



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**OS LIMITES DO PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO:  
GARANTIA DO REGIME DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO EM  
PORTUGAL E NO BRASIL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Hercules Fajoses

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número do candidato: 20160847

**Fevereiro de 2022**

**Lisboa**

## **AGRADECIMENTOS**

Meus agradecimentos à minha mãe.

Agradeço aos docentes da Universidade Autónoma de Lisboa, nomeadamente ao meu orientador, Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, não apenas pela sua orientação, mas também pela dedicação e seriedade com que trata o Direito, cuja postura será marca indelével na minha jornada académica.

Agradeço à minha esposa Neide pelo apoio, compreensão e motivação que me foram dados em todos os momentos, desde a capa até as referências.

Agradeço também aos meus colegas de mestrado pelas produtivas e agradáveis horas que passamos a debater o Direito e os momentos de descontração que serviram para estreitar ainda mais os laços que desbordaram dos limites das salas de aulas.

Obrigado a todos!

*Compreender significa, em suma, encarar a realidade sem  
preconceitos e com atenção, e resistir a ela – qualquer que seja <sup>1</sup>.*

Hannah Arendt

---

<sup>1</sup> ARENDT, Hannah — **Introdução**, p. X.

## RESUMO

A moderna democracia representativa mudou substancialmente a relação entre o povo e o poder ao longo da história. A representação política fez com que a votação se tornasse um produto comercial nas relações sociais dominadas por grupos em que o objetivo não é o bem comum. Nesse cenário, o Judiciário destaca-se como protagonista para resolver os casos difíceis oriundos do direito público visando o bem comum.

Devido às suas funções constitucionais, às vezes os juízes invadem funções executivas e legislativas, o que é chamado de "ativismo judicial".

Este estudo tem como finalidade encontrar critérios objetivos para estabelecer uma linha entre a função jurisdicional para preservar a segurança jurídica e o ativismo judicial, utilizando um elemento axiológico (valor) para trabalhar em conjunto com estatutos e decisões judiciais na *Common Law* e na *Civil Law* e encontrar esses valores nas Constituições portuguesa e brasileira.

**Palavras-chave:** Democracia, Bem Comum, Segurança Jurídica, Ativismo Judicial.

## **ABSTRACT**

Modern representative democracy has substantially changed the relationship between the people and power throughout history. The political representation made the vote become a commercial product in social relations dominated by groups in which the goal is not the common good. In this scenario Judiciary appears as a protagonist in order to solve the hard cases coming from public law aiming for the common good.

Due to their constitutional functions, sometimes judges invade executive and legislative functions, which is called “judicial activism”.

This study aims to find objective criteria to establish a line between jurisdictional function to preserve legal certainty and judicial activism, using an axiological element (value) to work together with statutes and judicial decisions in Common Law and Civil Law and to find these values in the Portuguese and Brazilian Constitutions.

**Keywords:** Democracy, Common Good, Legal Certainty, Judicial Activism.

## SUMÁRIO

|                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS</b>                                   | <b>8</b>  |
| <b>INTRODUÇÃO</b>                                                       | <b>9</b>  |
| <b>1 DEMOCRACIA</b>                                                     | <b>12</b> |
| 1.1 Evolução Histórica                                                  | 12        |
| 1.2 Tipos de Democracia -- Variações de um mesmo ato                    | 16        |
| 1.3 O “mercado político” de Bobbio no jogo democrático                  | 18        |
| <b>2 SEGURANÇA JURÍDICA</b>                                             | <b>23</b> |
| 2.1 A Segurança Jurídica como princípio, direito fundamental ou ideário | 23        |
| 2.1.1 Princípios Jurídicos                                              | 27        |
| 2.1.2 Direitos Fundamentais                                             | 30        |
| 2.1.3 Ideário                                                           | 32        |
| <b>3 O PODER JUDICIÁRIO COMO ÓRGÃO GARANTIDOR DA DEMOCRACIA</b>         | <b>35</b> |
| 3.1 O Sistema Judicial em Portugal e no Brasil                          | 35        |
| 3.1.1 A organização judiciária em Portugal – O Tribunal Constitucional  | 38        |
| 3.1.2 A organização judiciária no Brasil – O Supremo Tribunal Federal   | 41        |
| <b>4 ATIVISMO JUDICIAL</b>                                              | <b>45</b> |
| 4.1 O Sistema Romano-Germânico: Civil Law                               | 46        |
| 4.1.1 A “descodificação” do sistema da Civil Law                        | 58        |
| 4.2 O Sistema Inglês: Common Law                                        | 60        |
| 4.3 O exercício das funções políticas pelo Poder Judiciário             | 68        |
| 4.4 A busca pelo conceito jurídico de “Ativismo Judicial”               | 79        |
| 4.5 Principais Teorias da Interpretação                                 | 90        |
| 4.5.1 Subsunção Mecânica                                                | 105       |
| 4.5.2 Realismo Jurídico                                                 | 106       |
| 4.5.3 Pragmatismo Jurídico ou Legal                                     | 108       |

|                                                                                       |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.5.4 Interpretação Criativa                                                          | 110        |
| 4.6 Critérios objetivos de distinção entre interpretação criativa e ativismo judicial | 113        |
| 4.6.1 A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale                              | 113        |
| 4.6.2 O conteúdo noemático do conceito de “jurídico” de Luís Cabral de Moncada        | 116        |
| 4.6.3 A ideia de Valor em Joseph Raz                                                  | 117        |
| <b>5 LIMITES CONSTITUCIONAIS</b>                                                      | <b>132</b> |
| <b>CONCLUSÕES</b>                                                                     | <b>134</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>                                                     | <b>144</b> |
| REFERÊNCIAS GERAIS                                                                    | 144        |
| REFERÊNCIAS ESPECÍFICAS                                                               | 148        |

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

|         |                                                        |
|---------|--------------------------------------------------------|
| a.C     | antes de Cristo                                        |
| ADI     | Ação Direta de Inconstitucionalidade                   |
| BGB     | <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>                         |
| CRP     | Constituição da República Portuguesa                   |
| CRFB/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| Ed.     | Edição                                                 |
| EUA     | Estados Unidos da América                              |
| INMETRO | Instituto de Metrologia                                |
| MC      | Medida Cautelar                                        |
| Min.    | Ministro                                               |
| Nº      | Número                                                 |
| p.      | página                                                 |
| Rel.    | Relator                                                |
| STF     | Supremo Tribunal Federal                               |
| TC      | Tribunal Constitucional                                |
| Trad.   | Tradução                                               |
| Vol.    | Volume                                                 |

## INTRODUÇÃO

A etimologia da palavra “democracia” que significa o poder exercido pelo povo, tem vindo a sofrer importantes modificações ao longo da história.

O exercício direto do poder enfeixado na mão do povo, característica da democracia ateniense do século V a.C., abre espaço à moderna democracia que por sua vez, caracteriza-se pela representatividade, onde o poder é exercido indiretamente pelo povo, através de representantes políticos, uma vez que o tamanho das comunidades cresceu em número de habitantes, bem como em complexidade.

No entanto, se por um lado a democracia representativa modificou substancialmente a relação entre poder e povo, aumentando os ganhos em relação à agilidade na escolha e execução das políticas públicas, por outro lado, acaba por criar um “mercado político” em que determinados grupos sociais ou de indivíduos, alinham os seus interesses pessoais e tratam o sufrágio universal como moeda de troca para as suas demandas, que nem sempre estão voltadas para o bem comum.

Levado à última análise, o mercado político induz ao desgoverno, na medida em que o Poder Público, notadamente o Executivo, não consegue entregar as demandas sociais voltadas para o bem comum, uma vez que os compromissos dos governantes, relegam em segundo plano as questões democráticas (do povo) propriamente ditas.

O resultado dessa dinâmica que caracteriza a democracia moderna é o descolamento da atividade política e da atividade da administração pública, todas voltadas para o bem comum, a fazer com que as demandas judiciais aumentem não apenas em quantidade como também em qualidade, na medida em que crescem os casos de difícil resolução.

É nesse cenário que o Poder Judiciário aumenta o seu protagonismo frente aos demais Poderes de Estado e eis que as suas funções constitucionais são mais frequentes não apenas em relação às questões de natureza constitucional, mas também em relação ao controle de legalidade das normas infraconstitucionais.

Desta forma, o Poder Judiciário tem papel dúplice dentro da moderna moldura democrática representativa, já que, de um lado, deve funcionar como órgão de resolução de conflitos e, de outro lado, atua como guardião da Constituição e da Legalidade, mantendo a estabilidade social através da segurança jurídica.

Decerto que o aumento das demandas judiciais faz com que a atividade judicante muitas vezes desborde dos limites das funções jurisdicionais que são atribuídas aos juízes por força de determinação constitucional expressa, ao que se chama “ativismo judicial”.

A compreensão corrente do que é “ativismo judicial” confunde-se quase sempre com a mera intervenção judicial nas funções dos demais Poderes de Estado, sem a devida análise e busca de um elemento objetivo que possa servir de critério de delimitação do que é a atividade jurisdicional plena e do que é intervenção judicial indevida.

Ademais, o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o que é o ativismo judicial, varia de acordo com o sistema jurídico que lhe serve de supedâneo: *Civil Law* ou *Common Law*.

O presente trabalho acadêmico tem como fundamento demonstrar a existência de elementos objetivos, a iniciar-se pela própria norma jurídica, uma vez que é defeso ao magistrado proferir decisões ao arrepio da lei.

Entretanto, a norma jurídica não se mostra suficiente como critério delimitador entre jurisdição e ativismo judicial, na medida em que o tratamento dado ao ordenamento jurídico positivado é significativamente distinto a considerar-se o sistema adotado pois, enquanto na *Civil Law* a norma jurídica tem eficácia ao ingressar no ordenamento jurídico e vale por si, na *Common Law* os seus efeitos dependem da legitimação advinda do entendimento jurisprudencial.

Desta feita, a observação que decorre da análise do ativismo judicial, levada a efeito pelos autores mencionados na investigação, não persegue a existência de um critério objetivo, um elemento imutável que, uma vez manipulado de forma equivocada pelo Poder Judiciário, faz nascer o ativismo judicial, a desbordar de seus limites constitucionais.

A demonstração da existência de um elemento objetivo de delimitação revela-se por meio da tridimensionalidade do Direito de Miguel Reale, com as achegas de Luis Cabral de Moncada, pois é no elemento axiológico adotado de forma explícita ou implícita pelo legislador e que servirá como fundamento para a criação e implementação das políticas públicas por parte do Administrador, que se encontra o limite de atuação dos juízes.

Demais, a construção de L. Cabral de Moncada, ao adotar o bem comum como elemento imaterial de explicação do Direito, é a linha mestra de atuação do Poder Judiciário que, por sua vez, não poderá modificar o valor adotado pelo Poder Legislativo na construção do arcabouço legal que servirá de fundamento jurídico para o Poder Executivo que, da mesma forma, não poderá desviar-se do elemento axiológico na implementação das políticas públicas.

Por fim, cabe ao Poder Judiciário o controle de legalidade e de constitucionalidade, nomeadamente em relação aos conflitos de ordem pública que acabam por se tornar *hard cases* que demandam o exercício de interpretação mais criativa, a garantir a segurança jurídica e que concentra os limites das suas funções no exercício de adequação e correção entre o quanto foi adotado como elemento axiológico pelo legislador e o que está a ser executado pela Administração Pública, a cuidar-se se não está a se desviar do fim último de explicação do Direito: o bem comum.

É nesse sentido que a Constituição de Portugal e a Constituição do Brasil, de forma explícita ou implícita, trazem nos seus conteúdos valores que são utilizados pelo legislador, quando cria os suportes jurídicos necessários à implementação das políticas públicas e que, do mesmo modo, servem de limitação às funções judiciais, a distinguir jurisdição e ativismo judicial.

# 1 DEMOCRACIA

## 1.1 Evolução Histórica

O início deste capítulo contém o conteúdo etimológico da palavra “democracia”, de origem grega, a significar “governo do povo”.

A aparente singeleza da expressão “logo se esvanece”, dá lugar a um emaranhado de conceitos e significados que levam o estudioso do tema a um vagar cada vez mais profundo e complexo sobre os meandros da política que, por sua vez, servem de supedâneo para todo o arcabouço jurídico da grande maioria dos países ocidentais.

De acordo com Francis Fukuyama, “[...] a ordem política tem raízes na biologia humana”, pois: “Contrariando as teorias de filósofos como Jean Jacques Rousseau ou outros economistas neoclássicos modernos, a ciência agora nos mostra que os seres humanos não começaram como indivíduos isolados que vieram gradualmente a formar sociedades ao longo do tempo histórico. Os seres humanos modernos do ponto de vista comportamental, que surgiram em algum lugar da África há cerca de 50 mil anos, eram socialmente organizados desde o início, assim como seus antepassados primatas”<sup>2</sup>.

O entendimento de F. Fukuyama é de que os seres humanos são animais que tendem a viver reunidos em sociedade desde os primórdios e estaria ligado a dois fenômenos: a “seleção por parentesco” e o “altruísmo recíproco”. E mais: “Os seres humanos também são, por natureza, criadores e seguidores de normas. Criam regras para si mesmos que regulam as interações sociais e possibilitam a ação coletiva dos grupos. [...] Com frequência as normas recebem um valor intrínseco e chegam a ser veneradas, como nas leis religiosas de muitas sociedades diferentes. Como uma instituição nada mais é do que uma regra que persiste ao longo do tempo, os seres humanos tendem a institucionalizar esse comportamento”<sup>3</sup>.

O autor delimita em 40 mil anos a existência da espécie moderna e, dentro desse espaço de tempo, analisa as transformações dos grupos sociais, diferenciando-os em: 1) **bandos** formados por pequenos grupos de parentes genéticos que caçavam e coletavam para a sua subsistência; 2) **tribos** formadas por grupos organizados em decorrência de crenças nos poderes de ancestrais mortos e de eventuais descendentes ainda por nascer. Geralmente descendiam de um progenitor comum e tinham como características uma fonte de autoridade

---

<sup>2</sup> FUKUYAMA, Francis — **Ordem e Decadência Política**. Da Revolução Industrial à Globalização, p. 14.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 15.

única e central e, assim como os bandos, não possuíam uma terceira parte para dar efetividade ao cumprimento das regras criadas e afastar a possibilidade da existência de instituições políticas.

Entretanto, o salto político mais importante nos grupos sociais foi, certamente, a criação do Estado, pois é a partir daí que aparecem as instituições, as expressões e conceitos como “povo”, “soberania”, “território”, “governo”, dentre outros, bem como o mais importante elemento constitutivo da democracia: o Direito.

De facto, o grande salto político tribal ocorre com a criação do conceito de Estado, pois, é a partir deste momento que se observa a existência da centralização do poder de coerção legítima e, por conseguinte, a chegada de uma terceira parte a dar efetividade ao cumprimento das regras existentes com mais força, uma vez que o Estado dota de exigibilidade e imposição tais regramentos.

Em Jorge Miranda encontra-se uma importante contribuição relativamente à característica de coercibilidade do Estado: “A coercibilidade não é uma característica geral do Direito, nem sequer, porventura, do Direito Estatal; mas é, em certa medida, uma característica da organização política estatal. Ao Estado cabe a Administração da justiça entre as pessoas e os grupos, e, por isso, tem de lhe caber também o monopólio da força física.”<sup>4</sup>

Juntamente com a ideia de coercibilidade, surge a noção de poder e entre as suas espécies destaca-se o poder político, pois, conforme Carlos Blanco de Moraes: “O poder político é uma forma de domínio que os membros da sociedade atribuíram a diferentes protagonistas que, para assegurarem a sua continuidade, criaram estruturas permanentes, designadas por instituições.”<sup>5</sup>

Ao tecer considerações sobre o Estado, o citado autor é bastante feliz no que vislumbra ser a função estatal: “Um Estado foi feito para servir prioritariamente um povo e não, necessariamente, privilegiar serviços a povos alheios, ressalvados os naturais e usuais imperativos de cooperação e solidariedade”<sup>6</sup>.

Mais adiante utiliza-se da classificação de Georg Jellinek para discorrer sobre os tipos de Estado: “[...] Em sentido histórico o Estado é um domínio territorial regido politicamente

---

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge — **Curso de Direito Constitucional. Estado e Constitucionalismo**. Constituição. Direitos Fundamentais. Vol. 1, p. 33.

<sup>5</sup> DE MORAIS, Carlos Blanco — **O Sistema Político no Contexto da Erosão da Democracia Representativa**, p. 17.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 18.

por uma autoridade soberana, mas que experimentou uma longa evolução até a paz de Vestefália, tendo sido teorizado e classificado por Georg Jellinek em vários tipos básicos: *o Estado oriental, a Cidade-Estado Grega, o Estado Romano e o Estado medieval*.<sup>7</sup>

Para os fins do presente trabalho, interessa apenas tecer considerações sobre a Cidade-Estado grega, por ser o berço da democracia moderna, como atualmente a conhecemos e de forma indubitável, surgiu na Grécia antiga por volta de 500 a.C.

No entanto, nada é mais equivocado do que pensar que a democracia ateniense se iniciou com assembleias plurais e igualitárias, longe disso.

À primeira vista, pode ocorrer-nos que tais assembleias eram locais estrutural e hierarquicamente organizadas, em que todos os cidadãos atenienses podiam fazer uso da palavra e, por meio da argumentação, expor as suas ideias em relação aos mais diversificados temas que tivessem relação direta ou indireta com as questões da *polis*.

Vejamos o que nos ensina Starr: “Quando Atenas começa a se tornar palidamente visível entre as névoas da antiga Grécia, seu governo central ainda é muito limitado. As funções executivas estão entre as mãos de nove arcontes, eleitos anualmente dentre os aristocratas pelo conselho do Areópago.”<sup>8</sup>

A unidade também não ocorreu facilmente e havia vários “conselhos” em que, não raras as vezes, as deliberações de uns entravam em conflito com as dos demais.

Com Sólon, a sociedade ateniense da época viveu um grande implemento em relação ao exercício da magistratura, a destacar que, naquela altura histórica, os julgamentos estavam sob a égide da nobreza que exercitavam os seus ideais de justiça de acordo com o que lhes era conveniente, muitas vezes de forma apartada de qualquer elemento de equidade.

Sólon via no desequilíbrio, *disnomia*, o maior problema da *polis* ateniense que somente poderia ser resolvido com a tomada de posicionamento da classe menos favorecida nos interesses da magistratura, desbordando na transformação da *Themis* (sociedade dominada pela nobreza, proprietários rurais e demais classes abastadas) em *dike*, uma sociedade mais igualitária em que o ideal de justiça é exercido relativamente às leis escritas, a dar maior segurança jurídica aos julgamentos.

No entanto, o maior contributo de Sólon deu-se na esfera política, quando a democracia ateniense antiga inicia um processo de coesão, a delinear os contornos do que virá

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>8</sup> STARR, Chester G. — **O Nascimento da Democracia Ateniense**: A assembléia no século V a.C., p. 13

a ser o moderno regime democrático de governo, pois foi a partir dele que as reformas políticas ocorreram, no sentido de colocar Atenas no caminho da democracia plena que ocorreria no século 5 a.C. As suas reformas iniciam-se com o cancelamento das dívidas rurais e com o fim da escravidão por força de dívidas contraídas.

As medidas adotadas por Sólon tiveram grande impacto no campo económico, mas os seus efeitos posteriores foram ainda mais importantes no campo político, o que lhe rendeu destaque na história do pensamento democrático, uma vez que, a longo prazo, tais medidas tiveram como resultado a possibilidade de que os camponeses pudessem assumir uma posição política dentro do sistema ateniense, aumentando-lhes as oportunidades de tomarem parte nas deliberações que tratavam das coisas públicas.

Nas palavras de Starr: [...] As reformas políticas de Sólon, por outro lado, embora menos efetivas a curto prazo, tiveram um resultado que ninguém na época poderia ter previsto, o de conduzir Atenas, através dos posteriores reformadores Clístenes e Efialtes, no caminho da plena democracia do século V. Sólon foi mais reverenciado do que qualquer outra figura da história ateniense, um lugar que o primeiro “líder do povo” (*prostátes tou démou*) mereceu plenamente pela amplidão de sua visão e pelos hábeis esforços por implementar sua reforma da sociedade e da estrutura política.”<sup>9</sup>

A democracia moderna, tomada em grande parte da experiência dos gregos antigos, possui, entretanto, características próprias como haveria de ser.

A grande mudança pode ser sintetizada pela existência de mandatos representativos e, neste ponto, a democracia representativa, em última análise, significa que o povo, como elemento que serve à legitimação do poder político, deixa de praticá-lo de forma direta na medida em que elege mandatários para o efeito. Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes: “[...] No fundo, cria-se um instituto que procura reproduzir as diversas sensibilidades e interesses do povo numa miniaturização simbólica e operativa representada pelos titulares do poder eleitos pelos cidadãos e que ocupam o seu lugar na tomada de decisões. A representação política constitui, enfim, um processo destinado a tornar presente, na tomada de decisões políticas, algo ou alguém que se encontra ausente: no caso, o povo.”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>10</sup> DE MORAIS, Carlos Blanco — **O Sistema Político no Contexto da Erosão da Democracia Representativa**, p. 71.

Interessante é o posicionamento do autor ao tecer considerações do que entende ser o fenómeno da “erosão da democracia representativa”, de acordo com C. Blanco de Moraes:

A democracia envolveria uma ordem jurídica e política de domínio, em que a titularidade e exercício do poder político seriam consentidos, expressa e livremente pelo povo. Esse consentimento não seria reduzível à escolha eleitoral dos governantes (que seria a sua dimensão principal), pois envolveria, igualmente, outros atributos como: o exercício do poder constituinte do Estado fundado na soberania popular; a responsabilidade dos governantes perante os governados; a proteção das minorias; a faculdade de os governados, entre atos eleitorais, poderem fazer chegar, formal e informalmente, ao poder as suas preferências e propostas; e o défice de legitimação política dos representantes eleitos em poderem decidir, sem discussão pública alargada, sobre certas questões relativas a modos de vida, e temas centrais de soberania.<sup>11</sup>

O resultado da erosão da democracia representativa seria o que os doutrinadores chamam de “pós-democracia”, expressão que se tornou popular no meio académico na pena de Colin Crouch, vê na democracia do século XXI um momento bastante contraditório, pois, como governo do povo, era exercida por determinados grupos de poder que, com frequência não representavam os seus interesses.

Esse movimento, que não representa a ruptura total com o regime democrático e a retomada de regimes não democráticos é paradoxal, haja vista preservar boa parte dos elementos formais da democracia, ao mesmo tempo em que torna relativa a representação popular em favor de uma elite política global movimentada pelo poderio económico<sup>12</sup>.

## 1.2 Tipos de Democracia -- Variações de um mesmo ato

Define-se democracia pelo poder exercido pelo povo e, desse modo, não há exatamente vários tipos de democracia, mas existem nuances histórico-culturais — principalmente no Ocidente — que fazem com que a relação entre poder político e povo/cidadãos, sofra variações decorrentes de diferentes tensões e influxos, ora económicos, ora sociais, entre outras.

Devido às mudanças nas relações de poder acima referidas, doutrinadores percebem a democracia participativa, na forma direta ou semidireta, assim como a democracia representativa, como as mais importantes no que se refere às mutabilidades.

---

<sup>11</sup> *Idem* p. 93.

<sup>12</sup> CROUCH, Colin — **Post-Democracy**, p. 3-20.

Segundo o escólio do saudoso constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, a democracia participativa é um modelo constitucional alternativo de governo perante o parlamentarismo e o presidencialismo, haja vista entender o autor que a democracia representativa perdeu, há muito tempo, as suas condições de legitimidade.

A globalização e o neoliberalismo tiveram, e continuam tendo, efeitos danosos sobre a democracia, uma vez que a ruptura do poder com o povo tem por consequência mais grave a perda da legitimidade das instituições democráticas a desvelar a ingovernabilidade.

A realocação do povo ao segundo plano no regime democrático destrói todo o seu ideal de base e é de extrema importância que o povo retome o papel de protagonista na cena democrática, visto que, conforme alerta o autor: “[...] é indeclinável restituir ao povo a soberania de este, pela ata do contrato social, é depositário, o povo é a nação na identidade inviolável de seus valores, é a cidadania, infensa às abdições do poder [...]”<sup>13</sup>.

Assim, segundo o autor, cria a expressão “repolitização” que vem a significar o retorno ao restabelecimento da legalidade por meio da legitimidade do povo.

Demais, os meios que o autor indica para o processo de restabelecimento da legalidade por meio do retorno da legitimidade nas mãos do povo, dar-se-á por força da introdução de mecanismos de natureza plebiscitária que decorrem da democracia participativa que, por sua vez, se concretiza por meio da democracia direta ou semidireta.

Destaca-se que as causas apontadas por Bonavides a contribuírem para o enfraquecimento da democracia são, na sua maioria, os mesmos motivos apresentados por Colin Crouch na construção de sua ideia de pós-democracia, já que, enquanto aquele ressalta a necessidade e a urgência de um engajamento num processo de repolitização da democracia, o autor americano traça caminhos rumo à cisão entre povo e poder, num regime político que, se por um lado não representa a não democracia, por outro mitiga a participação popular ao ponto em que somente preserva as instituições democráticas, mas retira o poder do povo.

O que se pode dizer é que a democracia moderna possui cada vez menos identidade com a democracia ateniense, e a crescente diminuição do poder de participação do povo nas decisões políticas e a anomalia é detectada em todos os textos a esse respeito.

A percepção acerca do descolamento entre o poder político e o povo é muito bem demonstrado por Pedro Trovão do Rosário, na medida em que, assim como Crouch e Bonavides, aponta o paradoxo existente, que se intensifica com o passar do tempo, entre a

---

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo — **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**, p. 282.

participação popular e o voto universal: “[...] paradoxalmente, o poder participativo do cidadão na vida política foi se degradando com a instauração do sufrágio universal, que supõe a representação integral dos cidadãos através dos deputados, ao deixar todo o poder nas mãos de uma classe política, sem outras medidas de censura para além do voto periódico e excluindo de facto outras vias de representação.”<sup>14</sup>

Destaca o autor: “Em todas as democracias ocidentais, a apatia dos eleitos tem aumentado de forma constante após o período do pós-guerra. A partir do início dos anos 50 assiste-se a uma crescente indiferença por parte do eleitor ou mesmo hostilidade à política, estando os cidadãos, frequentemente apáticos e desinformados sobre o mundo político.”<sup>15</sup>

Daí se depreende que a democracia é forte ou fraca, dependendo do interesse político por parte do seu povo.

A frequente apatia, a indiferença e a desinformação dos cidadãos sobre os assuntos políticos, bem retratados por Pedro Trovão, é corolário do que N. Bobbio chama de “mercado político”, cuja dinâmica será detalhada a seguir.

### **1.3 O “mercado político” de Bobbio no jogo democrático**

Norberto Bobbio, pensador italiano nascido em Turim no início do século XX é, sem dúvida alguma, um dos mais importantes filósofos a preocupar-se com as modificações que ocorreram com a democracia ao longo da história.

Nesse ponto o autor faz uma importante distinção entre a democracia antiga e a democracia moderna, a entender que nesta o sufrágio é o ato de maior importância e que vai determinar quem vai decidir sobre as questões populares, a aduz que: “Um dos maiores teóricos da democracia moderna, Hans Kelsen, considera o elemento essencial da democracia real (não a da ideal, que não existem em nenhum lugar) o método de seleção dos governantes, ou seja, a eleição.”<sup>16</sup>

Quanto à democracia antiga, a diferença está na amplitude territorial que acaba por inviabilizar a representação direta, pois, como assevera Bobbio: “Para os antigos, a imagem da democracia era completamente distinta. Quando falavam em ‘democracia’ pensavam numa praça, ou assembleia, em que os cidadãos eram convocados a tomar eles próprios, as decisões

---

<sup>14</sup> DO ROSÁRIO, Pedro Trovão — **A Democracia Semidirecta em Portugal**, p. 17

<sup>15</sup> Idem, p. 17 *fine*.

<sup>16</sup> BOBBIO, *Op. cit.*, p. 40.

de governo. Este era o significado literal da palavra: o poder do demos, não poder dos representantes do demos, como acontece hoje.”<sup>17</sup>

É bem verdade que o termo *demos* era tomado genericamente como “comunidade dos cidadãos”, o que por si, já dá a medida diminuta do que era considerada a democracia direta.

No entanto, não há outra forma de se entender a democracia antiga senão pelo seu exercício levado a efeito de forma direta pelos seus cidadãos. Decerto que tal forma somente é possível em pequenas comunidades.

Na democracia antiga não há que se falar em representação, o povo (entenda-se aqui os mais pobres, os mais numerosos, as massas) resolvia em praças ou em assembleias os temas sobre a paz e a guerra, as finanças, os tratados, as leis e as obras públicas, transitando por todo o espectro de governo, sem a necessidade de representantes. Segundo Bobbio: “Não quer dizer que os governos populares jamais tenham conhecido o instituto da eleição dos magistrados. Mas a eleição era considerada uma correção útil e necessária do poder direto do povo, não uma alternativa autêntica à participação direta como acontece hoje nas democracias modernas – exceção feita do referendo popular, em casos específicos, expressamente consignados. Nas duas formas de democracia a relação entre participação e eleição parece invertida: enquanto hoje a eleição constitui a regra geral, e a participação direta uma exceção, houve época em que a regra era a primeira, e a eleição, excepcional.”<sup>18</sup>

Com relação à ideia de isonomia nos regimes democráticos modernos:

É desnecessário comentar que esta ideia de igualdade natural, a isogonia, constitui o fundamento da democracia moderna, a base ideal do governo democrático, fundado na concepção arraigadíssima (embora continuamente contestada) de uma natureza humana que fez os homens iguais em sua origem. Seu enraizamento posterior no pensamento político do Ocidente se deve à ideia cristã de irmandade dos homens, enquanto filhos do Deus único; ideia que seculariza pela doutrina da natureza comum dos homens, tornou-se um dos três princípios da Revolução francesa. Não foi por acidente que estas ideias encontraram sua expressão racional ou racionalizada na doutrina do direito natural, cujos reflexos tiveram início tomando como ponto de partida o indivíduo singular como pessoa moral, dotada de direitos que lhe pertencem por natureza, e são assim inalienáveis e invioláveis.<sup>19</sup>

Destaca-se o pensamento do autor em relação ao conceito de soberania e sua localização dentro da ideia da democracia, antiga ou moderna, uma vez que a soberania pode

---

<sup>17</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>18</sup> BOBBIO, *Op. cit.*, p. 42 - 43.

<sup>19</sup> BOBBIO, *Op. cit.*, p. 47

ser analisada sob o aspecto de poder originário comum e ser utilizada, inclusive, como a medida de todos os demais poderes. Nesse aspecto, entende que sob tal prisma, o conceito de soberania nada tem a ver com o povo, por se tratar de uma soberania baseada no poder ascendente e que, portanto, seria a soberania dos “cidadãos individuais”.

Desta feita, chega-se à conclusão de que a expressão “povo” enseja um conceito dotado de ambiguidade e de faceta enganosa, uma vez que a democracia sempre se baseou no conceito de “povo”, embora muitas das vezes o considera como uma minoria “[...], a começar pelo *populus* romano, passando pelo povo das cidades medievais para chegar aos governos populares da idade moderna.”<sup>20</sup>

Assim, tanto a democracia antiga quanto a moderna, repousam numa visão individualista e essa visão sempre foi defendida com a finalidade de aplicar-se o pensamento utilitarista que prega a felicidade para o maior espectro possível da humanidade, mesmo que signifique a infelicidade de poucos.

Dessa forma, N. Bobbio vislumbra que “hoje o individualismo está na base do estudo das decisões coletivas: as escolhas deste ou daquele grupo são analisadas a partir das escolhas dos indivíduos.”<sup>21</sup>

Diante de tal conceituação, o autor idealiza a existência de duas espécies de individualismo: i) o que diz com a tradição libertária, a retirar o indivíduo da sociedade para que viva a lutar pela própria sobrevivência; ii) o que diz com a tradição democrática, onde o oposto ocorre, na medida em que o indivíduo se aproxima de seus semelhantes para a criação de uma “associação de indivíduos livres”<sup>22</sup>.

Ao discorrer sobre o fundamento de uma sociedade democrática, o jusfilósofo italiano revela que:

O fundamento de uma sociedade democrática é o pacto de não agressão de cada membro com todos os outros, e a obrigação de obedecer às decisões coletivas tomadas com base nas regras do jogo pré-estabelecidas de comum acordo. A principal delas é a que permite resolver os conflitos, que surgem de quando em quando, sem recorrer à violência recíproca. Mas tanto o pacto negativo, de não agressão, como o positivo, de obediência, precisam ser garantidos por um poder comum, para que sejam eficazes além de válidos.

---

<sup>20</sup> BOBBIO, *Op. cit* p. 48 - 49.

<sup>21</sup> BOBBIO, *Op. cit*, p. 50.

<sup>22</sup> BOBBIO, *Op. cit*, p. 51.

Com o pacto de não agressão recíproca os indivíduos abandonam o estado da natureza; com o pacto de obediência às regras estabelecidas de comum acordo eles constituem uma sociedade civil. Contudo, só instituindo um poder comum dão vida a um Estado – que não é necessariamente democrático.<sup>23</sup>

Por conseguinte, pode-se inferir que a diferença entre a democracia antiga e a moderna é, principalmente, o tamanho da comunidade que é regida, pois, a antiga democracia caracterizava-se pela forma direta, ou seja, a possibilidade de o povo exercê-la por si e sem a necessidade de representatividade para a perquirição de suas finalidades.

A moderna democracia, pela própria complexidade das comunidades atuais (que em nada se assemelham às *civitates* antigas) acabam por servir de empecilho à possibilidade de que os problemas sejam resolvidos pelo próprio *demos*.

A representatividade é algo que se impõe ao novo modelo democrático, decorrente da complexidade inerente às sociedades modernas.

Em relação às eleições, cumpre ressaltar a lógica invertida, uma vez que as eleições de magistrados, ao menos na antiga democracia, não tinham por objetivo a legitimidade de um representante, haja vista que era o próprio povo, de forma direta, que criava as leis e cuidava de todas as questões da comunidade. Tratava assim o voto como uma correção útil e necessária a garantir que o povo continuasse a exercer diretamente o poder.

Nas democracias modernas o voto é essencial para que se possa estabelecer a representatividade. Entretanto, o autor faz explícita a diferenciação entre o voto e a própria representatividade popular: “[...] o voto com que se faz coincidir o ato mais relevante de uma democracia contemporânea não é o que decide sobre alguma coisa, mas o que elege quem vai decidir”<sup>24</sup>.

Ao valorar o voto como ferramenta de escolha sobre “quem vai decidir”, que se torna mais evidente a existência de um mercado político.

Nesse ponto o autor destaca a possibilidade real de instauração da “ingovernabilidade” cujo significado entende ser: “[...] a incapacidade dos governos democráticos de dominarem convenientemente os conflitos de uma sociedade complexa: um alvo de sinal oposto, não o excesso, mas a insuficiência de poder”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> BOBBIO, *Op. cit.*, p. 54

<sup>24</sup> BOBBIO, *Op. cit.* p. 40.

<sup>25</sup> BOBBIO, *Op. cit.* p. 102 – 103.

Para contextualizar o que o jusfilósofo entende por ingovernabilidade, faz-se necessária a análise de uma das mais profundas modificações ocorridas na democracia nas últimas décadas, quando a representatividade deixou de ser individualmente apurada para ser exercida por meio de grupos de interesses distintos, no que se conclui que a raiz do problema da ingovernabilidade reside na modificação da representatividade democrática.

Desta forma, vale dizer que, quanto mais o Estado se aproxima das questões sociais, mais “valioso” se torna o voto das massas para a eleição de indivíduos ou grupos de interesses que nem sempre estão voltados à persecução do bem comum.

Assim, o sufrágio transforma-se numa moeda de troca mais imediata e que atenda a uma demanda individual. O resultado é o traçar de caminho, a passos largos, para a pós-democracia, pois, os futuros representantes do povo adotarão valores que não correspondem ao bem comum e sim a interesses específicos e, não raras vezes, pessoais.

## 2 SEGURANÇA JURÍDICA

### 2.1 A Segurança Jurídica como princípio, direito fundamental ou ideário

É indiscutível que a segurança jurídica seja um dos mais importantes pilares da democracia, nomeadamente no Estado de Direito, onde a soberania das leis substitui a soberania dos homens.

Assim, antes mesmo de discorrer sobre a segurança jurídica, é de curial importância tecer considerações sobre o Direito, ainda que de forma bastante superficial, ante os inúmeros problemas que a marcação de uma definição do que é o Direito e o seu sentido impõem.

Muitas são as facetas para as quais o estudioso de Direito pode direccionar as suas investigações, pois hão de ser vistas como: 1) facto histórico-cultural; 2) facto social; 3) fenómeno de integração; 4) sistema normativo ou dentro da estatalidade.<sup>26</sup>

A considerar todos os ângulos em que o investigador pode mergulhar os seus estudos, é de extrema dificuldade, quiçá tarefa impossível, estabelecer-se um conceito para o Direito, sob pena de se construir um conceito sobejamente reducionista a inviabilizar estudos de maior envergadura.

Ciente dos desafios de se chegar a um conceito satisfatório de Direito, a grande maioria dos autores gravita dentro de uma área comum a todas as facetas já acima referidas, a destacar-se dois nomes de inafastável peso entre os juristas:

**1) Alf Ross**, que alerta prontamente para a dificuldade de se obter uma conceituação objetiva de Direito, na medida em que a expressão é utilizada como símbolo linguístico de múltiplos significados.

Alf Ross não tem a pretensão de “cravar” um conceito definitivo de Direito, mas analisa- o sob prismas interessantes e, curiosamente, chega à conclusão de que seria praticamente inútil a busca por um conceito definitivo e unívoco.

Elenca alguns problemas que emergem da busca pelo conceito de Direito, a destacar-se o problema do seu conceito ou de sua natureza, visto que para o autor incluiria outros conceitos fundamentais que estariam essencialmente imbricados com o conceito de

---

<sup>26</sup> REALE, Miguel — **Teoria do Direito e do Estado**, p. 28.

Direito, tais como: o dever legal, a fonte do direito, a norma jurídica e a sanção legal, entre outros.

A. Ross entende que o problema do conceito ou natureza do Direito encontra a sua melhor resposta na escola analítica, pois: “Tomada como um todo a escola analítica leva o selo de um formalismo metódico. O direito é considerado um sistema de normas positivas, isto é, efetivamente vigorantes. A ‘ciência do direito’ busca apenas estabelecer a existência dessas normas no direito efetivo independentemente de valores éticos e considerações políticas. Tampouco formula a escola analítica qualquer questão relativa às circunstâncias sociais penetradas pelo direito – os fatores sociais que determinam a criação do direito e seu desenvolvimento, e os efeitos sociais que se produzem ou se pretende produzir mediante normas jurídicas.”<sup>27</sup>

Percebe-se que, para o jurista, o problema da conceituação do Direito reside na sua própria natureza, uma vez que se confunde com o conceito de ordenamento jurídico, a impossibilitar que se possa dissociar o caráter normativo do Direito da sua gênese social.

