dialética circular³⁷⁹ voltada muito mais ao percurso histórico dos significados, a interpretação jurídica não pode esgotar-se apenas dentro de uma “doutrina do correto compreender”³⁸⁰, mas deve estender-se também à compreensão da questão da validade³⁸¹.

Em primeiro lugar, devemos fixar tanto a natureza do problema da interpretação como o âmbito de tal atividade.

Ao interrogarmos sobre a natureza da interpretação, a dimensão mais relevante desta caracterização seria saber se a interpretação jurídica esvai-se apenas “numa hermenêutica compreensão dos textos [...] jurídicos em que se objective o direito vigente ou se não implica, bem diferentemente, um normativo encontrar direito [...] em concreto”³⁸², ou seja, se a interpretação consistiria num problema hermenêutico ou normativo.

Poderíamos falar sobre uma inviabilidade da defesa da natureza hermenêutica da interpretação jurídica, pois, além do que já ressaltamos anteriormente, a hermenêutica não

³⁷⁴ Cf. RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 305 e ss.

³⁷⁵ NEVES, Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010i, p. 14.

³⁷⁶ Habitualmente se fala em métodos de interpretação, mas muito pouco sobre os fundamentos da mesma (sempre o como, nunca o porquê). Para uma síntese destes motivos, cf. RAZ, Joseph. *¿Por Qué Interpretar?* *Insonomía*, n. 5, 1996, p. 25 e ss.

³⁷⁷ ÁVILA, 2011, p. 33.

³⁷⁸ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *A Hermenêutica como Tarefa Teórica e Prática*. In: _____. *Verdade e Método*. Petrópolis, Vozes, 2002a, v. 2, p. 349 e ss.

³⁷⁹ Sobre o círculo hermenêutico, cf. GADAMER, 2007, p. 331 e ss.

³⁸⁰ NEVES, Castanheira, op. cit., p. 275.

³⁸¹ Cf. Id. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia* (Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação). Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 58 e ss.

³⁸² Id., 2010i, p. 52.

consistiria numa “técnica dos sentidos”, mas antes num entendimento fenomenológico da dimensão do compreender humano³⁸³, que enxergaria a interpretação jurídica como mera compreensão de um objeto previamente determinado, neste caso, dos textos legais, o que reforçaria a ilusão do sentido literal³⁸⁴ ou mesmo a ressurreição de uma teoria subjetivista da interpretação, que busque apenas indagar a vontade do legislador historicamente situada.

A normatividade implicada na tarefa da interpretação jurídica faz com que a incumbência desta não seja a simples descoberta da significação, mas de obter, a partir dos estratos da normatividade, “um critério prático-normativo adequado de decisão dos casos concretos”³⁸⁵, o que evidencia na interpretação jurídica certa atividade de mediação³⁸⁶ com a “prático-normativa reelaboração constituinte dos critérios jurídicos para uma concretizada e judicativa decisão de problemas práticos”³⁸⁷; ou seja, a reconstrução e revelação das reais normas jurídicas por meio dos atos de interpretação, numa indeclinável índole normativa de constituição do direito a partir da resolução de problemas práticos (casos jurídicos).

Por sua vez, o âmbito da interpretação jurídica, para além do clássico modelo positivista, que tem no texto jurídico sua esfera de intervenção³⁸⁸, significa a construção dos sentidos normativos para além do texto legal, visto que a desconexão entre texto e norma impõe a necessidade de incorporar os sentidos preexistentes ao processo de interpretação, bem como aqueles construídos pelo intérprete.

A interpretação hoje se afigura como uma espécie de semiose normativa, uma atividade mediadora que, a partir do trabalho interrogante entre caso jurídico prático e o sistema normativo, a orbitar não apenas em torno das leis, mas também dos elementos normativos extratextuais e transpositivos³⁸⁹, constitua uma norma de decisão (juízo normativo) que perfaça uma realização/reconstrução contínua do direito, realizando-o concretamente a partir do caso prático.

No entanto, quando temos em mente um carácter mais dinâmico da interpretação jurídica, assomado com a consolidação do que podemos chamar de comunidade interpretativa³⁹⁰ e o livre acesso à interpretação constitucional, que é uma atividade permeada de particularidades e limitações específicas, as posturas ativistas podem dar origem a um uso

³⁸³ Cf. *Ibid.*, p. 48-49.

³⁸⁴ Cf. RIGAUX, 2003, p. 313 e ss.

³⁸⁵ NEVES, Castanheira, 1993, p. 84.

³⁸⁶ Cf. LARENZ, 2005, p. 439.

³⁸⁷ NEVES, Castanheira, 2010i, p. 65.

³⁸⁸ Cf. *Id.*, 1993, p. 85 e ss.

³⁸⁹ Cf. *Id.*, Interpretação Jurídica. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010k. v. 2. p. 369-370.

³⁹⁰ Sobre o conceito de comunidade interpretativa, cf. RIGAUX, op. cit., p. 328-329.

da interpretação para manipular o real sentido das leis ou da Constituição. Estas posturas devem ser coibidas por meio de fixação de limites da atividade interpretativa dos juízes que devem não usar o manto da Constituição ou da aplicação da lei para decidir de acordo com suas vontades, mas defender aquelas.

A Constituição, assim como a legislação ordinária, em seu processo de aplicação/concretização, pode sofrer diversos tipos de uso, alguns deles bem distanciados do originário programa político que ilustra o espírito de construção da Carta Política. As possíveis utilizações da Constituição seriam uma transferência das questões funcionais, situadas no abandono das preocupações validativas do direito rumo a inquietações ligadas à utilidade do mesmo³⁹¹, da mera conjectura do pensamento jurídico abstrato ao tangível espaço da práxis constitucional.

Sobre a relação entre ativismo judicial e interpretação, não podemos descurar que os problemas da liberdade judicial têm, no fundo, sido problemas interpretativos. O ativismo visto a partir do panorama da teoria da interpretação consiste numa via não originalista, talvez uma variedade extremada das correntes americanas do não interpretativismo³⁹² ou do método científico-espiritual da dogmática alemã, que se desvia da original trama semântica dos textos normativos, o que pode significar, em medida semiótica, em falseamentos decorrentes de más interpretações³⁹³.

A despeito da viabilidade de uma cesura entre interpretação e uso do texto³⁹⁴, ao discorrer sobre o ativismo judicial, esta distinção não tem sentido, já que a interpretação criada pelo decisor ativista volta-se ao escopo de dar a entender algo que a norma efetivamente não disse, seguindo a vereda de um discricionário criativismo patológico, com todas as consequências nocivas que tal prática traz consigo.

Uma proposta de controle judicial que se volte ao tema dos limites da interpretação poderia esbarrar no óbice da imprecisão dos significados das palavras ou ainda na defesa que a atividade interpretativa fixe seus próprios limites³⁹⁵.

Não obstante, fica claro que os textos legais juntamente com os casos jurídicos constituem material mais básico para o início do labor interpretativo. Acompanhado disso, o uso da linguagem nas leis impõe uma aplicação mais restrita de sentidos do que a linguagem

³⁹¹ Cf. NEVES, Castanheira, 2010I, p. 219 e ss.

³⁹² Sobre o conceito de não interpretativismo na interpretação constitucional, cf. CANOTILHO, 2003, p. 1196; QUEIRÓZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 260 e ss.

³⁹³ Sobre estes dois conceitos, cf. ECO, 2012, p. 16-18.

³⁹⁴ Cf. *Ibid.*, p. 16.

³⁹⁵ Cf. NEVES, Castanheira, 1993, p. 115-116.

em geral. Desta forma, o significado do texto escrito também serviria, tal como serve de ponto de partida para a construção da norma, como limitação estrutural à interpretação, adequando-se esta atividade à ideia de que um texto deve ser o parâmetro inicial de suas interpretações, ainda que “cada nova interpretação enriqueça nossa compreensão daquele texto, ou seja, embora cada texto seja sempre a soma de sua manifestação linear mais as interpretações que dela foram dadas”³⁹⁶.

Dentro deste contexto, do texto legislativo como um ponto de partida (do texto da norma à norma da norma) para a fixação dos limites da interpretação, seria possível ainda opor a dificuldade de que o teor verbal das leis importaria numa textura aberta; esta irreduzível abertura semântica tornaria impossível precisar seguramente os significados utilizados por meio dos textos legislativos³⁹⁷.

Este argumento mostrar-se-ia prejudicado ao confrontar a linguagem natural com a jurídica e percebermos que o discurso jurídico, com sua específica intenção normativa, autonomiza-se da linguagem natural, criando todo um universo de objetos semióticos com uma natureza semântica particular³⁹⁸, o que traz consigo um quadro de significâncias que a torna mais específica do que a linguagem natural e pode oferecer a possibilidade dos textos legislativos como limites da interpretação.

Muito embora ainda possa parecer importante, ao menos como ponto de partida da atividade interpretativa, uma intenção subjetiva sobre a vontade do legislador, é evidente a autonomia que o texto adquire a partir de sua criação (finalização do processo legislativo) e o destaque dos novos horizontes de significação, fornecidos tanto pelo ambiente cultural-comunitário quanto pelos elementos translegais que compõem o sistema, que o intérprete é obrigado considerar no momento de constituição do conteúdo normativo, independentemente do sentido literal, elementos estes que tornam uma suposta vontade do legislador uma questão suplementar de menor importância.

Reputando que os pontos de partida da interpretação jurídica são o caso concreto, que leva o intérprete a levantar a problemática da norma aplicável³⁹⁹, e o texto legislativo (a mobilização dos outros elementos para a construção da norma em si é realizada apenas durante o processo interpretativo), seria possível a definição de três intenções significantes: *intentio auctoris*, *intentio operis* e *intentio lectoris*⁴⁰⁰.

³⁹⁶ ECO, 2012, p. 16.

³⁹⁷ Cf. NEVES, Castanheira, 1993, p. 117.

³⁹⁸ Cf. Id., 2010i, p. 323.

³⁹⁹ Cf. Id., 1993, p. 205.

⁴⁰⁰ Cf. ECO, op. cit., p. 6.

Tendo a interpretação jurídica um cenário mais particular do que em ambientes estéticos ou hermenêuticos, a intenção principal da interpretação não é a busca das intenções do legislador, mas sim as da norma e as do juiz, que aqui ocupa a figura do leitor dentro do léxico semiótico.

Como a interpretação, no modelo metodológico aqui já exposto, volta-se à problemática do caso concreto; o mesmo serve como outro limite, já que ocupa a figura de *prius* metodológico, “a perspectiva problemático-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido”⁴⁰¹, sendo que o juiz, ao construir a real norma, sentido normativo obtido a partir das respostas às perguntas seguindo o modelo dialético sistema-problema, não pode vir a fixar significâncias que transcendam a questão delimitada pelo caso jurídico como centro do problema que demanda solução.

No cenário de casos-limite, aqueles onde há uma concreta problemática a ser solucionada, mas inexistente qualquer regulação normativa, também poderíamos nos interrogar sobre até onde pode ir a interpretação como construção de sentidos normativos. Esta seria uma clássica situação de ausência, pelo menos evidente, de limites da interpretação que, virtualmente, remeteria o juiz à discricionariedade⁴⁰² por meio da inafastabilidade da jurisdição⁴⁰³, mas também uma conjuntura de indagação sobre os espaços livres de direito⁴⁰⁴ e os limites intencionais deste e de sua validade, âmbito este situado além das fronteiras do eixo temático de nossa investigação⁴⁰⁵.

No quadro da Teoria da Constituição, a interpretação constitucional, embora se fale de uma dificuldade em distinguir as duas⁴⁰⁶, possui meandros mais específicos e outros elementos podem afigurar-se como limites à atividade interpretativa do juiz no momento de concretização constitucional.

A interpretação constitucional afigura-se como uma atividade mais pungente dentro do Estado de Direito se repararmos o fato de que a Constituição, mais do que as leis, mostra-se como uma condensação da vontade popular, o que gera uma tensão entre *Vox populi* e a

⁴⁰¹ NEVES, Castanheira, 1993, p. 142.

⁴⁰² Em sentido contrário, cf. *Ibid.*, p. 206.

⁴⁰³ Dentro dos sistemas do *civil law*, este princípio apresenta traços de uma quase universalização, estando insculpido tanto no ordenamento jurídico português (art. 8º n. 1 do Código Civil), quanto no brasileiro (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), italiano (art. 12 do Codice Civile), dentre outros.

⁴⁰⁴ Cf. NEVES, Castanheira, *op. cit.*, p. 207 e ss.

⁴⁰⁵ Mesmo configurando-se uma questão relevante, mas situada fora do âmbito deste estudo, este aspecto metodológico da necessidade de uma decisão onde não há regulação normativa que forneceria critérios para o ato judicativo-decisório, para além da doutrina dos espaços livres de direito, temos o cânone clássico do “juiz como se fosse legislador”. Para uma abordagem desses problemas, cf. NEVES, Castanheira, 1967, p. 308 e ss.; *Id.*, 1993, p. 283 e ss.

⁴⁰⁶ Cf. RUGGERI, Antonio. Teoria e Usi della Costituzione. *Quaderni Costituzionali*, a. XXVII, n. 3, 2007, p. 519.

questão da legitimidade dos juízes e dos Tribunais Constitucionais para evidenciar o que na realidade seria a Constituição, instalando aí uma lógica de desconfiança no interior da democracia.

Dentro da tarefa de interpretação constitucional, surge uma dificuldade resultante do *status* hierarquicamente superior das normas constitucionais, que é a maior abertura destas normas e, por conseguinte, um maior espaço de conformação do intérprete para densificar o conteúdo da norma, o que acarreta um confronto entre programa normativo (ordenação expressa pelo texto literal/enunciado linguístico) e espaço de interpretação (âmbito de concretização compatível com o texto da norma).

Ao tentarmos fixar limites à interpretação nos casos constitucionais, não se pode partir de uma premissa ingênua da Constituição que a veja apenas como um texto, seu entorno (contexto) e uma série de pressuposições supratextuais (pré-texto)⁴⁰⁷, visto que além das questões prévias que vinculam o poder constituinte, que serão transpostas também à Carta Política, e a interpretação dos critérios normativos que emergem do texto constitucional, ao interpretar a Constituição deve-se revisitar o seu programa político-normativo, que deve ser sempre lembrado, e suas possíveis adaptações às dinâmicas mudanças contextuais que se operam no seio da sociedade com o fim de evitar uma espécie de hermetismo constitucional.

A fixação de limites à interpretação da Constituição é uma atividade imprescindível para evitar uma espécie de total reinvenção da mesma pela jurisdição constitucional, ou ainda, o surgimento de uma espécie de pós-estruturalismo interpretativo⁴⁰⁸.

Apesar de já termos listado alguns limites à interpretação, acreditamos ainda ser necessário relacionar mais um elemento peculiar ligado à interpretação constitucional, dada a sua especificidade, ou até mesmo uma pretensa superioridade da interpretação constitucional em relação às outras modalidades de interpretação jurídica⁴⁰⁹.

Catalogamos como limite à interpretação constitucional o programa político da Constituição. Longe de intentarmos defender aqui o renascimento das investigações quase metafísicas da busca da vontade do legislador, tentamos enxergar a atividade interpretativa também como um constante interrogar o programa político da Constituição, visto que se mostra como inviável, ou até mesmo uma fraude, intentar densificar o conteúdo das normas

⁴⁰⁷ Cf. RUGGIERI, 2007, p. 521.

⁴⁰⁸ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 1199; LINHARES, José Manuel Aroso. Autotranscendentalidade, Desconstrução e Responsabilidade Infinita: os Enigmas de Force de Loi. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 1, p. 555-556.

⁴⁰⁹ Cf. ATIENZA, Manuel. *Los Límites de la Interpretación Constitucional: de Nuevo sobre los Casos Trágicos*. Isonomía, n. 6, 1997, p. 7.

constitucionais num contexto apartado do programa político que inspirou a criação de uma Carta Magna.

É a partir do prospecto político que se constrói o programa normativo de uma Constituição, elemento que inicialmente inspira a interpretação constitucional e também os trabalhos parlamentares de legislação complementar (legislação como execução, aplicação e conformação⁴¹⁰), devendo-se afirmar tal conteúdo em cada ato interpretativo da Carta Política, onde o trabalho do intérprete não se situe exteriormente ao espaço de interpretação dedutível a partir da Constituição, seu programa e domínio normativos.

Contudo, sendo possível objetar a possibilidade da chamada transição constitucional⁴¹¹ contra o argumento do programa político como limite à interpretação, deve-se salientar que as mudanças informais dos compromissos políticos da Constituição não se operam dentro de ambientes interpretativos, mas sim nos círculos político-institucionais que influenciam a dinâmica política e os dados da realidade que envolvem a interpretação constitucional.

A transição constitucional não pode originar-se da interpretação jurídica em si, mas da dinâmica política externa ao trabalho dos juízes, sob pena de nos arriscarmos em legitimar “alterações manifestamente in comportáveis pelo programa da norma constitucional”⁴¹².

Em suma, o respeito ao programa político-normativo da Constituição como uma espécie de limite à interpretação constitucional importa numa tentativa de conciliação entre flexibilidade e firmeza da própria Constituição, ou ainda, a sensibilização da Teoria da Constituição com o dinamismo da vida comunitária⁴¹³, onde o intérprete buscará adequar o programa e a esfera normativa sem contrariar a estrutura jurídico-política na qual a mesma se encontra assentada.

Ao final de tudo o que foi dito sobre esta dimensão, temos como nosso aspecto metodológico de controle da atividade judicante quatro caracteres que podem ser relacionados como limites à interpretação.

a) O *texto escrito*, por mais que possamos falar hoje em diversos estratos normativos para a construção das normas jurídicas⁴¹⁴ em detrimento do cânone positivista de identificação entre *jus* e *lex*, é o texto da lei ainda o sentido de uma condensação histórica da contingência comunitária, um instrumento político e uma direção a ser lembrada sempre que

⁴¹⁰ Cf. CANOTILHO, 2001, p. 216-218.

⁴¹¹ Sobre o conceito de transição constitucional como revisão informal do programa político-constitucional, cf. CANOTILHO, 2003, p. 1228.