Importa dizer que o autor não afasta peremptoriamente o aspecto social do Direito, e desse aspecto trata-se em boa parte o seu trabalho, mas tão somente o encara como uma outra face do problema, a “Interação do Direito e a Sociedade”, que indica ser “uma filosofia política disfarçada”<sup>28</sup>.

Fica evidente que A. Ross não contempla a sociologia do direito como elemento constitutivo do seu conceito.

**2) Manuel Atienza**, é um dos poucos doutrinadores que coloca a questão conceitual do Direito com grande clareza e objetividade, começando pela própria definição de “definição”, pois, adiante das: “funções de clarificação linguística e de análise conceptual, os juristas atribuem por vezes às definições (embora o façam de maneira mais ou menos velada) uma função prática que consiste em resolver um problema normativo e encontram uma solução que não estava (ou só estava de maneira implícita) nas normas do sistema.”<sup>29</sup>

Logo em seguida, o autor espanhol discorre sobre a existência de três concepções distintas de “definição”; e aqui vale a transcrição integral para que seu pensamento não seja fragmentado:

---

<sup>27</sup> ROSS, Alfred — Direito e Justiça, p. 25.

<sup>28</sup> *Idem* p. 27.

<sup>29</sup> ATIENZA, Manoel — **O sentido do Direito**, p. 58.

[...] a definição como técnica para descrever, introduzir, modificar ou precisar o significado de certas expressões; a definição como ferramenta de análise conceptual, e a definição como forma de referir as entidades e os objetos subjacentes às palavras. Se transferirmos tudo isto para a pergunta inicial sobre o que é o Direito, haveria que dizer que a definição de Direito pode considerar-se, quer como uma operação linguística que consiste em mostrar (aclarar) os diversos usos dessa expressão, quer como uma indagação de carácter teórico ou conceptual (conceito de Direito seria, ao fim e ao cabo, o conceito supremo em que desembocam todos os outros conceitos jurídicos), quer ainda como uma investigação dirigida no sentido de encontrar a verdadeira essência, a realidade que consiste o Direito.<sup>30</sup>

Decerto que as duas primeiras concepções não trazem à luz qual é o conceito mais próximo do completo para o que se entende por ser o Direito, porém, a terceira concepção é demasiadamente ampla e, portanto, tem como resultado a perda de sua própria finalidade. Cumpre ressaltar que o ato de definir algo ou alguma coisa é, por si só, um movimento de natureza reducionista.

Definir algo ou alguma coisa traz a falsa percepção de perenidade, de exaurimento do objeto a ser definido, o que, ao menos em termos de construção de uma sociedade envolta no Estado de Direito, está longe de ser verdade, visto que as relações sociais mudam e com elas muda-se o Direito.

Portanto, não é óbice cuidar da definição do Direito sob a ótica tridimensional sugerida por Atienza, muito embora o próprio autor identifique a existência de erros e imprecisões decorrentes da complexidade que permeia a terceira concepção.<sup>31</sup>

Para não desbordar do escopo desta investigação acadêmica, o conceito analítico e mais voltado para o ordenamento jurídico positivado parece ser mais útil, na medida em que é dentro da moldura normativa que se analisará o ativismo judicial.

Assim, tomando por base o entendimento de Alf Ross e Manuel Atienza, o Direito é produto e ao mesmo tempo produtor do ordenamento jurídico a regular as relações sociais e, como já mencionado, retira a soberania decorrente única e exclusivamente do soberano, com poderes diretamente outorgados pela divindade e coloca-a (soberania) sob o domínio das leis.

Entretanto, um posicionamento interessantíssimo é-nos apresentado por Ronald Dworkin, ao tecer críticas à compreensão majoritária que vislumbra a correlação, quase sinonímica, entre o direito e as obrigações jurídicas:

---

<sup>30</sup> *Idem*, p. 60.

<sup>31</sup> É neste mesmo sentido que Atienza (p. 66) tangencia os problemas da ambiguidade e da vacuidade ao tratar do Direito Objetivo, Direito Subjectivo, Ciência do Direito e Justiça.

Estamos acostumados a resumir nossos problemas às questões clássicas da teoria do direito: O que é ‘o direito’? Quando, como ocorre frequentemente, duas partes discordam a respeito de uma proposição ‘de direito’, sobre o que estão discordando e como devemos decidir sobre qual dos lados está a razão? Por que denominamos de ‘obrigação jurídica’ aquilo que o ‘o direito’ enuncia? Neste caso, ‘obrigação’ é um termo técnico que significa apenas o que é enunciado pela lei? Ou a obrigação jurídica tem algo a ver com a obrigação moral? Podemos dizer, pelo menos em princípio, que temos as mesmas razões tanto para cumprir nossas obrigações jurídicas como para cumprir nossas obrigações morais?<sup>32</sup>

Observa-se que o autor levanta questionamentos sobre a legitimidade de se colocar em planos distintos a obrigação jurídica e a obrigação moral, questão que atormenta todos os juristas que entendem ser possível a disjunção entre a moral e o direito, ainda que no plano jurídico se apresenta, por exemplo, a essência do positivismo jurídico original.

É evidente que o conflito doutrinário entre moral e direito está longe de ser dirimido e quanto mais nos aprofundarmos nos estudos jurídicos, sobretudo em relação à aplicação do direito, as questões dele decorrentes tomam vulto e tornam ainda mais complexas as múltiplas e inúmeras relações e correlações que são imprescindíveis para o exercício pleno da jurisdição.

Desta maneira, a decisão judicial deve ser analisada dentro de um determinado contexto, tomando em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto em análise e, portanto, chegar a uma decisão que será sempre a melhor decisão judicial a ser tomada naquele momento e dadas as suas circunstâncias.

É dentro desse contexto que a segurança jurídica aparece como pedra fundamental da construção do Estado de Direito, por se tratar de um elemento de estabilidade e garantia do funcionamento do sistema, a afastar a imprevisibilidade e a modificação casuística na aplicação das sanções, a trazer o contrário da segurança que é a insegurança jurídica, bem como garantir que os demais princípios e regras de compatibilização sejam preservados em todas as situações que decorram do convívio social.

Diante destas considerações, a questão que se apresenta é perquirir qual seria a melhor categorização para a segurança jurídica: princípio, direito fundamental ou ideário?

---

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald — **Levando o Direito a Sério**, p. 23-24

### 2.1.1 Princípios Jurídicos

A dicotomia na classificação das normas jurídicas em regras e princípios, bem como os fundamentos estabelecidos por Ronald Dworkin e Robert Alexy dominam o pensamento da grande maioria dos autores e juristas que tratam da matéria.

A diferença dos pensadores acima referidos não reside na obrigação jurídica, na medida em que tanto as regras quanto os princípios obedecem, ainda que em diferentes acepções, aos critérios deônticos, de um dever ser obrigatório, permitido ou proibido.

Dworkin entende que as regras são normas jurídicas que se diferenciam dos princípios por meio das diretivas aplicadas, uma vez que aquelas são prontamente aplicáveis na sua totalidade, numa espécie de “tudo ou nada” e que se resolve no plano da validade da norma, ou seja, havendo subsunção a regra há de ser aplicada de imediato, a afastar as demais regras que de alguma forma tratam da questão.

Por outro lado, os princípios, ao contrário das regras, não admitem o modo de aplicação do “tudo ou nada”, tal questão decorre não apenas por seu elevado nível de abstração (boa parte da doutrina entende ser este o caráter discriminatório entre regras e normas) mas, principalmente, porque os princípios são mensurados pelo peso que possuem dentro do sistema.

Significa dizer que os princípios atendem à diretivas próprias de naturezas não disjuntivas, uma vez que a aplicação de um deles não afasta a aplicação de outro, havendo que se sopesar qual é o princípio que encontra prevalência em determinada situação ou circunstância, inclusive com a possibilidade de existir relação de complementariedade entre princípios, ainda que com pesos relativos diferentes, a tratar-se da ponderação entre eles.

Vejamos o que diz Dworkin: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os factos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Na sequência, conclui: “Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinamos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas reagem.” <sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald — **Levando os Direitos a Sério**, p. 39

Especificamente com relação aos princípios, o autor assim se manifesta:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes.<sup>34</sup>

Robert Alexy tem aceção diferente quanto à distinção entre regras e princípios, ainda que se entenda que as diferenças entre as duas espécies de norma jurídica são qualitativas.

Para o jurista germânico, a diferenciação entre regras e princípios é tão importante que se traduz na base da sua teoria dos direitos fundamentais e “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”<sup>35</sup>. E continua: “Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada das restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”<sup>36</sup>.

Dada a importância e profundidade do tema para Alexy, é decorrência lógica o seu pensamento acerca da distinção entre regras e princípios, pois, assim como Dworkin, mitiga o critério da abstração e da generalidade destes em detrimento das regras.

Sustenta o autor que a distinção entre regras e princípios reside no que define serem os “mandamentos de otimização”, uma vez que estes devem ser realizados na maior medida possível enquanto aquelas encerram-se na possibilidade de satisfação ou não satisfação e que, por conseguinte, o conteúdo de uma regra será sempre e invariavelmente uma determinação.

Assim, na visão de Alexy: “Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo facto de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> *Idem*, p. 42-43.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert — **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 85

<sup>36</sup> *Idem* p. 85.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 90.

Por fim, entende que a distinção entre regras e normas é de natureza qualitativa, e não de graduação.

É de destacar, ainda, o pensamento de Humberto Ávila, que verifica tanto em R. Dworkin quanto em R. Alexy a existência de critérios distintos para aferir a diferenciação entre regras e normas com o intuito de, em seguida, propor uma terceira espécie a que denomina de *postulados*<sup>38</sup>.

O autor destaca a imprecisão dos critérios adotados para a diferenciação entre regras e princípios por entender que em ambas as espécies de normas jurídicas encontra-se a hipótese de incidência, embora os princípios sejam destacados pelo seu maior teor de abstração, generalidade e otimização em confronto com as regras que, por sua vez, destacam-se por ser de cariz mais imediato, cuja aplicação se dá diretamente nos casos concretos.

A imprecisão que assevera H. Ávila reside no que denomina ser o caráter *hipotético-condicional*, que, por sua vez, é inerente às regras de modo geral, mas que não se presta a ser o mais importante elemento de distinção entre regras e princípios.

Decerto que a natureza hipotético-condicional não se observa na norma, pois só se realiza por meio da decisão interpretativa e, portanto, é extra norma jurídica. Trata-se de uma questão de formulação linguística e pode ser modificada e utilizada em relação aos princípios.

Ademais, a utilização do critério hipotético-condicional parte do axioma de que os atributos normativos decorrem da espécie de norma objeto da interpretação e, portanto, depende da maneira como o dispositivo normativo positivo é formulado. Assim, o autor chama-nos a atenção para a provável confusão decorrente de tal entendimento: “Como se a forma de exteriorização do dispositivo (objeto da interpretação) predeterminasse totalmente o modo como a norma (resultado da interpretação) vai regular a conduta humana ou como deverá ser aplicada. Percebem-se aí, uma manifesta confusão entre dispositivo e norma e uma evidente transposição de atributos dos enunciados formulados pelo legislador para os enunciados formulados pelo intérprete.”<sup>39</sup>

A diferenciação toma conformações ainda mais concretas no que toca à decisão interpretativa, que levará em consideração que as regras jurídicas são voltadas predominantemente às condutas, enquanto os princípios estão mais voltados para os valores, independentemente da formulação linguística que será adotada.

---

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto — **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 47-48.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 62.

Bastante interessante é a colocação de Humberto Ávila quanto à existência de uma terceira categoria de normas jurídicas que denomina de *postulados*, a determinar o que entende ser norma de segundo grau.

Significa dizer que os postulados normativos são: “deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles. Nesse aspecto, podem ser considerados formais, pois dependem da conjugação de razões substanciais para a sua aplicação.”<sup>40</sup>

Neste ponto, os postulados podem ser considerados como normas de estrutura que têm por finalidade orientar a aplicação das demais normas, ou seja, não possuem cariz hipotético-condicional como acontece com as regras, tampouco tem cariz axiológico como ocorre com os princípios.

### **2.1.2 Direitos Fundamentais**

Um dos principais temas, senão o principal, é atinente a questão dos direitos fundamentais, abordada por todos os doutrinadores constitucionais, que guardam extensos capítulos para tratar da matéria.

Não é escopo desta investigação tecer aprofundadas considerações sobre os direitos fundamentais, senão discorrer sobre o tema com o fito de melhor categorizar a segurança jurídica, além do que, dentro do contexto e dos vários autores de escol que tratam do assunto, a envidar escolhas que melhor se coadunem com tal desiderato não é tarefa das mais fáceis.

Entretanto, na miríade de autores constitucionalistas, alguns se destacam pelas obras específicas sobre direitos fundamentais. É o caso de Jorge Miranda, que entende os direitos fundamentais como decorrência direta do Estado e da Constituição, haja vista que, em última análise, são os direitos fundamentais que protegem as pessoas dos poderes do Estado, a funcionar como limitadores.

Na esteira da definição acima, o autor destaca que os direitos fundamentais implicam três pressupostos ou *condições firmes*, como ele mesmo designa. Veja-se: 1) não há que se falar em direitos fundamentais sem a existência de relação imediata entre as pessoas e o poder público, com todos envolvidos em um estatuto, sem segregações sociais ou mesmo institucionais; 2) imperiosa necessidade de *uma esfera própria de autonomia das pessoas em*

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 184.

*face do poder*, donde se depreende a impossibilidade de existência de direitos fundamentais em regimes autoritários; 3) inarredável necessidade de uma Constituição, sem a qual é impossível limitar o poder estatal de forma plena e eficaz.<sup>41</sup>

Devido aos pressupostos supra citados, Jorge Miranda entende que os direitos fundamentais existirão somente quando houver entre o Estado e a pessoa a liberdade necessária para que esta possa, inclusive, contrapor-se ao poder daquele, ao dizer que: “Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são funções do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades.”<sup>42</sup>

É de destacar a questão que se refere à evolução dos direitos fundamentais individuais e coletivos, resultado do Estado social de Direito, uma vez que a liberdade necessária é o limite para que não se venha a justificar nenhuma medida que possibilite a mitigação da liberdade das pessoas a desbordar na diminuição da igualdade, seja material ou formal.

Assim, não restam dúvidas de que expressões como: “liberdade”, “livre iniciativa”, “direito de ir e vir” e, principalmente, “dignidade” expressam bem o sentido e o alcance dos direitos fundamentais.

Ao abordar o tema sob o enfoque histórico, Luís Roberto Barroso enfatiza a impossibilidade de se compreender os direitos fundamentais de forma dissociada dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

Decerto que a base dos direitos fundamentais está nos direitos humanos e remonta ao final do século XV e início do século XVI, tomando os contornos hoje delineados, com o Iluminismo estruturado no século XVIII.

A mudança de conceitos em relação aos direitos humanos no transcorrer dos séculos até aos dias atuais encontra nas questões sociais mais sensíveis (cristalizadas no trabalho escravo, na discriminação de género e nas guerras de fundo político ou religioso, entre outras mazelas da humanidade) o seu maior combustível rumo ao progresso, a transbordar no sentido mais amplo da dignidade humana, nomeadamente após a Segunda Guerra Mundial e: “[...] Em pouco tempo, a ideia de dignidade humana se tornou o centro axiológico dos sistemas jurídicos e fonte de irradiação dos direitos humanos”<sup>43</sup>.

Na esteira desse pensamento, ao tratar dos direitos fundamentais propriamente ditos, o autor sufraga o seu conceito: “*Direitos humanos* são uma combinação de conquistas

---

<sup>41</sup> MIRANDA, Jorge — **Direitos Fundamentais**, p. 12.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto — **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 491.

históricas, valores morais e razão pública que, fundados na dignidade da pessoa humana, visam à proteção e ao desenvolvimento das pessoas, em esferas que incluem a vida, as liberdades, a igualdade e a justiça. E – por que não? – também a busca da felicidade. São direitos dotados de fundamentalidade material e que têm uma dimensão jusnaturalista, não dependendo, para a sua validade, de institucionalização, positivação ou mesmo efetividade social.”<sup>44</sup>

Mais adiante, a informar o pensamento já adrede referido e a relacioná-lo com a ideia da dignidade humana, afirma: “Os *direitos fundamentais*, por sua vez, são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas. Isso se dá por previsão expressa ou implícita no texto constitucional, ou no chamado bloco de constitucionalidade.”<sup>45</sup>

Diante da construção do que se entende por direitos fundamentais e, apesar de existirem muitos doutrinadores que tratam da matéria sob diferentes e múltiplas perspectivas, não é difícil encontrar pontos de convergência entre si. A questão que se apresenta bastante clara é que os mais renomados autores variam em amplitude ao entender o que significam os direitos humanos e a qual categoria jurídica pertencem.

Enquanto alguns autores entendem que os direitos fundamentais, muito embora encontrem suas origens nos direitos humanos, somente podem ser considerados dentro das Constituições; não é raro encontrar outros autores que veem nos direitos fundamentais característica pré ou metajurídica, ou seja, independem de positivação para que sejam observados, visto que a positivação é apenas a confirmação de uma figura quase jusnaturalista.

### 2.1.3 Ideário

De acordo com o léxico, *Ideário* é o conjunto de aspirações, metas ou objetivos que fazem parte de uma ação. Ao transportar o significado acima para a esfera jurídica, pode-se dizer que o ideário é a parte imaterial da finalidade do Direito. Não é raro depararmo-nos com textos nos quais as expressões “ideário de justiça”, “ideário político” aparecem de forma recorrente.

---

<sup>44</sup> BARROSO, *Op. cit.*, p. 492.

<sup>45</sup> BARROSO, *Op. cit.*, p. 493

Nessa medida, não é de causar perplexidade e tampouco afronta a ortodoxia jurídica, admitir que tudo o quanto não está previsto no ordenamento jurídico ou cuja previsibilidade não seja condição bastante e suficiente para a sua aplicabilidade, possa ser categorizado como um ideário, desde que influencie de forma significativa a dinâmica do Direito ou que, de algum modo, contribua ou mesmo seja a finalidade deste.

Aliás, toda a estrutura jurídica que conhecemos, desde a vida em sociedade sem regramentos explícitos, até a criação do Estado-nação e do Estado de Direito, teve sua gênese em ideários de cariz social.

Alguns dos ideários que contribuíram para a formação do Direito contemporâneo foram expressamente incorporados ao direito positivo, nomeadamente às Constituições; outros tantos não foram, ao menos de forma expressa, incorporados e positivados nos ordenamentos jurídicos vigentes. No entanto, mesmo que a norma jurídica esteja explicitamente presente no ordenamento, não perderá a sua natureza ideária.

A consequência direta dessa faceta inadequada na categorização dentro do sistema jurídico é a interrupção prematura na busca dos fundamentos de validade do próprio sistema, uma vez que o ideário é metajurídico e serve de base no sistema.

Na expressão de Kelsen, seria a norma fundamental hipotética que deflagra o comando *respeite a Constituição e todo o ordenamento jurídico positivo*.

Mas qual é o objetivo, a finalidade no respeito incondicional à Constituição e ao ordenamento jurídico? Decerto que a mais importante finalidade do Direito e, por conseguinte, o respeito ao comando acima referido é a segurança jurídica.

Então, como explicar a finalidade de uma norma fundamental hipotética que transcende o próprio sistema normativo, com base num princípio, num postulado e numa regra?

Assim como ocorre a norma fundamental hipotética, também a sua finalidade há de ser metajurídica; e é nessa moldura que a segurança jurídica se apresenta como ideário, metajurídico por natureza, a emprestar valia, finalidade ao Direito, na medida em que busca a estabilização das relações sociais, sobretudo daquelas em flagrante conflito.

Não obstante, como bem salientado por Humberto Ávila, a diferenciação entre regras e princípios há de ser melhor analisada dentro das conclusões do intérprete, bem como da análise do modo como a norma jurídica é exposta.

Dessa forma, inexistente óbice para que a segurança jurídica se apresente ao intérprete dentro de uma formulação linguística de caráter hipotético-condicional, segundo o pensamento do autor, a assumir viés normativo de regramento, assim como a segurança jurídica venha a atingir natureza de um mandamento de otimização o que, segundo Robert Alexy, o transformaria em princípio.

### 3 O PODER JUDICIÁRIO COMO ÓRGÃO GARANTIDOR DA DEMOCRACIA

Decerto que nos regimes democráticos, nomeadamente no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário desenvolve um papel de importância muito maior do que jamais sonhou Montesquieu<sup>46</sup>. A importância desse Poder na Democracia decorre da jurisdição, uma vez que lhe cabe a última palavra nas questões interpretativas do direito.

Assim, a atividade judicante sofreu importantes alterações desde o século XVIII, e os juízes deixaram de ser apenas a voz confirmadora dos anseios dos soberanos.

A desvinculação do direito quanto ao caráter divino do soberano e a passagem do poder totalitário e absoluto do rei para um poder fulcrado na coletividade fez com que a magistratura alcançasse uma posição de destaque, no que R. Dworkin<sup>47</sup> afirma ser o império do Direito e no que N. Bobbio<sup>48</sup> denomina ser a era do Direito.

Com a necessidade de se garantir o Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário ganha importância não somente no cenário jurídico, mas também no cenário político, formando-se a noção de sistema jurídico e de organização judiciária, com a inclusão das balizas do sistema nas Constituições.

#### 3.1 O Sistema Judicial em Portugal e no Brasil

Antes de adentrar nos meandros do sistema judicial em Portugal e no Brasil, é necessário tecer considerações sobre os sistemas jurídicos e como se desenvolvem as suas dinâmicas no regime democrático.

Em termos gerais, a ideia de sistema remete-nos ao conjunto de elementos organizados entre si e são muitos os autores que permeiam nas suas publicações o tema ora em apreço. Entretanto, a bibliografia que trata especificamente do tema, dentro de uma moldura jurídica, não é tão profícua.

Ademais, dentre os autores que escreveram sobre o tema de forma específica, alguns deles confundem sistemas jurídicos com sistemas normativos, como é o caso de Joseph Raz<sup>49</sup>,

---

<sup>46</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de — **O espírito das Leis**, p. 564 – 565.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald — **O império do direito**, p. 50

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto — A era dos direitos, p. 30

<sup>49</sup> RAZ, Joseph — **O Conceito de Sistema Jurídico**: Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos, p. 15.

uma vez que trata mais profundamente das relações de poder e soberania como condições de existência dos sistemas jurídicos.

Ora, não se está aqui a dizer que o estudo dos sistemas jurídicos deve ser levado a efeito sem considerar as formas de exteriorização do poder, nomeadamente o poder soberano. Também parece ser evidente que os autores tratam o estudo dos sistemas jurídicos sob dois diferentes aspectos: sob o prisma normativo e sob o prisma organizacional ou orgânico.

Assim, é na teoria geral do Direito que se desenvolve o estudo dos sistemas jurídicos sob o enfoque normativo, cuja doutrina é bem mais atuante, pois, no que concerne ao estudo dos sistemas jurídicos sob a lente organizacional, é na pena dos constitucionalistas que se encontram as fontes mais abalizadas.

Para os fins gerais da investigação e para os fins específicos deste capítulo, limitar-se-ão ao estudo dos sistemas organizacionais, ou melhor, orgânicos, para, mais adiante, ingressar na correlação entre os sistemas orgânicos judiciais e os sistemas políticos para que então se chegue à avaliação dos conceitos e limites de um possível ativismo judicial, propriamente ditos.

J.J. Canotilho percebe a existência de duas gerações sistémicas: o sistemismo cibernético e o sistemismo auto-organizativo, nesta mesma ordem de existência, e ainda observa a impossibilidade de entender-se este, sem o entendimento prévio daquele.

Para o festejado constitucionalista lusitano, o sistemismo cibernético é artificial e fundamenta-se em uma ciência de concepção e de comando de sistemas complexos e, segundo o autor, não se preocupa com os processos internos. Vejamos: “Como o próprio nome indica (cibernética: *gubernator*), a teoria sistémico-cibernética era tributária de uma *ciência de pilotagem*, isto é, uma ciência de concepção, comando e regulação de sistemas complexos. As máquinas de *input/output* são o símbolo de um sistemismo preocupado com o processo de *conversão* de demandas políticas exógenas que entravam no interior de uma *caixa negra* da política e do político, cujo mecanismo interior permanecia na penumbra, só dando sinal através das respostas tornadas possíveis pelos circuitos de *informação* e de *retroacção*.<sup>50</sup>”

A concluir que: “Os sistemas de *feed-backs*, ou, como em termos tendencialmente caricaturais, também se designaram — os ‘*sistemas retroactas*’ —, não ousavam entrar no

---

<sup>50</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes — **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1383.

interior mesmo do próprio sistema. Contentavam-se com as influências recíprocas sistema/ambiente.”<sup>51</sup>

Relativamente aos sistemas auto-organizativos, a própria definição vai ao encontro de sua denominação, pois trata-se de um sistema que toma por modelo o funcionamento de órgãos vivos que, por sua vez, organizam-se a si mesmos.

A transportar o conceito orgânico de sistemas para a esfera jurídica, Gunther Teubner<sup>52</sup> criou a teoria autopoietica do direito, cujo mote central é que o direito constrói-se a si mesmo; recebendo críticas veementes de Canotilho: “Dizer que o direito constitui um sistema autopoietico significa que ele produz os seus próprios elementos, determina as suas estruturas e fixa os seus limites.[...] O sistemismo autopoietico surge desde logo relacionado com o questionamento dos pressupostos teórico-cognitivos das correntes ainda hoje dominantes sobre a direção ou comando da sociedade através do direito. Estamos a referir-nos ao *individualismo* e ao *realismo* metodológicos, qualquer que seja a sua expressão e esquema conceitual concretos.”<sup>53</sup>

No fim do seu raciocínio, Canotilho afasta a possibilidade efetiva da cultura jurídica autopoietica. Vejamos: “[...] o direito é uma instância epistémica autónoma que não dispõe nem intervém noutras instâncias autopoieticas e auto-referentes, recebendo apenas alguns ruídos ou interferências de outros sistemas autopoieticos.”<sup>54</sup>

Há que referir que, para o autor, o direito é sobretudo epistémico, ou seja, depende da existência de conhecimentos e elementos que não dependem única e exclusivamente da sua própria produção que possa parecer um *moto perpétuo* jurídico.

Apesar de não ter ficado claro nas palavras do autor, existe a possibilidade de se depreender que a teoria autopoietica do direito poderia levar, em última análise, à negação dogmática.

Além do sistema jurídico normativo, existe ainda o sistema jurídico orgânico, cuja finalidade é a organização do poder político de um Estado. Trata-se, pois, de matéria afeita ao Direito Constitucional.

---

<sup>51</sup> CANOTILHO, *Op. cit.*, p. 1383.

<sup>52</sup> TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. p. 172-173

<sup>53</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes — **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1384.

<sup>54</sup> CANOTILHO, *Op. cit.*, p. 1384.

Para os fins a que se presta esta investigação, torna-se necessária a delimitação do estudo em relação, tão somente, à organização judiciária básica em Portugal e no Brasil<sup>55</sup>, no que diz respeito às suas competências específicas, nomeadamente em relação aos Tribunais Constitucionais, TC e STF, respectivamente.

### **3.1.1 A organização judiciária em Portugal – O Tribunal Constitucional**

A apreciação do sistema judicial, nomeadamente em relação à organização judiciária e a considerar o escopo deste trabalho, volta-se para a análise das competências em razão da matéria, que são específicas do Tribunal Constitucional.

Entretanto, pode referir-se que em Portugal existe dicotomia entre a jurisdição administrativa e a jurisdição civil e, portanto, interessa tecer considerações acerca da jurisdição civil.

A jurisdição civil está fracionada em três níveis: 1) Supremo Tribunal de Justiça, 2) Tribunais da Relação (2ª instância), 3) tribunais de comarca (1ª instância). Além disso, existem ainda em Portugal o Tribunal Constitucional, cuja competência é administrar a justiça no que diz respeito à questões de índole jurídico-constitucional; o Tribunal de Contas que é o órgão máximo de análise das despesas públicas; o Tribunal de Conflitos, cuja competência é a resolução dos conflitos de jurisdição e por último os tribunais arbitrais que possuem uma natureza jurídica privada, cuja competência é a resolução de conflitos que serão posteriormente homologados pelo órgão judicial competente<sup>56</sup>.

Decerto que, de todos os órgãos judicantes que compõe o sistema judicial em Portugal, aquele que mais sofre os influxos de um possível ativismo judicial é, sem dúvida alguma, o Tribunal Constitucional, visto que, por conter princípios, subprincípios e valores, as questões constitucionais carregam alto teor de dificuldade, pois é o suporte geral e abstrato para a concretização de direitos e deveres, através das normas e regras de direito que as informam.

A experiência com a criação de Tribunais Constitucionais teve pouco êxito desde o seu início, pois, antes da Segunda Grande Guerra, falhou na garantia e promoção dos direitos fundamentais. Após a Segunda Guerra Mundial, os Tribunais Constitucionais voltaram a ser criados (Áustria em 1945, Itália em 1947, Alemanha em 1949).

---

<sup>55</sup> Para melhor compreensão dissertativa, todas as normas mencionadas neste capítulo estão transcritas no Anexo I.

<sup>56</sup> DE SEABRA, Hugo Martinez; XAVIER Nuno — **Organização judiciária portuguesa**, p. 5, Disp. em: <http://hdl.handle.net/11144/1621> (acesso em 7/12/ 2021)

No entanto, foi com a chegada de uma “terceira onda” que se pode afirmar a institucionalização dos tribunais constitucionais, nomeadamente em relação aos países que estavam em vista para alcançar a democracia. É o caso de Portugal, que no ano de 1982 transformou a Comissão Constitucional criada pela Constituição de 1976 no Tribunal Constitucional<sup>57</sup>.

A Constituição Portuguesa de 1922 foi a primeira a implantar o controle de constitucionalidade a ser exercida pelos tribunais comuns que poderiam deixar de aplicar uma determinada norma jurídica declarada em desconformidade com a Constituição, mas tão somente nos casos concretos.

Após as primeiras experiências em relação ao controle de constitucionalidade português, inclusive com a supressão do controle judicial<sup>58</sup>, chega-se ao Tribunal Constitucional, que inicia seu funcionamento em 6 de abril de 1983, com competências específicas e exclusivas na administração da justiça, bem como a função de aplicação das normas constitucionais e o controle de constitucionalidade em grau de recurso e das decisões dos tribunais que julgarem a inconstitucionalidade das leis. Trata-se de um tribunal de natureza mista, onde coabitam o sistema concentrado e o sistema difuso de controle de constitucionalidade, como já mencionado adrede.

Com o Estado de Direito, qualificado pelo regime democrático, marcado pela significativa separação das funções dos poderes estatais, sem sombra de dúvida o Poder Judiciário ganha importante status constitucional, uma vez que, por meio dos Tribunais Constitucionais, exerce o controle de constitucionalidade de todo o sistema legal.

O exercício do controle judicial da constitucionalidade das leis pelo Tribunal Constitucional faz nascer o questionamento significativo em relação à possibilidade de que a sua efetividade venha a colocá-lo como verdadeiro legislador negativo ou positivo, na medida em que há o risco real de que os julgadores adentrem nas questões afeitas exclusivamente às funções destinadas ao Poder Legislativo.

Quanto à figura do legislador negativo, Pedro Trovão cita a decisão do Tribunal Constitucional de Portugal (Tribunal Constitucional, Plenário, Decisão 794/2013, Processo 953/13), cuja compreensão passa pela possibilidade de funcionar como legislador negativo,

---

<sup>57</sup> DO ROSÁRIO, Pedro Trovão — **Tribunal Constitucional: Un Legislador Negativo o Positivo?**, Revista de Derecho UNED, Núm. 16, 2015, p. 718, Disp. em: <http://hdl.handle.net/11144/4617> (acesso em 07/12/2021)

<sup>58</sup> A Constituição de 1933 atribuía à Assembléia Nacional a apreciação exclusiva da constitucionalidade das leis.

ainda que se tenha que manter em posição equidistante dos demais poderes, considerando-se ter o dever de guardar a Constituição.

Nesse sentido o autor menciona outro importante julgado do Tribunal Constitucional, ao analisar a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo celebrarem contrato matrimonial (Processo 192/10) ao principal fundamento de que a questão *sub judice* não versava sobre a matéria que integra o núcleo indisponível do instituto constitucionalmente protegido que, por sua vez, é a essência da “conformação política do legislador democrático”.

Trata-se aqui, de outras hipóteses que o legislador democrático deixou em aberto e que, por opção constitucional, permanecem livres para a interpretação do julgador constitucional<sup>59</sup>.

Dessa maneira, a interpretação levada a efeito pelo Tribunal Constitucional não desbordaria dos limites das suas funções judiciais, pois não interfere no núcleo indisponível do instituto constitucionalmente protegido.

Entretanto o autor chama a atenção para o facto de que o tribunal, sob argumento de estar a funcionar como legislador negativo, toma verdadeiramente a figura de legislador positivo, já que as suas decisões desbordam da mera declaração de nulidade que são de cariz negativo, pois, acabam por modificar de forma ativa o ordenamento jurídico. Veja-se: “*Al contrario de las sentencias tradicionales, que son simples sentencias de rechazo o de admisión o acogida de la inconstitucionalidad, las sentencias interpretativas y sentencias manipulativas, aditivas y substitutivas son bastante más complejas e implican una actuación ‘creativa de los jueces’, dejando de ser meros legisladores negativos y asumiendo el papel de legislador positivo.*”<sup>60</sup>

Considerando as implicações acima referidas, o autor destaca ao menos duas situações em que o Tribunal Constitucional teria avançado, a figurar como legislador positivo e a destacar a questão julgada no Processo 139/84.

Assim, ao apreciar a norma constante do Estatuto da Ordem dos Advogados que estabelecia a incompatibilidade do exercício da advocacia com qualquer atividade de empregado ou agente do serviço público, à exceção de docente de matérias de Direito, julgou inconstitucional esta última parte e ampliou a possibilidade do advogado figurar como docente em qualquer matéria e não somente com as matérias de Direito, com o fundamento de

---

<sup>59</sup> DO ROSÁRIO, Pedro Trovão, *Op. Cit.*, p. 733.

<sup>60</sup> *Idem* p. 734

que a limitação violava o princípio da igualdade, ampliando o espectro de incidência que havia sido expressamente delimitado pelo legislador democrático.

Neste caso, ao assumir a figura de legislador positivo, que mais se define pelos reflexos e consequências das decisões no ordenamento jurídico e menos pelos fundamentos que são utilizados na decisão, o Tribunal Constitucional labora em afronta ao Art. 111º da CRP que é expresso em determinar a separação de poderes dos órgãos de soberania, ainda que a norma também seja expressa em relação à observação da interdependência, não significa dizer que, em nome desta, admite-se que o Tribunal Constitucional adote uma postura que interfira nos demais poderes.

### **3.1.2 A organização judiciária no Brasil – O Supremo Tribunal Federal**

Embora existam pontos de contato entre a organização judiciária em Portugal e no Brasil, podem destacar-se os pontos de distinção entre os dois sistemas judiciais, nomeadamente em relação à competência em razão da matéria.

No Brasil a organização judiciária também está definida na Constituição Federal de 1988, muito embora existam no ordenamento jurídico brasileiro leis esparsas que tratam do funcionamento jurisdicional do Poder Judiciário, assim como ocorre em Portugal, em menor escala. Segundo as lições de Kildare Gonçalves Carvalho: “O Poder Judiciário declara o direito defendendo a Constituição. Além disso, cabe ao Poder Judiciário controlar os demais Poderes do Estado, tendo como parâmetro a Constituição.”<sup>61</sup>

Dessa forma, verifica-se que o capítulo da CRFB/88 é generoso no que diz respeito à organização judiciária e seu funcionamento e assim, ao considerar a natureza analítica da Constituição brasileira, os casos que têm maior possibilidade de figurar como exemplos de ativismo judicial serão analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

Mais do que as regras constitucionais de fixação das competências, nomeadamente em relação às que tratam das competências dos órgãos jurisdicionais em todas as esferas do Poder Judiciário, importa destacar algumas questões significativas quanto aos modos e atribuições específicas do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – STF.

Há de consignar-se que a Constituição Federal de 1988 não manteve apenas as atribuições e competências anteriores do STF, como também as ampliou, nomeadamente no

---

<sup>61</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves — **Direito Constitucional:** Direito Constitucional Positivo. Vol. II, p. 639.

que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis, dos atos normativos e das omissões inconstitucionais (Art. 102 da CRFB/88).

Entretanto, para além das competências explicitadas na Constituição, a doutrina brasileira vislumbra a existência de “competências implícitas” do Supremo Tribunal Federal, que aumenta ainda mais a já bastante alargada plêiade, existentes na norma constitucional.

É nesse sentido que Gilmar Mendes preleciona que: “O Supremo Tribunal Federal também exerce uma série de competências que o modelo constitucional brasileiro implicitamente lhe confere. Há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte implícita no próprio sistema constitucional.”<sup>62</sup>

Do que se entende em relação à existência de competências implícitas que não estejam expressamente determinadas e que não estejam expressamente delimitadas, podem ser utilizadas como fundamento de legitimidade de decisões ativistas. Tal preocupação não passou despercebida pelo autor: “É igualmente certo que, antes de cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa, compete ao intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte [...]”<sup>63</sup>.

Além disso, o debate sobre a possibilidade da Corte Suprema lançar mão de interpretações ampliativas sob o fundamento de se ter competências implícitas, amplia o foco do ativismo judicial, já que existem outras questões que são analisadas não apenas sob o enfoque normativo constitucional pelo STF, de modo a exercer o controle de constitucionalidade à luz das prognoses do legislativo que, no entendimento de Gilmar Mendes<sup>64</sup>, são indícios de que determinados acontecimentos futuros e decorrentes das propostas legislativas venham a ocorrer.

Para a formação de prognoses legislativas há a necessidade de que seja feita uma ampla e profunda pesquisa sobre o tema legislado, uma análise apurada e técnica sobre quais serão as implicações futuras da norma jurídica, caso entre em vigor no ordenamento jurídico.

Desta forma, a Corte Constitucional ao examinar a constitucionalidade da norma jurídica poderá contrapor-se aos resultados conclusivos de determinados elementos probatórios, tais como pareceres, pesquisas e relatórios que serviram de base à prognose que,

---

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira — **Curso de Direito Constitucional**, p. 1.108

<sup>63</sup> *Idem* p. 1.108

<sup>64</sup> *Ibidem*, p.1.108.

em tese, justificaria a entrada da norma no ordenamento jurídico para, ao fim e ao cabo, julgar pela sua inconstitucionalidade.

Na prática do legislativo as prognoses estão contidas de maneira resumida nas exposições de motivos do Projeto de Lei, ainda que estejam fundamentadas em outros documentos, como já acima mencionado.