⁴¹² *Ibid.*, p. 1229.

⁴¹³ Cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Introdução ao Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 175.

⁴¹⁴ Cf. NEVES, Castanheira, 1993, p. 155-157.

um caso concreto requerer a (re)construção do sentido de uma norma jurídica; ele é o material inicial de toda interpretação a partir do qual evita-se uma virtual infinitude significativa e possibilita-se o enriquecimento do sentido do texto ao somar-se as interpretações que dele partem e é em suas margens e limites onde se delineará a criação judicial do direito⁴¹⁵.

b) A *linguagem jurídica* também serve como limite à interpretação; não temos em vista aqui o claro sentido negativo dos limites extensivos que a linguagem normativa pode vir a ter, como defendido por Carrió⁴¹⁶, mas o raciocínio de a linguagem normativa expressar significados mais precisos do que a linguagem natural faz, criando certas limitações relativas ao que se pode fazer/construir a partir do trabalho interpretativo.

c) O *caso jurídico* também consiste numa demarcação da atividade interpretativa. A adesão ao modelo metodológico tido pela denominação de jurisprudencialista evidencia a relevância do caso concreto como elemento essencial da interpretação e construção de sentidos normativos, ou seja, o intérprete não poderá, por meio de sua atividade, extrapolar os limites que a controvérsia de um caso concreto demanda. É a partir da perspectiva problemático-intencional que se definem tanto o conteúdo das normas quanto os limites intensivos e extensivos da interpretação.

d) Por fim, como um limite específico da interpretação constitucional, temos o *programa político-normativo da Constituição* como a última das balizas à atividade interpretativa. Da mesma forma que a interpretação em geral pode oferecer múltiplas possibilidades, este horizonte também se abre no âmbito da interpretação constitucional. A proteção do programa político-normativo da Constituição implica numa defesa do momento histórico-cultural que a gerou e das tarefas normativo-estruturantes que ela assume a partir do seu texto, o que constitui tanto seu específico programa normativo como espaço de interpretação a ser respeitado pelo intérprete no momento de concretização e densificação dos conceitos contidos na Constituição, sob pena de recriar-se a mesma em termos estranhos ao original sentido da *constitutio scripta*, instalando-se um poder constituinte interpretativo judicial, o que implicaria no fim na ideia de rigidez constitucional.

4.3 A dimensão institucional

Por fim, chega-se à última dimensão das propostas de controle, talvez a mais problemática, que é a institucional.

⁴¹⁵ Cf. URBANO, 2011, p. 21.

⁴¹⁶ Cf. CARRIÓ, Genaro. *Sobre los Límites del Lenguaje Normativo*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

A dificuldade em formular questões ligadas a controles institucionais reside no fato de que, usualmente, busca-se resolver os obstáculos ligados ao controle institucional de um poder com a criação de um órgão externo de moderação, quase uma espécie de *Deus ex machina*, tal como o brasileiro Conselho Nacional de Justiça ou os europeus Conselhos da Magistratura, uma solução circular que não satisfaz a vicissitude, mas, ao contrário, agrava-a, por criar um suprapoder que, longe de resolver a questão, acentua a situação do exercício de poderes sem um manto efetivo de fiscalização e controle, tornando cada vez mais pressuroso repetirmos a máxima de Juvenal: *Quid custodiet ipos custodes?*

De fato, não cremos na possibilidade de criação de um órgão externo de controle da atividade judicial afigurar-se como solução única institucionalmente eficaz para o problema do ativismo judicial.

Sob nossa ótica, a simples ideia de *self-restraint* num contexto isolado mostra-se como elemento de pouca utilidade para um controle institucional se for desacompanhada da reafirmação da ideia de uma ética da responsabilidade; desta decorreria uma responsabilidade estritamente jurídica, não da ética de uma responsabilidade infinita, que teria como sua principal consequência uma reafirmação da responsabilidade judicial.

Essencialmente, a autocontenção só pode ser vista como um meio eficaz de controle se for, necessariamente, acompanhada de uma ética da responsabilidade e a ratificação de um sólido sistema de responsabilidade judicial.

Historicamente, a gênese da expressão autocontenção judicial vincula-se também à práxis da Suprema Corte estadunidense, mais especificamente ao *dissenting vote* do Chief Justice Stone no caso *United States v. Butler*⁴¹⁷, onde o mesmo assevera que, enquanto os outros poderes poderiam ser controlados pela via judicial, a única moderação ao poder dos tribunais seria o sentido pessoal da autocontenção de cada juiz⁴¹⁸.

A autocontenção judicial conecta-se com a ideia de que a “*rule of law* não pode transmutar-se ou ser substituída pela *law of judges*”⁴¹⁹ e o exercício do controle judicial ater-se-ia a dois limites muito bem delineados: o que se encontra contido no texto escrito da Constituição e a vontade eleitoralmente legitimada dos órgãos de governo⁴²⁰.

Para além disto, a concepção de autocontenção judicial está inofismavelmente entrelaçada com intenções originalistas⁴²¹, com a teoria das *political questions*⁴²², com o

⁴¹⁷ 297 U.S. 1 (1936).

⁴¹⁸ Cf. URBANO, 2012a, p. 102.

⁴¹⁹ CANOTILHO, 2003, p. 1195.

⁴²⁰ Cf. URBANO, op. cit., p. 102-103.

⁴²¹ Cf. Ibid., p. 103.

princípio da deferência⁴²³ e, mais ainda, com a separação dos poderes. Contudo, há uma ideia mais arraigada ainda à autocontenção, que seria uma ética da responsabilidade. Mirando este aspecto, seria interessante abordarmos a ideia jurídica de responsabilidade que seja eficazmente utilizada para uma tipologia da responsabilidade judicial, algo de muita importância em nosso esforço de delinear uma dimensão institucional de controle do poder judicial.

As visões liberais de mundo maximizam a ideia de liberdade, muitas vezes obliterando o reverso da medalha, que é uma das garantias da autonomia humana, a responsabilidade. O resultado disto é que hoje passamos por uma grave crise relativa à responsabilidade e aos deveres fundamentais que garantem a liberdade, tanto em termos filosóficos quanto na própria dogmática constitucional⁴²⁴.

Relativamente às questões éticas que ilustram o debate sobre a responsabilidade, é perceptível que o desabrochar da modernidade buscou lançar as bases de uma nova moral. Esta seria construída em termos emancipados da moral religiosa; contudo, ela não conseguiu desvencilhar-se do selo teológico que é o conceito absoluto de dever⁴²⁵.

Nos últimos sessenta anos experimentou-se um radical processo de clivagem que deu origem a uma ética onde o conceito de dever se encontra esvaziado, numa posição crepuscular, dimanando numa sociedade que, “longe de exaltar os mandamentos superiores, os eufemiza e os desacredita, desvaloriza o ideal de abnegação estimulando sistematicamente os desejos imediatos, a paixão do ego, a felicidade intimista e materialista”⁴²⁶.

Assim, sociedade do pós-dever, ou pós-moralista, caracteriza-se por uma cultura cotidiana da substituição do bem e da virtude pelo bem-estar individual, de uma ética composta por direitos individuais que só busca reconhecer os interesses próprios, negando-se uma concepção societária baseada no bem coletivo em favor de uma lógica utilitarista de autossatisfação.

As consequências do aflorar desta sociedade pós-moralista são perceptíveis. Não se observa um progresso humanístico, tal como era pretendido pelo projeto da modernidade, mas uma profunda decadência, se compararmos o que a sociedade ocidental foi, o que aspirava

⁴²² Cf. *Ibid.*, p. 103-104.

⁴²³ Cf. *Ibid.*, p. 103.

⁴²⁴ Cf. NABAIS, José Casalta. Dos Deveres Fundamentais. In: _____. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007b, p. 197 e ss.

⁴²⁵ Cf. LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever: a Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos*. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2004, p. 15.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 16.

transmudar-se e o que atualmente é. Onde se acreditou que seriam encontrados avanços, apenas desolação e degeneração são engendradas pela cultura formada à margem do dever⁴²⁷.

De toda forma, a responsabilidade (e a genealogia ética nela implicada), mesmo que não possa ser compreendida como no princípio da modernidade, deve ser ratificada e usada como uma espécie de resistência à vaga do pós-dever. Só assim poderemos validar a autonomia do direito, que não pode coexistir numa sociedade onde apenas subsiste a egoística perspectiva de direitos sem sua contraparte responsabilizante.

O primeiro ponto de um programa que vise à questão da responsabilidade judicial é revisitar o conceito jurídico de responsabilidade.

A concepção de responsabilidade jurídica mostra-se, desde o princípio, como uma espécie de evolução relativamente ao conceito arcaico de responsabilidade, que tinha um caráter muito mais ligado ao responder perante os deuses comunitários, e melhor se delinea a partir de Roma, na compreensão de uma dimensão estritamente jurídica que, embora não ignorasse seu sentido ético, orientava-se fundamentalmente pela ideia de dano e da reparação⁴²⁸.

O sentido da responsabilidade que pode entender-se como assumido pelo paradigma europeu, e molde da sociedade ocidental, é aquele modelo de responsabilidade de sentido ético que orbita em torno de três pontos essenciais: 1) distinção entre responsabilidade, que possui o sentido ético de descumprimento de um dever prescrito, e culpabilidade, esta última assumindo a acepção da imputabilidade penal e suas especiais consequências; 2) um paralelismo entre responsabilidade penal, que elege a pena como consequência à sua violação, e responsabilidade civil, que tem no dano e na reparação os principais efeitos relativamente dos deveres éticos; 3) a transição do caráter pessoal, tal como o era a responsabilidade penal, para uma índole eminentemente patrimonial da responsabilidade civil⁴²⁹.

Rejeitando ideias como a do discurso cínico do pós-dever, com existência de uma moral ou responsabilidade sem dever e até mesmo uma virtude indolor, onde a pessoa seja solidária, mas simultaneamente, a virtude não pode impor sacrifícios ao eu⁴³⁰, ou da diluição da responsabilidade por meio do paradigma do sistema social⁴³¹, devemos insistir na responsabilidade como algo que convoca virtudes humanas (respeito, civismo e cuidado) contrariantes de matrizes comunicativas anônimas (mercado, sistema) que objetivam reduzir a

⁴²⁷ Cf. *Ibid.*, p. 19-20.

⁴²⁸ Cf. NEVES, Castanheira. Pessoa, Direito e Responsabilidade. In: _____, *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2010m, v. 3, p. 131.

⁴²⁹ Cf. *Ibid.*, p. 132.

⁴³⁰ Cf. LIPOVETSKY, 2004, p. 151.

⁴³¹ Cf. NEVES, Castanheira, *op. cit.*, p. 145-148.

existência humana a um simples papel funcional e que invita à reflexão voltada aos valores, princípios e convicções⁴³².

A responsabilidade, entendida como “objetivação de uma imputação normativa com o sentido [...] que só um responsável pode assumir”⁴³³, apenas ganha terreno num espaço comunitário marcado pela alteridade e pela lógica do reconhecimento instituinte de deveres (para consigo e com os outros) que importam em exigências excluídas do arbítrio individual.

A partir disto, é possível observarmos três essenciais níveis de responsabilidade; o nível aqui convocado não é aquele da responsabilidade perante a humanidade ou perante o outro⁴³⁴, mas essencialmente uma responsabilidade perante o direito.

Dentro de uma perspectiva estritamente jurídica, a responsabilidade deve ser uma entidade necessariamente limitada, fundamentada por dois princípios: o da igualdade e da corresponsabilidade. Deste último ainda derivam três consequências informativas da responsabilidade jurídica: a responsabilidade perante as condições da existência comunitária (a posição de responsável que cada um ocupa na construção das condições de existência histórico-social da comunidade), responsabilidade por reciprocidade (que acarreta numa execução justa da normatividade comunitária implicada no direito) e a responsabilidade por integração comunitária (que, inspirada pela ideia de justiça, utiliza-se da ideia de responsabilidade não com o intuito principal de reparação ou recomposição do dano, mas de restaurar o equilíbrio e impedir a realização social de uma pessoa em detrimento da outra)⁴³⁵.

A defesa da independência do poder judicial preconiza, em geral, o juiz como um ente relativamente irresponsável, tal como um resquício da doutrina do *The King can do no wrong*⁴³⁶, como forma de garantir o desempenho da função judicial sem pressões e receios. Ou, quando muito, ventila-se a responsabilidade penal ao caracterizar-se desvio de função, a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional (que não é imputada a ele diretamente, mas uma consequência civil reflexa de sua atividade) ou ainda uma responsabilidade administrativa de caráter disciplinar exercida por órgãos ou competências correicionais.

Para a dimensão de controle institucional pretendida por esta investigação, vemos como significativo ressaltar uma responsabilidade constitucional do poder judicial, visto que

⁴³² Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Os Novos Desafios da Responsabilidade: Irritar e Responder. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXXVII, p. 533-534, 2011.

⁴³³ NEVES, Castanheira, 2010m, p. 149.

⁴³⁴ Cf. *Ibid.*, p. 153-154.

⁴³⁵ Cf. *Ibid.*, p. 156-158.

⁴³⁶ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 25-26.

“um poder não sujeito a prestar contas representa uma patologia”⁴³⁷ e uma posição que não se coaduna com o Estado democrático.

Já nos reportamos diversas vezes nesta investigação sobre o crescimento do poder judicial nas sociedades contemporâneas. Da mesma forma que se experimenta este fenômeno, deve-se ter também em mente a acentuada relevância da questão da responsabilidade judicial⁴³⁸.

A chamada responsabilidade constitucional, que é deduzida a partir da compreensão material das estruturas organizatório-funcionais do Estado constitucional⁴³⁹, enreda na consideração de três dimensões: a) o reconhecimento ao sujeito da responsabilidade de alguma discricção de atuação ou liberdade de decisão; b) a imposição da responsabilidade impõe um contraponto à discricionabilidade exigindo a vinculação funcional por meio da observância de certos deveres jurídicos para o cumprimento de certas tarefas, ambos contidos nas normas constitucionais; c) a responsabilidade evidencia-se por meio da existência de sanções jurídicas ou político-jurídicas, caso seja observável o descumprimento ou insuficiências das tarefas imputadas aos órgãos constitucionais⁴⁴⁰.

Em termos organizatório-funcionais, é sabido que cada órgão constitucional possui um núcleo essencial. A especificação constitucional de tais poderes e seus núcleos, mesmo que de forma implícita, demonstra que o poder constituinte projetou, por meio da separação dos poderes, uma série de atividades a serem legitimamente desempenhadas por cada órgão.

O ativismo judicial, como já bem delineado, importa que o poder judicial desempenhe, de forma ilegítima, os núcleos funcionais dos outros poderes, seja pela vontade do julgador, ou sob o argumento de cumprimento das tarefas constitucionais irrealizadas por suas contrapartes. Tal hipertrofia desafia a separação dos poderes e requer medidas que, ao controlar o poder judicial, tragam de volta o equilíbrio à dinâmica dos poderes como especificado no texto constitucional.

Fica bastante claro que o conceito de responsabilidade constitucional pode englobar também o de responsabilidade política dos governantes. Contudo, defendemos que a responsabilidade judicial, como uma modalidade de responsabilidade jurídica, pode também por aquela ser abrangida sem que importe numa politização do conceito.

Não se defende aqui a existência de uma responsabilidade política dos juízes. Seria, aliás, até um contrassenso falar nela em sistemas onde o recrutamento do corpo de

⁴³⁷ Ibid., p. 18. No mesmo sentido, cf. URBANO, 2009a, p. 181.

⁴³⁸ Cf. CAPPELLETTI, 1989, p. 19.

⁴³⁹ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 542.

⁴⁴⁰ Cf. Ibid., p. 544.

magistrados não se dá com base na confiança política⁴⁴¹. Consideramos é que o fato da especificação do poder e da função judiciais como atividades constitucionais não impossibilita submeter a atividade dos juízes a um controle por meio da responsabilidade constitucional, cominando-se as sanções jurídicas e político-jurídicas que se mostrem compatíveis com as violações perpetradas contra os núcleos funcionais constantes da Constituição.

Poder-se-ia objetar que a responsabilidade constitucional, cotejada em direção à responsabilidade judicial, não seria uma responsabilidade especificamente jurídica, ou, ainda, que sua juridicidade seria, no mínimo, nebulosa⁴⁴².

Sabe-se que a Constituição busca estabelecer limites ao exercício dos poderes políticos; ou seja, a partir de si emerge uma força normativa capaz de criar obrigações jurídicas de eficácia geral, não obstante a acentuada generalidade das normas constitucionais. Desta forma, ratifica-se aqui a viabilidade de existência de uma responsabilidade judicial construída a partir do cotejamento entre a atividade do juiz e possíveis violações à Constituição.

Não se mostra oportuno abordar aqui as minúcias processuais que envolvem este processo de responsabilização, tais como a forma de positivação de tais infrações à ordem constitucional (se na própria Carta Política ou se em legislação infraconstitucional), o órgão ao qual se possa endereçar uma espécie de reclamação, quem processará tal queixa e o seu *iter* procedimental. O que queremos evidenciar é a viabilidade do uso da própria Constituição com o objetivo de combater o ativismo judicial.

A finalidade aqui não é preconizar um modelo repressivo de responsabilidade do juiz que pretenda moldar um poder judicial submisso e subserviente, em tudo sujeito aos demais poderes do Estado, mas a busca de um modelo que possa ser capaz de perseguir o equilíbrio entre independência e responsabilidade, um arquétipo de responsabilidade judicial que possa inibir comportamentos ativistas ao máximo.

Não temos a ilusão da possibilidade de aniquilar o fenômeno do ativismo judicial, até porque, dentro da realidade do Estado social, ele é uma prática que ronda a jurisdição em maior ou menor grau e, muitas vezes, é necessário que os juízes tomem um posicionamento mais ativo (criação judicial)⁴⁴³, mas que o labor dos juízes paute-se no respeito à Constituição, nos deveres dela emergentes e na lealdade institucional subjacente à questão dos núcleos funcionais essenciais.

⁴⁴¹ Cf. AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judicial: Independência in Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 145.

⁴⁴² Cf. CAPPELLETTI, 1989, p. 42.