A questão é demasiadamente complexa, tanto que no fim da década de 60 na Alemanha, houve uma proposta de alteração legislativa no intuito de afastar a possibilidade de utilização das prognoses legislativas pela Corte Constitucional, salvo em casos em que se constataste o falso<sup>65</sup>.

Entretanto, o entendimento jurisprudencial a respeito da análise de prognoses legislativas foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal em alguns dos seus julgados, cuja fundamentação passa pela adequação das prognoses aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Desta maneira, as pesquisas, os pareceres e demais documentos que são utilizados para embasar os indícios futuros de como a norma jurídica irá alterar os suportes fáticos existentes no ordenamento jurídico vigente, uma vez que devem guardar uma relação de equilíbrio nos seus efeitos, bem como evidenciar uma relação de realidade possível no mundo dos fenômenos, sob pena de ser declarada inconstitucional.

Como referido, a análise de prognoses legislativas como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de lei já foi objeto de julgamento do Supremo Tribunal Federal, a teor da ADI-MC 885, cuja controvérsia constitucional versava sobre a lei estadual que determinava a pesagem obrigatória de botijas de gás liquefeito de petróleo, no momento da venda e sob o olhar do comprador/consumidor.

No julgamento, o Pretório Excelso entendeu pela inconstitucionalidade da lei estadual de Santa Catarina, ao fundamento de que os esclarecimentos dos factos, prestados pelo órgão federal (INMETRO) serviram para “lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar – ao menos provisoriamente – as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor”.<sup>66</sup>

Sob tais fundamentos, o Relator deferiu o pedido liminar de sustação dos efeitos da lei estadual, a acolher os argumentos técnicos do órgão federal e afastar assim os argumentos

---

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Op. Cit.*, p. 1.219.

<sup>66</sup> Supremo Tribunal Federal, **ADI – MC 855/SC** (Relator Min. Sepúlveda Pertence).

colhidos da prognose legislativa estadual, no sentido de que o aferimento do peso aos olhos do consumidor, não encontraria justificativa plausível para atendimento da norma federal consumerista, na medida em que não explicitava se o aferimento do peso a menor ocorria em grande medida.

Demais, entendeu o julgador que: “[...] dadas as contingências técnicas a que tem de submeter-se, o mecanismo de distribuição do gás liquefeito, até hoje submetido a um regramento uniforme em todo o país, possa admitir variações regionais, impostas em nome da proteção do consumidor, cujos problemas, parece, hão de ter, no setor de que se cuida, soluções nacionais.”

Percebe-se que o julgador da Suprema Corte cotejou as prognoses legislativas com os argumentos técnicos apresentados por outro órgão federal e interpretou-os à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, quase sempre calcados no binômio necessidade versus adequação, para então suspender os efeitos da norma jurídica estadual que, posteriormente foi declarada inconstitucional pela maioria dos Ministros da Corte<sup>67</sup>.

Cumprido destacar que as prognoses legislativas não são produções valorativas que devem ser observadas pelo Judiciário para evitar uma possível interferência indevida, ativismo judicial, uma vez que são factos e argumentos de reforço que tem por finalidade justificar a entrada da norma no ordenamento jurídico e, portanto, podem e devem ser objeto de análise, mormente pela Suprema Corte, desde que respeitados os limites de atuação dos demais Poderes de Estado.

Por fim, o que se depreende é que a ampliação das competências graças à matéria e ao reconhecimento doutrinário e sobretudo jurisprudencial da existência de competências implícitas, aliados a autorização de análise e interpretação das prognoses legislativas, aumenta a possibilidade de interferência indevida do Poder Judiciário nas funções constitucionais dos outros Poderes de Estado.

---

<sup>67</sup> Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Menezes Direito. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não participaram da votação as Senhoras Ministras Ellen Gracie (Presidente) e Cármen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau e Carlos Britto, por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Octavio Gallotti, Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, que proferiram voto em assentada anterior. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 06.03.2008.

## 4 ATIVISMO JUDICIAL

Nas últimas décadas a expressão “ativismo judicial” vem sendo cada vez mais utilizada nos meios jurídicos e basta que uma decisão judicial seja proferida em qualquer grau de jurisdição, cujo conteúdo envolva uma questão controvertida de natureza predominantemente política para que vozes “puristas” a ataquem sob o fundamento de que o Poder Judiciário ousou transpor os limites constitucionais acerca das funções que lhe fora outorgado pela Constituição.

Não faltarão defensores da teoria tripartite de Montesquieu<sup>68</sup> a dizer que o Judiciário efetivamente “legislou” ao proferir tal decisão e outros, ainda mais contundentes, apressar-se-ão a retumbar que estamos a viver os tempos do “autoritarismo de toga”.

Muito se fala sobre o que seja “ativismo judicial” e existem “teorias” para todas as medidas e vontades; muitas delas abalizadas, outras nem tanto; e existem ainda os que defendem a redução da atividade judicial, com o argumento de que a decisão de uma minoria indicada não pode sobrepujar a vontade de uma maioria eleita.

Certamente que o entendimento do que venha a ser ativismo judicial passa, invariavelmente, por um processo de contextualização, a fazer-se necessário tecer considerações, ainda que breves, sob os dois maiores e mais importantes sistemas do Direito (*Civil Law* e *Common Law*) que servem de base às principais diferenças da atividade jurisdicional em cada um deles e como se dá a interpretação jurídica que, por sua vez, é a mais importante atividade na aplicação do Direito.

Vale lembrar que existem autores que preferem a expressão *legal traditions* ao invés de *legal system* por entender que a ideia de “sistema” tem por significado o conjunto de regras, institutos legais e procedimentos.

Embora realmente exista distinção ontológica entre as expressões “tradição” e “sistema” e que se sob determinado prisma combina melhor a primeira expressão, para fins acadêmicos, adotar-se-á a segunda expressão, tal como aparece na grande maioria dos textos que tratam sobre o tema.

---

<sup>68</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de — **O espírito das Leis**, p. 748 – 749.

#### 4.1 O Sistema Romano-Germânico: *Civil Law*

Doutrinadores que versam sobre os mais expressivos sistemas jurídicos entendem que o marco divisor da *Civil Law* ocorre com a modificação da ideia do direito que, após o século XIII, deixa o caráter consuetudinário e passa a exigir tratamento sistematizado, a desbordar no renascimento da ideia do Direito, no momento em que se inicia o Renascimento no Ocidente da Europa.

Dessa forma, a ideia de Direito renasce por força da necessidade, tendo em conta a retomada das atividades comerciais e a nova conformação das cidades somente pode florescer num ambiente onde o Direito prevaleça como instrumento de pacificação.

Nesse contexto, ocorre o descolamento entre a sociedade cristã que é voltada para a construção da cidade de Deus na Terra, cujo conceito e o ideário de caridade dão lugar à visão de uma sociedade laica, gênese do que mais tarde será a base de toda a cultura civilizatória ocidental.

Nesta altura, há que se destacar o papel das universidades, cujo contributo no renascimento do Direito desborda no reconhecimento da doutrina como fonte a tomar por base o direito romano.

Entretanto, não é o direito romano na sua raiz que vai servir de fundamento para a doutrina jurídica, uma vez que não se apresenta na sua forma pura, projetado e configurado para ser aplicado a pequenas sociedades, como já aqui mencionado ao tratar da democracia sob o aspecto histórico.

O direito romano, que serve de suporte ao sistema jurídico da *Civil Law*, sofre alterações e absorve as particularidades do país em que se desenvolve, concretizado nas cátedras de Direito das universidades europeias.

René David bem descreve esta transformação: “O ensino do direito romano, ministrado nas universidades, sofreu uma evolução; várias ‘escolas’ se sucederam, tendo cada uma as suas preocupações e os seus métodos próprios. Uma primeira escola, a dos *glosadores*, procurou reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas.”<sup>69</sup>

Assim, não é equivocado concluir que o sistema romano-germânico tem início com os *glosadores* e o retorno das leis romanas às suas interpretações originais.

---

<sup>69</sup> DAVID, René — *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 44

Mais adiante, é de se registrar o divórcio entre as soluções decorrentes das interpretações originais do direito romano, adotadas pelos glosadores, dado que estas não atendem mais às transformações sociais e, dessa forma, surge a escola dos *pós-glosadores*, que, diferente dos *glosadores*, não se interessam por uma interpretação original dos textos romanos e, por conseguinte, voltam os seus interesses para a aplicação dos textos romanos com as adaptações necessárias às modernas vicissitudes e anseios sociais do seu tempo.

É nesse cenário, nos idos do século XIV e no século XV, que surge o ensino universitário do direito romano adaptado à modernidade, no que se denominou *usus modernus Pandectarum* e que derivou para a escola do direito natural, voltada para a razão humana e para a legislação; nasce a grande dicotomia entre o direito privado e direito público.

Considerado o contexto, as universidades acabam por renovar o direito romano sem descurar dos costumes contemporâneos e, na sua ausência, lançar mão de entendimentos jurisprudenciais.

Neste ponto, destaca-se o facto de que na Idade Média inexistia ideário de segurança jurídica e tampouco organização judiciária, sendo que esta somente iniciou os seus primevos traços com a redescoberta do direito romano e de todas as suas alterações já referidas, que atuaram como elementos de renovação e atualização.

É de salientar a diferença, consolidada nos países europeus, em relação à utilização dos costumes como fonte de direito.

Enquanto em França, Portugal e Espanha observa-se uma maior utilização dos costumes, embora em maior amplitude do que na Roma Antiga, em países como a Alemanha e a Itália não se percebe o manejo dos costumes como regra de direito.

É de se notar o quase desprezo adotado pela Itália e pela Alemanha a respeito dos costumes como fonte de Direito, na medida em que ao magistrado não seria dado um conhecimento pessoal dos costumes, por estarem afastados do local onde estes são construídos ao longo do tempo.

Assim, em meados do século XII, com o intuito de enfraquecer os costumes, a Itália cria os juízes itinerantes que são escolhidos fora da região em que vão exercer as suas funções, justamente para fortalecer a imparcialidade, não apenas pelo facto de não conhecerem os costumes locais, como também por não possuírem nenhum contato com as facções localizadas.

Por outro lado, na Alemanha do século XIV, adota-se uma forma diferente de organização dos tribunais, já que, para a resolução de uma questão controvertida, o processo é encaminhado para uma Universidade localizada longe de onde ocorreram os factos para que seja determinada e então decidida a questão.

Segundo René David “[...] Tais práticas asseguram inevitavelmente a preponderância do direito romano. Os juízes encarregados ignoram os costumes locais; apoiam-se voluntariamente nestas condições na *communis opinio doctorum*.”<sup>70</sup>

De facto, italianos e alemães desconsideraram os costumes locais e avançaram no caminho do direito escrito.

Especialmente na Alemanha do século XVIII ocorre a mais importante tentativa de sistematização do direito a alcançar patamares nivelados com o *jus commune*, cuja representação é o direito romano.

Entretanto, a tentativa de “desromanizar” o direito germânico, ou seja, afastar os costumes como fonte do Direito, não obteve o sucesso pretendido, na medida em que, ao menos no que diz respeito ao direito privado alemão, já havia um forte e enraizado cariz romanista.

Segue-se então o período do “direito legislativo”, proveniente da escola do direito natural, cujos autores são praticamente unânimes em afirmar que os dois maiores sucessos desta linha de pensamento jurídico foram: 1) o reconhecimento de que o direito deveria, como de facto deve, abarcar a relação entre governadores e governados; 2) a codificação do direito.

Ao reconhecer que o direito deve regular inclusive as relações entre governantes e governados, preenche-se a lacuna deixada pelo direito romano, de cariz eminentemente privatista, servindo muito bem para o avanço do direito na esfera criminal.

Por outro lado, a codificação do direito é a concretização do trabalho realizado pelas universidades, fruto do esforço empreendido por mais de seis séculos.

Muito embora, no início, a codificação do direito tenha sido vista por alguns como causa de cisão do direito europeu a romper com a ideia de um direito consuetudinário como fonte principal, é incontestável que, ao contrário, a codificação do direito serviu para fortalecer a unidade do direito europeu de tal forma, produzindo a sua expansão para além da Europa, muito a cargo do Código Napoleônico.

---

<sup>70</sup> DAVID, *Op. cit.*, p. 56.

No entanto, se por um lado a codificação do direito foi coroada de êxitos com a consolidação de tudo o que se deu nas universidades, por outro lado os próprios juristas acabaram por deturpar o empenho realizado para que se chegasse à sobredita consolidação, ao fortalecer o nacionalismo jurídico.

O fortalecimento do nacionalismo jurídico não vem de uma visão simplista da codificação e da sua rejeição e sim da codificação nos moldes franceses na Alemanha, aliada a atitude mais rígida que foi ditada pelas universidades, a influenciar todo o movimento legislativo posterior.

De mais a mais, não se pode perder de vista, consoante se depreende do escólio de René Davi que a “finalidade da codificação tinha sido enunciar os princípios de um *jus commune* rejuvenescido, adaptado às condições e necessidades dos homens do século XIX”<sup>71</sup>, cujo resultado inverso foi o recrudescimento do positivismo legislativo a desbordar no nacionalismo jurídico que, por sua vez, ocasionou a ruptura do ideário de comunidade jurídica europeia e lançou as bases para o que, posteriormente, seria o nacionalismo exacerbado, momento em que direito se confunde com as ordens do soberano e o ideal de justiça dissolve-se no autoritarismo.

Decerto que a codificação do Direito sofreu, e ainda sofre, inúmeras mutações ao longo do tempo e suas fontes acompanharam as modificações e foram ampliadas, muito pela força do aumento no rol de direitos sociais e fundamentais e da decorrente judicialização em massa, oriundas dessas questões.

Nesse ponto, é possível afirmar que uma das grandes conquistas do sistema *Civil Law* foi a autonomização do direito público, estimulando a positivação constitucional dos direitos sociais e fundamentais e com isso erigir a um novo patamar o entendimento jurisprudencial dos tribunais, nomeadamente, dos tribunais superiores.

Dessa maneira, não se pode mais buscar o elemento de diferenciação entre *Civil Law* e *Common Law* única e exclusivamente na adoção do sistema de precedentes utilizado no direito anglo-saxão, pois a jurisprudência passa a ser também um dos elementos mais importantes no sistema romano-germânico.

O fator de distinção que melhor encontra adequação reside na regra de direito a unificar todo o sistema, porquanto não é elaborada de forma acentuadamente teórica, a tomar em consideração, quase de forma exclusiva, o trabalho doutrinário.

---

<sup>71</sup> DAVID, *Op. cit.*, p. 68-69.

De outro lado, a regra de direito que é construída no que René David chama de “família romano-germânica” também não se sustenta como fundamento mais robusto na jurisprudência, pois não se mostra como obra da atividade judicante.

Neste ponto, René David bem demonstra a funcionalidade da regra de direito na *Civil Law*: “A regra de direito decanta e purifica a prática, rejeitando os elementos discordantes ou supérfluos. Significa o conhecimento do direito, reduzindo a massa de elementos que devem ser tomados em consideração.”<sup>72</sup>

Assim, embora os Códigos não tenham a pretensão de elencar todas as hipóteses possíveis à subsunção, dentro da esfera de atuação da família romano-germânica, presta-se a dotar o sistema de um conjunto de normas e regras que servirão de base sólida e estável para, inclusive, a apreciação de hipóteses não previstas ou previsíveis, a tornar a tarefa do juiz tanto mais simples quanto necessária para que possa ser entendida até mesmo pelo homem comum.

Neste caso, a *Civil Law* não se reduz à codificação das normas jurídicas em posicionamento juspositivista há muito já abandonado, na medida em que a codificação é ponto de partida, gênese da regra de direito que, dada a sua característica formulação geral e abstrata, serve de suporte epistemológico para que as demais fontes desvelem a melhor solução da questão controvertida a ser dirimida.

A análise das fontes do direito no sistema romano-germânico muito colabora para o seu entendimento, por se tratar do elemento que levou o direito romano a compatibilizar-se melhor com a realidade social presente, dando-lhe uma visão contemporânea e atualizada.

No entanto, a modificação no entendimento e na dinâmica interpretativa das fontes do direito na *Civil Law* não afasta a sua dificuldade na exposição. Isso porque existe uma multiplicidade de direitos que forma o sistema em análise e cada um deles constitui-se de forma original, quer seja em sua generalidade ou mesmo na aplicação do caso concreto.

Por conseguinte, a maneira como se chega à solução de uma controvérsia vai depender do ramo do direito tomado por fundamento, bem como da interpretação, da existência em maior ou menor extensão das lacunas decorrentes da codificação (ou da falta de codificação) e do livre convencimento do magistrado que irá analisar a demanda judicial e decidir a controvérsia.

---

<sup>72</sup> DAVID, *Op. cit.*, p. 103

Como se percebe, existem vários fatores que interferem diretamente na construção do sistema, mas a lei, norma jurídica positivada no ordenamento, é o elemento central e serve de balizamento para todo o sistema.

O primado da lei é característica inarredável do sistema romano-germânico e todo jurista que labora tendo por fundamento a *Civil Law* apoia-se nas disposições legais para perquirir o direito e a justiça e, especificamente, o bem comum.

Assim, a primazia do ordenamento jurídico, e em especial da lei, é uma questão fundamental para o entendimento das engrenagens essenciais ao funcionamento do sistema e dessa forma o direito escrito, de produção eminentemente legislativa, é a sua base.

Entretanto, muito embora o arcabouço legislativo seja o mais importante suporte jurídico no sistema romano-germânico, não se trata de ser a única fonte de direito, pois, juntamente com os costumes e a jurisprudência, complementa o arsenal à disposição do cientista e do aplicador do direito.

De plano observa-se a importância do legislador no sistema que se destaca pelo primado da lei escrita e, ao menos nos grandes ramos do direito, na forma codificada.

Assim, fica mais fácil entender a importância das regras constitucionais em maior profusão no sistema romano-germânico em relação ao sistema anglo-saxão. Explica-se assim, por exemplo, a Constituição Federal do Brasil de 1988, cuja grande maioria dos juristas adjetivam de “analítica”, por descer à minúcia nas suas regras.

É por força desta *práxis* normativa que, na presente quadra histórica, o Direito Constitucional adquire importância e alta relevância social, a dirigir todo o funcionamento dos dois maiores sistemas jurídicos.

Demais, ainda que se entenda que a principal fonte no sistema *Civil Law* seja o direito positivado, quer seja por meio de codificações ou por legislação esparsa, é equivocado concluir-se, de forma apressada, ser neste ponto que reside a diferença entre os dois sistemas legais.

De facto, é equivocado pensar que a maior produção legislativa seja o diferencial entre os sistemas *Civil* e *Common Law*.

É muito comum indicar que o elemento de distinção entre a *Civil Law* e *Common Law* reside na importância dada à produção legislativa de um lado e à produção judicial de outro. No entanto, a simples análise da produção legislativa na maioria dos Estados Unidos da América já é suficiente para que tal afirmação caia por terra.

No mesmo sentido, não reside na autoridade a distinção entre a *Civil Law* e a *Common Law*, isso porque, na grande maioria dos Estados americanos (modelo contemporâneo de *Common Law*) a autoridade legislativa é maior do que a autoridade legal.

Significa dizer que, com exceção às questões constitucionais, a legislação substitui a decisão judicial, porém o inverso não ocorre.

Por outro lado, não é a codificação, por si só, que caracteriza o sistema romano-germânico, já que existem países de feição romanista em que a codificação ocorreu tempos depois do estabelecimento do sistema, a exemplo da Grécia e da Hungria, onde o Direito Civil precede a existência de um Código Civil.

John H. Merryman e Rogelio Perez-Perdomo<sup>73</sup> entendem que a distinção entre *Civil Law* e *Common Law* é de natureza ideológica e remonta à revolução francesa, tendo pouco a ver com a codificação e a produção legislativa, visto que desborda no Código de Napoleão e no racionalismo pós-revolução.

No entanto, não é apenas a ideologia francesa revolucionária que vai marcar a *Civil Law*, porque, por ideologia diversa, a Alemanha também apresenta traços marcantes para o sistema.

Portanto, não basta apenas dizer que a grande distinção se encontra na codificação do Direito, pois hão de encontrar-se nas entrelinhas quais os motivos ideológicos que impulsionaram as mudanças necessárias para a criação dos sistemas jurídicos.

A diferença está na concepção do que é a codificação, suas funções e suas diferenças no andamento dos processos legais. Nesse contexto é que a França busca, no Código de Napoleão, a abolição do direito pré-revolução.

Assim como Justiniano, quando da promulgação do *Corpus Juris Civilis*, a França acaba por repelir, inclusive, os princípios anteriores à ideologia revolucionária, em cisão total com o conjunto de direito, ainda que esparso.

Os princípios não foram automaticamente integrados à nova ordem jurídica pós-revolucionária, pois adentraram nas novas codificações não por receber a validade dos atos normativos anteriores, mas devido a uma nova e desvinculada codificação.

A ideologia por detrás da codificação francesa dá-se unicamente por força da Revolução, já que boa parte da legislação vigente no período anterior não é exclusivamente

---

<sup>73</sup> MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio — **The Civil Law Tradition: An Introduction to the legal Systems of Europe and Latin America**, p. 583.

francesa, e sim europeia. É daí que nasce a necessidade de completa cisão a erigir uma legislação de cunho racionalista a acompanhar o ideal revolucionário, pois, dizem os autores: *“The rampant rationalist of the time also had an important effect on French codification. Only an exaggerated rationalism can explain the belief that history could be abolished by a repealing statute.”*<sup>74</sup>

A justificativa para tal “ruptura” era a intenção de se construir um Código de escrita clara e direta que dispensasse a recorrência dos profissionais técnicos para a sua interpretação, em especial os advogados e os juízes.

A ideia era tornar o direito compreensível para todo cidadão comum que pudesse ler e entender as normas jurídicas expressas na legislação.

É evidente que o grande temor da pós-revolução francesa era a possibilidade de florescimento de um “governo de juízes”. Nessa toada, a separação de poderes vem impregnada de tais ideários, a esvaziar quase por completo o trabalho dos profissionais do direito, criando-se a figura do “juiz boca da lei”.

No entanto, para que a legislação seja plenamente satisfatória e totalmente clara e escrita de forma direta, é necessário que também seja a tal ponto completa que não possa existir nenhuma lacuna. Ainda assim, mesmo com a margem de atuação bastante reduzida, há o “risco” de uma interpretação judicial nos casos em que ocorra identidade de normas diversas a servir para a resolução de um mesmo conflito em concreto.

Assim, a ideologia por detrás da *Civil Law* francesa repousa na necessidade de completa cisão com tudo quanto ocorreu antes da Revolução, bem como na desnecessidade de intervenção profissional técnica dentro de uma visão racionalista revolucionária.

Certamente que a ideologia francesa, apoiada na desnecessidade de interpretações técnicas e na busca por uma codificação completa a reduzir o juiz a mero replicador das normas legais, não poderia encontrar outro caminho senão o fracasso.

Merryman e Pérez Perdomo descrevem o ocaso da ideologia racionalista empregada pela França, sob o clima revolucionário da época: *“[...] The code became a victim of the revolutionary ideology and was uniformly treated as though it were a conscious expression of*

---

<sup>74</sup> “O rompante racionalista do tempo também teve um importante efeito na codificação francesa. Somente um racionalismo exagerado pode explicar a crença de que a História poderia ser abolida por um código repelente.” [Trad. nossa], p. 583.

*that ideology, both in France and in the many nations in other parts of the world that were heavily influenced by the French Revolution.*”<sup>75</sup>

Desigualmente do que ocorreu em França, cujo Código de Napoleão decorre de um movimento revolucionário (que na maioria das vezes transborda em cisão absoluta com o passado histórico) de natureza racionalista extremista e tendo por característica a não utilidade de profissionais do direito para a sua interpretação, a Alemanha construiu o seu Código Civil de 1896 em outras bases.

A codificação na Alemanha foi historicamente orientada, de maneira profissional e dotada de cientificidade suficiente a afastar a ideologia empregada no Código francês.

A questão ideológica dos sistemas jurídicos passa, de forma inexorável, pelos juízes e, sobre esse aspecto, as diferenças entre *Civil Law* e *Common Law* ficam ainda mais evidentes.

Na *Common Law* são considerados “heróis culturais” (Locke, Mansfield, Marshall, etc.), tendo em conta que toda cultura e tradições jurídicas vêm dos juízes, visto que, aplicam diretamente o direito.

Embora na *Common Law* existam leis e codificações (*statutes*) e há a importante produção legislativa, é na função judicante que este sistema constrói sua tradição, moldada por juízes e por via dos seus entendimentos sobre o direito, justiça e toda a sorte de questões que lhes são apresentadas diuturnamente no labor jurisdicional, ainda que exista um pensamento equivocado em relação ao juiz no sistema anglicano, na medida em que lhe atribui a falsa ideia de que lhe é dado criar o direito a tomar como fundamento as suas próprias convicções e que o suporte legislativo seria apenas a parte suplementar envolvida no processo decisório judicial.

Facto é que o juiz da *Common Law* exerce um poder muito maior do que a sua contraparte no sistema *Civil Law*, ao ponto de se cunhar a expressão *judicial supremacy*, nomeadamente no sistema judicial norte-americano.

A própria forma como se “constrói” um juiz nos EUA difere da construção que ocorre no sistema romano-germânico e tal facto muito contribui para entender melhor as diferenças, que são muitas e bastante significativas.

---

<sup>75</sup> *Idem*, p. 620. (O Código se tornou vítima da ideologia revolucionária e foi uniformemente tratado como se fosse a expressão consciente dessa ideologia, tanto na França quanto na maioria das nações em outras partes do mundo que foram fortemente influenciadas pela Revolução Francesa.) [Trad. nossa]

Enquanto na *Common Law* o juiz, geralmente, vem de uma carreira jurídica bem remunerada e muito bem reconhecida, procura a magistratura já com alguma idade e muita experiência no trato com o Direito, na *Civil Law* os juízes fazem parte de uma carreira do serviço público e, não raras vezes, ingressam na magistratura ainda sem grande experiência de vida<sup>76</sup>.

Ademais, no que se refere à atividade judicante, uma das principais razões das diferenças entre os dois sistemas remonta à Roma Antiga, onde os juízes, *iudex*, não eram pessoas de grande proeminência e tampouco detinham profundos conhecimentos sobre Direito.

Assim, antes do período imperial em Roma, os juízes funcionavam mais como “assessores” dos pretores, pois não tinham a experiência necessária em direito e detinham uma ínfima parcela de poder.

Como já referido, a questão ideológica é o elemento marcante na distinção entre os dois maiores sistemas jurídicos existentes. A ideologia marca a distinção entre a *Civil Law* e a *Common Law* de várias maneiras, inclusive com relação ao formato jurídico adotado pelos países da *Civil Law*, e o que se percebe é a existência de distinções endógenas, ou seja, há variações e diferenças dentro dos sistemas, e com o direito romano-germânico não se passa de outro modo, na medida em que se construíram estilos jurídicos diversos, a se destacar o “estilo jurídico alemão”.

Foi somente a partir do fim do século XV que ocorreu a efetiva recepção do direito romano na Alemanha, cuja característica até então era consuetudinária, pois existiam inúmeras e fragmentadas raízes jurídicas, decorrência de própria fragmentação político-social, o que impedia a construção de um corpo legal heterogêneo e de aplicação territorial mais ampliada, em especial nos séculos XII e XIII.

A inexistência de um poder centralizador, ao contrário do que ocorreu em França, teve por consequência a impossibilidade de se ter um Código e, portanto, a codificação alemã veio a ocorrer bem mais tarde do que no restante do cenário europeu.

Somente a partir do século XIII, com o “Espelho da Saxônia”, de Eike von Repgow, dá-se a primeira espécie de consolidação dos costumes da Saxônia e de sua Corte. Trata-se de

---

<sup>76</sup> Isso não significa que não se tenha bons juízes, comprometidos e capacitados para missão tão honrosa nos países que adotam a *Civil Law*. Mas, certamente, a experiência de vida no início da judicatura é elemento de muita valia no exercício de tão árdua função.

uma coletânea expressa de costumes, mas ainda não se pode classificá-la de “codificação”, dada a fragmentação ainda preponderante na região.

Vale ressaltar que nessa quadra histórica não existiam os “juristas”, ao menos na concepção mais moderna do termo, isto é, profissionais técnicos do Direito, pois somente com a chegada dos glosadores é que a Alemanha inicia, efetivamente, a sua jornada rumo à ordem jurídica conceitual, dogmática e sistemática que a caracterizará até a atualidade.

Com a transição para o contexto técnico-jurídico, em 1495, no império de Maximiliano I, é criado o Tribunal da Câmara Imperial, local onde poderiam ser levadas as querelas do Império quando não houvessem leis e costumes aplicáveis, e eram julgadas em conformidade com o direito comum, ou seja, o direito romanista.

Outro ineditismo para a época foi a determinação de que metade dos juízes do Tribunal fossem oriundos das Faculdades de Direito e, posteriormente, esse número chegaria à totalidade de seus integrantes.

A doutrina, por sua vez, sempre teve grande influência no Direito Alemão, e os pareceres das Faculdades de Direito eram amplamente utilizados no conteúdo jurisprudencial, o que se deu até 1878, quando surge uma nova organização judiciária no Império Bismark.

Questão interessantíssima dá-se pela insistência na utilização do *mos italicus*, que é a gênese do processo de subsunção que atualmente conhecemos e aplicamos, ainda que em menor extensão.

O *mos italicus* era praticado na Itália da alta Idade Média, onde cabia ao jurista (oriundo de uma universidade) encontrar o direito romano que melhor se pudesse aplicar à situação de facto a ser dirimida.

Por volta da metade do século XIX, a escola histórica cinde-se em duas vertentes: os romanistas e os germanistas. Estes defendem a total abolição do direito romano, por entender que a tradição romanista impede que o direito alemão cresça e se desenvolva liberto da influência de um direito estrangeiro, alienígena.

Por sua vez, os romanistas liderados por Savigny, entendem ser possível a purificação do direito romanista para atender melhor aos anseios e conflitos sociais do povo alemão. Os romanistas não advogam o total afastamento do direito romano, mas tão somente a sua melhor adequação à contemporaneidade.

É a partir do movimento pandectista que cresce em importância o direito romanista no cenário jurídico germânico, uma vez que irá moldar a ciência jurídica alemã voltada para o

individualismo e com pouquíssimas tendências sociais. Inicia-se então a escola que produzirá a jurisprudência conceitual alemã.

A influência direta do direito romano na Alemanha tem seu fim com o Código Civil alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, popularmente conhecido por sua abreviatura: BGB.

Resultado de amplo debate e pesquisa, consultado por grande espectro da sociedade culta alemã, o BGB ganhou sua redação final em 1887.

Com características evidentes retiradas do pensamento pandectista, o Código Civil Alemão marca a diferença entre o sistema da *Civil Law* aplicado em França e na Alemanha, a espalhar-se até os dias atuais, especialmente com referência à aproximação desse sistema com o sistema da *Common Law*.

É de salientar que o BGB, ao menos em termos estruturais, serviu de modelo para a grande maioria dos Códigos adotados nos países da *Civil Law*, especialmente ao utilizar a divisão dos Códigos em: Parte Geral e Parte Especial. Entre os países que adotam esta estrutura estão Portugal e Brasil.

Não se trata de uma divisão aleatória e tampouco serve a questões estéticas, pois a divisão do BGB em Parte Geral e Parte Especial favorece a técnica e a praticidade consultiva.

Não é à toa que o BGB é tido como uma “calculadora jurídica” dado o seu nível de precisão e de acuidade sistemática; a sua redação é precisa e nela evita-se a repetição de conceitos, utilizando-se remissões em profusão.

Para evitar interpretações dúbias dentro da mesma linha lógico-jurídica, o BGB trabalha com um único sentido para cada expressão em todo o texto normativo. Trata-se de linguagem técnica, de compreensão dificultosa para o cidadão comum (diferente do que ocorre em França), bem como para os juristas de outros países que de igual forma adotam a *Civil Law* como sistema jurídico.

Mesmo após a sua revisão, o BGB ainda se notabiliza pelo seu rigor técnico e sua estrutura muito bem sistematizada. O modo de raciocínio do jurista também contribui para a formação do sistema, uma vez que é por tal meio que o jurista percebe o mundo jurídico, construindo o Direito em sua acepção ampla e ao mesmo tempo concreta, a avaliar como será feita a sua aproximação com o objeto a ser investigado, tomando-se em conta determinada fonte e o método que será utilizado.

No caso específico do jurista alemão, há de levar-se em conta que sua aproximação com o direito sistematizado, consolidado em normas jurídicas que não são de feição

costumeira, ocorreram de forma mais tardia, porque a fonte principal não decorreu da legislação nem do entendimento jurisprudencial, ante a falta de um sistema judiciário sistematizado.

Deste modo, a matéria-prima essencial para a construção cognitiva do jurista alemão é a doutrina que se forjava na Academia. Essa peculiaridade do Direito Alemão faz com que o jurista germânico seja dotado de uma visão racionalista e, talvez, isso explique a técnica e elevada sistematização do Direito, quando da chegada da codificação.

Porém, durante muito tempo, a matéria-prima do Direito Alemão foram os costumes, dada a falta de centralização de poder e, por conseguinte, a falta de organização das instituições públicas.

O serôdio ingresso da legislação e da jurisprudência como elementos de construção do Direito na Alemanha fizeram com que os costumes ficassem muito mais enraizados, facto que culminou na chegada da denominada “jurisprudência de costumes”.

De tudo quanto já acima referido, percebe-se, sem muitos esforços, a existência de significativas diferenças de base na construção do sistema jurídico da *Civil Law* nos dois principais países, pois, enquanto a França recolhe os seus fundamentos na ideologia revolucionária, a abolir completamente o antigo, na Alemanha percebe-se o contrário, porquanto o tardio contato com a centralização de poder e a criação de instituições judiciais fortes e bem estruturadas fez com que os costumes fossem encravados no raciocínio dos juristas e sua codificação nascesse de forma lógica e sistemática, sem a ideologia revolucionária a impor completa cisão com modelos anteriores.

#### **4.1.1 A “descodificação” do sistema da *Civil Law***

Não há dúvida que a codificação, considerada a criação de um corpo bem definido de normas jurídicas, sistematizado e estruturado de acordo com um modelo pré-estabelecido, tem por finalidade dar maior estabilidade e segurança para todo o ordenamento jurídico e para o sistema em geral.

No entanto, a partir do século XX, o modelo de codificação europeu, de principal influência francesa e alemã e responsável pelo estabelecimento das bases fundantes do sistema *Civil Law*, passa por significativas transformações.

Alguns autores vislumbram, inclusive, que as transformações que estão a ocorrer no cerne da *Civil Law* determinarão o seu ocaso, no que denominam ser o “declínio dos Códigos Cíveis”.

Fatores de ordens diversas contribuem para tal entendimento. No entanto, existe a percepção de que três deles evidenciam-se dos demais, a saber: i) crescimento do Federalismo na Europa; ii) aumento no quantitativo de legislações esparsas e especiais; iii) aparecimento de Constituições de natureza mais analítica.

Decerto que as Constituições de tradição romano-germânica se tornaram cada vez mais analíticas, ou seja, descem às minúcias na regulação de determinadas questões a ponto de trazer ao jurista a incerteza na análise da norma constitucional, nomeadamente com relação à sua categoria (princípio, regra ou postulado).

O crescimento do Federalismo na Europa marca a produção de maior número de normas jurídicas esparsas, a aumentar o quantitativo da legislação especial que, por sua vez, cresce ao redor dos Códigos a regular determinadas questões que o próprio Código trata de forma geral. A legislação especial, de certa forma, enfraquece a finalidade mais importante da codificação, ao trazer instabilidade ao sistema, uma vez que modifica a ideologia intrínseca daquilo que o Código vem a regular.

Dessa maneira, não é equivocado afirmar que, atualmente, existem microssistemas de leis especiais a regular a mesma matéria posta no Código e muitas vezes as leis esparsas trazem diferenças técnicas e metodológicas irreconciliáveis com a teleologia aplicada na codificação.

Na mesma esteira de pensamento, é de se conferir as palavras de Merryman e Pérez Perdomo: *As the amount of special legislation grows, the code becomes more and more a body of residual law to be turned to only if some more specific provision of special legislation cannot be found.*<sup>77</sup>

Assim, o que se percebe é a inversão de atribuições, pois, na medida em que a legislação específica se torna a regra, na busca da melhor adequação possível entre a norma jurídica e o caso concreto. A codificação passa a ser a norma supletiva/subsidiária à legislação especial.

---

<sup>77</sup> *Ibidem* pos. 2888. (“Na medida em que o montante da legislação especial cresce, o Código se transforma mais e mais em um corpo residual de leis voltadas somente para os casos em que a legislação especial específica não pode ser encontrada”). [Tradução nossa]

A transformação mostra-se ainda mais presente, quanto mais se promove, de forma indiscriminada, a utilização do princípio de que a lei especial derroga a lei geral, de grande importância para o positivismo jurídico puro.

Na mesma linha, o entendimento jurisprudencial aumenta em importância dentro da estrutura jurídica do sistema *Civil Law*, pois a profusão de leis esparsas, a criar um número crescente de microssistemas legais acaba por tornar a aplicação do direito muito mais complexa, até mesmo para os profissionais técnicos da área.

Essa realidade faz com que os juízes tenham que se debruçar para analisar cada caso em sua própria individualidade a fim de encontrar a melhor forma de resolução de um conflito.

Esse contexto, aliado ao facto de que, cada vez mais os países que adotam a *Civil Law* tendem a promulgar Constituições mais analíticas, faz com que a necessidade de acesso ao Poder Judiciário seja maior, a aproximar o sistema romano-germânico do sistema anglo-saxão da *Common Law*, visto que se tem maior número de entendimentos jurisprudenciais dos tribunais a fortalecer o acolhimento dos sistemas de precedentes judiciais na *Civil Law*.

#### **4.2 O Sistema Inglês: *Common Law***

O estudo do sistema *Common Law* é o estudo do direito inglês, embora tenha sofrido alterações estruturais significativas nos Estados Unidos da América, sua base e toda a lógica erigida no sistema jurídico é de viés inglês.

Sob o aspecto ideológico, o direito inglês não foi forjado no seio de revoluções e tampouco foi modificado pelas codificações da Europa continental. Ao contrário, foi forjado na continuidade histórica.

No entanto, as modificações históricas que ocorreram de forma natural na inafastável marcha do tempo, também produziram importantes variações na lógica e estrutura da *Common Law*.

A génese do sistema *Common Law* remonta a 1066, ano de conquista da Normandia, ao tempo em que se instala o feudalismo na Inglaterra visto que, à distinção do que ocorreu em países como França, Alemanha e Itália, a diferença do idioma e dos costumes fizeram com que o enfraquecimento dos senhores de terra fosse imperativo para manter o Poder Real.

Assim, a impossibilidade de “*subenfeudação*” garantiu que todos os senhores de terra dependessem diretamente do rei, a surgir a lei comum que, em contraposição aos costumes locais, seria a lei utilizada em toda a Inglaterra.