⁴⁴³ Cf. *Ibid.*, p. 22.

5 À GUIZA DE CONCLUSÃO

Ao chegar ao fim deste estudo em três tempos, mostra-se como necessária a exposição de algumas considerações edificadas no decorrer do processo de investigação e já, de forma antecipada, rebater algumas possíveis críticas, pelo menos as mais óbvias, que se possam objetar aos resultados desta investigação.

Iniciamos o trabalho com a proposta de investigar o problema do ativismo judicial frente à separação dos poderes com o específico objetivo de construir, ao final, três propostas que, longe de se mostrarem definitivas, funcionassem como um delineamento de possíveis saídas ao crescimento excessivo do poder judicial na atualidade, salvo melhor juízo.

Em relação ao princípio constitucionalmente estruturante da separação dos poderes, o que há a dizer é que o mesmo é fruto da experiência política da modernidade.

Não obstante as primitivas contribuições da antiguidade clássica e de outras realidades políticas pré-modernas⁴⁴⁴ percebe-se que a crônica lockeana da realidade político-institucional inglesa e a adaptação e divulgação destes postulados dentro da vida política europeia continental por Montesquieu, mas não sem algumas distorções interpretativas e temporais a partir da publicação de *L'Esprit des Lois*, foram o estágio inicial da separação dos poderes.

O que se pode ver hoje é que este princípio se encontra dinamizado por questões funcionais, que impedem que o mesmo caduque ante a hipervelocidade dos atuais “tempos líquidos”, não importando isto numa pós-moderna inexistência da separação dos poderes.

Quanto à crise relativa ao parlamento, como bem ressaltado, a mesma refere-se não à instituição, acreditamos que o mesmo pode ser reinventado, mas não abolido pelos motivos já declinados. Atualmente a crise refere-se, na verdade, ao governo parlamentar que não tem reagido muito bem ao processo de massificação da democracia e à perda da posição de supremacia dentro do esquema organizatório do Estado constitucional.

Dentre a inúmera gama de problemas que afligem a relação entre os poderes no contexto da crise do governo parlamentar, resolvemos falar sobre apenas quatro deles que, em nossa modesta opinião, seriam essenciais: a) a alteração da estrutura social de uma sociedade homogênea para um âmbito de complexidade societária; b) o conceito iluminista de lei e as demandas numa sociedade complexa; c) a preponderância da função governativa em detrimento da deliberação parlamentar e, por fim, d) o poder judicial, em especial a atividade dos Tribunais Constitucionais, como fator de interferência na atividade do parlamento.

⁴⁴⁴ Cf. SILVESTRI, 1979, p. 39 e ss.

Eles se mostraram importantes para a investigação ao nível de que um olhar crítico sobre estes problemas evidencia algumas dificuldades que o princípio da separação dos poderes, mesmo numa versão dinamizada, enfrenta.

Acabou que a soma de tais fatores serviu como uma espécie de *overture* apto para disseminar uma postura patológica na atividade judicante, motivada tanto pelo elemento volitivo dos magistrados ou ainda sob o pretexto de cumprimento de tarefas constitucionais, aprimoramento da legislação e até mesmo preenchimento de vazios normativos, numa espécie de círculo vicioso no qual não há um refreamento das posturas ativistas por parte do poder judicial, uma atenção aos requisitos para o recurso ao executivo legislador e até mesmo a autoafirmação do parlamento ao tentar retomar a seara da legislação, que é um de seus âmbitos específicos mais típicos.

No segundo tempo da investigação, dedicamo-nos a falar sobre o ativismo judicial sob uma perspectiva político-metodológica.

As conclusões que podemos relacionar aqui são as da transformação da jurisdição para algo além da função clássica relacionada pelo positivismo.

A radicalização da independência judicial faz surgir um quadro institucionalmente complicado, com uma função judicial permeada pelo ativismo judicial que, não obstante o reconhecimento de uma função mais criativa da atividade jurisdicional possibilitada pela atual inadequação do modelo de generalidade e abstração da lei, evidencia-se como algo dividido entre a politização de um poder neutro (o judiciário), o funcionalismo e a práxis emancipatória.

Em termos da politização do poder judicial, que não se confunde com a judicialização da política, a constituição do mesmo como um poder neutro adéqua-se à lógica do processo judicial, onde a decisão sobre alguma controvérsia recairá sobre alguém que não é parte, mas encontra-se investido pelo Estado das competências e poderes necessários a dirimir o conflito. A partir do momento em que o poder judicial encontra-se num franco processo de politização, ele perde a possibilidade de funcionar como um órgão que possa dirimir os conflitos comunitários, pois abandona a função de executar o direito decorrente da deliberação política para, por meio de um decisionismo, criar ele próprio as diretrizes políticas e aplicá-las ao caso concreto.

Ao afirmar que o ativismo judicial constitui-se como uma prática de funcionalismo material, importa concluir que o juiz assume-se como um verdadeiro *social engineering*, que não buscará cumprir a intencionalidade axiológico-comunitária por meio da aplicação, concretização e interpretação do direito, mas fará uso da jurisdição como uma forma de

aplar os conflitos sociais mediante o uso do processo judicial como uma ferramenta utilitária, prejudicando a autonomia do direito ao transformar o direito num instrumental da ação política.

Quanto à práxis emancipatória, ela tem um papel análogo ao do funcionalismo, mas o uso político do direito nesta modalidade de ação não é a de fazer do direito uma ferramenta da política que existe, mas sim um móbil de uma política do devir, ou seja, seria uma instrumentalização do direito com o objetivo da transformação do mundo, o direito como práxis da liberdade e acelerador da história ou das mudanças legislativas.

Sobre o neoconstitucionalismo, que também foi alvo de críticas na investigação, sua base teórica, nada mais, nada menos, é a mesma de que se serve o ativismo judicial para constituir-se como prática jurisdicional, ou seja, a reinvenção e criação do direito e da Constituição a partir de premissas vagas, dificilmente legitimáveis, no quadro organizatório da separação dos poderes com o desiderato de conferir ao poder judicial uma larga margem de discricionariedade tal que os juízes comecem em exercer sua atividade em termos de uma racionalidade político-finalística.

A partir deste cenário jurídico-político, buscamos delinear três propostas de controle do poder judicial, uma política, outra metodológica e, por fim, uma institucional.

A dimensão política do controle do poder judicial passa pelo fortalecimento da ideia de processo político, sendo este um postulado circular de mediação entre Estado e sociedade para a constituição do direito de forma a apalar os conflitos existentes no âmago do tecido social.

Fica claro que o fortalecimento do processo político expõe dois pontos importantes: a ênfase de um parlamento forte e que exerça, de forma satisfatória, a função legislativa e a representação política como forma de canalizar os interesses existentes legítimos dentro da sociedade.

Seria possível opor duas dificuldades essenciais a estes postulados subjacentes ao processo político.

Em primeiro lugar, vimos alguns dos problemas que envolvem o governo parlamentar na atualidade; então, como insistir que o fortalecimento do mesmo possa ser uma solução de espectro político para o ativismo judicial?

Vemos o fortalecimento do parlamento como uma conquista importante para o problema do ativismo judicial. Não se trata de reafirmar o decadente postulado da supremacia parlamentar em detrimento dos outros poderes, ou do mesmo como portador da vontade geral, mas, a partir do momento em que o parlamento volte a ser um órgão forte, não estando

comprimido entre os hipertrofiados poderes executivo e judicial, ao cumprir sua função de ser um grande foro de debate com o objetivo de gerar a legislação, estariam garantidas as condições, ao menos mínimas, para um real diálogo institucional entre os poderes, onde nenhum esteja em posição hierarquicamente superior, mas, que o desempenho de cada uma das funções num nível satisfatório demarcaria de forma mais precisa os limites da atuação de cada um dos órgãos com dignidade constitucional.

À medida que a legislação, ao menos em seu espectro mínimo, uma vez que a modificação atual da jurisdição ressalta seu caráter criativo, é levada a cabo por quem de direito, seria mais difícil a usurpação das funções constitucionais essenciais, sendo possível vislumbrar a função legislativa retornar ao seu exercício legitimado.

Em segundo lugar, pode-se levantar uma crítica relativa à representação política, às distorções contidas atualmente nela e às influências negativas que poderia dimanar à estrutura do processo político.

Não querendo adentrar no tema da crise da representação política, são notórias todas as dificuldades atuais do parlamento em funcionar como espelho dos interesses da sociedade e o hoje incerto papel dos partidos políticos.

Todavia, acreditamos que a defesa de um pluralismo político em nível efetivamente poliárquico⁴⁴⁵, ou seja, um sistema democrático-participativo onde estejam garantidos, como instituições e processos reais, a dimensão eficazmente participativa da sociedade, eleições livres e justas, sufrágio inclusivo, amplitude da possibilidade de exercer o direito passivo de sufrágio, liberdade de expressão, pluralidade de fontes informativas e autonomia associativa⁴⁴⁶, tais condições poderiam lançar alguma luz sobre alguns problemas que restem ainda como elucidados dentro do processo político.

Seria este um panorama que poderia fornecer algumas respostas aos críticos que esgrimem argumentos sobre a incapacidade das clássicas modalidades de representação política a fazer presentes os interesses políticos legítimos em nível deliberativo.

A proposta metodológica insere-se dentro da fixação de limites à interpretação, uma vez que o problema do ativismo judicial é, também, por muitas vezes, um problema com íntima ligação à interpretação jurídica.

O ativismo judicial, ao preencher espaços normativos, adaptar ou corrigir normas existentes, muitas vezes age inspirado por um conceito deturpado de interpretação jurídica, não tão restrito como os tradicionais cânones do positivismo jurídico, mas também muito

⁴⁴⁵ Sobre o conceito de poliarquia, cf. DAHL, 2012, p. 350.

⁴⁴⁶ Cf. Ibid., p. 350-351.

além de uma atividade mediadora, como era de se esperar a partir da proposta do modelo metódico explicitado durante a investigação.

Apenas com uma precisa fixação dos limites interpretativos da atividade jurisdicional pode-se evitar o uso pragmático, e também instrumental, dos textos legais ou até mesmo que, por meio de um esforço interpretativo, os juízes possam criar sentidos dificilmente encontráveis nos textos normativos ou reinventar a legislação ordinária e a própria Constituição a partir da interpretação.

Desta forma, já que muitos seriam os possíveis limites à interpretação que poderiam ser explicitados, principalmente se fôssemos enveredar de forma mais profunda nos domínios da semiótica ou da teoria da linguagem, optamos por evidenciar quatro, três de natureza de uma metódica geral e um voltado à metódica constitucional.

No decorrer da investigação fizemos uma explícita opção por um determinado modelo metódico voltado à decisão jurídica, o modelo que, a partir dos escritos de Castanheira Neves de meados dos anos 90, fica conhecido como jurisprudencialismo. Desta forma, poderia parecer contraditório, após esta escolha metódica, fixar o texto escrito como um dos possíveis limites à interpretação.

Sabe-se que no jurisprudencialismo, por meio de uma revisão do problema das fontes do direito, haveria uma mitigação do papel da lei e da experiência legislativa em prol da experiência jurisdicionalmente constitutiva do direito. No entanto, demonstrar a importância de outros extratos normativos para a construção do sentido das normas jurídicas a partir do caso concreto não impede que o texto escrito possa servir como um dos pontos de partida do processo interpretativo, pois, por mais que se tenha em mente a realidade da constituição do direito a partir de realidades concretas, não se pode abrir mão de uma positividade mínima, de um acervo legislativo formado também por textos escritos, que seriam a condensação de uma realidade comunitária historicamente concreta, além das questões objetivas ligadas à segurança jurídica⁴⁴⁷, argumentos estes que evidenciam a inexistência de contradição, numa proposta jurisprudencialista, relacionar o texto escrito como limite à interpretação.

Diferentemente da primeira escolha, a linguagem jurídica como limite à interpretação jurídica mostra-se mais evidente, já que a especificidade deste tipo de linguagem/discurso torna os possíveis sentidos utilizáveis mais axiomáticos, já que, se compararmos a linguagem natural com a jurídica, a última apresentará uma possibilidade mais concreta de restrição em termos interpretativos do que as virtuais infinitas possibilidades da linguagem natural.

⁴⁴⁷ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 257.

O caso jurídico também se mostra como claro limite à interpretação pelo motivo de que este, como *prius* metodológico da interpretação jurídica, que se volte à construção de um direito em termos normativamente concretos, as fronteiras de sua dimensão problemática serão as mesmas que a interpretação deverá seguir, sob pena de exceder a juridicidade exigida para a solução do problema concreto.

Por fim, como último dos limites à interpretação desta dimensão metodológica de controle do poder judicial, exsurge o limite interpretativo de natureza constitucional de nossa proposta que é o programa político-normativo da Constituição.

Pode-se objetar que uma defesa deste elemento como limite à interpretação seria imobilizar a Constituição no decorrer de sua vigência. Longe disto, o programa político-normativo da Constituição como elemento apto a limitar a atividade interpretativa do juiz significa a busca de um ponto de equilíbrio entre rigidez e flexibilidade constitucional, ou seja, o quanto que se pode dar uma interpretação atualizadora à Carta Política sem deturpar seu originário sentido político e histórico.

Seria a definição de um espaço de interpretação plausível que não fosse de encontro com o primordial programa normativo da Constituição, uma mudança do sentido constitucional que interfira no seu essencial compromisso político apenas pode ser realizada por intermédio dos processos de revisão constitucional, nunca por atividades interpretativas que impliquem em contrariar os princípios estruturantes da Constituição.

Quanto à dimensão institucional dos parâmetros de controle por nós externada, com a ratificação da ideia de responsabilidade judiciária, seria possível argumentar que a modalidade de controle institucional aqui proposta poderia ser tida como repressiva.

Assim seria se enxergássemos a responsabilidade judicial como uma variante essencialmente política de responsabilidade e que o dever de prestar contas do poder judicial fosse levado a cabo frente aos outros poderes políticos do Estado⁴⁴⁸.

O que aqui se propôs, em termos institucionais, é o delineamento de uma perspectiva de controle da atividade judicante que não tivesse apenas como horizonte a criação de um órgão de controle externo ou a, muitas vezes frágil, ideia de autocontenção judicial, mas incitar o ressurgimento de uma ética da responsabilidade proporcionada por uma espécie de responsabilidade judicial que tivesse como principal horizonte o próprio esquema de repartição de poderes engendrado pela Constituição; ou seja, o próprio princípio da separação dos poderes, que repousa sobre a Constituição, fornecesse os mais essenciais critérios para

⁴⁴⁸ Cf. CAPPELLETTI, 1989, p. 80-81.

delinear os limites dentro dos quais os juízes devem transitar ao aplicar e concretizar o direito e promover a responsabilização no sentido reestabelecer o equilíbrio político e a lealdade institucional ínsita nos núcleos funcionais essenciais dos poderes estatais.

Seria possível falar ainda de um modelo de responsabilização social dos juízes⁴⁴⁹. Consideramos esta proposta inadequada, pois, uma responsabilidade social pressuporia uma ideia de prestação de contas a ser realizada frente “a organismos ou grupos sociais determinados menos precisamente e, em última análise, ao público em geral”⁴⁵⁰.

Uma responsabilidade deste tipo importaria, novamente, numa politização de um poder neutro, onde os juízes tomariam suas decisões sempre visando agradar ao público, o que abriria mais ainda a possibilidade da “automovimentação mediática dos agentes do poder judicial”⁴⁵¹ com o escopo de tornar suas decisões legítimas por agradarem ao público, não por aplicar as normas jurídicas, mas onde sua independência seria aniquilada a partir de constante ameaça de revogação (*recall*⁴⁵²); seria esta uma responsabilidade exercida nos mesmos moldes de uma pura responsabilidade política, alterando-se apenas o sujeito perante o qual os juízes seriam responsáveis.

Por fim, como últimas palavras a esta investigação, como já salientado em diversos momentos, não se tem a pretensão aqui de oferecer respostas definitivas para os problemas ligados à liberdade judicial, pois o juiz só pode ser ativista porque é livre e independente na sua atuação; tentou-se fornecer um contributo para um debate que se arrasta há vários anos sem uma solução plausível que satisfaça igualmente os defensores de um judiciário mais livre e os que advogam em prol da autocontenção.

A proposta que procuramos escudar por meio desta investigação é a que achamos como possível para reafirmar a autonomia do direito como uma aposta⁴⁵³ contra concepções funcionais que desviam o direito do seu sentido originário, uma proposta civilizacional para a resolução dos problemas que emergem da vida comunitária. Comportamentos ativistas sempre existirão, mas devem ser combatidos, sob pena de aceitarmos a existência de predadores dos princípios estruturais do Estado constitucional e da própria autonomia do direito.

A separação dos poderes não deve ser abandonada porque hoje se assemelha a uma simples relíquia de um passado, cada vez mais remoto, que relembra as promessas não

⁴⁴⁹ Cf. CAPPELLETTI, 1989, p. 89-92.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 44.

⁴⁵¹ CANOTILHO, 1998, p. 248.

⁴⁵² Cf. CAPPELLETTI, op. cit., p. 47.

⁴⁵³ A aposta aqui sobre a autonomia do direito assume aquele sentido tal como formulado por Pascal sobre a existência de Deus, onde seria mais vantajoso concluir (“apostar”) pela existência de um ser superior do que pela sua inexistência.

cumpridas do projeto da modernidade. Ela deve ser defendida e reafirmada como forma de evitarmos o nascimento de novos despotismos, pois, sempre que na história da práxis das ideias políticas observou-se a supremacia de um poder em detrimento dos outros, o desenrolar da história nunca foi tranquilo ou pacífico.

Os freios e contrapesos foram pensados para evitar que, na prática, houvesse uma sobreposição de um poder sobre outro. O fato de o poder judicial estar se destacando como um órgão mais poderoso do que os outros existentes na dinâmica estatal é o claro indicativo que algo não está a funcionar bem e precisa ser repensado.

A crítica ao poder judicial nesta investigação não implica na preconização de juízes subservientes, mas que saibam utilizar-se de sua liberdade e independência de forma responsável, estando aptos a realizar o projeto civilizacional do direito ao invés de transformá-lo num operador funcional ou instrumento da política.