A unificação do direito inglês, por seu turno, deu origem aos Tribunais Reais de Justiça, que, a partir do século XVIII, adotaram o nome do local onde se estabeleceram e por essa razão foram denominados Tribunais de Westminster, cuja competência era comum, já que ao rei atribuía-se tão somente as questões de “alta justiça”.

As questões jurídicas comuns, ou seja, fora dos limites reais da alta justiça, eram então dirimidas pelas *Hundreds* ou pelas *County Courts* (Cortes dos Condados).

Nesse sentido é o escólio de René David: “[...] Os Tribunais Reais, de resto, não estão aptos para administrar a justiça, até mesmo em recurso, para todos os litígios que surjam no reino. A sua intervenção vai limitar-se, essencialmente, a três categorias de causas em que ela se afigura natural: questões relacionadas com as finanças reais, com a propriedade imobiliária e a posse de imóveis, e graves questões criminais que se relacionem com a paz no reino.”<sup>78</sup>

Posteriormente, houve a ampliação das competências dos Tribunais Reais, a vislumbrar maior arrecadação e intervenção nas questões econômicas que diziam respeito ao reinado, afirmando-se por fim, a justiça real.

O alargamento das competências dos Tribunais Reais não veio acompanhado de igual acessibilidade à jurisdição, uma vez que deveriam passar pela admissibilidade do Chanceler que, dentro da origem histórica do sistema *Common Law*, exercia papel de significativa importância.

Na verdade, a ampliação das competências dos Tribunais Reais deu início a uma das mais importantes diferenças entre a *Common Law* e a *Civil Law*, já que a técnica utilizada para que a ampliação obtivesse resultados proveitosos sem amontoar de processos os tribunais, foi o estabelecimento de procedimentos bastante específicos, com a implementação de *cases* que expunham as razões dos pedidos feitos ao Chanceler para que a questão de direito fosse julgada pelo tribunal (gênese dos precedentes).

Assim, de forma diferente do que ocorre na *Civil Law*, em que o direito substantivo demanda maior atenção e importância para o julgador, na *Common Law* os juristas ingleses prestavam maior atenção e davam maior importância às questões processuais.

---

<sup>78</sup> DAVID, *Op. cit.*, p. 360.

Esta característica seria alvo de duras críticas ao sistema jurídico inglês, na medida em que se afastava do ideal de justiça (alcançada por intermédio do julgamento do direito substantivo em causa) a favor da simples resolução do conflito (assegurada através de numerosos processos e procedimentos).

Na Europa Continental, não houve modificação radical das jurisdições, como de facto ocorreu em Inglaterra no século XVIII, pois, diferentemente do que ocorreu neste país, nos demais países da *Civil Law* a ampliação das competências de jurisdição real ocorreu de forma gradual e, muito embora não se possa chamar o sucedido em Inglaterra (com a ampliação das competências jurisdicionais reais) como uma revolução propriamente dita, decerto que elevou o direito comum, a *Common Law*, para outro patamar. Isso porque, antes da ampliação da jurisdição, os Tribunais de Westminster atuavam de forma excepcional e a rigidez dos ritos processuais funcionavam como barreiras na efetiva busca por justiça no reinado.

Ademais, é de referir que a jurisdição real, de natureza excepcionalíssima, era voltada para o direito público, tendo em conta que as matérias da sua competência eram todas de interesse do reinado e não prestigiavam o direito privado.

No momento em que ocorreu a ampliação da jurisdição real e se criou o direito comum, optou-se por manter o rigor excessivo do processo a impedir-se, em última análise, a receção de vários institutos de natureza romanista que tratavam de forma substantiva as questões de cariz privado.

A agregar ainda mais complexidade para a questão em análise, o resultado de um direito comum voltado para o processo fez com que, no direito anglicano, os juristas obtivessem a sua formação pela prática, uma vez que o direito substantivo baseado no direito romano e que nos demais países europeus de sistema romano-germânico era ensinado nas universidades, não teve a atenção merecida na *Common Law*.

Na sua formação, a *Common Law* passou por um processo de esvaziamento significativo, na medida em que se tornou refém de procedimentos de extrema e, muitas vezes, desnecessárias formalidades e tampouco alcançava o objetivo de entrega da justiça, de acordo com os anseios populares da época.

Foi nesse cenário que a *equity* passou a desenvolver-se, conforme salienta René David: “Os obstáculos existentes na administração da justiça pelos Tribunais de Westminster davam, inevitavelmente origem a que, em numerosos casos, não fosse dada uma solução justa aos litígios. Nestes casos, afluía naturalmente ao espírito da parte perdedora que lhe restava

ainda uma possibilidade de obter justiça: era o recurso direto ao rei, fonte de toda a justiça e generosidade.”<sup>79</sup>

E complementa: “Consequentemente, aconteceu que, desde o século XIV, os particulares, não podendo obter justiça pelos Tribunais Reais, ou chocados pela solução dada à sua causa por esses tribunais, se dirigiram ao rei para lhe pedir que interviesse ‘para tranquilizar a consciência e fazer a obra de caridade’. O recurso, em semelhante caso, passava normalmente pelo Chanceler; este transmitia-o ao rei, se o julgasse oportuno, o qual decidia no seu Conselho a solução para este recurso.”<sup>80</sup>

O que se percebe, desde logo, é que o Chanceler acabava por enfeixar uma boa parcela do poder real, já que exercia o papel de juiz autónomo, pois, além de exercer verdadeiro juízo de admissibilidade recursal, aos poucos ele também começa a ser o juiz dos julgamentos monocráticos das causas originárias dos Tribunais de Westminster e, ao proceder assim, muitas vezes o Chanceler julgava em total contrariedade à *Common Law*, na medida em que afastava todos os obstáculos extremamente formalistas que privilegiavam o processo (solução do litígio) e analisava o direito substantivo (busca pela justiça).

Esse é o fundamento e objetivo principal da *equity*, que, de início, rivaliza com a *Common Law*; mais adiante, a rivalidade vai chegar ao fim, porquanto a jurisdição do Chanceler passará por importantes modificações, na medida em que haverá de julgar em conformidade com os precedentes dos tribunais da *Common Law*<sup>81</sup>.

A estrutura dualista da *Common Law* inglesa evidencia-se de forma indubitável, pois o ideal da *equity* ficará presente no sistema até os dias atuais. Também não é equivocado afirmar que a *Common Law* é casuística e integralmente fundada no entendimento jurisprudencial, a ponto de legitimar as leis e todo o ordenamento jurídico que, nesse sistema, possui uma natureza suplementar.

Já no século XX o sistema da *Common Law* precisou encontrar uma melhor adaptação ao *welfare-state*, visto que nessa época, ocorreu a importante viragem e as leis e regulamentos proliferaram em maior escala, bem como, ganharam também em importância. Não é exagero dizer que, com o chamado “bem-estar social”, colocou-se a *Common Law* em risco.

---

<sup>79</sup> DAVID, *Op. cit.*, p. 371

<sup>80</sup> DAVID, *Op. cit.*, p. 371.

<sup>81</sup> De plano, observa-se que a expressão inglesa *equity* tem muito pouco a ver com a “equidade” na língua portuguesa, uma vez que não se trata apenas de um tratamento igualitário, mas sim do julgamento de uma demanda sem as amarras processuais e mais voltado para o ideal de justiça. Para tanto, a expressão inglesa que mais se aproxima da equidade é *fairness*, ou mesmo a expressão *justice*.

Decerto que o sistema romano-germânico, com as suas codificações e seu aparato legislativo e doutrinário de caráter técnico, apresentam vantagens em comparação com a *Common Law*, como bem observa David: “Para resolver os problemas do *welfare-state*, talvez os direitos românicos do continente europeu, familiarizados com a elaboração legislativa e doutrinal do direito, estejam mais preparados do que o direito inglês. Esboça-se assim, um movimento de aproximação entre o direito inglês e o direito do continente europeu; este movimento é estimulado pelas necessidades do comércio internacional e favorecido por uma mais nítida consciência das afinidades que existem entre os países europeus ligados a certos valores da civilização ocidental”.<sup>82</sup>

Uma das causas dessa aproximação apontada pelo autor como sendo a entrada do Reino Unido na CE deixa de existir e devemos estar atentos a um possível descolamento entre o direito inglês e o direito do continente europeu, pois poderá ocorrer outra viragem e desta vez em sentido oposto, ou seja, um possível, mas pouco provável retorno ao direito anglicano, como se via no século XIX.

Do que se depreende até aqui e do que se tem por diferenciação entre a *Civil Law* e a *Common Law*, pode dizer-se que esta está estruturada de forma totalmente diversa daquela, pois, enquanto o direito romano-germânico se caracteriza pela codificação, pela técnica elaborada das expressões utilizadas nos Códigos e pela importância da doutrina, o direito inglês notabiliza-se pela análise dos casos concretos e pela prevalência do entendimento jurisprudencial, a destacar que a formação dos juízes ocorre de forma diversa.

Assim, em última análise e como resultado das diferenças apontadas, verifica-se que a jurisprudência é a principal fonte do direito inglês e a coerência de todo o sistema da *Common Law* reside no que se denomina “doutrina dos precedentes”.

A doutrina dos precedentes é, sem dúvida, um dos pontos de maior diferenciação entre os dois maiores sistemas jurídicos, porque, ao contrário do que ocorre com o direito romano-germânico, em que os juristas sempre procuraram os princípios e as regras de direito nas codificações; no direito inglês os princípios e regras são legitimados nas decisões jurisprudenciais dos tribunais superiores.

As decisões judiciais dos tribunais superiores são dotadas de grande autoridade, visto que a lei somente servirá dentro do sistema jurídico quando já houver entendimento

---

<sup>82</sup> DAVID, *Op. cit.*, p. 429

jurisprudencial a respeito da matéria legislada, em verdadeiro processo de legitimação da própria lei.

Existe uma estrutura bem delineada a estabelecer o significado e o alcance das regras de direito decorrentes do entendimento jurisprudencial na *Common Law*, porque não é toda e qualquer jurisprudência, nem são todos os tribunais cujo entendimento jurisprudencial é erigido ao *status* de precedente, nomeadamente em relação aos precedentes obrigatórios: a base do sistema.

A regra de precedentes do direito inglês é construída da seguinte forma:

1. os precedentes obrigatórios decorrem das decisões tomadas pela Câmara dos Lordes, cujo entendimento deve ser observado e seguido por todos os demais órgãos jurisdicionais, à exceção da própria Câmara dos Lordes;
2. as decisões jurisprudenciais da *Court of Appeal* fazem precedentes obrigatórios para todos os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores, com exceção das matérias de natureza criminal endereçadas à própria Corte de Apelação;
3. as decisões tomadas pelo *High Court of Justice*, apesar de constituir precedentes, não têm natureza obrigatória e servem apenas como precedentes “persuasivos” que comumente são tomados em consideração tanto pelo próprio tribunal quanto pelo *Crown Court*.

É interessante a forma como são tomadas as decisões no direito inglês, porquanto os juízes dos tribunais superiores não estão obrigados a fundamentar as suas decisões, mas apenas expõem as suas razões, diferentemente da forma como são construídos os entendimentos jurisprudenciais no direito romano-germânico.

Questões importantes são colocadas por Luiz Guilherme Marinoni, ao analisar a forma como os precedentes obrigatórios influenciam e são influenciados pelos julgadores, especialmente em relação aos tribunais superiores e sua obrigatoriedade horizontal e a oportunidade de se respeitar os precedentes (a destacar-se a posição dos precedentes e as suas experiências em relação ao passado, presente e futuro): “Enquanto a experiência revela compreensão advinda de um facto ou de uma situação passada, que ensina ou explica algo a respeito do presente, o precedente é um dado autônomo, independente da experiência ou do

raciocínio que o fez surgir. Desta forma, o precedente possui valor, ainda que, em torno dele, não exista qualquer experiência ou raciocínio aproveitável.”<sup>83</sup>

Dessa forma, o precedente é ao mesmo tempo criador e criatura e acaba por se tornar refém de si mesmo, na medida em que os tribunais poderão, inclusive, manter um precedente cuja aplicação já não se sustenta, por força de alterações nos valores sociais (elemento axiológico), apenas e tão somente em nome da estabilização do direito.

Segundo o autor: “[...] a ideia de que o Judiciário não deve perpetuar erros não pode permitir a desestabilização do sistema que se funda na regra de que os precedentes devem ser seguidos. A possibilidade de revogação com base em erro está longe de significar que o juiz pode considerar o precedente como mero argumento persuasivo ou que para a superação do precedente basta demonstrar um melhor fundamento.”<sup>84</sup>

A questão que se apresenta é muito mais abrangente do que o ponto desvelado pelo autor, visto que toda a dinâmica de modificações decorrentes não apenas das alterações em valores sociais, mas também em relação a superação de entendimento devido a outro que seja mais atual, mais adequado, ou seja: um entendimento melhor do que aquele que foi utilizado na formação do precedente anterior.

Da forma com que é colocada a questão, tem-se um entendimento fossilizado por um precedente que não é o melhor, tudo em nome da estabilidade e da confiança no sistema judiciário.

Mudanças na compreensão dos tribunais são inevitáveis, uma vez que é essa a essência conceptual da jurisprudência. A opção pela manutenção de um entendimento que não é o mais adequado em nome da estabilidade, não significa que a questão de fundo não seja objeto de revisão e melhor entendimento num futuro próximo, pois, para os que defendem a necessidade de uma modificação tranquila em entendimentos judiciais, deve-se aplicar a “técnica de sinalização”, onde o tribunal faz a correção de rumos de forma escalonada, a evitar desvios radicais que coloquem em causa a higidez do sistema normativo e do sistema judicial em sua integralidade.

De facto, o que realmente interessa é a criação de precedentes que realmente contenham questões jurídicas que extrapolem os limites subjetivos da lide e que determinem qual o melhor direito a ser aplicado em casos semelhantes.

---

<sup>83</sup> MARINONI, Luiz Guilherme — **Precedentes Obrigatórios**, p. 83.

<sup>84</sup> MARINONI, *Op.cit.*, p. 89.

Além disso, é de bom alvitre que o *leading case* que servirá para a fixação da tese em precedente obrigatório não tome em consideração apenas o aspecto quantitativo das demandas judiciais envolvidas e, como já referido acima, seja o menos casuísta possível, para que a sua aplicação pelos tribunais das instâncias inferiores não seja impraticável devido a impossibilidade material, por força de falta de abstração e generalização que o instituto exige.

Por fim, pode dizer-se que a implementação de um precedente obrigatório, ainda que dentro da *Civil Law*, acaba por legitimar a norma jurídica, da mesma forma como se dá na *Common Law*.

Atualmente, existem grandes movimentos que pretendem modificar o sistema jurídico inglês, a adotar uma postura menos preponderante dos precedentes, corolário de um sistema casuístico e jurisprudencial, a dar maior importância para a legislação.

Em algumas matérias, já existe a tendência de se utilizarem formas complementares de interpretação das normas jurídicas de construção legislativa, sobretudo no que diz respeito às questões administrativas.

No entanto, ainda que o ordenamento jurídico positivado esteja a ganhar espaços importantes dentro do sistema da *Common Law*, não se pode afirmar que tal movimento esteja a enfraquecer as suas bases. Ao contrário, uma vez que a nova tendência de outorgar maior importância à construção legislativa, reforça a importância do entendimento jurisprudencial, ao tempo em que oferece fundamentos objetivos para a melhor decisão do julgador.

Da mesma forma, a modificação no tratamento dado à norma jurídica no sistema anglo-saxônico, não retira a sua essência, conforme acentua René Davi: “[...] o direito inglês, nas atuais circunstâncias, continua a ser um direito essencialmente jurisprudencial por duas razões: porque a jurisprudência continua a orientar o seu desenvolvimento em certos setores que se mantêm muito importantes e, por outro lado, porque, habituados a séculos de domínio da jurisprudência, os juristas ingleses não conseguiram até a presente data libertar-se da sua tradição. Para eles, a verdadeira regra de direito somente existe vista através dos factos de uma espécie concreta e reduzida à dimensão necessária à resolução de um litígio.”<sup>85</sup>

Ao par do sistema jurídico inglês, observa-se que nos Estados Unidos da América a *Common Law* possui características bastante peculiares, em sua grande maioria de natureza ideológica.

---

<sup>85</sup> DAVID, *Op. cit.*, p. 436.

Entretanto, é de se notar que o apego aos precedentes é ainda mais ferrenho no sistema americano e, muito embora haja amplo espectro legislativo devido ao sistema federativo, a legislação americana é verdadeiramente encarada como elemento suplementar ao direito jurisprudencial, que, por sua vez, assume de forma muito mais acentuada a natureza legitimadora do direito, técnica presente em menor escala no Direito inglês.

As considerações sobre os dois maiores sistemas jurídicos são de grande valia, na medida em que o ativismo judicial se apresenta de forma diversa na *Civil Law* e na *Common Law*, conforme será demonstrado mais adiante.

#### **4.3 O exercício das funções políticas pelo Poder Judiciário**

Ao adentrar no subtema, torna-se necessário tecer considerações sobre direito e política, bem como a relação entre as suas principais funções voltadas ao interesse público, a encontrar uma definição consistente para o conceito de política no contexto democrático para o “bom governo”.

A definição do conceito de política é, desde sempre, objeto de incessante busca por parte de grandes autores da ciência política. Muito já se escreveu sobre o tão festejado tema, uma vez que trata da vida em sociedade e de todos os seus desdobramentos.

Assim, poucas questões despertam tanta curiosidade por parte do cidadão comum quanto os assuntos da política e, de forma empírica, todos têm o seu próprio “conceito de política”.

Entretanto, ao se deslocar para os campos da Ciência, percebe-se a grande complexidade em delimitar-se o conteúdo da matéria, ainda que muitos se tenham lançado a tal mister desde Aristóteles.

Não é objeto e tampouco pretensão deste trabalho lançar novas luzes sobre o tema, mas apenas buscar a sua contextualização para fins de delimitação do campo de atuação judicial e desvelar eventuais pontos onde possam ocorrer exacerbações.

O conceito deriva do adjetivo grego *pólis* — *politikós*, cujo significado diz respeito às coisas da cidade e do cidadão, confundindo-se o agente (político) com o seu objeto (política).

O significado original evanesceu no tempo e, hodiernamente, outras expressões tomaram o seu lugar, a destacar a sua aproximação com as coisas do Estado. Assim,

encontramos as expressões “doutrina do Estado”, “ciência do Estado” e “filosofia política”, entre outras.

Entretanto, a doutrina é assente ao adotar como ponto de convergência o conceito de política e o conceito de poder. É nesse sentido que Norberto Bobbio apresenta o seu ponto de vista:

O conceito de política, entendida como forma de atividade ou práxis humana, está estreitamente ligado ao conceito de poder. [...] o poder é definido ora como uma relação entre dois sujeitos, na qual um impõe ao outro a própria vontade, determinando-o seu, malgrado o comportamento: O poder político pertence à categoria do poder de um homem sobre outro homem (não do poder do homem sobre a natureza). Essa relação de poder é expressa de mil maneiras, nas quais se reconhecem expressões típicas da linguagem política: como relação entre governantes e governados, entre soberanos e súditos, entre Estado e cidadãos, entre comando e obediência etc.<sup>86</sup>

Segundo o autor, há três formas de poder do homem sobre o homem, e o poder político é apenas uma delas, pois, para além do poder político há o poder paterno e o poder despótico.

O critério prevalente para a distinção entre os poderes paterno, político e despótico adota o princípio da legitimação, sabendo que: o fundamento do poder paterno é a natureza; do poder despótico é o castigo decorrente de um ilícito; e do poder político é o consenso.

Da análise do critério distintivo das formas de poder e em relação ao poder político, verifica-se que nem sempre o exercício deste é realizado de forma consensual, pois existem poderes políticos que são exercidos de forma unilateral e sem nenhum traço de consenso.

Na verdade, o consenso é uma característica própria do **bom** governo, e daqui nasce a necessidade de se buscar a definição daquilo que venha a ser o bom governo, uma vez que este serve de base e de parâmetro para a delimitação do que é o ativismo judicial.

Com o objetivo de “encontrar o elemento específico do poder político”<sup>87</sup>, N. Bobbio destaca, por conveniência, o critério que toma em consideração os meios pelos quais se desenvolve a sujeição ativa e a sujeição passiva no exercício do poder, nomeadamente em relação ao poder político que, no caso, ocorre através da força.

O que se deflui da compreensão acima referida é que o poder político, caracterizado pelo uso da força de forma institucionalizada é, em última análise, o resultado concreto da passagem do estado de autotutela para a tutela exercida pelo Estado. Dessa forma, o poder político amalgama-se com o Direito no intuito de alcançar o bom governo.

---

<sup>86</sup> BOBBIO, Norberto — **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**, p. 161.

<sup>87</sup> BOBBIO, *Op. cit.*, p. 162.

Como resultado da utilização institucionalizada da força, o poder político apresenta algumas características que o individualizam dos demais poderes e que o autor classifica em: exclusividade, universalidade e inclusividade<sup>88</sup>.

Exclusividade é a tendência dos detentores do poder político em evitar, dentro do seu campo de atuação, que sejam formados outros grupos armados independentes e manter sob vigilância as agressões e interferência de grupos externos.

Por universalidade, entende-se a ampliação da exclusividade para além do aspecto da coação física, na medida em que os detentores do poder político têm o dever exclusivo para a tomada de decisões de forma institucionalizada, que atingem toda a sociedade e a comunidade onde exercem tal poder, nomeadamente com referência ao destino dos recursos e, por conseguinte, determinar os critérios de distribuição destes. É de destacar que não se trata apenas de recursos financeiros, mas de todos os recursos públicos necessários ao bom governo.

Inclusividade é a utilização de meios para a intervenção do poder político em determinadas comunidades ou grupos com a finalidade de manter a ordem e dentro de escopos políticos bem definidos. Para tanto, o poder político conta com um instrumento de ordem jurídica que, segundo o autor, constitui-se em: “[...] um conjunto de normas primárias voltadas para os membros do grupo e de normas secundárias voltadas para os funcionários especializados, autorizados a intervir no caso de violação das primárias. Isto não significa que o poder político não imponha limites a si mesmo. Mas são limites que variam de uma formação política para outra [...]”<sup>89</sup>.

Ao que se pode depreender, as atribuições do Poder Judiciário encontram melhor adequação no critério inclusivo, sem prejuízo dos demais.

No que se refere às finalidades do poder político, entende N. Bobbio que o único objetivo da política é a utilização do monopólio institucionalizado da força a serviço dos fins colimados por determinados grupos sociais, segundo as “circunstâncias preeminentes” para aquele dado grupo.

Dessa maneira, o filósofo italiano defende que “perdem força as tradicionais definições teleológicas”, sabendo que: “Essa remoção do juízo teleológico não impede, contudo, que se possa falar, com correção, pelo menos de um fim mínimo da política: a ordem

---

<sup>88</sup> BOBBIO, *Op. cit.*, p. 166\_.

<sup>89</sup> FINE, Toni M. — **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**, p. 66.

pública nas relações internas e a defesa da integridade nacional nas relações de um Estado com os outros Estados. Esse fim é mínimo, por que é a *conditio sine qua non* para a realização de todos os outros fins e, portanto, com eles compatível.”<sup>90</sup>

Assim, pode concluir-se que a finalidade da política é a busca da ordem social que, por sua vez, pode variar de acordo com o regime do governo adotado e dos próprios fins colimados na utilização do monopólio institucional da força.

Norberto Bobbio diverge de outros renomados doutrinadores do Direito quando se trata de entender a ordem social, qualificada pela busca do bem comum e da justiça, pois para o autor, trata-se de conceitos demasiadamente abertos que podem significar tudo ou nada, o que também se passa em relação aos conceitos de felicidade, igualdade etc.

Embora não acolha o que para ele é a qualificação demasiadamente imobilizadora da ordem pública, o autor não admite o poder pelo poder, pelo contrário, admite que o exercício do poder político tem as suas características próprias e muitas vezes de difícil compreensão para o cidadão comum, uma vez que, em se tratar de poder político, não há um fim específico a ser alcançado, como ocorre, por exemplo, com o poder que o médico exerce sobre o paciente, e finaliza: “Se o fim da política (e não do homem maquiavélico) fosse realmente o poder pelo poder, a política não serviria para nada”.

A considerar o que foi explicitado acima, pode inferir-se que o exercício político do “poder pelo poder” é marca indelével dos agentes políticos que governam e atuam guiados por caprichos pessoais e pensam que os mecanismos do poder estão disponíveis única e exclusivamente para seus próprios deleites, a ignorar por completo a busca pela ordem social realizada por meio do consenso e que, no regime democrático, revela-se pela representação popular.

L. Cabral de Moncada, diferentemente do que ocorre com Bobbio, entende ser possível a qualificação da ordem social pelo fim precípua da busca pelo bem comum e pela justiça. O jusfilósofo português percebe forte e intrínseca relação entre os conceitos de política e de direito dentro de uma visão bidimensional deste (valor e norma) mas, como já mencionado, qualificada pela liberdade e pelo sentimento de justiça.

---

<sup>90</sup> BOBBIO, *Op. cit.*, p. 167.

Para tanto, Cabral de Moncada desenvolve, em lógica clara e atemporal, o que entende por conceito de direito e como este se aproxima muitas vezes e confunde-se com o próprio conceito de política.

Dessa forma o conceito de direito apresenta-se como um “dever-ser” e como tal, pressupõe a ideia de “valor” e de “norma”, pois somente esses elementos podem ser objeto do “dever-ser”, pois às coisas não é dado falar sobre valores e normas, na medida em que pertencem ao mundo do “ser”. Vejamos:

Dito de outro modo: entre o “valor”, a “norma” e o “dever-ser” outra diferença não haverá, porventura, em nosso modo de ver, senão uma diferença no grau de intelectualização abstracta com que no-las representamos na inteligência teórica. Assim, enquanto o valor é fenômeno concreto da consciência, imediatamente apreensível em cada caso por meio duma espécie de revelação única e *sui generis*, antes de qualquer construção generalizadora do intelecto, a norma será essa mesma construção generalizadora, já realizada posteriormente por este, para uso de uma pluralidade de consciências ou de homens vivendo em comum. [...] Poderia dizer-se que os valores *amam-se* em si mesmos só por serem valores; às normas *obedece-se* em consciência, na medida em que as podemos considerar reflexo generalizado dos valores nelas sintetizados ou coagulados.<sup>91</sup>

E continua: “[...] se algo *deve ser* nesse mundo, é só porque existem valores e normas que os consagram. Nunca a inversa: haver normas e valores só porque alguma coisa deve ser. Primeiro, o valor e a norma; depois o dever ser. Todo o dever-ser seria em vão e sem sentido, se não se achasse referido a quaisquer normas e valores preexistentes.”<sup>92</sup>

Mas o autor não entende ser suficiente a relação que existe entre valor e norma para que o pensamento do “dever-ser” chegue à sua totalidade. Embora pense de forma diferente do que Miguel Reale, cuja teoria tridimensional do direito envolve relação de complementariedade entre o facto, o valor e a norma, Cabral de Moncada agrega outros elementos necessários para a completude do devir: a liberdade e a ordem, no sentido de justiça.

Assim, não há como chegar-se ao conceito de direito apenas pela via do valor, da norma e do “dever-ser”, pois é preciso que se tenha *liberdade*, já que, para o jusfilósofo lusitano: “Só para uma consciência livre faz sentido dizer que alguma coisa *vale e deve ser*”.

Por conseguinte, para os fins de direito somente poderá haver liberdade entre pessoas, no sentido de *personalidade*.

---

<sup>91</sup> DE MONCADA, L. Cabral — **Filosofia do Direito e do Estado: Doutrina e Crítica**, Vol. II, p. 36-37.

<sup>92</sup> DE MONCADA, *Op. cit.*, p. 37.

Por fim, em Cabral de Moncada, para que se alcance a perfectibilidade do conceito de direito, há de ter-se presente a ordem que, na sua compreensão, não é apenas a ordem percebida pelos gregos (*cosmos vs. caos*), uma vez que voltada e qualificada para a personalidade, pois, salienta o autor:

Trata-se contudo — convém acrescentar — duma ordem essencialmente *dinâmica* e não *estática*, implantada numa convivência de seres espirituais, as personalidades, em perpétuo movimento, em procura duma integração, e não duma simples coexistência de seres alheios ao espírito — uma “ordem”, enfim, movida por uma ideia constante de equilíbrio e de perfectibilidade aliás nunca atingíveis: um *ideal*, em suma. É ao que também pode se chamar uma perfeita *solidariedade* das personalidades como fito a atingir. Mas justamente: essa ideia de equilíbrio e de perfectibilidade ideal é, ao mesmo tempo, aquilo a que chamamos “justiça” como Idéia. A “justiça” é a ordem ideal, a ordem perfeita.<sup>93</sup>

E acrescenta que toda ordem que é justa pode conceber uma ordem menos justa e que: “[...] por definição, justa toda a ordem que consistir na *igual* atribuição a cada um (já no seu ter, já no seu fazer) daquilo que especificadamente lhe couber ter ou fazer, qualquer que seja aliás o critério, em concreto, para tal atribuição feita.”<sup>94</sup>

Ao tratar especificamente da função política e da política propriamente dita, o autor vislumbra grande similitude entre esta e o direito e, nessa toada, constrói uma *ideia-mãe* a abarcar os dois conceitos cujo vetor seria a ideia de justiça, de um *dever ser* qualificado e de grande valor, que tenha por objetivo a realização dos fins individuais e sociais, a considerar-se a relação de interação e lateralidade entre os pensamentos jurídicos e os pensamentos políticos.

Percebe-se assim, a importante diferença entre Cabral de Moncada e Norberto Bobbio, pois, enquanto este simplesmente abstrai do seu conceito de política e, por conseguinte, da função política, o elemento de ordem no sentido de justiça, aquele constrói a sua compreensão a tomando em conta não apenas o elemento de justiça, mas também o elemento de igualdade e de valor.

Entretanto, não se diga que o douto filósofo português não tenha delineado nenhuma diferenciação entre os dois conceitos, especialmente em relação ao conceito do político a afastar-se do conceito de *políticas*, cujo fundamento de validade reside na *positividade*.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> DE MONCADA, *Op. cit.*, p. 42-43.

<sup>94</sup> DE MONCADA, *Op. cit.*, p. 43.

<sup>95</sup> “Ao passo que o conceito de *político* é sempre só um, as *políticas* (fins e meios), isto é, as *ideologias* são múltiplas e numerosas. Um *é*, as outras *existem*. Nisto reside a sua *positividade*. Estão no espaço e no tempo. Mudam, morrem e renascem.” (DE MONCADA, *Op. cit.*, p.150)

Nesse ponto, a questão ganha maior complexidade, pois quando da análise do sistema da *Common Law*, ficou claro que a preocupação mais importante do juiz inglês não é com a perseguição da ordem justa de Cabral de Moncada, e sim com a necessidade de resolução de um conflito.

Tal escopo fica ainda mais evidente quando se analisa o pensamento de Ronald Dworkin, quando trata do Direito e da Moral ao descrever a seguinte passagem: “Quando Oliver Wendell Holmes era juiz da Suprema Corte, certa vez ele deu carona ao jovem Learned Hand, quando ia para o trabalho. Ao chegar ao seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente; ‘Faça justiça, juiz!’ Holmes pediu ao condutor que parasse e voltasse, para a surpresa de Hand. ‘Não é esse o meu trabalho!’, disse Holmes, debruçado na janela. A carruagem então fez meia-volta e partiu, levando Holmes para o trabalho, que, supostamente, não consistia em fazer justiça.”<sup>96</sup>

Decerto que, em boa parte das publicações, a ideia de justiça mistura-se com a ideia de moral e, muito embora realmente hajam fortes elementos morais naquilo que se chama “fazer justiça”, no caso das funções públicas (poder político) que se concretizam por meio das “políticas públicas”, a moral não é, em si, o fator preponderante para as suas execuções, uma vez que se resolvem nos conceitos de *interesse público* e de *bem comum*.

Assim, em que pese o entendimento de N. Bobbio de que tais “qualificações” não integram o conceito de poder político, é através das políticas públicas voltadas para o interesse público, cujo fim último é o bem comum, que se chega ao ideário de ordem justa a que se pretende Cabral de Moncada. De sorte que, tanto o interesse público quanto o bem comum servirão de balizas, verdadeiros parâmetros para as decisões judiciais de ordem pública.

Difícil é a tarefa de se delimitar o que é o bem público e de que forma se pode analisar o interesse público, de forma que este é considerado pela doutrina majoritária como conceito indeterminado.

Muitos são os autores que avançaram no estudo científico do interesse público, e existem posicionamentos firmes em relação à sua supremacia diante do interesse privado, a ponto de alguns doutrinadores erigirem efetivamente uma teoria de desconstrução desse axioma.

---

<sup>96</sup> DWORKIN, Ronald — **A Justiça de Toga**, p. 03.

Da enxurrada de pesquisadores do Direito que se propuseram a analisar a questão com a profundidade que representa para toda a construção científica e em especial para o tema que ora se propõe a dissertar, destacam-se as palavras de Mártin Haeberlin, na medida em que se compromete à construção teórica de profundidade ímpar do que entende ser interesse público.

Logo no início de sua obra, Haeberlin coloca o bem público em posição de extremo destaque, ao inferir que este é preexistente ao ideário de justiça, na medida em que a sociedade deverá, sempre e invariavelmente, escolher um ou mais valores voltados para o bem comum.

É na existência do pressuposto lógico do bem comum que se vislumbra a necessidade de eleição de valores para a persecução da Justiça e, por fim, do Direito e seu ordenamento jurídico, pois, sem a persecução do bem comum, como bem destacado também por L. De Moncada, todos os sistemas jurídicos e seus ordenamentos carecem de objetividade e estariam à mercê única e exclusivamente da casuística.

Portanto, na dicção do autor: “O bem comum não é, pois, um valor (uma virtude), mas uma contingência da sociedade civilizada que necessita dirigir-se em virtudes. Com efeito, é impossível idealizar uma sociedade despossuída de valores.”<sup>97</sup>

Desta feita, Haeberlin deixa bem claro que o bem comum está acima de qualquer valor e representa a gênese da sociedade civilizada. Ao categorizar o bem comum como uma “contingência” necessária para a construção de uma sociedade, ficará sempre na eventualidade da concretização de um valor que, por sua vez, poderá ser a justiça ou outro elemento valorativo qualquer (interessante posicionamento que acaba por afastar a hegemonia da justiça como o único e exclusivo fim do Direito).

Em última análise, uma sociedade não precisa ser efetivamente justa, pois basta que tenha elegido um valor para que tenha a sua existência reconhecida.

A continuar, o autor analisa a existência ou inexistência de uma “paridade ontológica entre o bem comum e o interesse público e conclui que tal paridade reside tão somente no facto de que ambos se revelam na razão do Estado e que inexistem características que, ontologicamente, os diferenciam.

No entanto, embora entenda não haver diferenciação ontológica entre bem comum e interesse público, o autor apresenta duas posições, majoritárias e conflitantes entre si:

---

<sup>97</sup> HAEBERLIN, Mártin — **Uma Teoria do Interesse Público**: Fundamentos do Estado Meritocrático de Direito, p. 34.

Do entendimento do bem comum como ‘razão do Estado’ pode-se extrair que o Estado atua como ‘guardião do bem comum à frente do interesse de grupos’ e que todo órgão estatal ‘deve servir ao bem comum, como obrigação constitucional’. Os dois trechos, extraídos de decisões do Tribunal Constitucional alemão, denotam, num primeiro momento, a ligação do bem comum ao direito (isso se extrai, respectivamente, das expressões ‘guardião’, tarefa jurídica por excelência, e ‘obrigação constitucional’, cuja melhor leitura identifica uma obrigação de toda e qualquer Constituição, e não de alguma Constituição vigente específica) e, num segundo momento, a ligação do bem comum ao Estado (ao se apor ele no papel atuante de guardião e serviente).<sup>98</sup>

E, ao mencionar Michael Anderheiden<sup>99</sup> revela a existência das duas posições: “Para Michael Anderheiden, o debate circundaria, ao menos na doutrina alemã duas posições: uma primeira, no sentido de que ‘bem comum’ e ‘interesse público’ possuem, em essência, idêntico significado [...]; uma segunda, que entende o bem comum como resultado de uma ponderação com interesses públicos [...]”<sup>100</sup>

Muito embora a primeira posição seja majoritária, a posição que toma em consideração a ponderação de interesses públicos conta com nomes de escola do Direito Alemão.

A segunda posição adota o posicionamento de que o bem comum não se identifica com o interesse público e que tal questão está, inclusive, expressamente delineada no Art. 14, III, da Constituição alemã e no entendimento deflagrado pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão, a sustentar-se na seguinte fundamentação: “[...] a existência de interesses públicos plurais a reclamar o seu ‘peso’ perante o bem comum, sendo que ‘apenas um interesse público qualificado e não qualquer interesse público, expressa o bem comum — para referir que essa qualidade especial do bem comum marcaria sua diferença com o interesse público.’”<sup>101</sup>

Ao adotar uma ou outra posição, inexistem dúvidas em relação ao bem comum ser a meta principal, correspondente à verdadeira razão de existência do Estado, cujo valor será determinado pela sociedade e, após, levado a efeito por meio de políticas que, a considerar o valor adotado (nas sociedades democráticas, a justiça), irão sopesar os interesses públicos mais adequados à contingência.

---

<sup>98</sup> *Idem*, p. 37.4

<sup>99</sup> *apud* ANDERHEIDEN, Michael — *Gemeinwohl in Replublik und Union*, p. 53.

<sup>100</sup> *Idem*, p. 37.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 38.

Se por um lado as considerações sobre o bem comum e o interesse público, expostas até aqui, tomam em conta a génese das razões do Estado e a natureza conceitual do que vem a ser o bem público e o interesse social, bem como o papel estatal para a observação dos valores adotados pela sociedade democrática, por outro lado não se pode deixar de admitir que grande parte da doutrina deita considerações de fundo sob o prisma finalístico do interesse público.

Veja-se, como exemplo, a diferença do tratamento dado ao conceito de bem comum e de interesse público adotado por Martín Haeberlin, para quem o bem comum carece de qualquer conteúdo axiológico, e o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, por sua vez, introduz ao conceito de bem comum uma forte carga valorativa (inclusive a fazer distinção sobre o desaparecimento do conteúdo valorativo do bem comum no pensamento utilitarista e o retorno aos valores consagrados da dignidade da pessoa humana, no Estado Social de Direito): “[...] Vale dizer que, com tais concepções, o interesse público identifica-se com a ideia de *bem comum*. O interesse público perde o carácter utilitário adquirido com o liberalismo e volta a revestir-se de aspectos axiológicos. A nova percepção revela preocupação com a dignidade do ser humano.”<sup>102</sup>

A autora, a discorrer sobre a nova concepção decorrente do Estado Social de Direito, menciona Marie-Pauline Deswart<sup>103</sup>, e destaca que o bem comum é o fundamento e o limite do poder político, na medida em que o seu objetivo (entenda-se, aqui, a sua finalidade) é o bem da pessoa humana e, nesse sentido, somente será legítima a intervenção estatal nas liberdades individuais quando couber a aplicação do princípio da subsidiariedade, ou seja, apenas nas situações em que o indivíduo não puder agir por si.

Assim, a intervenção do Estado somente será legítima quando o indivíduo ou os grupos de indivíduos não tiverem condições de agir sozinhos na persecução do bem comum e dentro dos limites legais, cuidando-se para que a lei não seja abordada apenas sob o aspecto formal, mas também sob seu carácter social e integralmente vinculado ao bem comum.

A autora destaca ainda que o bem comum, de forte cariz axiológico, está presente na grande maioria das Constituições, dentre elas a alemã e a brasileira.

---

<sup>102</sup> DI PIETRO, Sylvia Maria Zanella — **O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo** In *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, p. 90.

<sup>103</sup> *Apud* DESWARTE — Marie-Pauline, p. 90-91.

Mais adiante, Di Pietro explicita a óptica teleológica do interesse público na visão neoliberal, ao aduzir que: “A defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, *nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico*. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado.”

104

Deste modo, a jurista administrativista faz pertinentes considerações em relação à indeterminação do conceito de interesse público, e salienta que o simples facto de ser indeterminado não dificulta a aplicação das demais normas constitucionais. E finaliza: “Existem diferentes graus de indeterminação. Quando se considera o interesse público como sinónimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge o seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada tem em vista proteger valores específicos.”<sup>105</sup>

O que se revela bastante claro é que a autora entende que o interesse público, quando qualificado por outro elemento axiológico dotado de maior concretização, diminui o grau de indeterminação de seu próprio conceito.

Como dito, a concetualização de interesse público não é tarefa fácil ao jurista, e a proliferação de entendimentos a respeito da matéria, dependendo de onde se apostará o conteúdo axiológico, acaba por influenciar e dirigir toda a construção lógico-jurídica.

Para os fins propostos nesta investigação, a construção realizada por Martín Haeberlin, sem desdouro aos demais juristas que entendem de modo diferente, é a mais apropriada, pois vai ao encontro do pensamento de L. Cabral de Moncada quando avança, de forma bastante clara, na construção dos conceitos de direito e de política.

Assim, ao considerar-se o bem comum numa circunstância sem conteúdo axiológico, a revelar-se como a própria razão da existência do Estado e, a tomar-se a justiça como o valor diante do qual se qualificam os interesses públicos e cuja realização e concretização decorrem das políticas públicas orientadas pelo ordenamento jurídico-constitucional, estão postas as balizas que vão determinar o papel de cada um dos Poderes na persecução do bem comum dentro da moldura jurídica do regime democrático.

---

<sup>104</sup> DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 97.

<sup>105</sup> DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 98.

#### 4.4 A busca pelo conceito jurídico de “Ativismo Judicial”

A expressão “ativismo judicial” não é nova e apareceu pela primeira vez na literatura especializada no mês de janeiro de 1947, no artigo do historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr., publicado na revista *Fortune*, cujo título é *The Supreme Court: 1947*, no qual se utilizou pela primeira vez a expressão *judicial activism*.

O artigo de Schlesinger teve um grande impacto para a época, a espalhar-se até os dias de hoje, não apenas no meio jurídico e acadêmico, como também em toda população que estuda minimamente as ciências sociais, especialmente as ciências políticas.

Anos mais tarde, o autor volta ainda a comentar o seu artigo:

*My thesis was that the argument dividing the New Deal justices — [Hugo L.] Black and [William O.] Douglas versus [Felix] Frankfurter and Jackson — was at bottom an argument between two theories of the way judges should decide cases. Black and Douglas, I said, stood for “judicial activism,” Frankfurter and Jackson for “judicial self-restraint.” [...] I believe that the FORTUNE piece first put the terms into general circulation.*

*The salient distinction was the activists’ addiction to results [...] and the self-restrainers’ more traditional addiction to process. The Black-Douglas group, I wrote, saw the Court as an instrument to achieve social justice, especially for the otherwise unprotected in society; the Frankfurter-Jackson group saw it as an instrument to permit legislatures to achieve the results, for better or worse, that a majority might wish (except when statutes blocked the channels of self-correction). [...]*

*A half century later the article seems to me analytical, measured and quite well written. I tried to state each side as fairly as I could, though I came out in the end for judicial self-restraint. The memory of the judicial activism practiced in favor of business by the Nine Old Men only a decade before was still vivid in mind, and one did not want to make activism the routine philosophy of the Court.*

*I was surprised by the ferocity of the ensuing controversy.*

*Part of it came from my personal characterizations of the justices.<sup>106</sup>*

Como se pode depreender das palavras do próprio autor, não tencionava que a expressão *judicial activism* fosse direcionar uma doutrina universal, pois a intenção era apenas lançar luzes sobre a maneira como dois juízes, duas lideranças formadoras de opinião, decidiam as questões dentro da mais alta Corte judicial dos Estados Unidos da América.

---

<sup>106</sup> BARRET, John Q., Schlesinger Jr., Arthur M. — **In Action, in Archives, in History**. 2014. Disp. em: <https://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf> (acesso em 07/12/2021)

Da mesma forma, é curioso salientar que a expressão contrária ao ativismo judicial, *judicial self-restrain*, não causou tanto alarde, tendo em vista ser essa a postura que se esperava, ou que ainda se espera, de um julgador.

Facto é que, passados mais de cinquenta anos da primeira vez que a expressão *judicial activism* apareceu e embora exista vasta bibliografia que trata da matéria de forma direta ou indireta, o seu conceito continua impregnado de elementos filosóficos, sociológicos e ideológicos, o que já é algo bastante contraditório, na medida em que busca analisar um dos principais fundamentos de toda a ideia de Direito: a decisão judicial e, em maior extensão, a criação da jurisprudência na resolução de conflitos.

De mais a mais, os autores variam em relação aos aspectos quantitativos e qualitativos que figuram como elementos definidores do conceito de ativismo judicial, bem como em relação ao alcance da expressão e seus desdobramentos para o Direito.

A vinculação do ativismo judicial às questões constitucionais, nomeadamente em relação aos direitos fundamentais, é matéria recorrente entre os autores, a deixar ao relento a possibilidade de ativismos judiciais ao nível infralegal, no controle de legalidade do ordenamento jurídico em geral e no regime jurídico em especial<sup>107</sup>.

Neste sentido, destaca-se a percepção de Julio Grostein: “As teorias política e jurídica norte-americanas geralmente se detêm sobre o ativismo judicial exercido durante o *judicial review*, indicando que o grau de anulação de atos legitimamente aprovados por órgãos democráticos é a principal métrica do ativismo judicial na doutrina americana.”<sup>108</sup>

Assim, a medida mais comumente adotada para a análise do ativismo judicial são as decisões das Supremas Cortes e das Cortes Constitucionais.

Entretanto, embora as decisões dos tribunais superiores (em grande parte por força dos precedentes vinculantes que aumentam de forma significativa o espectro de incidência das suas decisões) tenham um potencial de “carga ativista” mais evidente, facto é que o denominado ativismo judicial também ocorre nas instâncias ordinárias.

---

<sup>107</sup> Talvez devido aos precedentes obrigatórios que ocorrem nos Tribunais Superiores, a ideia de ativismo judicial nas instâncias inferiores não encontre ressonância entre os juristas, embora as questões administrativas sofram maiores e mais profundas interferências judiciais nas instâncias inferiores

<sup>108</sup> GROSTEIN, Júlio — **Ativismo Judicial**: Análise Comparativa do Direito Constitucional Brasileiro e Norte-Americano, p. 30.

Ao discorrer sobre as concepções de ativismo judicial, Julio Grostein utiliza como corte metodológico a realidade norte-americana e a realidade brasileira, vislumbrando diferenças significativas entre as duas realidades.

Assim, o autor elenca as concepções de maior adesão entre os juristas e doutrinadores americanos, a saber: i) *ativismo como sinónimo de controle de constitucionalidade*, ii) *ativismo como superação indevida de precedentes*, iii) *o uso de métodos não ortodoxos de interpretação*, iv) *o julgamento com base nas posições políticas e axiológicas do juiz (result-oriented judging)*, v) *a criação judicial do direito (judicial legislation)*<sup>109</sup>.

No que diz respeito à realidade brasileira, o autor identifica as seguintes concepções de ativismo judicial: i) *o transbordar dos limites impostos ao Judiciário pelo próprio ordenamento jurídico, sobretudo quando a função jurisdicional ultrapassa as suas balizas para invadir a função legislativa*, ii) *julgamento com base em posições valorativas ou ideológicas do julgador*, iii) *ativismo como criação judicial do direito*.<sup>110</sup>

Elival da Silva Ramos procura o conceito de ativismo judicial no fundamento de que existe uma anomalia praticada pelos tribunais em sua função jurisdicional, ao invadir as funções legislativas e que essas diferenças decorrem do sistema a ser adotado, visto que no sistema *Common Law* há maior proximidade entre o julgador e o legislador na produção das normas jurídicas, enquanto na *Civil Law*, o distanciamento e a desnecessidade de legitimação da norma jurídica pelo Poder Judiciário fornecem bases preliminares mais nítidas com relação à delimitação entre as funções judiciais e as funções legislativas<sup>111</sup>.

Como se pode perceber, o autor entende o ativismo judicial como uma anomalia que se verifica quando o exercício da atividade jurisdicional ultrapassa os limites decorrentes de suas funções e atinge elementos das funções legislativas.

É de referir que o jurista evidencia a diferença existente nos graus de interferência judicial nos dois maiores sistemas jurídicos e vislumbra um maior espaço de ação por parte do Poder Judiciário no sistema da *Common Law*, em decorrência da necessidade de entendimento jurisprudencial como fator de legitimação da legislação vigente, nomeadamente em relação aos precedentes, na medida em que é por intermédio destes que os efeitos das decisões judiciais dos tribunais superiores têm espectros que superam os efeitos *inter partes*.

---

<sup>109</sup> *Idem*, p. 49-51.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 53-54.

<sup>111</sup> RAMOS, Elival da Silva — **Ativismo Judicial: Aspectos Dogmáticos**. Parâmetros dogmáticos, p. 109

Existem autores que entendem o ativismo judicial como uma declaração de poder cuja visão conceptual deve ser encontrada dentro de um posicionamento multidisciplinar.

Ao analisar o Supremo Tribunal Federal brasileiro, entende-se que este exerce duplice papel no desempenho de suas funções jurisdicionais: o papel contramajoritário e o papel representativo.

Segundo o autor, o papel contramajoritário “se manifesta, sobretudo, quando tenha havido uma determinação do Legislativo ou do Executivo e o Judiciário vem a invalidá-la.”<sup>112</sup>

Já o papel representativo revela-se, na percepção do jurista brasileiro, quando há “o atendimento de demandas sociais inequívocas que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo majoritário. E, nesses casos, sua atuação é mais ativista”.<sup>113</sup>

E acrescenta: “Em ambas as situações, os direitos fundamentais ficavam paralisados pela incapacidade de o Legislativo editar lei regulamentadora. Mas, como o problema existia na vida real e o Judiciário precisava resolvê-lo, a criação judicial do Direito se tornava inevitável”<sup>114</sup>.

Todavia não seria toda e qualquer demanda social não atendida e sim àquelas onde é “possível vislumbrar uma imensa demanda social por reforma política, não satisfeita pelo processo político majoritário.”<sup>115</sup>

Nesse sentido, o autor traz à colação a possibilidade do exercício por parte do Poder Judiciário funcionando como legislador positivo no caso da imensa demanda social não satisfeita a contento pelo Legislativo. Trata-se de uma posição que toma em consideração a existência de um ativismo judicial não apenas benéfico, como também inafastável e exigível do Poder Judiciário, que, inclusive, é visto como uma atribuição legítima e necessária da função estatal que lhe é imposta pela Constituição.

Mais adiante, Azevedo Campos analisa decisões judiciais proferidas em diversos tribunais superiores pelo mundo e chega à conclusão de que o ativismo judicial deve ser entendido sob um enfoque multidimensional e elenca cinco premissas com implicações normativas que o autor defende “ser a definição mais adequada e útil de ativismo judicial”, a saber:

---

<sup>112</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo — **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**, p. 20.

<sup>113</sup> CAMPOS, *Op. cit.*, p. 21.

<sup>114</sup> CAMPOS, *Op. cit.*, p. 21.

<sup>115</sup> CAMPOS, *Op. cit.*, p. 22.

- i) o ativismo judicial é uma questão de postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando tomadas as suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais,
- ii) o ativismo judicial não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo,
- iii) o caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial,
- iv) a pluralidade das variáveis contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial,
- v) o ativismo judicial é uma estrutura adjudicatória multidimensional.<sup>116</sup>

Com base nas cinco premissas acima apontadas, cujo desmembramento foge ao escopo deste trabalho académico, o autor define o ativismo judicial como: “[...] o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifestam por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.”<sup>117</sup>.

Dalmo de Abreu Dallari, por sua vez, destaca como elemento de construção do “ativismo judicial” (muito embora não utilize tal expressão de forma clara) o pouco apreço pelas leis, ao estabelecer um paralelismo entre este e o excessivo rigor legal no processo de escolha dos magistrados que compõem o Poder Judiciário e por ser tradicional a postura brasileira de que as normas nem sempre devem ser obedecidas e tampouco aplicadas de forma rigorosa, o que se alia ao “apego fanático” aos formalismos legais que alguns magistrados praticam e que se espraiam até os tribunais superiores<sup>118</sup>.

Das palavras do eminente constitucionalista, chega-se à conclusão de que o ativismo judicial também haverá de ser definido pela inércia do Poder Judiciário na aplicação do ordenamento jurídico, uma espécie de ativismo judicial “por omissão”.

Ademais, o autor percebe a existência de uma tensão histórica entre o Judiciário e os demais Poderes de Estado (nomeadamente com relação ao Poder Executivo) dada a forma de nomeação, das atribuições e das competências dos juízes ao longo do tempo.

Essa questão é bem abordada por Dallari ao criticar a posição de um juiz e historiador francês (Yves Lemoine) ao distinguir o perfil dos magistrados no século XIX e no século XX,

<sup>116</sup> CAMPOS, *Op. cit.*, p. 36.

<sup>117</sup> CAMPOS, *Op. cit.*, p. 36-37.

<sup>118</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu — **O Poder do Juízes**, p. 03.

pois, enquanto naquele século o que se procurava buscar era a figura do juiz dócil e dependente, cuja nomenclatura de poder pouco importava, tendo em conta que em França naquela altura denominava-se “autoridade judiciária”, cuja importância era meramente “honorífica”, muito embora a classificação constitucional traga consequências jurídicas de grande relevância, a citar os Estados Unidos da América.

A questão que se quer destacar é o posicionamento histórico desfavorável à equiparação do Judiciário aos demais Poderes de Estado, trazendo impactos significativos que perduram até à atualidade, em relação à independência dos juízes<sup>119</sup>.

Dessa forma, existiu uma expressiva mudança de entendimento quanto à atividade judicante e ao Judiciário em si, como um Poder de Estado, principalmente em relação à França e aos Estados Unidos da América.

Entretanto, não se conseguiu ainda afastar o vício que se carrega até hoje em relação ao Poder Judicial e que de certa forma explica o facto de que algumas autoridades públicas, principalmente dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), confundirem decisões judiciais que lhes são desfavoráveis com ativismo judicial.

Por outro lado, existem autores que encaram o controle de constitucionalidade/ legalidade como um fator de preponderância do Poder Judicial em detrimento do Poder Legislativo e, sobretudo, minimizam os efeitos do controle de constitucionalidade em comparação ao controle de legalidade.

Dentre os autores que adotam a postura de preponderância do Poder Judicial, François Rigaux destaca a impertinência daqueles que acreditam haver analogia entre o controle de constitucionalidade e o controle de legalidade, pois, segundo o autor, o controle de constitucionalidade é muito mais rígido em relação ao controle de legalidade, uma vez que: “[...] é mais fácil destruir uma jurisprudência que provocou uma interpretação da lei ordinária que é repudiada pelo legislador do que acabar com uma interpretação constitucional”<sup>120</sup>.

Assim, o autor entende que o Poder Judiciário acaba por se sobrepor ao Poder Legislativo quando exerce o controle de constitucionalidade, na medida em que a interpretação constitucional feita através da atividade jurisdicional dos tribunais superiores encontra maiores dificuldades para ser superada pelo próprio Poder Legislativo, ante o maior rigorismo para uma possível reversão através de uma emenda constitucional, e aduz: “Nos

---

<sup>119</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>120</sup> RIGAUX, François — **A Lei dos Juízes**, p. 39.

Estados Unidos, as interpretações constitucionais do Supremo Tribunal têm o efeito de restringir a competência do Estado. Quando o Tribunal limita, em nome da liberdade de expressão, a competência estadual em matéria de difamação ou quando declara inconstitucionais as leis do Estado que reprimem, para além dos limites legislados, a interrupção clínica da gravidez, empobrece o patrimônio legislativo dos Estados e faz aquilo que uma lei ordinária do Congresso não seria capaz de alcançar.”<sup>121</sup>

Do que se depreende do posicionamento adotado pelo jurista francês, o ativismo judicial ocorre quando o exercício da função jurisdicional, mais especificamente em relação ao controle de constitucionalidade das leis, avança “para além dos limites legislados” e modifica o ordenamento jurídico de uma maneira que nem sequer seria possível ser alcançada pelo Poder Legislativo num processo de menor rigor, como é o caso do processo de aprovação das leis ordinárias.

Vladimir Santos Vitovsky, ao citar o famoso caso Louise Ménard, que trata da absolvição de uma jovem que havia furtado um pedaço de pão, cujo fundamento utilizado pelo magistrado (juiz Magnaud) foi a aplicação da equidade em detrimento do rigorismo legal, traz a seguinte definição de ativismo judicial: “[...] *ativismo judicial* é uma expansão do exercício de discricionariedade judicial, no qual o juiz ou um Tribunal cria ou estende um direito, afasta a aplicação da lei, ou utiliza-se do poder judicial para promover mudanças sociais (*judicial overreaching*) e intervir ou efetivar políticas públicas (*policy making*)”.<sup>122</sup>

Trata-se de uma definição que traz no seu conteúdo todas as expressões que são encontradas de maneira esparsa em tantos outros doutrinadores, tais como, *discricionariedade judicial*, *criação ou expansão de um direito*, *intervenção ou efetivação de políticas públicas* (*policy making*) e *promoção de mudanças sociais* (*judicial overreaching*).

Deste modo, o conceito elaborado por Vitovsky abrange as mais importantes expressões que são utilizadas para justificar e motivar o ativismo judicial, deixando-as dentro do contexto multidimensional explorado por Azevedo Campos.

A considerar que o ativismo judicial consiste no exercício da discricionariedade judicial que cria ou expande um direito com a finalidade de intervir ou efetivar políticas

---

<sup>121</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>122</sup> VITOVSKY, Vladimir Santos — **Ativismo Judicial: Só Pecados e Virtudes?:** Contribuições para uma Teoria Sociojurídica In *Ativismo Judicial*, p. 91.

públicas e a promoção de mudanças sociais, cumpre investigar em que hipóteses ocorrerá, porquanto, nessa seara, juristas e doutrinadores são ainda mais profusos.

No entanto, a maioria dos autores tocam dois pontos em comum com relação às hipóteses de incidência do ativismo judicial: i) na ocorrência de lacunas no direito; ii) na existência de colisão entre direitos potencialmente aplicáveis aos casos em análise.

Outra unanimidade acadêmica resulta na ideia de que o ativismo judicial encontra o seu campo mais fértil na resolução dos conflitos mais difíceis, uma vez que aqueles que se apresentam mais fáceis e corriqueiros são resolvidos por meio de critérios interpretativos menos complexos.

É nesse terreno que Ronald Dworkin faz a diferenciação entre regras jurídicas e princípios jurídicos, tema que já foi objeto de análise deste estudo, a entender que a diferença entre regras e princípios jurídicos é de natureza lógica e, portanto, considera que as regras jurídicas possuem modo de funcionamento baseado no “tudo-ou-nada” e portanto, seria praticamente impossível para o ativismo judicial florescer, cabendo aos princípios jurídicos servir de fundamento para a existência e fortalecimento do ativismo judicial, na medida em que tem como modo de funcionamento a ponderação e, assim: “[...] o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra”<sup>123</sup>.

Então, quanto mais difícil for o caso em tela, maior será a possibilidade de incidência do ativismo judicial, que, segundo o autor, estaria de certa forma legitimado pelo “poder discricionário” do juiz.

Neste ponto, R. Dworkin defende que a falta de um direito subjetivo preexistente não afasta a possibilidade de que a uma das partes litigantes tenha razão, pois, para o autor, nesses “casos difíceis” nos quais não há direito subjetivo anterior a amparar uma das partes, subsiste a obrigatoriedade de prestação jurisdicional, e o juiz deverá criar direitos novos e aplicá-los de forma retroativa na busca da melhor solução para a controvérsia.

Ademais, adverte R. Dworkin que, na solução desses casos difíceis não se pode esperar que todos os juízes decidam semelhantes questões com as mesmas respostas, visto que é natural a divergência no entendimento judicial que adota um novo direito (*new legal rights*)

<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> DWORKIN, Ronald — **Levando o Direito a Sério**, p. 46.

<sup>124</sup> DWORKIN, *Op. cit.*, p. 127.

Mais adiante, o autor afasta a possibilidade de aplicação da *justiciability* e utiliza como fundamento a imprescindibilidade de resolução judicial de qualquer controvérsia. Vejamos: “Alguns leitores podem objetar que, se não existe nenhum procedimento, mesmo em princípio, para demonstrar quais são os direitos jurídicos das partes nos casos difíceis, pode-se inferir que elas não têm nenhum. Essa objeção pressupõe uma tese polêmica de filosofia geral: nenhuma proposição pode ser verdadeira a não ser que possa, pelo menos em princípio, ter sua veracidade demonstrada. Não há razão alguma para se aceitar tal tese como parte integrante de uma teoria geral da verdade, mas há boas razões para rejeitar sua aplicação específica a proposições que dizem respeito aos direitos jurídicos”.<sup>125</sup>

Ronald Dworkin constrói uma linha argumentativa interessante ao discorrer sobre os Princípios e a Democracia, a considerar as usuais objeções ao que chama de “originalidade judicial” contrapondo-se ao ideal tradicional da menor originalidade possível nas decisões judiciais<sup>126</sup>.

A primeira objeção decorre da representatividade, ou melhor, da falta de representatividade por parte dos juízes que, por sua vez, não são escolhidos pelo povo, como também não são responsáveis perante o eleitorado, diferentemente do que ocorre com os legisladores e, portanto, a criação de um direito novo acaba por contrariar tal lógica.

A segunda objeção traz a seguinte argumentação: quando um juiz cria um direito novo e aplica-o de forma retroativa ao caso concreto, a parte sucumbida será derrotada não por uma violação de um dever ou direito preexistente, mas pelo direito novo, que, por sua vez, foi criado pelo julgador em momento posterior ao facto. Em última análise, não haveria sequer subsunção legal, na medida em que o direito cujo facto deve ser adequado é posterior ao próprio facto que se quer regular.

R. Dworkin sustenta que tais objeções têm carácter político e não são analisadas sob o viés dos Princípios Jurídicos. Com essa linha argumentativa, com todas as vénias, o autor não resolve a questão da “originalidade judicial”, já que apenas modifica o sistema referencial sem oferecer uma solução razoável à problemática da subsunção legal, talvez porque o jusfilósofo tenha tomado por modelo o sistema *Common Law*, no qual a norma jurídica demanda legitimação jurisprudencial e a subsunção acaba em segundo plano.

---

<sup>125</sup> DWORKIN, *Op. cit.*, p. 128.

<sup>126</sup> DWORKIN, *Op. cit.*, p. 132.

No entanto, ao tomar-se como modelo o sistema *Civil Law*, em que a subsunção legal é necessária e mandatória, a modificação do sistema referencial de jurídico para político não é suficiente para solver a questão.

Mas, se por um lado a modificação referencial proposta por Dworkin não é o bastante para a resolução de um problema argumentativo de natureza jurídica, por outro lado a adoção de um referencial político abre enchanças para se reafirmar que o ativismo judicial ganha em importância nos casos difíceis cujo pano de fundo é sempre político, quer seja na expansão de políticas públicas (*policy making*), quer seja nas mudanças e transformações sociais (*judicial overreaching*).

Por conseguinte, quer seja sob o aspecto contramajoritário ou sob o aspecto representativo, é nos casos difíceis (*hard cases*), qualificados pela presença do interesse público que se concretiza através das políticas públicas voltadas para o bem comum, que o ativismo judicial encontra seu *habitat* favorável para existir e expandir-se.

No entanto, o conceito de ativismo judicial não se mostra suficientemente apto a revelar qual o instrumento ou de que ferramenta dispõe o julgador para exercer a atividade final do Judiciário como Poder de Estado; tampouco serve como indicativo da existência de um critério objetivo e eficiente na busca de um limite dogmático entre o exercício da atividade jurisdicional plena e o ativismo judicial, ou seja, onde termina a jurisdição, ainda que se dê no plano político, e onde se inicia o ativismo judicial, legítimo ou ilegítimo.

No que concerne ao instrumento que o juiz dispõe para o exercício da função jurisdicional, a doutrina é pacífica ao vislumbrar o método interpretativo como o principal elemento funcional disponível, especialmente, nos casos difíceis.

Quanto à existência de um critério objetivo que possa municiar não apenas o cientista, como também o aplicador do direito na delimitação entre a judicatura e o ativismo judicial, a doutrina é débil e limita-se a justificar o ativismo judicial mais pela sua concepção e pelo seu espectro de incidência do que pela busca de um dado objetivo para melhor distinguir onde termina um (atividade jurisdicional) e onde começa o outro (ativismo judicial).

A dificuldade de se determinar um critério objetivo de distinção faz com que se caminhe sempre por terreno movediço, a alterar-se de forma claramente casuística o que é, e o que não é ativismo judicial.

Demais, como foi visto, há autores que preferem utilizar a expressão “supremacia judicial” e dentre estes, destaca-se Jeremy Waldron.

O autor é conhecido pela sua crítica severa em relação ao arranjo institucional que outorga poderes aos tribunais ordinários para que exerçam o controle de constitucionalidade da legislação, como é o caso de Portugal, do Brasil, dos Estados Unidos da América, Alemanha e outros.

Os que defendem este arranjo institucional argumentam que nesses casos haveria um certo grau de responsabilidade judicial ordinária na garantia da conformidade dos direitos fundamentais em linha com a Constituição.

Muito embora o autor não desconheça essa compreensão e de certo modo não aponta maiores dissensos, chama-nos a atenção que este controle judicial ordinário geralmente desborda em indevida supremacia judicial ao transformar juízes em soberanos a exercer subordinação total aos demais poderes. Assim, a questão não é o controle em si, pois, que: *“en su mejor versión puede operar como un poder de restricción modesto – y la idea de la supremacia judicial en una constitución – es decir, que los jueces sean supremos o incluso soberanos en el sistema político y que los otros poderes mencionados en la constitución deban subordinarse a ellos”*.<sup>127</sup>

Mais adiante, o jurista informa a existência de vários controles judiciais de várias formas e tamanhos, dentre os quais os mais importantes são os controles judiciais dos atos do poder executivo e os controles da legislação. Em relação ao controle judicial dos atos do poder executivo, o autor considera-os uma parte integral do Estado de Direito, por ser um controle de adequação dos atos administrativos à legislação vigente.

No que diz respeito ao controle judicial da legislação, nas suas variadas formas, o autor distingue-os em controle judicial forte e controle judicial débil ou fraco. Naquele, os tribunais ordinários têm a faculdade de deixar de aplicar uma lei ao caso concreto ou de modificar os efeitos de uma lei para que a sua aplicação seja a mais consentânea com os direitos fundamentais e que, em última análise poderiam até mesmo expulsar a lei do ordenamento jurídico.

Por outro lado, num sistema de controle fraco, os tribunais podem encontrar melhor adequação ou mesmo revisar a compatibilidade da legislação com os direitos individuais, mas não podem expulsá-la do ordenamento jurídico.

---

<sup>127</sup> WALDRON, Jeremy — pos. 2404

Nesse sentido, o autor encontra equivalência entre o controle judicial fraco (mero controle judicial) e o controle judicial forte (supremacia judicial).

Assim, a transformação dos juízes em soberanos políticos reside na possibilidade de retirar do ordenamento jurídico uma legislação que foi aprovada pelo poder legislativo, dotado de representatividade, mas que, por força do sistema de controle judicial forte, encontra-se subordinado ao poder judiciário que não encontra a sua legitimação diretamente na vontade popular.

#### **4.5 Principais Teorias da Interpretação**

Interpretar é algo imanente ao ser humano. As suas faculdades mentais, a forma como o homem interage não apenas com o seu semelhante, como também com a natureza, com as coisas do mundo e até mesmo em planos espirituais levam-no ao exercício constante de interpretar tudo à sua volta, assim como aos seus próprios sentimentos e ações. A interpretação ocorre em todos os campos do conhecimento humano, é matéria-prima afeita à epistemologia, que, por seu turno, é o estudo científico do conhecimento humano.

Não sabemos ao certo se outras espécies além do *homo sapiens* possuem a capacidade de interpretação (ao menos em planos tão complexos quanto é a mente humana) e talvez seja ousadia afirmar que as demais espécies possuam tão somente a capacidade de associação ou mesmo a diminuta capacidade de algo próximo ao que se possa entender por interpretação.

A interpretação pressupõe a existência de signos que são manifestações culturais que designam algo em determinada linguagem. Entretanto, é comum o equívoco de que a única forma de linguagem passível de interpretação é a linguagem escrita, pois existem vários outros tipos de linguagem não escrita que podem e devem ser objeto de interpretação por parte do receptor da mensagem a ser interpretada.

Dessa forma, a linguagem há de ser enviada por um transmissor, através de signos, a um receptor que a interpreta por meio de técnicas e critérios estabelecidos, para então retirar do significado daquele signo a sua significação.

Daí, os sinais que um agente da polícia emite ao atuar no trânsito é uma forma de linguagem na qual o signo é representado pelos próprios sinais. Por exemplo, quando este agente estende a sua palma da mão virada para fora, em direção a outrem, trata-se de um signo que faz nascer em seu destinatário (no motorista) o significado de que deve parar o seu

veículo, ou seja, o símbolo de “pare” emitido pelo polícia é interpretado pelo motorista que, por sua vez, entende que deve parar o seu veículo.

No caso exemplificativo acima referido, a linguagem utilizada foi a de um símbolo não falado e não escrito, por se tratar de uma linguagem gestual que, por meio da interpretação de seu destinatário, pode ser efetivamente entendida.

Observe-se que a linguagem utilizada, independentemente de que espécie, há de ser o mais clara possível, com a utilização de signos que evitem ao máximo a existência de múltiplos significados, pois, caso contrário, o receptor terá dificuldades em interpretar o significado de forma correta e poderá, inclusive, chegar a uma significação equivocada ou que, muito embora não seja de todo equivocada, não alcançará a plenitude dos objetivos a que se propõe a própria linguagem. Porém, não há dúvida de que as linguagens mais utilizadas são a escrita e a falada.

Em se tratando da ciência orientada pela epistemologia e pela semiótica, a necessidade de univocidade na escolha dos termos e expressões mais adequadas faz-se necessária, dado que se utiliza a linguagem na sua modalidade descritiva e, para a descrição de algo ou de alguma coisa, quanto maior a exatidão dos termos e expressões, melhor e mais clara será a mensagem ao receptor, que, por sua vez, poderá interpretá-la e chegar a uma conclusão mais consentânea ao objeto da pesquisa.

Relativamente à interpretação normativa, não ocorre diferença, pelo contrário, a univocidade é exigência imperativa a informar todo o trabalho do intérprete.

Não é à toa que Carlos Maximiliano define interpretação como sendo a arte de encontrar-se o sentido e o alcance da norma jurídica interpretada<sup>128</sup>.

Em síntese, pode dizer-se que o sentido da norma se relaciona diretamente em verificar quais as hipóteses, quais os factos da vida que a norma pretende regular e como os regula.

O alcance da norma, consiste em saber qual é a sua amplitude, qual o seu espectro de incidência e quais são as pessoas que sofrerão os seus enfeixes.

Desse modo, a interpretação das normas jurídicas sofreu importantes modificações ao longo do tempo, cujo pensamento pode ser dividido em três grandes Escolas, a saber: 1) Escola Tradicionalista; 2) Escola Histórico-Evolutiva; 3) Escola da Livre Indagação (dividida em: plena e moderada).

---

<sup>128</sup> MAXIMILIANO, Carlos — **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, p. 01.

A Escola Tradicionalista entende que a interpretação da norma jurídica confunde-se com a vontade do legislador. Significa dizer que a norma jurídica é a materialização daquilo que o legislador pretende regular e tão somente isso, nada mais.

Ela não admite que haja interpretação (forma da vontade) do legislador, a afastar, quase que na sua totalidade, a possibilidade de que a norma venha a modificar-se para atender aos anseios da modernidade, das eventuais modificações que ocorrem no seio da sociedade e que clamam por atualização do sistema normativo vigente.

Está fundamentada no poder absoluto do monarca, na medida em que este detém o poder que lhe é concebido pela divindade, pois o rei busca a legitimidade de seu poder diretamente de Deus.

Dessa forma, não há que se falar em outro tipo de interpretação a não ser a que decorre do próprio rei, pois a norma por ele emanada é perfeita e não carece de reparos que, ainda que venham a ser feitos, somente o serão através do seu prolator absoluto e por mais ninguém.

A derivação desse poder absoluto de interpretação enfeixado na mão do rei foi de certa forma mitigada na Escola Tradicional, muito embora tal corrente procure o sentido e o alcance da norma de forma centrada na vontade do legislador, ou seja: apenas se deslocou o criador normativo.

Assim, em última análise, apenas se muda o criador da norma para fins de interpretação, já que na monarquia a vontade do legislador é a vontade única e exclusiva do rei e, na forma democrática, a vontade do legislador é a vontade do povo que o exerce direta ou indiretamente, na maioria das vezes, através das suas Casas legislativas.

A grande dificuldade da interpretação conforme a Escola Tradicional está na impossibilidade de atualização da norma, a desbordar na imutabilidade do Direito.

Isso ocorre porque a vontade do legislador é de certa forma estática, criada em determinado momento, a tomar em consideração a realidade dos factos e todas as circunstâncias políticas daquele momento.

Ademais, o legislador não consegue prever todas as hipóteses em que a norma irá incidir ao longo da sua vigência e, ao desconsiderar por completo a possibilidade de outras interpretações, principalmente aquelas decorrentes da construção jurisprudencial que certamente surgirão e que demandarão uma visão atualizada sobre a hipótese, levando, invariavelmente, a novas considerações.

Nesse contexto, o entendimento jurisprudencial é tomado por grande importância visto que, ao atualizar o seu conteúdo sem modificar a sua forma, acaba por dotar a norma jurídica da ductibilidade necessária para que o próprio ordenamento jurídico não venha a morrer precocemente.

A importância da jurisprudência é ainda maior, pois vale-se da mesma linguagem prescritiva que é utilizada na norma jurídica e que serve de elemento atualizador desta, a utilizar os mesmos instrumentos de coercibilidade que lhes são próprios.

A Escola Histórico-Evolutiva parte da ideia de que a interpretação da norma, muito embora deva levar em consideração a “vontade do legislador”, não pode ser ela o único elemento a ser considerado, na medida em que o legislador não tem como prever todas as hipóteses possíveis cuja norma pretende regular.

Apenas por amor à argumentação, mesmo que o legislador tivesse condições de conceber uma norma plena, completa dentro do espaço-tempo, a prever toda e qualquer hipótese que pudesse servir de suporte para sua aplicação, ainda assim não seria possível tal empreitada, na medida em que a sociedade, em seu ritmo modificativo, poderia, como de facto pode, relegar a segundo plano a importância daquelas situações fáticas que fizeram surgir a norma jurídica, ou seja, o que pode ser importante no plano normativo social hoje, pode deixar de ser tão importante no futuro e a norma jurídica, por sua vez, passa por modificações na sua aplicabilidade necessária aos demais casos concretos.

É nesse contexto que a Escola Histórico-Evolutiva toma em consideração não apenas a “vontade do legislador”, mas também a própria “vontade da norma”, que, a seu turno, acompanha a evolução histórica da sociedade, dando maior ou menor importância para a norma jurídica positivada, pois, aderindo-se a esta nova gama de hipóteses ou mesmo conferindo a hipóteses já existentes e relações sociais modificadas, novas aplicabilidades que antes não foram sequer pensadas pelo legislador.

Karl Larenz<sup>129</sup> afirma ser necessário para o intérprete “deixar a norma falar”, observar o que “a norma quer dizer”. Significa então que a norma jurídica, após inserida no mundo dos fenômenos, ganhará autonomia em relação à vontade do legislador acompanhando as modificações sociais do momento presente e, possivelmente, lançando-se ao futuro.

É nesse ponto que a jurisprudência e as demais fontes do Direito se revestem de grande importância, pois é por meio destas, nomeadamente a jurisprudência dos tribunais, que

---

<sup>129</sup> LARENZ, Karl — **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 377.

a norma jurídica ganha nova coloração e acompanha as evoluções ou as modificações sociais que lhes são posteriores.

Destaca-se a importância do entendimento jurisprudencial dos tribunais, pois, conforme já acima demonstrado, a jurisprudência atualiza e modifica o conteúdo sem que haja alteração na sua forma.

Assim, os tribunais atualizam a legislação vigente (direito posto), a evitar a necessidade de se modificar sensivelmente o ordenamento jurídico vigente todas as vezes em que a norma jurídica sofra alterações decorrentes da evolução histórica.

Cumprido destacar que a Escola Histórico-Evolutiva da interpretação normativa encontra os seus limites dentro da legislação vigente e, portanto, a exegese há de ser efetuada sempre nos moldes legais, tomando em consideração a norma positivada.<sup>130</sup>

É interessante notar que, na esteira da interpretação histórico-evolutiva, surge com mais vigor o positivismo jurídico, e tal ocorrência não é isolada e tampouco se trata de um acaso, uma coincidência.

O positivismo jurídico é resultado da experiência inversa do que ocorria em matéria de exegese nos meados do século XVII, quando a legislação escrita não era dotada da importância que tem nos dias de hoje.

Naquela altura, não era a norma escrita que detinha a prevalência, no que ainda não poderia ser chamado de “ordenamento jurídico”, até mesmo porque inexistia a sistematização do Direito como hoje a conhecemos, muito embora os editos do pretor possam ser considerados como marco inicial para o aparecimento do sistema normativo moderno. Verdade é que, o direito consuetudinário exercia maior influência e era reconhecido como de maior importância para a interpretação tradicional à época.

Com a experiência inversa, a norma escrita toma o lugar de maior importância que até então era exercida pelo costume (direito consuetudinário).