Por fim, a refutação do ativismo judicial, tal como negar a legitimidade de um governo de guardiães, ganha aqui o significado de que os juízes não estão mais habilitados do que outros atores políticos para ditar os rumos que a sociedade deve seguir. Aliás, a própria ideia de governo dos juízes, além de outros pressupostos político-institucionais, parte de uma “ideia negativa da competência moral e intelectual das pessoas comuns”⁴⁵⁴ em se autodeterminar, e uma democracia apenas aprimora-se por meio de aquisições evolutivas baseadas no método de tentativas e erros.

De tudo o que foi dito, a luta contra o ativismo evidencia a necessidade de um combate ao crescimento do poder judicial na atualidade e da definição dos limites da atividade jurisdicional, que implica também em saber qual a real a atual função do executivo e o papel de um governo representativo para além dos conceitos liberais ou do Estado social.

⁴⁵⁴ DAHL, 2012, p. 100.

REFERÊNCIAS

- ABELLAN, Ángel Manuel. Notas sobre la Evolución Histórica del Parlamento y de la Representación Política. *Revista de Estudios Políticos*, n. 92, 1996.
- ABELLAN, Marina Gascón. La Justicia Constitucional: Entre Legislación y Jurisdicción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 14, n. 41, 1994.
- ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judicial: Independência In Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Mezzi senza Fine: Note sulla Política*. Torino: Bollati Boringhieri, 1996.
- _____. *O Reino e a Glória: Uma Genealogia Teológica da Economia e do Governo*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- ÁGUILA, Rafael del. *La Senda del Mal: Política y Razón de Estado*. Madrid: Taurus, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica – La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008a.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008b.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Formação e Estrutura do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Introdução ao Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____; BARROS, Vinícius Soares de Campos. *Novo Manual de Ciência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz; NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional (Teoria do Estado)*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- ALPA, Guido. *L'Arte di Giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.
- ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a Política e a História*. 2. ed. Lisboa: Presença, 1977.
- ALVARADO, Javier. *De la Ideología Trifuncional a la División de Poderes*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1993.
- APEL, Karl-Otto. *Ética e Responsabilidade: O Problema da Passagem para a Moral Pós-Convencional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

_____. *Responsabilidade e Juízo*. Lisboa: Dom Quixote, 2007.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Nova Fronteira, 2011.

ATIENZA, Manuel. Los Límites de la Interpretación Constitucional – de Nuevo sobre los Casos Trágicos. *Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 6, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZZARITI, Caetano. *Il Poteri dei Giudice*. Roma: Manifestolibri, 1994.

BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LVI, 1980.

BAIO, Lucas Seixas; CHARUR, Alan Ibn. A Pretensão de Correção como Parâmetro Dogmático do Ativismo Judicial. *Revista Prisma Jurídico*, v. 10, n. 1, p. 181, 2009.

BARCELLONA, Pietro. *L'Uso Alternativo del Diritto* – vol. 1: Scienza Giuridica e Analisi Marxista – vol. 2: Ortodossia Giuridica e Pratica Politica. Roma: Laterza, 1973a.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 28, n. 50, 2004b.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASSI, Franco. Il Principio della Separazione dei Poteri – Evoluzione Problematica. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno XV, 1965.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

_____. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre Mito e Linguagem (1915-1921)*. São Paulo: Editora 34, 2011a.

_____. Para uma Crítica da Violência. In: _____. *Escritos sobre Mito e Linguagem (1915-1921)*. São Paulo: Editora 34, 2011b, p. 121 e ss.

BENTO, Messias José Caldeira. Reflectindo sobre o Poder dos Juízes. In: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. 1.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 6. ed. Torino: Giapichelli, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. 9. ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

_____. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*. São Paulo: Madarim, 2000.

_____. *Estado, Governo e Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. 2 v.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BOGNETTI, Giovanni. *La Divisione dei Poteri: Saggio di Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, António de Oliveira. Poder Judicial. *Scientia Iuridica*, tomo XXI, n. 118-119, 1972.

BREDIN, Jean-Denis. Un Gouverneman des Juges? *Pouvoirs – Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques*, n. 68, 1994.

BORGNA, Paolo; CASSANO, Margherita. *Il Giudice e Il Principe: Magistratura e Potere Politico in Italia e in Europa*. Roma: Donzeli, 1997.

BRITO, José de Sousa e. Droits et Utilité chez Bentham. In: ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, tome 26, 1981, p. 93-119.

BRITO, Wladimir. O Poder Judicial. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. LXXX, 2004.

BRONZE, Fernando José Couto Pinto. *A Metodonomologia Entre a Semelhança e a Diferença* (Reflexão Problematizante dos Polos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. A Responsabilidade Hoje (Algumas Considerações Introdutórias). In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 1.

CALVINO, Italo. *As Cidades Invisíveis*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CAMPDERRICH, Ramón. *La Palabra de Behemoth: Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. A Questão do Autogoverno das Magistraturas como Questão Politicamente Incorreta. In: VARELA, João Antunes *et alii*. *Ab Vno ad Omnes: 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008a.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Em Defesa do Partido dos Brancos: Republica.com e os Desafios do Constitucionalismo Eletrônico. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008b, p. 355 e ss.

_____. Judicialismo e Política: Tópicos para uma Intervenção. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. *Constituição e Processo: Entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011a.

_____. Julgar e Decidir: As Invisíveis Manhas da Decisão nos "Tribunais Acadêmicos". *Julgar*, n. 1, 2007a.

_____. Julgar e Decidir entre a Antecâmara e a Racionalidade da Decisão. *Revista do CEJ*, n. 6, 2007b.

_____. Legitimidade do Poder Judicial. In: *Colóquio "A Justiça em Portugal"*. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1999.

_____. O Ativismo Judiciário: Entre o Nacionalismo, a Globalização e a Pobreza. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista: Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. O Direito dos Pobres no Activismo Judiciário. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et alii*. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009b.

_____. Os Novos Desafios da Responsabilidade: Irritar e Responder. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. LXXXVII, 2011b.

_____. *Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política e a Politicização da Justiça*. Conferência Proferida no Supremo Tribunal de Justiça. Lisboa, 26 de abril de 2007c, p. 5.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis (Giudici Irresponsabili)?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo (Ensayos Escogidos)*. Madrid: Trotta, 2007a.

CARBONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo en su Laberinto. In: _____. *Teoría del Neoconstitucionalismo (Ensayos Escogidos)*, 2007b. p. 9-11.

CARRIÓ, Genaro. *Sobre los Límites de la Lenguaje Normativa*. Buenos Aires: Astrea Depalma, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. La Certeza del Diritto. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. XX, parte 1, 1943.

CHELI, Enzo. *Il Giudice delle Legge – La Corte Costituzionale nella Dinamica dei Poteri: Una Nuova Edizione Aggiornata*. Bologna: Il Mulino, 1999.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras de Maquiavel a Nossos Dias*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CHUMBINHO, João. *A Constituição e a Independência dos Tribunais*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional): Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino de um Curso de Mestrado*. Coimbra: Almedina, 2002.

DAHL, Robert A. *A Democracia e seus Críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

D'ANDRADE, Raul Moreira. Independência do Poder Judicial Perante o Poder Executivo. *Scientia Iuridica*, tomo XXI, n. 118-119, 1972.

DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: Critica dell'Epistemologia Tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o Fundamento Místico da Autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUGUIT, Leon. *La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECO, Umberto. *Como se Faz uma Tese?* 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

_____. *Os Limites da Interpretação*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e Interpretação Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 48, n. 1 e 2, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo Garcá de; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El Derecho, la Ley y el Juez – Dos Estudios*. Madrid: Civitas, 1997.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 4, n. 7, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade* (Curso no Collège de France 1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. A Hermenêutica como Tarefa Teórica e Prática. In: _____. *Verdade e Método*. Petrópolis, Vozes, 2002a. v. 2. p. 349 e ss.

_____. *Verdad y Método*. 12. ed. Salamanca: Sígueme, 2007.

_____. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002b. v. 2.

GARAPON, Atoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

_____; ALLARD, Julie. *Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

GARCÍA, Pedro de Vega. El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, 1998.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações no Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRZEGORZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel. *Le Positivisme Juridique*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1993.

GUARNIERI, Carlo. Magistratura e Política: Il Caso Italiano. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, anno XXI, n. 1, 1991.

_____ ; PEDERZOLI, Patrizia. L'Espansione del Potere Giudiziario nelle Democrazie Contemporanee. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, anno XXVI, n. 2, 1996.

_____. *La Magistratura nelle Democrazie Contemporanee*. Roma: Laterza, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho, el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2010a.

_____. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Madrid: Catedra, 1999.

_____. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010b.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HESPANHA, António Manuel. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime (Coletânea de Textos)*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

_____. *Teoria da Argumentação e Neoconstitucionalismo: Um Conjunto de Perspectivas*. Coimbra: Almedina, 2011.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998a.