É a partir daí que a interpretação baseada na prudência dos romanos é paulatinamente substituída pela hierarquização das normas jurídicas em que se busca a melhor interpretação no caminho da norma mais específica até aquelas dotadas de conteúdo mais geral e abstrato,

---

<sup>130</sup> É nesse momento que as espécies de interpretação demonstram toda a sua exuberância e necessidade, na medida em que torna viva a norma e de onde o intérprete retira todo o seu conteúdo, sem efetuar nenhuma modificação na sua linguagem escrita, na sua forma.

até que se alcance os princípios gerais do Direito, ao que se denomina “jurisprudência dos conceitos”.

Não em sentido oposto, mas tomando em consideração outros pontos de partida, tem-se a “jurisprudência dos interesses”, de escopo mais abrangente, cuja finalidade está no bem comum, no interesse público, na satisfação dos anseios da sociedade.

Para a jurisprudência dos interesses, mais importante do que o trabalho de análise do ordenamento jurídico é o resultado da interpretação, que deve estar sempre voltada para a satisfação de algum interesse lícito.

Decerto que a jurisprudência dos interesses levada às últimas consequências permite ensejar interpretações de tal forma ampliadas que podem, inclusive, desconsiderar a norma jurídica, bem como todo o ordenamento jurídico vigente sob a justificativa utilitarista de que o bem maior há de ser alcançado, independentemente do ordenamento jurídico vigente, ou seja, da norma a que se está a interpretar.

A última das três grandes Escolas da Interpretação Jurídica é a “Livre Indagação”, cuja principal característica é a total apartação com o sistema jurídico vigente.

A Escola da Livre Indagação parte do pressuposto de que a norma positivada já nasce morta e que não comportaria nenhuma forma de atualização, por estar arraigada na interpretação considerada única e que somente tem por base a vontade do legislador, ainda que haja alguma espécie de renovação histórica.

Assim, o intérprete da norma jurídica vê-se na obrigatoriedade de, na maioria das vezes, afastar-se dos limites da lei para exercer a atividade interpretativa *praeter legem* ou mesmo *contra legem*. Em síntese, a Escola da Livre Indagação não encontra limites na lei. O principal fundamento dessa Escola é exatamente a “ossificação” da legislação quando a interpretação tem em conta tão somente a vontade do legislador.

Dessa forma, os juristas que defendem a interpretação nos moldes da livre indagação advogam o total desprendimento das amarras não apenas da vontade do legislador, como da própria lei a ser interpretada. Isso significa dizer que, para alcançar o bem comum, finalidade última do Direito, o intérprete não estaria adstrito nem mesmo aos limites da lei.

Em última análise, o jurista poderia, inclusive, construir interpretação contrária à legislação vigente, sob o fundamento de que a norma jurídica não atenderia aos clamores e às modificações sociais de seu tempo, a admitir, inclusive, as interpretações *praeter legem* e *contra legem*.

Posteriormente, dada a radicalização da Escola da Livre Indagação a admitir até mesmo a interpretação contrária à lei, cujo resultado último é a insegurança jurídica, mitigou-se tal possibilidade ao ser criada a Escola da Livre Indagação *moderada*, que, por seu turno, inadmite a interpretação contrária à lei, a restabelecer a segurança jurídica, na medida em que limita o exercício interpretativo à legislação vigente.

A Escola da Livre Indagação “pura”, cuja característica é a possibilidade inclusive de interpretação contrária à lei, encontra na jurisprudência o grande perigo de se instaurar a insegurança jurídica, visto que o julgador não estará restrito aos limites da lei, baliza fundamental para que não haja demasiada oscilação de entendimentos sobre determinadas matérias ou mesmo interpretações divergentes sobre hipóteses idênticas.

Ademais, num primeiro momento, pode vislumbrar-se estreita similitude entre as Escolas Histórico-Evolutiva e da Livre Indagação moderada, uma vez que ambas se divorciam da vontade do legislador como único fundamento para o exercício da interpretação, principal característica da Escola Tradicional.

Assim, como já dito, existe similitude entre a Escola Histórico-Evolutiva e a Escola da Livre Indagação moderada. No entanto, o elemento diferenciador entre as duas é a subsunção, instrumento utilizado para a interpretação nos moldes da Escola Histórico-Evolutiva que não é considerado, ao menos na forma, pela Escola da Livre Indagação moderada.

A interpretação em si não é monolítica e não apresenta apenas uma única forma viável. A doutrina elenca várias espécies de interpretação jurídica; as mais importantes e conhecidas são: 1) gramatical; 2) histórica; 3) sistemática; 4) teleológica.

A interpretação gramatical, como o próprio nome nos revela, tem como objeto o texto normativo e busca analisar a estrutura gramatical da norma, nomeadamente a sintaxe.

Trata-se do primeiro contacto que o intérprete tem com a norma a ser interpretada, visto que é por meio do texto legal, linguagem escrita, que se inicia a análise da norma na busca de seu sentido e alcance.

Há doutrinadores que entendem que a interpretação gramatical é pobre e que não apresenta dados suficientes para que o exegeta se aprofunde e descubra o real sentido da norma interpretada.

A existência de graduações entres os tipos de interpretação não parece ser a melhor compreensão a esse respeito, especialmente em relação à interpretação gramatical, já que sem o contacto com o texto normativo, não haverá sequer condições de análise da norma, ao

menos no que diz respeito à linguagem escrita, que é responsável pela quase totalidade do ordenamento jurídico positivo.

Além disso, é por meio da interpretação gramatical que o intérprete tomará em conta qual é o deôntico modal (permitido, obrigatório ou facultativo) que está a ser empregado na norma jurídica que, por sua vez, definirá o grau de coerção que será aplicado para o seu cumprimento. A utilização do functor deôntico modal há de ser expresso e nunca poderá ser presumido, sob pena de impregnar a norma de incerteza quanto à sua aplicação.

Entende-se que o contexto histórico deve fazer parte do processo de interpretação, pois o Direito é um produto social e, como tal, há de ser analisado dentro do momento histórico em que se pretende regular determinada relação social.

Assim, sob o enfoque histórico, o processo interpretativo considera o momento político- social em que a norma foi produzida, ou seja, quais foram as circunstâncias políticas que fizeram com que o legislador se inclinasse à normatização de determinada relação social.

À primeira vista, o processo de interpretação histórica e a Escola Histórico-Evolutiva parecem ser o mesmo; o que não é de todo verdadeiro, a depender do enfoque dado à análise, porque, enquanto a interpretação histórica toma por objeto as circunstâncias político-sociais no momento da criação da norma, a Escola Histórico-Evolutiva toma por objeto as circunstâncias político-sociais que ocorreram e que continuam a ocorrer após a criação da norma jurídica, outorgando-lhe melhor ductibilidade de conteúdo, sem a modificação de sua forma.

Enquanto a interpretação histórica analisa as circunstâncias de cariz histórico que deram origem à norma jurídica, a Escola Histórico-Evolutiva toma em consideração o momento histórico atual, com vista a uma melhor adequação de uma norma jurídica que já consta há muito no ordenamento jurídico, para que se possa aplicá-la no presente, muito embora tenha sido criada em outras circunstâncias históricas, políticas e sociais.

Antes de tecer considerações sobre a interpretação sistemática, torna-se necessário perquirir a definição de “sistema” dentro do contexto jurídico.

Aqui vale o destaque sobre a diferenciação entre a interpretação sistemática e o conceito de sistema jurídico, pois, muito embora à primeira vista possa parecer que as duas expressões digam sobre a mesma coisa, facto é que se trata de conceitos diferentes, cujo sentido, na mesma medida, aponta para objetos distintos.

Entende-se por interpretação sistemática a busca pelo sentido e alcance da norma jurídica não apenas em relação a si mesma, mas tomando em consideração o todo. Norberto Bobbio assim define o que denomina “meio hermenêutico sistemático do positivismo jurídico”: “[...] o meio sistemático, que implica não só no pressuposto da racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente. Com base em tal pressuposto pode-se procurar esclarecer o conteúdo de uma norma, considerando-a em relação a todas as outras.”<sup>131</sup>

Observa-se que o autor constrói seu pensamento considerando a interpretação como o esquartejar da “racionalidade do legislador” para que a sua vontade seja “unitária e coerente”, muito próxima dos moldes da Escola Tradicionalista.

Como já comentado, existem autores que entendem haver diferentes graus de importância no estudo dos tipos de interpretação jurídica. Dentro do contingente de autores que pensam deste modo, a interpretação teleológica aparece como uma das mais importantes, senão a mais importante das interpretações jurídicas em todos os seus modos, tipos ou espécies.

Caracteriza-se pela busca da finalidade da norma jurídica. Significa dizer que o intérprete se divorcia, ainda que parcialmente, tanto da vontade do legislador quanto das circunstâncias históricas para encontrar o sentido e a amplitude da norma jurídica na sua própria vontade, a vontade da lei.

Ao tomar conhecimento do que significa a interpretação teleológica, vem-nos à memória a síntese do que é a interpretação na visão de Karl Larenz<sup>132</sup>, ao dizer que interpretar é “deixar a norma falar”, ou seja, que a própria norma diga a que veio e qual a sua finalidade dentro do sistema jurídico.

É extensa a gama de categorias que objetiva classificar as normas jurídicas de acordo com as diferentes finalidades. Entretanto, grande parcela dos autores que enveredaram pelo caminho da interpretação como exercício incessante pela busca do sentido e amplitude da norma jurídica são assentes em afirmar que as mais importantes espécies estão reduzidas ao que aqui se expõe.

---

<sup>131</sup> BOBBIO, Norberto — **O Positivismo Jurídico**, Lições de Filosofia do Direito, p. 214.

<sup>132</sup> LARENZ, Karl — **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 377.

No entanto, a análise estanque da interpretação jurídica nas suas modalidades, sem que haja vinculação ao seu objetivo é laborar em mares revoltos sem vislumbrar sequer vestígios de um porto seguro.

Questão que também se coloca em perspectiva importante é a diferença que existe entre a crítica e a interpretação.

A crítica pode ser tomada num momento anterior à interpretação e serve como espécie de análise que tem como objetivo perquirir se a norma jurídica possui discrepância na sua estrutura, no intervalo entre a sua aprovação e a sua publicação, ou seja, se ocorreram erros gramaticais, se houve supressão de algum Artigo ou parte do texto legislado, enfim, se ocorreu algum equívoco na sua forma, entre a aprovação e a publicação do texto legislado.

Ainda que, numa primeira impressão, a crítica se possa parecer com a interpretação propriamente dita, não se confunde com ela. Nesta, a finalidade é a busca pelo seu sentido e alcance através das suas diversas modalidades, conforme já acima discorrido; naquela o trabalho do crítico é, sobretudo, observar se ocorreram modificações significativas de ordem formal entre o momento da aprovação e o momento da publicação de uma norma jurídica, o que poderá levar, inclusive, a uma interpretação distinta do quanto foi objeto de deliberação por parte do ente legislador competente.

Assim, a crítica é instrumento formal de grande auxílio na manutenção da higidez do ordenamento jurídico, na medida em que evita a interpretação vazia. Vale o destaque sobre o alcance da crítica, pois, no entendimento de Maximiliano, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos da América, o “campo de ação da crítica” não se limita apenas às meras questões formais, mas atinge também a constitucionalidade da norma, uma vez que: “Um preceito contrário ao estatuto supremo não necessita de exegese, porque não obriga a ninguém: é como se nunca tivesse existido.”<sup>133</sup>

Para Maximiliano: “Desde que o elaborador ultrapassou os limites das próprias atribuições, o juiz nada interpreta; nega eficiência ao texto, porque não se trata de disposições válidas, e, sim, de um excesso de poder, a que não se deve acatamento [...]”<sup>134</sup>.

Com referência à utilização da crítica como instrumento de controle de constitucionalidade e seus efeitos *ex tunc*, vale destacar o diferente manejo em relação ao Brasil e a Portugal.

---

<sup>133</sup> MAXIMILIANO, Carlos — **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, p. 34.

<sup>134</sup> *Idem*, p. 34.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é aplicado de forma concentrada ou de forma difusa, havendo a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão exarada pela Suprema Corte.

É na possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que reside a dificuldade de enquadramento integral do quanto acima demonstrado por Maximiliano, na medida em que a norma decidida por inconstitucional pode ter seus efeitos modulados *ex nunc*, significa dizer que, mesmo eivada de inconstitucionalidade, tem os seus efeitos confirmados até o momento em que for expungida do ordenamento jurídico.

Dessa forma, até que se declare a inconstitucionalidade proferida em máxima instância, a norma inconstitucional mantém eficácia plena, cujos efeitos são reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, se e quando.

No entanto, embora este trabalho tenha por principal enfoque as funções judiciais, não se pode deixar de referir a existência de controle preventivo de constitucionalidade no Direito brasileiro, ainda que essa possibilidade ocorra de maneira diferente do que se observa em Portugal.

Decerto que o controle preventivo de constitucionalidade haverá de ocorrer num momento anterior à promulgação da norma jurídica objeto do instituto. Mas, daí a reduzir-se o controle de constitucionalidade e ser confiado apenas ao Poder Judiciário é medida que não se afigura consentânea ao que se busca num ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito.

Pois, é nessa esteira de pensamento que se pode afirmar a existência de um controle de constitucionalidade preventivo no Brasil que, regra geral, é exercido pelo Poder Legislativo, por meio do trabalho das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas de todas as unidades da Federação que o exercem através de Pareceres que são então postos à votação na respectiva Comissão.

Por outro lado, o Poder Executivo também exerce o controle preventivo de constitucionalidade por meio do veto jurídico emanado pelo Chefe do Executivo em todas as unidades da Federação.

Em relação ao exercício do controle preventivo de constitucionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro, a doutrina não é unânime, havendo autores que o consideram plausível, pela possibilidade de impetração de um mandado de segurança por parte de algum congressista, a denunciar ilegalidades no devido processo legislativo.

Entretanto, parte da doutrina entende que nessas hipóteses não há controle de constitucionalidade preventiva propriamente dita, mas apenas a inobservância de ritos próprios à aprovação da norma jurídica que se está a legislar.

Desse modo, não se estaria a exercer o controle de constitucionalidade preventivo da norma jurídica em si, sobre o seu conteúdo material, mas tão somente a verificação acerca do modo de veiculação dessa norma jurídica.

De toda sorte, ainda que se tenha o controle preventivo de constitucionalidade no Brasil, a ser exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, facto é que o Poder Judiciário apenas o detém de forma especialíssima, extraordinariamente.

Em Portugal, o controle de constitucionalidade difere em modos e meios do que ocorre no Brasil, haja vista que, nas palavras de J.J. Canotilho, trata-se de um “sistema misto complexo”<sup>135</sup>, não apenas pela possibilidade do controle preventivo de determinadas normas de forma ordinária pelos tribunais, como também pelo seu exercício nas formas difusa, concreta e incidental. Observe-se:

Consagra-se o controlo difuso, concreto e incidental dos actos normativos, na senda da tradição republicana portuguesa. A competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas continua a ser reconhecida a todos os tribunais – judiciais, administrativos, fiscais (cfr. arts. 204.º e 227.º) que, quer por impugnação das partes, quer *ex officio* pelo juiz ou pelo ministério público, julgam e decidem a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial. Sublinhe-se, porém, a **originalidade do sistema português**: (1) não se consagra o modelo puro de *judicial review* porque, como se salientará em seguida, existe também entre nós um sistema concentrado; (2) não se consagra um sistema de mero incidente de inconstitucionalidade, porque os tribunais têm acesso directo à constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo como acontece em alguns sistemas – alemão, italiano – a decisão para o TC. Neste sentido se afirma que, no actual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem excepção são *órgãos da justiça constitucional*.<sup>136</sup>

Interessante é o posicionamento de Miguel Reale a respeito da Ciência do Direito e da Dogmática Jurídica, pois, na visão do autor, inexistente possibilidade de interpretação do Direito que tome em consideração apenas a norma jurídica estanque de qualquer outra conotação sociológica ou mesmo política, a afastar o Direito do próprio Direito.

Por outro lado, também não haveria a possibilidade de interpretação, tomando-se em consideração apenas e tão somente o Direito à luz da Sociologia e da Política.

---

<sup>135</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes — **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 917.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 917 *fine*

Para Reale a interpretação do Direito e, em última análise, da norma jurídica deve tomar em consideração os aspectos sociológicos bem como os aspectos políticos. No entanto, a interpretação não pode desconsiderar a norma jurídica positivada que cria o ordenamento jurídico que, por sua vez, não pode ser tomando em seu sentido estático e imutável desde a sua entrada no mundo dos fenómenos, cujo grau de abstração termina por *fossilizar* o conteúdo normativo a que se pretende regular.

Dessa forma, o autor entende existir complementariedade entre os aspectos sociológicos e políticos e a norma jurídica positivada, havendo reciprocidade de concessões entre os prismas acima referidos, pois: “O direito é fenómeno social e é norma. Impossível é pretender separar um do outro. Não há relação social alguma que não apresente elementos de juridicidade”<sup>137</sup>.

Com tal pensamento, diferentemente do que ocorre com outros autores, como no exemplo de Carlos Maximiliano; Miguel Reale festeja a Escola da Livre Indagação moderada, na medida em que seu escólio retrata melhor a complementariedade existente entre a sociologia, a política e a norma jurídica, que bem traduz o Direito como fenómeno cultural, a valer-se da complementariedade entre facto, valor e norma.

Entretanto, o autor rechaça os excessos que ocorreram na dinâmica da Escola da Livre Indagação purista, a desbordar em negação da própria norma jurídica, do ordenamento jurídico privado, com a finalidade de melhor adequação do direito às dinâmicas sociais, em interpretação *contra legem*.

Assim, se num primeiro momento Maximiliano e Reale divergem em relação ao progresso levado a efeito pela Escola da Livre Indagação nos seus momentos iniciais, ambos concordam que o limite da interpretação é a norma positivada, a inexistir interpretação jurídica legítima, fora dos limites legais.

A Escola da Livre Indagação moderada realmente parece ser a mais consentânea com os anseios da interpretação do Direito sob o prisma tridimensional, mormente se comparada com a Escola Histórico-Evolutiva, uma vez que esta não considera, ao menos com as mesmas intensidades e importâncias os valores sociais, pois estes seriam decorrência natural do progresso carreado pela evolução e, sob tal inteligência, deve ser tomado quase que por inércia, a enfraquecer o elemento axiológico da teoria tridimensional.

---

<sup>137</sup> REALE, Miguel — **Teoria do Direito e do Estado**, p. 07.

No entanto, a exacerbação das bases fundamentadoras da Escola da Livre Indagação, cujo resultado é a mitigação ou até mesmo a negação da norma jurídica como limite da interpretação, mais se parece com o que Aristóteles<sup>138</sup> entende ser a degeneração das formas de governo e, como tal, não se presta à finalidade que se propõe.

Assim como ocorre com o movimento utilitarista de Bentham<sup>139</sup>, a Escola da Livre Indagação imoderada ou purista, ainda que de forma tácita, considera a possibilidade de se admitir a ocorrência de um mal menor (no caso, a extrapolação da norma positiva) com a finalidade de se atingir um bem maior (uma interpretação livre de qualquer base fundante).

Há de se consignar que os que defendem a interpretação *contra legem*, que é fruto da livre indagação “plena”, encontram na concretização dos direitos fundamentais sua melhor justificativa para romper os limites legais.

Demais, pensar em Direito é interpretar o ordenamento e as normas jurídicas que o compõe, dentro da sistemática *zetética* ou *dogmática*, pois são estes os dois grandes grupos onde se exercita a interpretação.

Na forma zetética, praticamente, não existem pontos de partida ou pressupostos imutáveis e, nesse modelo, as perguntas são mais importantes do que as respostas, na medida em que se tem maior liberdade no tratamento das questões investigadas, nas quais as respostas não trazem em si uma conclusão irrefutável, definitiva e aparecem em maior grau com feições propositivas e provisórias, que sempre serão objeto de novos e quase infinitos questionamentos.

A liberdade do pensamento zetético consiste na total inexistência de imutabilidade e total possibilidade de questionamento de todos os elementos que formam o objeto da interpretação.

Por outro lado, quando no processo interpretativo existirem determinados dados imutáveis que não podem ser objeto de questionamento e que servem de ponto de partida para a interpretação, estar-se-á na esfera dogmática, onde os chamados “dogmas” não podem ser objeto de modificação. Daí decorre a expressão “pensamento dogmático”.

A principal distinção entre dogmática e zetética é justamente o resultado da interpretação que, nesta, decorre da análise de dados que podem ser manuseados e moldados

---

<sup>138</sup> ARISTÓTELES — **Política** (Livro V), p. 115.

<sup>139</sup> BENTHAM, Jeremy. Utilitarianism. In RYAN, Alan. (ed.). — **Utilitarianism and Other essays: J.S. Mill & Jeremy Bentham**, p. 62

de acordo com a resposta que se quer buscar, enquanto naquela, as respostas decorrem do resultado de análises cujo objeto é imutável.

Ferraz Jr. trata a questão de forma bastante esclarecedora: “O campo das investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo. Zetética, são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política, etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica”.<sup>140</sup>

Sobre o campo dogmático entende o autor que o estudo do Direito tem por objeto a ciência do direito civil, comercial, processual, penal, tributário, administrativo, etc.

Ademais, a definição do estudo de uma determinada disciplina sob o enfoque dogmático, ocorre quando se considera determinadas premissas em si, de forma arbitrária e no sentido de que resultam de uma decisão que assume natureza vinculante para os próprios fins de estudo, pois: “Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. Por isso podemos dizer que elas são regidas pelo que chamaremos de *princípio da proibição da negação*, isto é, princípio da não negação dos pontos de partida de séries argumentativas, ou ainda *princípio da inegabilidade dos pontos de partida* (Luhmann, 1974).”<sup>141</sup>

Nesta altura, cumpre ressaltar que, apenas na dogmática jurídica é que se pode falar em subsunção, visto que o ponto de partida para tal é a norma jurídica que integra o ordenamento.

Não há como exercitar a subsunção no campo da zetética, porque a norma jurídica positivada (como linguagem escrita) é, em última análise, a concretização do princípio da inegabilidade dos pontos de partida.

A considerar os modos de aproximação do evento interpretativo e na medida em que a presente investigação trata, em última análise, de se perquirir a existência de limites à decisão judicial, é mais consentâneo que seja feita sob bases dogmáticas.

Em suma, destaca-se a compreensão de Carlos Maximiliano em relação à especificidade da interpretação, tomando-se em conta a norma dentro do ramo do Direito a ser interpretado, pois, segundo o autor, o hermeneuta não poderá debruçar-se sobre as normas de forma única e universal sem tomar em conta as peculiaridades do ramo do Direito a que se

---

<sup>140</sup> FERRAZ JR, Tércio — **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica. Decisão. Dominação, p. 22.

<sup>141</sup> FERRAZ JR, Tércio — **Introdução ao Estudo do Direito**, p. 25 apud LUHMANN, Niklas – *Rechtssystem und Rechtsgematik*

pretende interpretar, principalmente em relação aos seus dois grandes ramos: o Público e o Privado: “As disposições de Direito Público se não se interpretam do mesmo modo que as do Direito Privado; e em um e em outro ainda os preceitos variam conforme o ramo particular a que pertencem as normas; os utilizáveis no Constitucional diferem dos empregados no Criminal; no Comercial não se procede exatamente como no Civil, e, no seio deste, ainda a exegese dos contratos e das leis excepcionais se exercita mediante regras excepcionais”.<sup>142</sup>

Ainda segundo o autor, labora em equívoco o intérprete que não toma em consideração “[...] o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo de Direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral [...]”.<sup>143</sup>

O Direito é um só, mas para que se possa extrair o sentido e o alcance das normas jurídicas que o compõem é necessária uma boa interpretação para que se tenham em conta as especificidades de cada um de seus ramos.

Por conseguinte, há que se considerar a aplicação do direito e o processo de subsunção, mesmo porque é este o inegável ponto de partida para a investigação da decisão judicial sob o enfoque dogmático.

#### **4.5.1 Subsunção Mecânica**

O processo/exercício de subsunção é função essencial para que se alcance uma decisão judicial de efeitos concretos e individuais, e muito já foi escrito em relação ao que, de grosso modo, entende-se ser a adequação da norma geral e abstrata ao caso concreto, real e individualizado. É modo de aplicação do direito, ainda que seja parte do processo de interpretação.

Trata-se de modelo que, a partir da Escola Exegética do Direito, alcança o seu ápice no juspositivismo de Kelsen, pois é nessa quadra histórica que a norma jurídica na sua forma “pura” e separada de qualquer “contaminação” de outras ciências, tais como a Sociologia, a Economia e a Política, revela-se como única e exclusiva forma de aplicação do Direito, como preconizava o seu grande expoente e defensor: “No caso normal, a interpretação da lei deve responder à indagação de como se consegue extrair da norma geral da lei, em sua aplicação à

---

<sup>142</sup> MAXIMILIANO, *Op. cit.*, p. 247.

<sup>143</sup> MAXIMILIANO, *Op. cit.*, p. 247.

uma situação de facto concreta, a norma individual correspondente de uma sentença judicial ou de um ato administrativo”.<sup>144</sup>

A doutrina segue no sentido de que é na Teoria Pura do Direito que a subsunção, ao substituir a argumentação jurídica medieval europeia, eleva o juspositivismo à categoria de única e possível Ciência do Direito.

Em que pese à existência de movimentos contrários, a retomar a importância da argumentação e da retórica jurídica no processo de interpretação das normas, claro é que a subsunção pode ser objeto de análise sob diversos enfoques e de acordo com as diferentes Escolas.

Percebe-se que na subsunção mecânica afora-se todo e qualquer elemento valorativo, quer seja de natureza económica, sociológica ou mesmo política e nela o intérprete tem única e exclusivamente a tarefa de encontrar a melhor norma jurídica para determinado caso concreto.

Diversas são as críticas à subsunção no todo e à mecânica em especial, porque o exercício da subsunção pura e simples, no geral, empobrece a interpretação ao enfraquecer a busca pelo sentido e pelo alcance da norma jurídica.

Em última análise, a subsunção mecânica reduz drasticamente a capacidade do magistrado em decidir os casos concretos à luz de uma interpretação rica, completa e dotada de sentido, dentro de um contexto que não deve tomar em consideração apenas a norma jurídica positivada.

A aplicação do direito por meio da subsunção mecânica reduz o magistrado dentro do seu escopo funcional e coloca-o mais próximo do que se entendia ser a função jurisdicional do “juiz boca da lei” do século XVIII.

#### **4.5.2 Realismo Jurídico**

O movimento realista foi influenciado por Wendell Holmes<sup>145</sup>, que integrou a Suprema Corte Americana e que se notabilizou pela maneira como vislumbrava o Direito, cuja interpretação e aplicação somente poderia chegar a bom termo por meio da decisão judicial, ainda que, neste caso concreto, isso significasse o total desprezo pelas normas jurídicas vigentes.

---

<sup>144</sup> Kelsen, Hans — **Teoria Pura do Direito** (Ebook), pos. 1842.

<sup>145</sup> Holmes, Oliver Wendell — **The path of the law**, p. 5

Surgido nos Estados Unidos da América em meados do século XX, com o pensamento de Jerome Frank à frente, o realismo jurídico é corrente filosófica que entende a decisão judicial como única e completa fonte do Direito, a divorciar-se por completo do juspositivismo e, por fim, a desprender-se do conceito de norma positivada como ponto de partida para a interpretação jurídica. O pensamento de Frank está baseado na eterna fluidez das complexas relações humanas, em que a incerteza é elemento principal na modificação do ordenamento jurídico.

Para os adeptos do realismo jurídico, o Direito não pode ser analisado sob o prisma estático das normas jurídicas positivadas em um ordenamento jurídico inapto a acompanhar as alterações sociais, econômicas e políticas.

Para a corrente realista, o Direito encontra melhor adequação na realidade das complexas relações humanas construídas por meio das decisões judiciais que são postas pelos tribunais.

Dessa forma, os juízes, com o auxílio dos advogados que lhes propõem as demandas judiciais, criam o direito real, que usa as incertezas humanas para melhorar a sua adaptação, uma vez que são poucas as certezas no Direito.

É nesse sentido que se posiciona Jerome Frank, ao ressaltar a necessidade de um sistema legal que seja capaz de atender às demandas sem precedentes, cujos tribunais, ao analisar as questões que não constam das hipóteses legais, emprestam “fluidez e permeabilidade” a todo o sistema legal. De outro lado, se não fossem os advogados, não haveria a oportunidade para que as modificações ocorressem, na medida em que são eles que levam às Cortes os fundamentos das questões que demandam modificações sociais, industriais e políticas e, dessa maneira, a incerteza não é em si um mal, já que: “Muito da incerteza do direito não é um infortuno acidente: é um imenso valor social.”<sup>146</sup>

A pouca importância dada pelo movimento do realismo jurídico ao ordenamento jurídico (que, nos Estados Unidos da América, é construído por meio de *statutes*) é flagrante e traduz-se na quase total inobservância da norma jurídica positivada como dogma de interpretação.

---

<sup>146</sup> FRANK, Jerome — **Law and Modern Mind**. [Tradução livre.] (Ebook), pos. 256

A sensação que se tem é que, no realismo jurídico, a interpretação não tem por objeto a norma jurídica, e, sim, o caso concreto e os factos sociais que são colocados pelos advogados perante as cortes judiciais.

Consequentemente, a procura pelo sentido e pelo alcance da norma jurídica perde muito do seu conteúdo, pois o que se busca é a melhor solução para um determinado caso específico que, uma vez solucionado pelos tribunais, pode ou não ser utilizado em outros casos semelhantes.

Ademais, no realismo jurídico, a força do princípio da inegabilidade dos pontos de partida é esvaziada quase na sua totalidade e chega, inclusive, a mitigar a segurança jurídica, pois aqui o ditado que diz: “cada caso é um caso” é elevado quase à categoria de um axioma.

Não restam dúvidas de que o realismo jurídico pode ser considerado, ao menos em sua essência, a revisitação ao pensamento vaticinado na Escola da Livre Indagação.

#### **4.5.3 Pragmatismo Jurídico ou Legal**

A corrente do pragmatismo legal encontra no pensamento de Dewey<sup>147</sup>, um de seus maiores defensores, cujo trabalho teve por objeto definir melhor o pensamento pragmático, sistematizando-o em bases mais funcionais.

Com inúmeros pontos de contacto com o realismo jurídico, o pragmatismo jurídico diferencia-se do pensamento realista sob o prisma finalístico, pois, enquanto neste existe uma preocupação muito grande com o antecedente no exercício da interpretação do caso concreto, naquele os efeitos do processo interpretativo voltam-se para as consequências, num movimento muito mais prospectivo.

Uma vez que parte dos doutrinadores entendem o pragmatismo como forma acentuada do “consequencialismo” que, por sua vez, determinaria todo o processo decisório judicial, visto que as decisões são tomadas a considerar-se tão somente as suas consequências que, na maioria das vezes, são de natureza económica ou política.

Ao analisar o pragmatismo legal de forma única e exclusivamente por meio das consequências de uma decisão judicial, o juiz deveria afastar-se o quanto mais possível do formalismo legal e tomar em consideração apenas as melhores consequências decorrentes de sua decisão, valendo o mesmo sobre as decisões colegiadas.

---

<sup>147</sup> DEWEY, John — **Democracia y educación: una introducción a la filosofía de la educación**, (Ebook) pos. 5673

No entanto, é por meio do pensamento de Richard A. Posner que a definição de pragmatismo legal toma novos contornos, de modo a afastar o entendimento dominante de que haveria a necessidade de se distanciar quase que por completo do formalismo legal<sup>148</sup>.

Ao tentar definir os princípios do que entende ser a adjudicação pragmática do *decisum*, R. A. Posner elenca doze “generalizações” que entende de grande utilidade, das quais se destacam:

1. O pragmatismo legal não é só um termo na moda para adjudicação *ad hoc*; ele envolve a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso. [...]
  3. O critério definitivo da adjudicação pragmática é a racionalidade. [...]
- O pragmatismo legal é objetivo em relação à aceitação das decisões passadas como uma necessidade (qualificada) em vez de um dever ético. [...]
- O pragmatismo legal acredita que nenhum procedimento analítico geral distingue o raciocínio legal do outro raciocínio prático.
- O pragmatismo legal é empiricista.
- Portanto, não é hostil a toda teoria. De fato, é mais hospitaleiro a algumas formas de teoria do que é o formalismo legal, a saber, teorias que guiam a investigação empírica. O pragmatismo legal é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão judicial.<sup>149</sup>

Dos pontos acima transcritos, merece destaque o item 8, uma vez que, ao mesmo tempo que delimita o espectro de incidência do pragmatismo legal à esfera judicial, lança as bases de como deve ser a aplicação do direito sob o enfoque pragmático.

Lado outro, Richard A. Posner deixa antever que existe, ainda que de forma bastante ténue, a diferenciação nas atividades dos poderes, em especial entre o Legislativo e o Judiciário e pontua dois aspectos importantes: o primeiro é institucional e processual, a clamar por um judiciário independente, pois os juízes devem tomar decisões sem a interferência dos demais poderes e de acordo com seus convencimentos, sem a pretensão de se transformarem em legisladores. O segundo aspecto o autor considera ser de dubiedade e envolve a ideia de separação dos poderes, na medida em que os juízes, nomeadamente os que pertencem à Suprema Corte, acabam por “legislar” a Constituição, como subproduto da livre interpretação dos textos constitucionais.<sup>150</sup>

Duas questões específicas chamam atenção em relação ao quanto acima referenciado: A uma, Posner deixa claro que inexistente o total afastamento da norma jurídica positivada na

---

<sup>148</sup> Aqui reside a mais importante diferença entre a corrente pragmatista e a realista, pois nesta há o compromisso de total desvinculação com o formalismo legal, a desbordar na negação da norma jurídica positivada.

<sup>149</sup> POSNER, Richard A. — **Direito, Pragmatismo e Democracia**, p. 47.

<sup>150</sup> *Idem*, p. 48.

aplicação pragmática do direito por meio de decisão judicial. O que ocorre é a modificação no modo com que é tratada a norma jurídica, cujo enfoque haverá de ser mais racional e voltado para as consequências sistêmicas da decisão judicial, diferentemente do que pensam alguns doutrinadores que colocam a questão sob o enfoque consequencialista imediato, sem tomar em conta o macrocontexto.

Assim, fica evidenciado que o pragmatismo legal encontra na *Common Law* o seu ambiente mais favorável, inclusive em relação à interpretação das normas e princípios constitucionais.

Dessa forma, quanto mais rígida e analítica for a Constituição mais difícil será a possibilidade de aplicação do Direito mediante decisões judiciais que levem em conta o pensamento pragmatista legal. Sem embargo, ainda haverá condições para empreender tal raciocínio em casos específicos, sobretudo nas questões cujo conteúdo seja majoritariamente de natureza privada.

#### **4.5.4 Interpretação Criativa**

Tendo também por berço os Estados Unidos da América e com fundamento na *Common Law*, a interpretação criativa não é uma teoria propriamente dita e adapta-se melhor ao movimento liderado por constitucionalistas americanos que encontram no pensamento do professor Erwin Chemerinsky a sua figura mais proeminente. Foi num seminário sobre a interpretação constitucional, sediado na Faculdade de Direito de Samford, que foram lançadas as bases do interpretacionismo criativo.

Dessa forma surge a interpretação criativa como resposta ao *passivismo* decorrente da teoria positivista mais radical que repousa na subsunção mecânica das normas jurídicas, nomeadamente as constitucionais.

Assim, criou-se o pensamento *originalista*, a fundamentar-se no texto da Constituição, mas levando em conta o método interpretativo sistemático-teleológico, pois, nesse sentido é de destaque o escólio de Eival da Silva Ramos, ao discorrer sobre o originalismo como teoria de interpretação constitucional de forma tão rígida como se apresenta no textualismo para, mais à frente, evocar a interpretação positivista mecânica como caminho de salvação para a rigidez hermenêutica do textualismo e do originalismo no que denomina o “não interpretativismo conceitualista”, a saber:

O não interpretativismo conceitualista é identificado, por alguns autores, como um ‘originalismo moderado’, por apontar as insuficiências do literalismo e do originalismo estrito sob formas argumentativas aparentemente originalistas. Assim, se justifica a presença do texto constitucional de cláusulas genéricas ou indeterminadas por corresponderem à intenção deliberada do Constituinte de permitir ao Poder Judiciário a adaptação da Constituição a novas circunstâncias ou, simplesmente, se propõe a fundamentação da decisão construída com algum apelo ao método teleológico em termos que invocam a vontade dos *founding fathers*, se vivessem na atualidade.<sup>151</sup>

Como se percebe, a interpretação criativa, sob a forma originalista moderada, depende de normas constitucionais abertas, em que o Poder Constituinte de certa forma autoriza o Poder Judiciário a conformar a norma constitucional, de modo que, em essência, a interpretação criativa é voltada à interpretação da Constituição na *Common Law*, tomando em consideração a interpretação teleológica e que tem por ponto de dissidência a necessidade de normas constitucionais abertas e condicionantes à complementação pelo Poder Judiciário, algo bastante complexo de se imaginar na *Civil Law*.

Além disso, condicionar a “criatividade” na interpretação à existência de normas constitucionais abertas é, *contrario sensu*, admitir que as normas constitucionais que não tenham o mesmo *status*, possam ser interpretadas e assim, em última análise, não seriam passíveis de atualização jurisprudencial.

Interessante o pensamento de Ronald Dworkin<sup>152</sup> sobre a interpretação criativa, na medida em que o autor americano parte do que entende ser a “intenção dos constituintes” dentro da *Common Law*, tendo por objetivo compreender melhor o instituto da *judicial review*.

Desse modo, diferencia duas principais ideias que tomam em consideração o conteúdo da norma constitucional, a dividi-las em matérias de substância e matérias de processo.

As matérias de substância somente podem ser objeto de revisão judicial interpretativa dentro da Constituição, ou seja, tomando-se em conta o texto constitucional e o seu contexto histórico ocorrido na intenção dos Constituintes.

Com relação às matérias de processo, o autor as considera “não interpretadas”, ao menos com fundamento no texto constitucional e tampouco a tomar-se em conta a intenção dos constituintes, razão pela qual se pode, inclusivamente, afastar o texto constitucional na busca da sua melhor aplicação.

---

<sup>151</sup> *Idem*, p. 133-134.

<sup>152</sup> DWORKIN, Ronald — O império do direito, p. 123

No entanto, é o próprio autor que nos alerta para o facto de que inexiste a figura da não interpretação e que esta, em última análise, acaba sendo mais “interpretativa” do que as matérias de substância.

A questão premente é saber se a intenção, é por si só, bastante e suficiente para pautar a decisão judicial, ou seja, poderiam os juízes formar o seu livre convencimento sobre determinadas questões controvertidas, voltadas as atenções para as intenções dos legisladores?

Os que defendem a possibilidade de encontrar soluções para o julgamento de casos controvertidos entendem ser absolutamente factível efetuar a busca pela intenção dos congressistas que criam as normas jurídicas para melhor decidir as questões controvertidas que lhes chegam aos gabinetes, quanto mais nos casos em que a lacuna se faz evidente.

Para Ronald Dworkin a questão é muito mais complexa do que se possa imaginar, e a solução das difíceis controvérsias que chegam ao Poder Judiciário, na sua grande maioria em relação àquelas onde a aplicação do direito não se mostra tão clara, não podem ser efetivamente dirimidas pela interpretação que tome em conta a intenção como principal fundamento, pois a dificuldade reside na formulação da “intenção original” e, para tanto, faz importantes distinções que, por sua vez, dificultariam quase à impossibilidade a sua utilização como vetor interpretativo.

Questões como: 1) Quais os estados psicológicos dos constituintes/legisladores devem ser considerados? 2) Quais as combinações de estados individuais e coletivos dos constituintes/legisladores; 3) O que considerar: intenções abstratas ou concretas?

A resposta a essas questões acaba por inviabilizar a intenção original como fundamento e vetor interpretativo e não oferece melhores elementos para uma possível construção semântica.

Decerto que o nível de abstração de uma “intenção original” é elemento dificultador para os que entendem ser possível alcançar fundamentos fortes para decidir melhor uma questão controvertida e de alta complexidade, como já prelecionado em R. Dworkin.<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> *Idem*, p. 68.

#### **4.6 Critérios objetivos de distinção entre interpretação criativa e ativismo judicial**

Decerto que, dentre os métodos de interpretação referidos, o que mais se aproxima daquilo que se depreende da expressão “ativismo judicial” é a interpretação criativa.

Não significa dizer que os demais métodos não se prestam ao ativismo judicial, mas a interpretação criativa é o principal instrumento que o juiz utiliza na busca da resolução de um caso difícil e, tal como visto adrede, é na presença de casos difíceis que o ativismo judicial ocorre com maior frequência.

No entanto, para o desvelar de um critério objetivo de distinção do ativismo judicial, antes é necessário tecer considerações sobre duas teorias relevantíssimas para o desenvolvimento da linha de raciocínio a que se propõe o trabalho (muito embora não seja do seu escopo proceder a uma análise minudente a respeito), a saber: a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale e o conteúdo noemático do conceito de “jurídico” de Luís Cabral de Moncada.

##### **4.6.1 A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale**

Jurista de grande estatura intelectual, Miguel Reale forjou a sua Teoria Tridimensional do Direito na Academia, pois foi em aulas de Filosofia do Direito que a ideia do Direito como uma experiência tridimensional ganhou sua forma e o mundo.

O inconformismo criativo de M. Reale com a visão reducionista e analítica voltada para soluções unívocas de todas as questões sociais e históricas e o afastamento da Ciência com as questões reais e prementes, que ganharam força nos idos do século XIX, fizeram com que o filósofo brasileiro buscasse a superação de tal entendimento, a alcançar a integralidade e a completude do Direito dentro de uma experiência concreta, afastando a ideia de que o Direito é norma e nada mais.<sup>154</sup>

Nesse sentido, M. Reale assume que o Direito há de ser uma “experiência concreta” e, mais do que isso, deve tomar em consideração não apenas a ciência jurídica na qual tudo se resolve nos preceitos normativos, mas tomar em conta a filosofia e a sociologia em uma visão tridimensional: filosófica, sociológica e normativa.

---

<sup>154</sup> REALE, Miguel — **Teoria Tridimensional do Direito**, p. 11.

Ao adotar uma visão tridimensional do Direito, encarando-o como uma experiência cultural concreta, Miguel Reale expande a sua ideia e argumenta que o jurista não pode analisar o Direito de forma única e exclusivamente sob o prisma normativo, pois, segundo o autor, esse foi o grande equívoco do positivismo purista do século XIX.

Significa dizer que, na busca por uma experiência concreta do Direito, sendo a norma decorrente da lei e do ordenamento jurídico-legal ou da jurisprudência dos tribunais, o trabalho do intérprete não pode limitar-se ao seu estudo sob o aspecto jurídico-positivo-normativo.

Não basta, nem para o cientista, nem para o aplicador do direito, debruçar-se sobre o objeto a interpretar, a desconsiderar por completo os aspectos filosóficos e os aspectos sociológicos que envolvem o Direito, caso contrário, a experiência cultural estará incompleta e não servirá para outorgar concretização àquele, mutilando-o inclusive do seu sentido pragmático, como muitos juristas gostam de transmutar a eficácia do Direito.

Para M. Reale, o intérprete que não consegue fundamentar o seu trabalho em sentido tridimensional e prende-se a uma visão monocromática do Direito, perde em substância e afasta o seu objeto da própria realidade que pretende regular, pois, conforme se depreende das palavras do próprio autor: “[...] o objeto de estudo do jusfilósofo é a experiência jurídica na integralidade de sua estrutura fático-axiológica-normativa, enquanto geradora de modelos e de significados jurídicos. Por outro lado, por fundar a sua ciência positiva a partir do momento da normatividade, nem por isso pode o jurista perder contato com a experiência, tanto a espontânea ou pré-categorial, como a reflexa ou científico-positiva, pois é a experiência o campo comum no qual se encontram os destinatários das regras de direito, os seus teóricos e os seus operadores.”<sup>155</sup>

Decerto que a tridimensionalidade, em sua experiência de complementariedade das pesquisas dos filósofos, dos sociólogos e dos juristas, resolve-se nas questões de validade do direito.

É desse modo que Miguel Reale nos apresenta o que entende por ser “três fios com que é tecido o discurso da validade do direito”: 1) *vigência* – que é a obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos, 2) *eficácia* – que vem a ser a efetiva correspondência social ao

---

<sup>155</sup> REALE, *Op. cit.*, p. 14.

conteúdo dos preceitos jurídicos, 3) *fundamento* – que são os valores capazes de legitimar os preceitos jurídicos nos sociedade de homens livres.<sup>156</sup>

Assim, dentro de um contexto de validade do direito, são nos termos de vigência, de eficácia e de fundamento que encontramos a tridimensionalidade do direito, baseada nos elementos fáticos, nos elementos axiológicos e nos elementos normativos (facto, valor e norma).

Por fim, cumpre destacar que o próprio autor faz menção expressa ao jusfilósofo lusitano Luís Cabral de Moncada, ao discorrer sobre a sua compreensão acerca da sua teoria tridimensional: “Em Portugal, Cabral de Moncada, o ilustre mestre da Universidade de Coimbra, partindo da teoria de Radbruch, cuja *Rechtsphilosophie* traduziu, escreve: ‘A chamada tridimensionalidade do direito positivo, de que fala M. Reale, está patente em todas as suas manifestações, descobrindo-se-nos tanto na análise lógica de seu ser como objeto cultural, como na observação de suas fontes e das suas determinações e características mais gerais.’”<sup>157</sup>. E, rematando, argumenta:

É exatamente no tocante à problemática das fontes que Moncada aponta um aspecto merecedor de análise, à luz da teoria tridimensional, mostrando como o tridimensionalismo, no fundo, correlaciona-se com a classificação das fontes do direito, pois, a seu ver, o costume significa o facto da conduta humana; a norma legal, expressa o pensamento de certo dever ser, definido e formulado pelo legislador; e a jurisprudência corresponde à atualização dos valores, “à aplicação prática, concreta, de numerosos critérios de valoração, extraídos da lei ou do espírito objetivo duma cultura, à própria conduta e aos costumes dos homens, para a realização entre eles de uma ideia de justiça.”<sup>158</sup>

Antes de discorrer sobre o pensamento de Cabral de Moncada, pode observar-se que o jusfilósofo, mestre da Universidade de Coimbra e citado por Miguel Reale, trata a compreensão jurisprudencial como uma “atualização dos valores”, ou seja, procede à adequação temporal e social de um elemento axiológico preexistente.

Tal pensamento, dentro da moldura apresentada por Cabral de Moncada, será de grande valia para, mais adiante, construir-se em bases objetivas a distinção entre ativismo judicial e atividade jurisdicional.

---

<sup>156</sup> REALE, *Op. cit.*, p. 15.

<sup>157</sup> REALE, *Op. cit.*, p. 43 *apud* DE MONCADA, L. Cabral — **Filosofia do Direito e do Estado. Doutrina e Crítica**, Vol. II, p. 127

<sup>158</sup> REALE, *Op. cit.*, p. 43.

#### 4.6.2 O conteúdo noemático do conceito de “jurídico” de Luís Cabral de Moncada

A Fenomenologia aponta-nos para o facto de que todos os nossos pensamentos e, portanto, nossos conceitos não são construídos de forma estanque, uma vez que contêm outros conceitos e pensamentos que lhes são atinentes e que os cientistas chamam de “conteúdo noemático”.

Assim, pode dizer-se que o conteúdo noemático é o conjunto de pensamentos e conceitos atinentes a um determinado objeto, cuja análise é feita de forma minudente, não apenas em relação ao pensamento/conceito em si, mas também de todos os pensamentos e conceitos atinentes ao fenómeno que se está a analisar.

Cabral de Moncada faz a seguinte analogia em relação à análise minudente dos fenómenos, dizendo tratar-se de uma “anatomia do pensado, feita sem sair para fora do cogito”.<sup>159</sup>

Essa “anatomia”, ou seja, a dissecação do pensamento e conceitos que se realiza dentro do cogito, ocorre através de juízos que, por seu turno, *a priori*, não dependem de uma experiência sensorial, pois, segundo o autor, não existe nenhum desdobramento entre o *fenômeno* e o *nômeno*, ou seja, entre o que aparece e a coisa em si mesma.

Dessa forma, Cabral de Moncada delimita o conceito do jurídico por meio dos seus conteúdos e pressupostos sem os quais “não podem sequer ser pensados”.<sup>160</sup>

Assim, o direito é pensado sempre como um dever ser e, consequentemente, difere do que ocorre com o pensamento das coisas, no qual se pensa o ser. Pode dizer-se que o direito como experiência nunca será (como há de ocorrer com as coisas), mas sempre deverá ser.

Mais adiante, na anatomia do conceito do jurídico, o dever ser, obrigatoriamente, pressupõe uma ideia valorativa e uma ideia normativa. Sustenta o jusfilósofo lusitano:

[...] Dito de outro modo: entre o ‘valor’, a ‘norma’ e o ‘dever-ser’ outra diferença não haverá, porventura, em nosso modo de ver, senão uma diferença no grau de intelectualização abstracta com que no-las representamos na inteligência teorética. Assim, enquanto o ‘valor’ é fenómeno concreto da consciência, imediatamente apreensível em casa caso por meio duma espécie de revelação única *sui generis*, antes de qualquer construção generalizadora do intelecto, a ‘norma’ será essa mesma construção generalizadora, já realizada posteriormente por este, para uso de uma pluralidade de consciências ou de homens vivendo em comum.

<sup>159</sup> DE MONCADA, L. Cabral — **Filosofia do Direito e do Estado**. Doutrina e Crítica. Vol. II, p. 33.

<sup>160</sup> DE MONCADA, *Op. cit.*, p. 34.

[...] Dito por outras palavras: se algo *deve ser* neste mundo, é só porque existem *valores* e *normas* que o consagram. Nunca a inversa: [...] Primeiro, o valor e a norma; depois o dever-ser. Todo o dever-ser seria vão e sem sentido, se não se achasse referido a quaisquer normas e valores preexistentes.<sup>161</sup>

Percebe-se assim, a similitude de ideias e pensamentos entre L. Cabral de Moncada e M. Reale, nomeadamente em relação ao elemento axiológico (valor).

No entanto, o mestre de Coimbra não termina a anatomia sem antes afirmar que de nada vale a existência de valores, normas e dever-ser, quando não se tem liberdade, porque é através do seu exercício que a construção do pensamento em valores e normas se faz.

A liberdade é o ambiente, a cultura, em que se desenvolvem os pensamentos de valores e normas e as suas incidências por meio do dever-ser.

E mais, existe ainda a necessidade premente de que haja ordem em movimento dinâmico, a impedir o caos dentro do sistema normativo (donde se chama ordenamento jurídico), em relação de autoridade superior, a evitar o que Cabral de Moncada define como “atropelamento” de normas, a significar, em última análise, o próprio ideário de justiça como verdadeira “ordem perfeita” em total equilíbrio; a ideia-mãe, nas palavras do autor: “Conclua-mos, pois. Tal ideia-mãe, não poderá de ser esta: a dum dever-ser valioso, como apelo dirigido às personalidades livres, para a realização dos fins individuais e sociais destas, dentro duma ordem objectiva, justa, de relações de interdependência entre elas.”<sup>162</sup>

Percebe-se enorme similitude entre as teorias de Miguel Reale e Luís Cabral de Moncada, nomeadamente no que diz respeito ao elemento axiológico, que, inclusive, é comum a ambos os doutrinadores.

#### **4.6.3 A ideia de Valor em Joseph Raz**

Em sua obra intitulada “Valor, respeito e apego”, Joseph Raz traz considerações significativas em relação ao valor, inclusive colocando em causa a universalidade dos valores, das suas singularidades, para que sejam considerados como elementos axiológicos e, muitas

---

<sup>161</sup> DE MONCADA, *Op. cit.*, p. 36-37.

<sup>162</sup> DE MONCADA, *Op. cit.*, p. 44.

vezes no transcorrer do livro, lança mão de analogias que de certa forma facilitam a percepção de conceitos de difícil apreensão.

Mas antes mesmo de proceder a qualquer conceituação do valor, o próprio autor adverte que tende para o uso “inflacionário” de valor, admitindo o superdimensionamento do tema ao posicioná-lo em contextualização demasiadamente ampliada.

No entanto, essa noção “inflacionária” não dilui o tema a ponto de se perder a sua densidade intrínseca e, muito embora o autor trilhe caminhos predominantemente filosóficos ao tratar do objeto de seu estudo, o vezo jurídico está presente e bem serve aos fins deste trabalho acadêmico.

Assim, Joseph Raz entende que: “Toda propriedade que (necessariamente) torne boa (ou má) qualquer coisa que a possua, é, pelo menos até certo ponto, uma propriedade valorativa, que representa algum valor. De modo um pouco mais informativo, embora menos exato, poderíamos dizer que toda propriedade cuja presença em um item (ação, pessoa, instituição ou qualquer outra coisa) pode por si só tornar inteligíveis ou justificados uma ação, uma escolha, um juízo ou uma preferência positivos ou negativos é uma propriedade valorativa. O bem-estar e a comodidade são valores, e não apenas a liberdade e a felicidade.”

163

Note-se que o jusfilósofo americano prefere a expressão “propriedades de valor”, e tal preferência justifica-se, na medida em que não há como definir “valor” apartando-se das suas propriedades e, como tal, parte de uma obviedade categórica, quase axiomática: **Todos os valores ou são universais ou são subordináveis a valores universais.**

A explicar: “Um determinável valor é subordinável a outro se a única razão pela qual ele é uma propriedade benfazeja é que a sua posse passa necessariamente a instanciar a posse de outra propriedade mais geral, que é uma propriedade benfazeja e cuja posse fornece uma explicação normativamente completa de por que a propriedade subordinada é benfazeja.”<sup>164</sup>

Aqui, não é demais lembrar que L. Cabral de Moncada coloca o bem comum como a explicação normativamente concreta por excelência. Dessa forma, a explicação normativamente concreta está para o valor como a norma fundamental está para o positivismo jurídico.

---

<sup>163</sup> RAZ, Joseph — **O Conceito do Sistema Jurídico**. Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos, p. 42.

<sup>164</sup> RAZ, *Op. cit.*, p. 44.

J. Raz entende que a universalidade dos valores nada mais é do que um *aspecto de sua inteligibilidade*<sup>165</sup> e, assim, para que alguma coisa perca ou ganhe valor, torna-se necessária uma mudança significativa na sua propriedade (benfazeja ou malfazeja, por exemplo) e que tal mudança advenha de uma explicação normativamente concreta.

Desse modo, toda e qualquer modificação valorativa há de ser explicada de forma concreta pelo Direito, que, por sua vez, determina as balizas normativas legitimadoras das modificações, ou seja, é o Direito que vai determinar como, em que medida e através de quem as modificações nas propriedades valorativas serão consideradas dentro dos limites constitucionais e legais.

Cumprе ressaltar que as modificações que importam, nomeadamente para o Direito, são aquelas que implicam diretamente as propriedades valorativas e, portanto, somente as modificações que reduzem, modificam ou extinguem as propriedades valorativas é que interessam e, *contrario sensu*, as modificações que o autor chama de *não-redutoras das suas qualidades valorativas* são necessárias para que os valores se mostrem transparentes e inteligíveis a nós, inclusive por meio dessas modificações de que trata J. Raz.

Ponto de grande interesse levantado pelo autor é a universalidade das propriedades valorativas sob prisma objetivo e, ao lançar mão a uma condição completamente nova para doutrina, manifesta-se assim: “Um valor somente é universal se pelo menos algumas pessoas podem manifestá-lo, de modo que em princípio seja possível que cada indivíduo o manifeste. Em outras palavras: é possível em princípio que cada indivíduo manifeste todos os valores universais que qualquer pessoa pode manifestar.”<sup>166</sup>

É de destacar que o autor não adota a universalidade de forma ampla, como critério único e exclusivo de definição de um valor, tendo em conta que existe a possibilidade de que um valor seja universal na sua manifestação e singular em seu objeto de incidência.

E, embora J. Raz acredite que a sua noção de *universalidade* não se preste a elucidar a *compreensão intuitiva dos valores universais*<sup>167</sup>, tal autocrítica talvez ocorra pela própria ideia *inflacionária* a que o autor se refere. Mas, sob o prisma estritamente jurídico, a questão é evidentemente bem resolvida e, para que aqui também não persista a dúvida, segue transcrição a respeito, na qual o jusfilósofo deita considerações exemplificativas a respeito: “Suponhamos que certas propriedades possam pertencer apenas aos membros de uma aristocracia hereditária (cujos membros descendem diretamente de pessoas que foram nobilitadas por um rei ou uma rainha de outrora). Essas propriedades podem pertencer a qualquer pessoa,

---

<sup>165</sup> RAZ, *Op. cit.*, p. 45

<sup>166</sup> RAZ, *Op. cit.*, p. 53.

<sup>167</sup> RAZ, *Op. cit.*, p. 54.

porque o monarca pode nobilitar qualquer pessoa. Mas tais propriedades dificilmente vão ser propriedades de valor universal.<sup>168</sup>

Verifica-se de forma clara e evidente que a noção de valores ou de propriedades valorativas universais está diretamente ligada à ideia jurídica de igualdade.

A essa altura, pode afirmar-se que a singularidade de alguns elementos que compõem as propriedades valorativas não lhes retira o critério de universalidade. Entretanto, para fins de Direito, as singularidades (muito embora não sejam, em si, explicações normativamente concretas) devem estar bem delineadas na norma que as veicula.<sup>169</sup>

Por último, J. Raz utiliza-se do argumento de inversão (de silogismo) para destacar que os valores são objetivos, refutando os argumentos contrários e majoritários no sentido de que os valores não podem ser objetivos, na medida em que *variam de lugar para lugar e de época para época*.<sup>170</sup>

Na construção de seu argumento de inversão, afasta-se o argumento da diversidade provocada pela variação de lugares e épocas que, por sua vez, pressupõe que os valores são condicionados pelos fatores sociais e que, de facto, essa diversidade impede que os valores sejam encarados de forma objetiva.

No entanto, J. Raz, ao inverter a argumentação, adota a objetividade dos valores, *na medida em que o conhecimento deles é sensível às práticas sociais, e dada a lição de que o conhecimento precisa ser explicado pela sensibilidade ao que é conhecido, segue-se que os próprios valores dependem das práticas sociais*.<sup>171</sup>

Aqui vale ressaltar que o autor traz para dentro da análise das propriedades de valor o mesmo pensamento que teve M. Reale ao tratar da complementaridade entre o facto, o valor e a norma, pois, em relação às propriedades de valor, J. Raz observa essa relação de complementaridade entre o valor e as práticas sociais. Por conseguinte, elas são a base para a explicação normativamente concreta dos valores quando aquelas ingressam no ordenamento jurídico.

---

<sup>168</sup> RAZ, *Op. cit.*, p. 55.

<sup>169</sup> Isso não significa dizer que haverá sempre a necessidade de a singularidade constar de forma expressa no texto legal, mas é imperativo que deste se possa depreender, inequivocamente, a sua existência e delineamentos rigorosos.

<sup>170</sup> RAZ, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>171</sup> RAZ, *Op. cit.*, p. 60.

Vários outros pontos foram tratados por J. Raz, analisados e associados às propriedades valorativas. O autor discorre ainda sobre o respeito aos valores, nomeadamente em relação ao valor da vida e o apego com que determinadas experiências sensoriais humanas influenciam a construção dos valores, que oferecem ao jurista uma gama de relações e inter-relações valorativas que desbordam do pensamento jurídico sobre o tema e cujo enfoque não será tratado aqui.

No entanto, o contributo do autor neste momento é desmistificar o elemento valorativo para o direito, com a adição de importantes análises em relação às propriedades valorativas cujo critério de universalidade não desvanece com a existência de singularidades, contanto que estas não reduzam, ampliem ou venham a extinguir as propriedades valorativas que se quer distinguir.

Ademais, a interdependência entre os valores e as práticas sociais, em argumentação inversa, leva à conclusão de que os critérios de diversidade de tempo e local não afastam a possibilidade de análise dos valores em bases objetivas.

#### **4.6.4 O elemento axiológico como critério de distinção entre interpretação criativa (atividade jurisdicional plena) e ativismo judicial**

Consoante já mencionado anteriormente, a Teoria Tridimensional do Direito de M. Reale e o conceito do jurídico de L. Cabral de Moncada criam uma experiência do Direito que vai além do aspecto juspositivista, na medida em que o analisa tomando em consideração o facto como elemento filosófico, o valor como elemento sociológico e, por fim, a norma como elemento jurídico (Teoria Tridimensional do Direito de M. Reale).

Por sua vez, L. Cabral de Moncada entende que a “ideia-mãe” do conceito de direito envolve a necessidade de ampliação na acepção tridimensional de M. Reale, ao entender que existe um elemento axiológico, as propriedades valorativas de que trata J. Raz, mas também existe um ideário que se apresenta como meta conceitual: o bem comum.

Nesse sentido, o bem comum não se apresenta como um valor em si, mas como a última finalidade do Direito dentro de um contexto democrático.

É nesse sentido que o Judiciário aparece no cenário político-jurídico, como Poder de Estado que muitas vezes expande as suas atribuições e contribuições constitucionalmente estatuídas, o que, a rigor, não significa que este movimento de expansão seja traduzido em

intervenção indevida nas demais atribuições dos outros Poderes de Estado (Legislativo e Executivo).

A expansão do Poder Judiciário não é só por si, o corolário do ativismo judicial. Tampouco é de se pensar que a judicialização das políticas públicas e a ampliação das competências são sempre ilegítimas, pois elas ocorrem, na maioria das vezes, em benefício do bem comum. Ademais, a divisão dos Poderes de Estado sempre será de cunho funcional, visto que o Poder do Estado, assim como o Direito, é uno.

Desse modo, o contributo, ou melhor, a atribuição de cada Poder Estatal tem por finalidade o bem comum e, nesta medida, também cabe ao Poder Judiciário a busca pelo bem comum, nomeadamente quando exerce a função jurisdicional voltada para a resolução de conflitos e, nesse sentido, toma por elemento axiológico o interesse público.

Entretanto, quando a função jurisdicional extrapola os limites subjetivos da demanda judicial, não se está mais no campo da resolução de conflitos entre as partes envolvidas, e o elemento axiológico (valor) amplia suas propriedades para além do interesse público em geral e adota outros valores que irão variar de acordo com a complexidade da demanda, os chamados “casos difíceis”.

Assim, é certo que a expansão ocorre tanto de forma horizontal (controle de legalidade) quanto de forma vertical (controle de constitucionalidade e precedentes obrigatórios). Mas não é toda e qualquer expansão no exercício da função jurisdicional que desembocará em ativismo judicial, considerando-se ser do próprio *munus publicum* do magistrado a prestação jurisdicional.

Dessarte, a metodologia impõe-nos a necessidade de estabelecer parâmetros bastante definidos para que seja identificada a existência de ativismo judicial na jurisdição, ainda que este movimento de expansão se dê na persecução do bem comum, visto que, como toda a atividade administrativa, a decisão judicial deve ter contornos e delimitações bastante evidenciados.

Como tal, e no auxílio à delimitação do tema, o ativismo judicial será aqui analisado dentro das decisões cujo fundamento provenha do Direito Público, pois que é neste ramo que se apresentam em maior profusão os casos difíceis cuja resolução passa pela interpretação de princípios indeterminados e tipos normativos abertos; tal vagueza dos conceitos leva os juízes a encarar o ordenamento jurídico de modo mais criativo e, de certa forma, empurra o

magistrado para mais próximo das funções eminentemente políticas ao executar as suas funções de Estado.

Dessa forma, muito embora a percepção das funções do Estado tenha sofrido mutações ao longo do tempo, ocorrendo inclusivamente algumas vezes, a subversão das atribuições constitucionalmente adotadas para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, facto é que o núcleo conceitual determinante das funções estatais deve ser preservado dos arroubos “progressistas” ou “modernistas” que, em nome de uma pouco favorável e provável adaptação, acabam por desfigurar a essência dos institutos cujo conceito e finalidades pretendem “adaptar”.

Não se trata aqui de adotar-se uma posição meramente conservadora sobre a ordem das coisas, mas tão somente constatar que a passagem da dimensão do tempo não é causa bastante e suficiente para justificar modificações em definições que se mostraram atemporais e cujo grau de adequação já foi colocado à prova em momentos muito mais desafiadores da história recente.

Nesse sentido, continuam atualizadas as definições das funções dos Poderes de Estado adotadas por M. Seabra Fagundes, nomeadamente em relação aos Poderes Executivo e Judiciário, cuja diferença não se mostra em evidência nas suas atribuições propriamente ditas, senão em relação aos meios e modos. Vejamos: “Enquanto o conceito da função legislativa decorre facilmente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização, o mesmo não sucede com o das funções administrativa e jurisdicional. Constitui um delicado problema doutrinário fixar para cada uma destas o conceito específico, pois que ambas, se prendendo à fase de realização do Direito, identificam-se como funções de execução. Assim, faz-se necessário estabelecer o feito peculiar da interferência de cada uma delas nos fenômenos executivos, distinguindo-as entre si como espécies do gênero funções de execução.”<sup>172</sup>

A partir da premissa de que ambos os Poderes exercem funções de execução do Direito, M. Seabra Fagundes segue a perseguir os pontos de distinção, a considerar a finalidade e o conteúdo de cada uma das funções.

Em relação ao Poder Executivo, Fagundes considera a subsunção como um exercício jurisdicional que, a princípio, é sua função: “Isso se dá por um trabalho de individualização, através do qual ela se torna praticamente efetiva, alcançando as diversas situações particulares

---

<sup>172</sup> FAGUNDES, M. Seabra — **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 6

compreendidas na generalidade do seu enunciado. Esses fenômenos que lhe sucedem, tendendo a concretizar a vontade nela expressa, são, normal e primariamente, o objeto da função administrativa.”<sup>173</sup>

E conclui: “Atendendo à natureza e à repercussão de tais atos na ordem jurídica, pode-se definir essa função como aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação, e pratica atos materiais.”<sup>174</sup>

Com relação ao Poder Judiciário, afirma o autor que sua atuação ocorre quando há oposição ao cumprimento da regra jurídica<sup>175</sup>, a ocasionar disfunção no ordenamento jurídico. Em contraposição e com vista ao retorno à normalidade jurídica: “O Estado vence essa anormalidade restaurando a ordem legal através da coação, que exerce sobre a vontade insubmissa, impondo-lhe obediência ao cânone legislativo, cuja inteligência fixa definitivamente.”<sup>176</sup>

E conclui: “Num caso, como noutro se resolvem pelo exercício da função jurisdicional, que restaura a legalidade, clima normal na vida do Estado. O seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia, ou um obstáculo em torno da realização do Direito e visa removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei.”<sup>177</sup>

A restauração da legalidade pressupõe a atividade legislativa e, nesse ponto em especial, não existe similitude entre o Poder Legislativo e os demais Poderes de Estado. Mas com referência aos Poderes Executivo e Judiciário, verifica-se a similitude no que diz respeito à execução dos preceitos legais; este por meio de uma função cuja atividade se dá por provocação externa (insubordinação legal — nas palavras de M. Seabra Fagundes), ainda que num momento posterior o impulso processual que levará à resolução do conflito, em sua grande maioria, seja promovido pelo próprio Judiciário.

O que se pode auferir é que tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário abeberam-se da mesma fonte legislativa para a persecução de suas atribuições funcionais, pois é no campo legislativo que as normas jurídicas, as quais serão cumpridas ou mesmo descumpridas, nascem.

---

<sup>173</sup> FAGUNDES, M. Seabra — **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 7- 8.

<sup>174</sup> FAGUNDES — *Op. cit.*, p. 7-8

<sup>175</sup> A oposição ao cumprimento de uma regra jurídica predispõe a uma ação comissiva de se opor. Entretanto, a falta de cumprimento pode ocorrer por conta de uma omissão que, por sua vez, poderá advir de um total desconhecimento da norma. Certo é que, por ato comissivo ou por omissão, as consequências serão, em sua maioria, as mesmas, por força da ficção jurídica de que a norma é de conhecimento de todos.

<sup>176</sup> FAGUNDES, M. Seabra — **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 10.

<sup>177</sup> FAGUNDES, *Op. cit.*, p. 10-11.

Percebe-se que, no Estado de Direito, o vetor é o Poder Legislativo a produzir os meios legais que servirão para a incrementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, que, conjuntamente com o Poder Judiciário, garantirá a sua execução, cada qual dentro das suas funções constitucionalmente definidas, a utilizar os respectivos meios e modos.

Assim, é na produção legislativa, cuja finalidade é a criação de normas para o ordenamento jurídico, que, tanto a tridimensionalidade de M. Reale quanto o conceito de jurídico de L. Cabral de Moncada encontram as suas aplicações, dogmáticas ou zetéticas.

Decerto que toda norma jurídica há de ter seus elementos bem definidos, nomeadamente em relação ao elemento axiológico, visto que é no valor (sociologia) que a vontade popular se manifesta, de forma direta ou através dos seus representantes, como acontece nos regimes democráticos.

É por meio do elemento axiológico que se verificam quais são os valores mais considerados pelo legislador ao construir uma norma jurídica.

Em termos de Direito Público, trata-se de adotar determinada política pública cuja propriedade valorativa seja a proteção do meio ambiente em detrimento de outra política pública cuja propriedade valorativa esteja baseada em direitos humanos, por exemplo.

Entretanto, é de destacar de que todas as políticas públicas contêm um valor imutável, qualquer que seja o interesse público; e este, por sua vez, estará voltado para o que L. Cabral de Moncada bem determina como finalidade última do Direito: o **bem comum** (finalidade metajurídica).

Significa, portanto, ser nas propriedades valorativas de uma norma jurídica que a Administração Pública exerce a sua discricionariedade, tendo em conta que, por conveniência e oportunidade, adota uma determinada política pública em detrimento de outras tantas.

Deste modo, vale salientar que o escólio de Ada Pellegrini Grinover em relação ao controle jurisdicional de políticas públicas, ao tomar como emprestado o conceito que Oswaldo Canela Júnior apresenta sobre “políticas públicas”: “Ainda no conceito irrepreensível de Oswaldo Canela Júnior: “Por política estatal — ou políticas públicas — entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.”<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini — **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**, p. 129

É interessante destacar que o princípio constitucional da legalidade, corolário de qualquer Estado de Direito, não parece estar presente como elemento axiológico, por não se tratar de uma propriedade valorativa, pois é o verdadeiro suporte de concretização e estruturação de todo e qualquer Estado de Direito observado em todos os atos administrativos, cujo fundamento há de ser sempre encontrado na Lei *lato sensu*, a legitimá-lo dentro do sistema. Dessa maneira, no Estado de Direito a persecução do bem comum tem por via única e exclusiva a legalidade, pois não existe bem comum fora da lei.

No que tange à criação de políticas públicas, o interesse público também aparece no rol das propriedades valorativas e, portanto, é elemento axiológico impostergável, uma vez que é nessa esteira de pensamento que os juristas administrativistas afirmam que, por força desses conflitos, todas as atividades públicas se limitam e estão subordinadas à existência de uma ordem jurídica prévia.

É por conta da subordinação da atividade estatal ao império da lei que, por vezes, ocorrem conflitos entre o Estado e os indivíduos ou grupos organizados e devido aos conflitos, entra em cena a discricionariedade administrativa que é justificada por M. Seabra Fagundes ao entender que a atividade administrativa possui: “variedade e multiplicidade das situações que lhe são pertinentes, excluem, em muitos casos, disciplinação uniforme e precisa. O seu exercício é condicionado por uma série de circunstâncias ocasionais e com respeito a elas não é possível tudo prever. [...] Para atender a isso, se permite em muitos casos ao Poder Executivo que seja discricionário em relação à conveniência e oportunidade em modo de agir. Ele age, então, no uso de competência discricionária ou livre, a que já aludimos.”<sup>179</sup>

No entanto, as funções estatais de poder exercidas pelo Executivo são bastante similares àsquelas exercidas pelo Judiciário, na medida em que ambos os Poderes têm por objeto a execução de preceitos normativos legais. Assim, a expressão “discricionariedade administrativa” encontra sua congênere na expressão “discricionariedade judicial”.

Ocorre que é equivocado pensar que discricionariedade é a chave mestra que permite aos Poderes de Estado exercerem as suas funções de forma totalmente livre e sem métodos e critérios adequados.

A irrestrita observância à letra da lei não pode ser confundida com a concretização do princípio da legalidade, porque este não pode servir como parâmetro único e exclusivo, mas

---

<sup>179</sup> FAGUNDES, *Op. cit.*, p. 97.

verdadeiro pressuposto para que a Administração Pública exerça seu mister fundamental, que é a promoção de políticas públicas voltadas ao interesse coletivo/público na persecução inarredável do bem comum.

Ademais, dada a importância da implementação de políticas públicas (verdadeiro motor propulsor do Estado-nação), a Administração Pública sofre tríplice fiscalização: 1) administrativa, 2) legislativa, 3) judiciária.

No que concerne ao Poder Judiciário, a fiscalização poderá ocorrer por provocação das partes em conflito ou de forma *ex officio*, a depender do quanto determina a Constituição ao tratar dos meios de exercício de suas funções.

Ao tratar do controle jurisdicional, M. Seabra Fagundes faz uma interessante distinção entre o que se passa no regime parlamentarista e no regime presidencialista, pois, naquele o controle é exercido de forma direta e acabada por toda a atividade política, através de uma fiscalização rigorosa do Parlamento.

No que diz respeito ao regime presidencialista, o autor assevera que:

Nos países de regime presidencial, como o nosso, ficando o Executivo, praticamente, acima das intervenções do Parlamento que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e a fiscaliza, cresce de importância a interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa. Torna-se indispensável dar-lhe estrutura e desenvolvimento correspondentes ao seu relevante papel na vinculação da função administrativa à ordem jurídica.

Na realidade, o Executivo só encontra limitação eficaz por meio da atuação do Judiciário, vez que, conforme acima referido, aquele se confina dentro da Constituição e das leis é colocado acima do controle eficiente do Parlamento.<sup>180</sup>

Como resultado dessa compreensão, é corrente entre doutrinadores e aplicadores do Direito, perquirir-se se a ideia de limites que impeçam o Poder Judiciário adentrar o mérito administrativo é um axioma, e como tal, não aceitaria nenhum posicionamento contrário.

A intervenção judicial no mérito administrativo, a depender de seu sentido e alcance, certamente acrescentará ao julgador uma tríplice função, pois, além de julgador, acaba por tornar-se legislador positivo (na medida em que cria norma jurídica com a finalidade atributiva da possibilidade de modificação do mérito administrativo) e administrador público (uma vez que a sua decisão, de força coativa, determina de imediato a execução da política pública cuja própria decisão alterou o mérito administrativo posto em causa).

---

<sup>180</sup> FAGUNDES, *Op. cit.*, p. 108-109.

Esta questão volta-se, uma vez mais, para o problema de encontrar-se um critério objetivo a delimitar a interferência indevida do Poder Judiciário, já que é corrente no meio jurídico o axioma de que é vedado ao julgador tomar as vezes de legislador (positivo ou negativo), bem como avocar para si as funções de administrador público a favor da substituição dos elementos de discricionariedade adotados pela Administração.

Deste modo, a questão torna-se ainda mais delicada quando o ato administrativo objeto da prestação jurisdicional é de natureza estritamente política; a qualificação do ato administrativo em “estritamente político” já traz ensanchas suficientes para a geração de dúvidas que, caso não sejam tratadas de forma objetiva, certamente jogarão a atividade judicante em terreno estéril.

Assim, antes mesmo de se perquirir acerca do critério a ser utilizado nesses casos, é essencial que se busque uma definição jurídica do que são os “atos administrativos estritamente políticos” e, aqui, mais uma vez, o socorro chega nas palavras de M. Seabra Fagundes, que os analisa a considerar a sua *finalidade* e o seu *conteúdo*: “Para que o ato administrativo seja estritamente político, há de conter medida de fins unicamente políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e, se o exceder, não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo).”<sup>181</sup>

Trata-se de definição cujos elementos de distinção do ato administrativo em si, apesar de existirem no mundo fenoménico e possam ser destacados, nomeadamente em relação à sua finalidade, não se presta, de forma estanque, para que se lhe determine à categoria dos atos administrativos estritamente políticos, na medida em que todo ato administrativo tem por finalidade a implementação e execução de uma política pública voltada ao interesse público para a persecução do bem comum, ao que todos os elementos integrantes do conceito são vagos, de matrizes principiológicas e que envolvem em seu conteúdo maior ou menor grau de intensidade política.

Destarte, muito embora a definição seja precisa e identifique bem os elementos de distinção, não parecem ser bastante e suficientes para delimitar a atividade jurisdicional plena.

Outrossim, nos casos em que os objetos das decisões judiciais sejam atos administrativos estritamente políticos (casos difíceis pela sua própria natureza), é de se utilizar o elemento axiológico, cujas propriedades de valor adotadas pelo legislador (nos

---

<sup>181</sup> FAGUNDES, *Op. cit.*, p. 161.

determinados casos em que é possível evidenciar a discricionariedade administrativa pelo administrador público) sejam ao menos determináveis pela autoridade judiciária e que atendam ao critério da universalidade, ainda que observadas as suas singularidades específicas e cujas diversidades não venham a desfigurar a sua universalidade, marca que distingue o valor, conforme nos ensina Joseph Raz.

Dessa maneira, o critério axiológico desponta como elemento objetivo a traçar limites bastante claros entre o que é atividade jurisdicional plena e o que é intervenção indevida do Poder Judiciário, ativismo judicial.

Assim, a atividade jurisdicional plena, que se dá de forma especial em casos difíceis nos quais o fundamento da norma jurídica está calcado em princípios indeterminados e em conceitos vagos, concretiza-se por meio de interpretação criativa (método de interpretação cuja cognição é mais profunda e que melhor se adapta à resolução dos conflitos decorrentes de tais casos) que por sua vez não poderá, sob pena de intervenção indevida, modificar, substituir ou mesmo extinguir a propriedade valorativa que foi adotada pelo legislador na criação do veículo que aparece como normativo, que, por sua vez, é instrumento para se chegar ao bem comum.