_____. Estadios en la Historia de la Jurisdicción Constitucional Alemana. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, 1998b.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O Homem Cordial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KADRI, Omar Francisco do Seixo. *O Executivo Legislador: O Caso Brasileiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. Essência e Valor da Democracia. In: _____. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b. p. 50.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

_____. Quem Deve Ser o Guardião da Constituição? In: _____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003b. p. 239.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000c.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003c.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, n. 92, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LINHARES, José Manuel Aroso. Autotranscendentalidade, Desconstrução e Responsabilidade Infinita: os Enigmas de Force de Loi. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi*: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1. p. 555-556.

_____. *Entre a Reescrita Pós-Moderna da Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença* ou a Prova como Exercício de Passagem nos Limites da Juridicidade (Imagens e Reflexos Pré-Metodológicos deste Percorso). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever – A Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos*. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2004.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo Civil*. Lisboa: Edições 70, 2006.

LLORENTE, Francisco Rubio. La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación del Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n. 22, 1988.

_____. Sobre la Relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en Ejercicio de la Jurisdicción Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n. 4, 1982.

LUATTI, Lorenzo. *L'Equilibrio tra i Poteri Nei Moderni Ordinamenti Costituzionali*. Torino: Giappichelli, 1994.

LUHMANN, Niklas. *A Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. *La Sociedad de la Sociedad*. Mexico: Herder, 2007.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1989.

MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALBERG, R. Carré. *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*. Paris: Editions du CNRS, 1975. 2. v.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: Sua Compreensão Político-Jurídica a Partir do Pensamento Moderno-Iluminista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Tese de Doutoramento em Ciência Política apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. Divisão do Poder e Partidos Políticos. *O Direito*, ano 133, n. 3, 2001.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Lisboa: Edições 70, 2011.

MOORE, Alan; GIBBONS, Dave. *Watchmen – Edição Definitiva*. São Paulo: Panini Books, 2009.

MORGADO, Miguel. Introdução. In: MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 85.

MORILLO, Joaquín García. Mitos y Realidades del Parlamentarismo. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, 1991.

MÜLLER, Friederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007a.

_____. Dos Deveres Fundamentais. In: _____. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007b. p. 197 e ss.

NEVES, António Castanheira. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia* (Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação). Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico (Breves Notas Críticas sobre seu Sentido). In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a. v. 2, p. 390.

_____. Da Jurisdição no Actual Estado-de-Direito. In: _____. *Ab Vno ad Omnes: 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998a.

_____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995a. v. 1.

_____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. v. 2.

_____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. v. 3.

_____. Escola da Exegese. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010d. v. 2. p. 181-191.

_____. Escola do Direito Livre. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010e. v. 2, p. 193-201.

_____. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010f, v. 3, p. 162, 178 e 180.

_____. Jurisprudência dos Interesses. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010g. v. 2, p. 215-246.

_____. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010h.

_____. O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010i. v. 2, p. 249.

_____. Fontes do Direito: Contributo para a Revisão do seu Problema. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010j. v. 2. p. 23 e 28 e ss.

_____. Interpretação Jurídica. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010k. v. 2. p. 369-370.

_____. O Direito como Alternativa Humana (Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito). In: _____, *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995a. v. 1, p. 305.

_____. O Funcionalismo Jurídico – Caracterização Fundamental e Consideração Crítica no Contexto Actual do Sentido da Juridicidade. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010l. v. 3, p. 209.

_____. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. O Papel do Jurista no Nosso Tempo. In: _____, *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995b. v. 1, p. 31.

_____. O Poder Judicial (a Jurisdição), o Direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Constitucional Comparado*, n. 37 (2), 2009.

_____. O Problema da Autonomia do Direito no Actual Problema da Juridicidade. In: RIBEIRO, J. A. Pinto. *O Homem e o Tempo: Liber Amicorum para Miguel Batista Pereira*. Porto: Fundação Eng. António de Almeida, 1999.

_____. Pessoa, Direito e Responsabilidade. In: _____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010m. v. 3, p. 131.

_____. *Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*: Ensaio de uma Reposição Crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 251-422.

_____. *Teoria do Direito*: Lições Proferidas no Ano Lectivo 1998/1999. Coimbra: Policopiado, 1998b.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República* (Simultaneamente um Comentário ao Acórdão n. 1/97 do Tribunal Constitucional). Lisboa: Lex, 1997.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofia*, n. 14, 1993.

PARGA, Milagros Otero. División de Poderes: Antes y Ahora. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 12, 1997.

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.

PIMENTEL, Carlos-Miguel. Le Sanctuaire Vide: la Séparation des Pouvoirs comme Superstition Juridique? *Pouvoirs: Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, n. 102, 2002.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PLATÃO. *A República*. 13. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

POLÍBIO. *Histórias*. Brasília: Editora UnB, 1985.

POSNER, Richard. *How the Judges Think*. Cambridge-London: Harvard University Press, 2008.

QUEIRÓZ, Cristina. A Relação Entre o Tribunal Constitucional e a Justiça Comum no Processo de Controle Concreto de Normas. Em Particular, o Caso das Sentenças Interpretativas. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 2.

_____. Constituição e Poder Judicial. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Nos Vinte Anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 2.

_____. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. *O Parlamento como Factor de Decisão Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. O Princípio da Interpretação Conforme a Constituição. Questões e Perspectivas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7 número especial, 2010.

_____. *Os Actos Políticos no Estado de Direito: O Problema do Controle Jurídico do Poder*. Coimbra: Almedina, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o Poder Judicial: Fundamentos e Fragmentos*. Porto: Publicações da Universidade Católica, 2001.

RAZ, Joseph. La Incorporación por el Derecho. *Revista Derecho e Libertades*, n. 16, 2007.

_____. ¿Por Qué Interpretar? *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 5, 1996.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RICOEUR, Paul. *Teoria da Interpretação: O Discurso e o Excesso de Significação*. Lisboa: Edições 70, 2009.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIGHETTINI, Stella. La Politicizzazione di un Potere Neutrale: Magistratura e Crisi Italiana. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, anno XXV, n. 2, 1995.

RINCÓN, Luis Esteban Delgado del. *Constitución, Poder Judicial y Responsabilidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: Princípios do Direito Político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Madrid: Tecnos, 1988.

RUGGIERI, Antonio. Teorie e Usi della Costituzione. *Quaderni Costituzionale*, anno XXVII n. 3, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Crise (Interna ou Externa) dos Tribunais? In: *Colóquio "A Justiça em Portugal"*. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1999.

SCHMITT, Carl. *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996a.

_____. A Situação Intelectual do Sistema Parlamentar Atual. In: _____. *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996b, p. 3 e ss.

_____. *La Dictadura: Desde los Comienzos del Pensamiento Moderno de la Soberanía hasta la Lucha de Classes Proletaria*. Madrid: Alianza, 2007.

_____. *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996c.

_____. Teologia Política: Quatro Capítulos sobre a Doutrina da Soberania. In: _____. *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996d, p. 81 e ss.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996e.

SERRANO, Rafael de Agapito. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1989a.

_____. *Libertad y Division de Poderes: El Contenido Essencial del Principio de la Division de Poderes a partir del Pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos, 1989b.

SILVA, José Afonso da. Harmonia Entre os Poderes e Governabilidade. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 1, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

_____. Interpretação Conforme a Constituição: Entre a Trivialidade e a Centralização Judicial. *Revista Direito GV*, n. 3, 2005a.

_____. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: _____. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005b.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei Poteri*. Milano: Giuffrè, 1979.

SOARES, Rogério. Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LVIII, 1981.

STRECK, Lenio Luiz. Concretização de Direitos e Interpretação da Constituição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. LXXXI, 2005.

_____. Contra o Neoconstitucionalismo. Constituição, Política e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, 2011a.

_____. Decisão Jurídica, Integridade, Norma de Decisão e Concretização da Constituição em Tempos Pós-Positivistas. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 1.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011c. p. 73 e ss.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Da Democracia na América*. Cascais: Princípiã, 2007.

TROPER, Michel. *Le Droit et la Nécessité*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

_____. *Le Nuove Separazione dei Poteri*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

_____. *La Separazione dei Poteri e la Storia Costituzionale Francese*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

URBANO, Maria Benedita. “Criação Judicial” e “Activismo Judicial”: As Duas Faces de uma Mesma Função? In: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *35º Aniversário da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. 2, p. 31.

_____. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012a.

_____. Deambulações Teóricas em Torno da Justiça Política. In: CORREIA, Fernando Alves et alii. *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. Interpretação Conforme a Constituição e Activismo Judicial: Associação Lógica ou Activismo Interpretativo? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial, 2010a.

_____. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009a.

_____. Sentenças Intermédias: Para Além de Kelsen mas Ainda Aquém de uma Nova Teoria da Separação dos Poderes. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012b. v. 2.

_____. The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. LXXXVI, 2010b.

_____. Titularidade do Mandato Parlamentar: A Propósito da Resolução n. 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro. *Revista de Direito Público e Regulação*, n. 2, 2009b.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Barcelar de. *Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder*. Lisboa: Cosmos, 1996.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Valor de la Constitución: Separación de Poderes, Supremacia de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal*. Madrid: Alianza, 1998.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982a.

_____. *Burocracia*. In: _____. *Ensaio de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982b, p. 229 e ss.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Giudice delle Leggi Artefice del Diritto*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *Estado de Direito: História, Teoria, Crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.