As alterações ou adaptações permitidas ao julgador estarão sempre adstritas à melhor adequação das propriedades valorativas preexistentes e com atenção especial para que o resultado das interpretações seja não reducionista do critério da universalidade, como bem assevera J. Raz.

Vale ressaltar que, embora o elemento axiológico seja subjetivo, a sua existência e análise como forma de distinção e esclarecimento do que é ativismo judicial é de natureza objetiva.

Ademais, não se trata aqui de reduzir a análise das propriedades valorativas a uma interpretação que tem em conta tão somente a “vontade do legislador”, pois, apesar de se tratar de um elemento que nasce no processo legislativo e é produto deste, uma vez que a norma adentra o ordenamento jurídico, o valor passa a ser analisado por si, inclusive com a possibilidade real de o julgador utilizar-se de fundamentos diversos daqueles utilizados pelo legislador, a confirmar e legitimar a existência de tais propriedades.

Do mesmo modo, a adoção do elemento axiológico como critério diferenciador entre a atividade jurisdicional plena e o ativismo jurídico, acaba por lançar luzes sobre uma das áreas mais cinzentas das funções jurisdicionais e que diz respeito à “judicialização da política”.

Existem inúmeros trabalhos doutrinários que tratam do tema e muitas vezes os autores entendem que ativismo judicial e judicialização da política são expressões sinônimas. Entretanto, a análise mais detalhada demonstra que a judicialização da política pode e deve ser encarada sob diferente perspectiva em relação ao ativismo judicial.

Ao tratar da judicialização da política na América Latina, nomeadamente em relação aos sistemas jurídicos do Brasil e do Uruguai, os Professores Edith Maria B. Ramos, Pedro Trovão do Rosário e Allen Kardec F. Oliveira, trazem importante contributo ao contextualizar melhor o tema, especialmente em relação ao Brasil, pois, muito embora entendam tratar-se de um fenómeno global, a judicialização da política dá-se em dois vetores distintos: 1) a atuação direta do Poder Judiciário brasileiro sobre as políticas públicas; 2) a atuação do Poder Judiciário brasileiro nos espaços onde não exista “legalismo”, termo utilizado pelos autores no sentido técnico-jurídico.<sup>182</sup>

Como finalidade deste trabalho, interessa a análise do segundo vetor, que trata da ocupação dos espaços onde não há legalismo, ou seja, onde inexistente um regime jurídico ordenadamente estruturado e, nesse sentido, o Judiciário brasileiro afasta-se muitas vezes da técnica jurídica e transforma-se em verdadeiro poder político, fazendo valer o ordenamento jurídico e a própria Constituição até mesmo em confronto com os demais Poderes de Estado. Tal entendimento encontra ressonância na melhor doutrina.

Vale evidenciar que em muitos dos casos concretos, os demais Poderes deixam que o Judiciário brasileiro atue como poder político ao tomar medidas necessárias mas que seriam impopulares e que naturalmente gerariam desgaste político, cujas consequências mais extremistas poderiam custar até mesmo novas reeleições, colocando em risco a continuidade do mandato político dos parlamentares e chefes de estado.

Até aqui, não existem diferenças significativas entre ativismo judicial e judicialização da política, na medida em que ambos laboram no campo político.

A diferença ocorre, mais uma vez, quando se analisa o elemento axiológico, pois o Judiciário, ainda que a funcionar como poder político nos espaços de menor rigor legal, deverá observar as propriedades valorativas que emanam dos demais poderes, caso contrário estará a praticar o ativismo judicial, na medida em que suas atividades não encontrarão

---

<sup>182</sup> RAMOS, Edith Maria Barbosa; DO ROSÁRIO, Pedro Trovão; OLIVEIRA, Allen Kardec Feitosa, – **Judicialização Da Política Latino-Americana: Estudo Comparado Brasil-Uruguai**, p. 669.

fundamento nos valores, ainda que implicitamente adotados pelo Executivo ou pelo Legislativo.

Assim, não é equivocado afirmar que a judicialização da política, embora busque o seu fundamento de validade no campo político, será considerada como exercício legal da função judicante, quanto mais observar os valores que irão informar a tomada das decisões de natureza política (como dito, muitas das quais são deixadas propositadamente ao alvedrio do Poder Judiciário para evitar desgastes políticos que, de outra forma seriam suportados pelo Executivo e pelo Legislativo, com consequências devastadores à continuidade do poder). Caso contrário, haverá interferência indevida a desbordar em ativismo judicial.

## 5 LIMITES CONSTITUCIONAIS

Uma vez definido o elemento axiológico como critério delimitativo da prestação jurisdicional plena e, por conseguinte, desvelar o que é o ativismo judicial, é de se perquirir se existem normas constitucionais que, em conformidade com a distinção apresentada, possam apontar as propriedades de valor que servem à definição ou que, ao menos, estabeleçam traços que se prestem a tal mister, em Portugal e no Brasil.

Em Portugal, destaca-se o Artigo 202.º, que trata das funções jurisdicionais e, de plano, chama atenção o item 1: *Os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.*

Os tribunais lusitanos colhem os seus poderes estatais diretamente do povo, em atividade eminentemente representativa, a significar que a CRP outorga ao Poder Judiciário, de forma mais ampliativa as atividades de natureza política mais acentuadas, na medida em que os seus poderes e competências promanam do povo, como ocorre em relação aos parlamentares numa democracia.

Assim sendo, a referida norma estabelece, ainda que de forma implícita, maior elasticidade no alcance das interpretações decorrentes da atividade jurisdicional, na medida em que consta expressamente e com *status* superior a representatividade popular para a administração da justiça e, em última análise, há o enfraquecimento da natureza contramajoritária dos Tribunais, a favor da natureza representativa de que trata Azevedo Campos.

No entanto, embora a norma constitucional seja expressa a respeito da representatividade, o seu fortalecimento decorrente da letra da lei não é suficiente para alterar as relações de poder e tampouco colocar o Judiciário, ao menos ontologicamente, em condição de identidade de funções com o Legislativo.

Neste sentido, esclarece J.J. Canotilho: “[...] a posição do juiz não é pautada pela relação de representação ou pelo *caráter de representatividade*, exigidos, em geral, para os restantes órgãos de soberania. Embora administrem formalmente a justiça ‘em nome do povo’ (e, nesta medida, realizem os interesses de todo o povo), os juízes não desenvolvem, como órgãos político-representativos, actividades de direcção política. Exige-se, porém, que os

tribunais, ao terem *acesso direto à constituição* (cf. art. 204.º), contribuam para a actuação e concretização das normas constitucionais.”<sup>183</sup>

Do mesmo modo, a norma constitucional contida no Art. 202.º, 1, da CRP, apesar de menção expressa à fonte popular, a fundamentar o poder de soberania do Judiciário, não se presta a legitimar quaisquer formas de se buscar ampliação nas alterações que não lhe são vedadas junto ao elemento axiológico, ou seja, nas propriedades de valor e acabam por confirmar as limitações impostas pelo critério axiológico.

No Brasil, embora o capítulo que trata sobre o Poder Judiciário traga o enfoque majoritariamente em sua organização funcional, a Constituição Federal de 1988 traz em seu conteúdo normas que, de forma implícita, podem ser consideradas como limitadoras da interpretação criativa que se leva a efeito pelas autoridades judiciárias, pois é nesse sentido que se destaca o art. 37, caput, da CRFB/88: “*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]*”.

Mesmo não sendo um rol exaustivo, haja vista que a própria norma jurídica constitucional abre incisos a albergar outras hipóteses, os princípios elencados (todos eles indeterminados e impregnados de propriedades valorativas) podem e devem ser utilizados também como regras de conduta no momento em que o juiz, ao lançar mão de interpretações que venham a seccionar os elementos axiológicos, não incorra em interferência indevida, ou seja, avance de forma indiscriminada em direção àquelas propriedades valorativas que são predeterminadas pelas autoridades competentes de outros poderes.

Em última análise, trata-se de propriedades valorativas a garantir a higidez e os critérios de universalidade de outras propriedades valorativas preexistentes na norma jurídica a interpretar.

---

<sup>183</sup> CANOTILHO, *Op. cit.*, p. 658.

## CONCLUSÕES

A democracia moderna é marcada pela representatividade, contributo de extrema importância para a humanidade, na medida em que se configura em grande avanço na convivência pacífica em sociedade. A participação do povo na escolha de seus representantes faz com que a tomada de decisões de interesse público ocorra de forma mais ágil, a cobrir maior terreno na satisfação de um maior grupo de interesses dentro do objetivo do bem comum.

Entretanto, muito embora a democracia moderna e representativa tenha modificado a relação entre o poder e o povo, aumentando a sua participação absoluta na tomada de decisões, ainda que de forma indireta, observa-se a ocorrência de um fenómeno de erosão da democracia representativa, alguns dos maiores juristas de Portugal e do Brasil defendem a “repolitização” democrática, com o retorno à democracia participativa, mais direta e plebiscitária ou mesmo em sua modalidade semidireta, como ocorre em Portugal.

O retorno a uma democracia mais participativa seria então o antídoto ao que vem a ocorrer nas últimas quadras históricas, nas quais o desinteresse, a apatia e a desinformação por parte do cidadão em relação aos assuntos políticos, culmina com a democracia representativa dominada por grupos sociais ou de indivíduos, cujos interesses nem sempre estão alinhados com o bem comum, finalidade última do Direito e com maior intensidade ainda em relação ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, o enfraquecimento da relação entre o poder e o povo faz surgir o que Norberto Bobbio define por “mercado político” no jogo democrático que, por sua vez, decorre do sistema de sufrágio universal em que a representatividade é estabelecida por meio do voto.

No momento em que o voto ganha forte valor político, iniciam-se significativas modificações na apuração da representatividade, pois passa do exercício individual para ser exercida por um ou mais grupos de interesses distintos, dispostos a negociar o voto do cidadão. Este, por sua vez, exerce maior pressão contra o governo para ver atendidas as suas demandas, que foram objeto de confirmação do voto em determinado grupo vencedor das eleições.

A modificação na apuração da representatividade e a excessiva e constante pressão do povo para que o governo atenda cada vez mais as suas demandas políticas e sociais, cria uma

situação insustentável para os governantes, sendo definida pelo autor através do termo “ingovernabilidade”.

A assunção de compromissos políticos por parte dos governantes, cada vez mais difíceis de cumprir, acaba por gerar demandas por políticas públicas cujos valores e finalidades nem sempre atendem ao bem comum.

Esse movimento, por sua vez, faz surgir o que os autores denominam de pós-democracia, em que os grupos económicos, detentores dos votos e consequentemente do poder, arrecadados no mercado político, afastam ainda mais o povo do poder, até ao ponto em que a democracia representativa se torna apenas uma roupagem em que se preservam as instituições democráticas, mas desfigura-se o ideal democrático e o próprio regime. Não se trata, pois, de uma não democracia, visto que o modelo institucional democrático remanesce intacto.

É facto que a segurança jurídica é uma das principais bases na construção de um regime democrático, nomeadamente quando se tratar do Estado de Direito, porque se caracteriza pela soberania das leis em substituição à soberania dos homens.

Assim, a segurança jurídica figura como elemento fundamental para a garantia da autoridade das leis, especialmente no ambiente democrático, no qual a Constituição é a norma superior do ordenamento jurídico, pilar do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido que a segurança jurídica ganha contornos de importância e extremo significado, já que é elemento de concretização da própria democracia e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico que deflui daquele regime.

Outrossim, não existe Direito onde a segurança jurídica não se encontra presente, independentemente de que prisma seja adotado pelo jurista na análise e investigação do seu conceito, porquanto é produto e produtor de todo e qualquer ordenamento jurídico.

Por sua vez, a segurança jurídica pode ser adotada como princípio ou ideário, dependendo da ampliação ou redução do espectro de incidência do campo de análise e, dessa forma:

- 1) a segurança jurídica é um princípio, na medida em que possui natureza não disjuntiva, ou seja, não afasta outros princípios de maior ou de menor grandeza, a buscar as suas ponderações na análise do caso concreto. Como

princípio, visa a garantir que as leis sejam observadas, interpretadas e aplicadas da mesma maneira para os casos semelhantes;

- 2) a segurança jurídica é um ideário, na medida em que é parte imaterial do Direito e, como tal, assume-se ideário ao buscar a estabilização jurídica não apenas em relação às demandas judiciais individuais ou coletivas, mas, sobretudo, no que toca à estabilização jurídica das relações sociais e, como já mencionado, o Direito (cuja segurança jurídica é parte imaterial) é seu produto e produtor, cuja garantia emanada pela segurança jurídica a envolver-se em espectro maior cujo objeto não é mais o conflito de interesses, e, sim, a própria higidez do sistema, plasmado no seu ordenamento jurídico.

A segurança jurídica é princípio e ideário, a depender da redução ou da ampliação do seu espectro de incidência: resolução de conflitos ou higidez do sistema jurídico, respectivamente.

No regime democrático, a divisão das funções de Estado em poderes é fundamental para que a finalidade precípua, o bem comum, seja atingida de forma satisfatória.

Neste contexto, o Poder Judiciário exerce papel importantíssimo, na medida em que a função jurisdicional lhe outorga, por meio da Constituição, a última palavra, a definitividade na interpretação jurídico-normativa.

O Poder Judiciário ganha ainda mais protagonismo a partir de meados do século XVIII, quando o exercício da interpretação dos textos legais torna-se mais livre e o juiz, por sua vez, deixa de ser a voz que confirma os anseios e caprichos dos soberanos e passa a decidir os conflitos com equidade.

Dessa maneira, o Judiciário transforma-se no Poder de Estado que tem a primeira atribuição, decorrente das suas funções constitucionais, não apenas a função jurisdicional de cariz integralmente jurídico de forma mais discreta, mas também ganha protagonismo no cenário político, muito devido ao resultado das crises instauradas na democracia representativa e no enfraquecimento da relação entre o povo e o poder, uma vez que o mercado político do jogo democrático acaba por dificultar a implementação das políticas públicas consentâneas com o interesse público e o bem comum.

Nesses casos, o Judiciário é provocado a dirimir as questões controvertidas que certamente surgem e virão a surgir não apenas na seara das demandas judiciais individuais ou

coletivas, mas também no funcionamento como órgão de controle da constitucionalidade das normas jurídicas que criam e implementam as políticas públicas.

A interferência judicial nas questões de cunho predominantemente político pode variar, dependendo do sistema jurídico adotado pelo Estado. No sistema *Common Law*, a interferência é mais proeminente na medida em que o juiz, ao interpretar a norma legal, também a legitima, a ponto de se entender que uma norma jurídica não adquire a sua legitimidade com a entrada no ordenamento jurídico, senão após a existência de entendimento judicial que é consolidado por meio de precedentes.

No sistema *Civil Law*, embora se tenha observado uma sensível modificação no processo da interferência judicial nas esferas políticas, a norma jurídica adquire a sua legitimidade no momento que ingressa no ordenamento jurídico.

Entretanto, a adoção de precedentes obrigatórios (muitas vezes motivados apenas pelos aspectos quantitativos, representados pelo número crescente de ações judiciais) e a promulgação de Constituições cada vez mais analíticas e minudentes, empurram o Poder Judiciário a adotar uma posição mais “ativista” no trato do mérito legislativo e administrativo, nomeadamente em relação às questões que envolvem diretamente o Direito Público, tanto no processo legislativo quanto no processo de execução das políticas públicas de natureza social.

O protagonismo do Poder Judiciário nas questões políticas faz nascer a expressão “ativismo judicial”, cujo conceito jurídico não é algo fácil de se encontrar. Basta ver que os autores que tratam da matéria acabam por amalgamar elementos sociológicos e filosóficos que não são úteis para a delimitação objetiva do campo de incidência do julgador ao exercer seu primordial mister: a prestação jurisdicional.

Demais, existe grande equívoco não apenas por parte da população, como também em relação a alguns juristas e advogados que, por desconhecimento ou parcialidade no trato da matéria, confundem ativismo judicial com o resultado e os efeitos políticos da decisão judicial, em especial naquelas em que o clamor público é mais acentuado e, como consequência, são casos mais difíceis.

Entretanto, o que define o ativismo judicial é a observância por parte do Poder Judiciário das propriedades valorativas (elemento axiológico), no julgamento das questões que lhes são postas. Isso porque, o elemento axiológico que impulsionou o legislador ou o administrador público, é preexistente à função jurisdicional.

Exemplo disso é a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, nomeadamente nos casos em que os espaços de atuação decorrem da ausência de legalismo, onde o Judiciário assume o papel político que haveria de ser dos demais poderes, pois, nesses casos, o que diferencia a atuação do juiz é a observação dos valores pré-definidos para aquela determinada espécie de matéria política e dessa forma não desbordará de suas funções, ainda que esteja a laborar no campo político. De igual modo, caso não observe o elemento axiológico pré-definido, estará a adentrar em competências políticas que não lhes são afeitas, no que laborará no campo do ativismo judicial.

Para a definição conceitual de ativismo, a contextualização é de grande valia na medida em que se definem as balizas política e jurídicas da atuação judicante e, assim, há de se tomar em consideração os dois maiores sistemas jurídicos (*Common e Civil Law*), pois é uma medida que se impõe, visto que, a depender do sistema jurídico de referência, os limites entre atividade jurisdicional plena e ativismo judicial poderão variar, não por conta do elemento objetivo de distinção, mas por força da extensão da função jurisdicional em si.

Como se percebe, na *Common Law* há a necessidade, quase mandatória, de legitimação do ordenamento jurídico por meio de precedentes judiciais.

No sistema da *Civil Law*, embora não exista a obrigatoriedade de legitimação do ordenamento jurídico vigente, a adoção de precedentes judiciais obrigatórios faz com que a norma, ainda que legítima desde a sua inserção no ordenamento correspondente, aumente o protagonismo do Poder Judiciário, nomeadamente nos casos difíceis, em que a definitividade da jurisdição afeta diretamente a posterior aplicação do direito vindicado. Aliás, é o que está a ocorrer em Portugal e no Brasil, principalmente neste último país.

Dessa forma, com o crescimento exponencial do protagonismo do Poder Judiciário, cuja base decorre da codificação das leis (corpo bem definido de normas jurídicas, sistematizado e estruturado de acordo com um modelo preestabelecido) passa por um processo que os estudiosos denominam “descodificação”, cujos principais fatores apontados são: 1) o crescimento do Federalismo na Europa, 2) o significativo aumento de legislações especiais que, muitas vezes, transformam e até mesmo retiram a natureza original das propriedades valorativas das normas jurídicas que “descodificam”, 3) a profusão de Constituições analíticas, com a adoção de inúmeros princípios indeterminados.

Muito embora a grande maioria das definições de ativismo judicial estejam povoadas de elementos que desaforam o aspecto jurídico, na medida em que o vislumbram apenas

como uma interferência ilegítima e indevida nas funções de Estado exercidas pelos demais Poderes Legislativo e Executivo, fica quase sempre muito pouco claro quais são as funções e tampouco os limites objetivos das atribuições dos órgãos estatais envolvidos.

No entanto, uma das definições mais atinentes de ativismo judicial é alcançada por Vitovsky, que tem em conta a discricionariedade judicial e, dessa forma, o ativismo judicial consiste no exercício desta discricionariedade que, por sua vez, cria ou expande um direito, com a finalidade de intervir ou efetivar políticas públicas e assim como, a formação de mudanças sociais.

É evidente que o conceito em si não leva a conclusão alguma acerca da pertinência ou impertinência do ativismo judicial. Dito de outro modo: o ativismo judicial não é essencialmente devido ou indevido, bom ou mal, sob a óptica conceptual.

Entretanto, no que se refere ao seu campo de incidência, pode dizer-se que o ativismo judicial encontra cultura fértil e está mais presente no ramo do Direito Público, nos casos difíceis que nascem da criação e da implementação de políticas públicas ou nas questões que envolvem, mais de perto, as modificações sociais.

O Poder Judiciário, por sua vez, caracteriza-se pela atividade interpretativa das leis e demais instrumentos linguísticos prescritivos que são utilizados na configuração do ordenamento jurídico. De facto, o que distingue e define a atividade jurisdicional é exatamente a interpretação da norma jurídica, qualificada pela definitividade.

Desta feita, todo e qualquer repertório jurisprudencial é, em última análise, o conjunto de decisões judiciais colegiadas, interpretativas e dotadas de definitividade, à exceção daquelas definidas no próprio ordenamento jurídico a que se interpretam como não atingidas pela definitividade.

É nesse sentido que a jurisprudência dos tribunais ganha importância, pois, ao utilizar a mesma linguagem prescritiva da norma jurídica que interpreta, atualiza-a com a finalidade de encontrar a melhor adaptação contextual, porquanto o legislador não tem condições de previsibilidade total das hipóteses que porventura venham a compor o objeto normatizado.

A interpretação jurídica, por sua vez, tem várias espécies, cada uma delas tem em consideração um determinado aspecto do seu objeto. Para os fins de delimitação do tema em relação ao ativismo judicial, o mais importante é a interpretação criativa do direito, na medida em que se revela o que mais alarga os horizontes e limites da interpretação em si e, por conseguinte, evidencia a existência ou inexistência de ativismo judicial.

É certo que toda e qualquer espécie de interpretação visa a definição do sentido e alcance da norma e, em relação à interpretação criativa não é diferente, embora existam duas grandes correntes investigadoras do fenómeno jurídico: 1) a zetética, que tem em conta diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, as ciências políticas, etc., 2) a dogmática jurídica, mais específica e com foco pleno nas questões jurídicas, a investigar os ramos do direito e seus sub-ramos; todas têm a mesma finalidade essencial de sentido e alcance.

Ainda que a expressão “interpretação criativa” sugira que ela ocorra em total afastamento de qualquer tipo de limites institucionais ou até mesmo de natureza epistemológica, a interpretação criativa surge no seio do movimento originalista americano que procura a interpretação mais fiel e aproximada da intenção dos "*founding fathers*", ou seja, o processo de interpretação deverá iniciar-se sempre com a indagação sobre qual seria a posição dos constituintes originários nos dias de hoje, caso estivessem vivos, em relação a temas atuais, previstos ou não, na Constituição americana.

Entretanto, mesmo atrelada à óptica originalista moderada, a interpretação criativa foi a única saída possível, na época, para os problemas de interpretação (ou mesmo da falta desta) devido ao modelo textualista que, por sua vez, inadmite qualquer outra forma de interpretação que não seja a estrita literalidade da norma constitucional.

Dessa maneira, a interpretação criativa ganha corpo ao longo do tempo a ponto de ser considerada a espécie com maior cariz finalístico dentre todas as demais espécies de interpretação, a funcionar em modo de complementariedade entre a intenção dos constituintes originários e a intenção da norma constitucional, que, com o tempo, se desloca daquela, na medida em que a intenção/vontade do legislador constituinte esvai-se na incessante marcha do tempo e da vida.

No modelo de interpretação criativa, toma-se em consideração o grau de abstração do enunciado normativo constitucional, em busca de uma possível intenção original, de forma que, quanto maior a indefinição do preceito constitucional a interpretar-se, cresce igualmente a necessidade do julgador buscar o sentido e alcance da norma na melhor harmonia entre a intenção daqueles que produziram a norma e a realidade constitucional atual.

No entanto, embora a saída encontrada para afastar a interpretação textual, vista como a única válida, tenha sido louvável e grandiosamente útil, a interpretação criativa não cessa a

busca de um elemento objetivo que sirva de marco delimitador entre a atividade jurisdicional e a possível interferência indevida através do Poder Judiciário.

Na medida em que a interpretação criativa se apresenta como a mais utilizada pelos julgadores na resolução de casos difíceis, nomeadamente nas questões que envolvem políticas públicas e, sabendo-se que são nesses contextos que o ativismo judicial se faz mais presente, é necessário que se encontrem elementos que auxiliem na formação de um critério claro e objetivo, para delimitar até onde a interpretação criativa é legítima na atividade jurisdicional plena e a partir de que momento a interpretação deixa de servir aos seus propósitos e passa a ser instrumento de interferência judicial indevida nas funções de Estado dos demais poderes.

Assim, ao adotar-se a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, com as achegas de Luís Cabral de Moncada, pelo que entende por “conteúdo normativo do conceito do jurídico”, encontra-se, ao fim e ao cabo, um critério firme e objetivo para a distinção que se impõe.

Dessa forma, tanto M. Reale quanto L. Cabral de Moncada, defendem ser impossível proceder-se a uma análise conceptual do Direito que não tenha em consideração todos os aspectos que o envolvem como experiência cultural: filosófica, sociológica e jurídica, que funcionam numa relação de complementariedade entre si (facto, valor e norma).

A diferença na compreensão entre Reale e Moncada reside no facto de que o jurista lusitano abarca a presença de um elemento imaterial que está sempre presente e não faz parte intrínseca da tridimensionalidade do Direito, mas funciona como “explicação normativa concreta”, pois é o que se passa com o bem comum, a última finalidade do Direito.

Assim, a análise conceptual do direito é tridimensional (facto, valor e norma) e é explicada de forma normativa e concreta pelo elemento imaterial plasmado no bem comum.

Dentro desse raciocínio, o bem comum não aparece como elemento axiológico (valor), mas tem a sua adoção explicada por intermédio da sua última finalidade, que é exatamente o que se entende por bem comum. Dessa maneira, o bem comum não pode ser valor e explicação normativa concreta ao mesmo tempo.

Como consequência, o bem comum não pode ser utilizado como limite da atividade interpretativa do julgador, na medida em que não se traduz em elemento que serve de critério esclarecedor do qual se inicia a indevida interferência judicial nas demais funções dos outros poderes.

Ora, por ser a explicação normativa concreta do Direito, o bem comum não é propriedade valorativa exclusiva de um determinado Poder de Estado, visto que é do interesse de todos, nomeadamente nos Estados de Direito.

Ademais, quando o objeto da decisão judicial é um ato administrativo estritamente político, como sói ocorrer na implementação de políticas públicas (casos difíceis), a utilização do elemento axiológico, cujo valor é definido pelo legislador, bem serve de critério delimitador da interferência judicial indevida (ativismo judicial), pois, a decisão (monocrática ou colegial) não poderá, primeiramente, desfigurar o critério de universalidade do valor adotado (J. Raz).

E mais, nos casos difíceis em que os fundamentos estejam baseados em princípios indeterminados ou em conceitos cuja vagueza os qualifiquem (elementos quase sempre presentes na interpretação criativa), o juiz não poderá avançar no elemento axiológico desfigurando as suas propriedades valorativas que, por sua vez, foram adotadas pelo legislador e implementadas pelo administrador público, dentro das suas discricionariedades correspondentes e sempre a perseguir o bem comum (explicação normativa concreta).

É, portanto, a modificação, a substituição ou a extinção de uma propriedade valorativa, o critério objetivo a definir a intervenção indevida do Poder Judiciário, porquanto se trata de um dado anterior à experiência judicial, ainda que a decisão tenha como fundamento a manutenção da segurança jurídica, quer seja ela aplicada como princípio (indeterminado) ou como ideário, e esta última mostra-se ainda mais infundada, na medida em que o ideário de segurança jurídica deve ser contextualizado em sentido mais abrangente, garantindo a higidez do ordenamento jurídico, o que somente é possível por intermédio do respeito aos valores que foram adotados pelo legislador e pelo administrador público, na execução das suas funções.

Mesmo em relação ao controle de constitucionalidade preventivo, como ocorre em Portugal e, ainda que de forma diversa, também ocorre no Brasil, o respeito às propriedades valorativas das normas jurídicas em geral e nas normas jurídicas veiculadoras de políticas públicas é uma medida que se impõe, ou seja, a linha de distinção entre ativismo judicial e atividade jurisdicional continua a ser a mesma.

É dessa maneira que a jurisprudência dos tribunais superiores, nomeadamente em relação ao TC e o STF, figura como elemento essencial, para impedir que o ordenamento

jurídico tenha que ser frequentemente atualizado para atender as modificações ocorridas no seio da sociedade.

Entretanto, as interpretações judiciais dos tribunais superiores encontram os seus limites na impossibilidade de alteração das propriedades valorativas que lhes é oferecida pelos demais poderes, nomeadamente o Legislativo, pois, é nesse sentido que se vai distinguir e delimitar o que será tido por ativismo judicial e o que será função jurisdicional própria.

Demais, as normas constitucionais devem prescrever os limites das funções jurisdicionais próprias, de modo a evitar a interferência indevida do Poder Judiciário que, em última análise, desequilibra as forças normativas que são inerentes aos Poderes de Estado.

Outrossim, é vedado ao julgador, sob o fundamento da melhor adequação das propriedades valorativas preexistentes, decidir de forma a que a interpretação utilizada venha a reduzir o critério de universalidade adotado, a criar distinções que não foram consignadas pelo legislador.

Por fim, vale destacar que o elemento axiológico como critério objetivo de definição do que é ativismo judicial está presente na Constituição de Portugal e na Constituição do Brasil, visto que, em ambas, existem normas jurídicas que, de forma explícita ou implícita, tratam do tema. É o caso do Art. 202.º, 1, da CRP, a limitar, ainda que de forma implícita, quaisquer maneiras de se alterarem as propriedades valorativas que acabem por modificar a sua natureza jurídica.

Na Constituição Federal de 1988, o Brasil optou por adotar, de forma explícita, os princípios indeterminados que devem nortear a função dos Poderes de Estado, como ocorre com o Art. 37, *caput*, que, além de determinar quais são os valores a serem respeitados, traz ainda em seu conteúdo, de forma implícita, verdadeiros limites à interpretação criativa dos julgadores.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### REFERÊNCIAS GERAIS

- ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição, 3a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014. 669 p. ISBN 978-85-392-0073-3.
- ARENDT, Hannah – **As origens do totalitarismo**. 7ª edição, Alfragide: Dom Quixote, 2017. 674 p. ISBN 978-972-20-2909-4.
- ARISTÓTELES. – Política - Livro V. 1. ed., São Paulo: edipro. 2019. 352 p. ISBN 978-85-521-0035-5. (Tradutor: Maria Aparecida de Oliveira Silva)
- ATIENZA, Manuel – **O sentido do Direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014. 364 p. ISBN 978-972-592-386-3
- ÁVILA, Humberto – **Teoria da Segurança Jurídica**. 5ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2019. 774 p. ISBN 978-85-392-0454-0.
- ÁVILA, Humberto – **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2019. 239 p. ISBN 978-85-392-0452-6.
- BARRET, John Q., Schlesinger Jr., Arthur M. — **In Action, in Archives, in History**. 2014. Disp. em: <https://bit.ly/3JSfmRI> (acesso em 07/12/2021)
- BARROSO, Luís Roberto – **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 3.a reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. 522 p. ISBN 978-85-7700-640-3.
- BENTHAM, J. – Utilitarianism. In: RYAN, A. (ed.). **J. S. Mill and Jeremy Bentham: Utilitarianism and other essays**. London: Penguin Classics, 1987. cap. 1. ISBN 978-0-141-90821-2.
- BOBBIO, Norberto – **Estudos por uma Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Editora Manole, 2015. 199 p. ISBN 978-85-204-4082-7.

- BOBBIO, Norberto – **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Edipro, 2017. 137 p. ISBN 978-85-7283-995-2.
- BOBBIO, Norberto – **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2011. 207 p. ISBN 978-85-7753-087-8.
- BOBBIO, Norberto – **O Positivismo Jurídico**, Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p. ISBN 85-274-0328-5.
- BOBBIO, Norberto – **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2011. 175 p. ISBN 978-85-7283-751-4.
- BOBBIO, Norberto – **Teoria Geral da Política**. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. 717 p. ISBN 978-85-352-0646-3.
- BOBBIO, Norberto – **Três Ensaio sobre a Democracia**. São Paulo: Cardim-Alario, 1991. 78 p.
- BONAVIDES, Paulo – **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. 392 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1521 p.
- CARVALHO, Kildare Goçaves – **Direito Constitucional**. Direito Constitucional Positivo. Volume 2. 21ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. 938 p. ISBN 978-85-384-0398-2.
- CROUCH, Colin – **Post-Democracy**. Croydon: CPI Group, 2016. 128 p. ISBN 978-0-7456-3314-5.
- DAVID, René – **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2014. 687 p. ISBN 978-85-8063-135-7.
- DE MONCADA, L. Cabral – **Filosofia do Direito e do Estado**. Doutrina e Crítica. 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1966, reimp. 2014. 359 p. ISBN 978-972-32-2293-7 – Vol II.
- DE MORAIS, Carlos Blanco – **O Sistema Político no Contexto da Erosão da Democracia Representativa**. Coimbra: Almedina, 2017. 770 p. ISBN 978-972-40-7123-7.
- DEWEY, John – Democracia y educación: una introducción a la filosofía de la educación. [S.l.]: Dominio publico, 1916.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo In Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. DI PIETRO, Maria

- Sylvia Zanella, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). São Paulo: Atlas, 2010. 424 p. ISBN 978-85-224-6005-2.
- DWORKIN, Ronald – **A Justiça de Toga**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010. 421 p. ISBN 978-85-7827-091-9.
- DWORKIN, Ronald – **Levando os Direitos a Sério**. 3ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. 565 p. ISBN 978-85-7827-251-7.
- DWORKIN, Ronald – **O império do Direito**. 3ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014. 513 p. ISBN 978-85-8063-126-5.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio – **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica. Decisão. Dominação. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. 339 p. ISBN 978-85-97-0213-3.
- FUKUYAMA, Francis – **Ordem e Decadência Política**. Da Revolução Industrial à globalização da democracia. Rio de Janeiro: Rocco, 2018. 621 p. ISBN 978-85-325-3096-7.
- GRINOVER, Ada Pellegrini – **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas** In **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª edição. GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2013. 513 p. ISBN 978-85-309-4570-1.
- GROSTEIN, Júlio – **Ativismo Judicial**. Análise Comparativa do Direito Constitucional Brasileiro e Norte-Americano. São Paulo: Almedina, 2019. 249 p. ISBN 978-85-8493-529-1.
- HAEBERLIN, Martín – **Uma Teoria do Interesse Público**. Fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. 335 p. ISBN 978-85-69538-59-2.
- HOLMES, Oliver Wendell – **The path of the law**. [S.l.]: Public Domain, 1881.
- JEROME, Frank – **Law and the Modern Mind**. Nova Iorque: Routledge, 2017. ISBN 13: 978-1-4128-0830-9 (pbk).
- KELSEN, Hans – **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 208 p. (Tradutor: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella)
- LARENZ, Karl – **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme – **Precedentes Obrigatórios**. 6ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 395 p. ISBN 978-85-5321-814-1.

- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1.680 p. ISBN 978-85-536-1515-5.
- MAXIMILIANO, Carlos – **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. 342 p. ISBN 85.309.1031-1.
- MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio – **The Civil Law Tradition: An Introduction to the legal Systems o Europe and Latin America**. 4ª edição. California: Stanford University Press, 2018. ISBN 9781503607552.
- MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional. Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2016. 332 p. ISBN 9789725405123 (vols 1 e 2).
- MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2017. 562 p. ISBN 978-972-40-7217-3.
- PERTENCE, Sepúlveda (MINISTRO RELATOR) – **Ação Direta de Inconstitucionalidade - n. 855**. Supremo Tribunal Federal, Paraná, p. 71 – 92, 1993.
- RAMOS, Edith Maria Barbosa.; ROSÁRIO, Pedro Trovão do; OLIVEIRA, Allen Kardec Feitosa – Judicialização Da Política Latino-Americana: Estudo Comparado Brasil-Uruguai. **Revista Jurídica Meritum**, v. 14, n. 02, p. 669 – 689, jul-dez 2020. ISSN e-ISSN: 2238-6939. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7696>.
- RAZ, Joseph – **O Conceito de Sistema Jurídico**. Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. 326 p. ISBN 978-85-7827-507-5.
- RAZ, Joseph – **Valor, Respeito e Apego**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2004. 166 p. ISBN 85-336-2011-X.
- REALE, Miguel – **O Direito como Experiência**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 294 p. ISBN 978-85-02-00967-7.
- REALE, Miguel – **Política e Direito**. Ensaios. 1ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014. 105 p. ISBN 978-85-02-05525-4.
- REALE, Miguel – **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. 415 p. ISBN 978-85-02-03087-9.
- ROSS, Alfred – **Direito e Justiça**. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2007. 432 p. ISBN 978-85-7283-592-3.

RYAN, A. (ed.). – **Utilitarianism and Other essays: J.S. Mill & Jeremy Bentham**. 2. edição. London: Penguin Books, 2004. ISBN 978-0-141-90821-2.

STARR, Chester G. – **O Nascimento das Democracia Ateniense**. A assembléia no século V a.C. São Paulo: Odysseus Editora, 2005. 108 p. ISBN 85-88023-58-X.

TEUBNER, Günther. – **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. (Tradução por José Engrácia Antunes.)

VITOVSKY, Vladimir Santos – **Activismo Judicial: Só Pecados e Virtudes? Contribuições para uma Teoria Sociojurídica** In **Ativismo Judicial**. DE OLIVEIRA, Umberto Machado, DOS ANJOS, Leonardo Fernandes (coords.). Curitiba: Juruá, 2010. 300 p. ISBN 978-85-362-3177-8.

WALDRON, Jeremy – **Contra el gobierno de los jueces: Ventajas e desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales**. Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A., 2018, Epub ISBN 978-987-629-862-9

## REFERÊNCIAS ESPECÍFICAS

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2014. 383 p. ISBN 978-85-309-5665-3.

DALLARI, Dalmo de Abreu de – **O poder dos Juízes**. 3.a edição. Revisada. São Paulo: Saraiva, 2007. 166 p. ISBN 978-85-02-06158-3.

DE SEABRA, Hugo Martinez; XAVIER Nuno – **Organização judiciária portuguesa**, <http://hdl.handle.net/11144/1621>

DO ROSÁRIO, Pedro Trovão – **A Democracia Semidirecta em Portugal**. Madri: Editorial Universitas S.A., 2013. 191 p. ISBN 978-84-7991-413-4.

DO ROSÁRIO, Pedro Trovão – **Tribunal Constitucional – Um Legislador Negativo o Positivo?**, Revista de Derecho UNED, Núm. 16, 2015, p. 718, <http://hdl.handle.net/11144/4617>.

FAGUNDES, M. Seabra — **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FINE, Toni M. – **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2011. 157 p. ISBN 978-85-7827-435-1.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – **O espírito das leis**. 3.a edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 851 p. ISBN 85-336-2115-9.
- POSNER, Richard A. – **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. 299 p. ISBN 978-85-309-2919-0.
- RAMOS, Elival da Silva – **Ativismo Judicial**. Parâmetros dogmáticos. 2.a edição. São Paulo: Saraiva, 2015. (e-Pub). ISBN 978-85-026-2227-2.
- REALE, Miguel – **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. 161 p. ISBN 978-85-02-01405-3.
- REALE, Miguel – **Teoria do Direito e do Estado**. 5.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. 415 p. ISBN 978-85-02-03087-9.
- RIGAUX, François – **A Lei dos Juízes**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 332 p. ISBN 972-771-280-0.