



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



ERICK HENRIQUE GONÇALVES

A COMPREENSÃO FILOSÓFICA E
METODOLÓGICA DO JURISPRUDENCIALISMO E
O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES
COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO ATIVISMO
JUDICIAL

Dissertação no âmbito do segundo ciclo em ciências Jurídico-Filosóficas, orientado pela
Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra – Portugal

Setembro de 2019



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

FACULDADE
DE
DIREITO

ERICK HENRIQUE GONÇALVES

**A COMPREENSÃO FILOSÓFICA E METODOLÓGICA DO
JURISPRUDENCIALISMO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO
DOS PODERES COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO
ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada como exigência parcial
para obtenção de título de Mestre em Direito em
Ciências jurídico-filosóficas do Programa de Pós-
Graduação da Universidade de Coimbra – Portugal.
Orientadora: Ana Margarida Simões Gaudêncio.

Coimbra – Portugal

2019

Resumo.

O princípio da separação dos poderes consiste numa valiosa concepção da estrutura estatal que alia o exercício harmônico funcional entre os seus poderes instituídos em que cada um respeita o campo de autonomia do outro. Por isso, o Poder Judiciário não deve se deixar levar pelos marcos teóricos que admitem a discricionariedade, mesmo porque ela abre campo para o ativismo judicial e a interferência indevida deste poder em relação às funções exclusivas de competência exclusiva do Poder Legislativo e Executivo. Por isso, o caminho lógico e evidente para solucionar este problema pode ser o emprego do marco teórico Jurisprudencialista, pois nesta concepção a discricionariedade não faz mais parte da compreensão do Direito. Pois, há nesse marco a superação da aplicação lógico-normativa onde tudo que não for deduzido pelas normas será resolvido através da discricionariedade judicial.

PALAVRAS CHAVE: Separação dos Poderes – Estutura Estatal Harmônica – Poder Judiciário – Discricionariedade – Ativismo Judicial – Jurisprudencialismo.

Abstract.

The principle of the separation of powers consists in a valuable conception of the state structure that combines the functional harmonic exercise between its instituted powers in which each respects the field of autonomy of the other. For this reason, the Judiciary must not allow itself to be carried away by the theoretical frameworks that allow for discretion, even though it opens the way for judicial activism and the undue interference of this power in relation to the exclusive functions of exclusive competence of the Legislative and Executive Power. For this reason, the logical and evident way to solve this problem can be the use of the theoretical framework Jurisprudencialista, because in this conception the discretion is no longer part of the understanding of the Law. For there is in this framework the overcoming of the logical-normative application where everything that is not deduced by the norms will be solved through the judicial discretion.

KEY WORDS: Separation of Powers - Harmonic State Structure - Judicial Power - Discretion - Judicial Activism – Jurisprudencialism..

Conteúdo

CAPTÍTULO 1 – A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO PRINCÍPIO.....	6
1.1 – Quanto à Separação dos Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos.	7
1.1.1 – Precedente Histórico do início da Separação dos Poderes entre Legislativo e Executivo.	8
1.2 – A perspectiva de Montesquieu em relação ao tema da Separação dos Poderes.	11
1.2.1 - Das Leis em geral.	12
1.2.1.2 - Das Leis Positivas.	13
1.2.2 – Montesquieu e o Poder exercido nos limites normativos.	14
1.2.3 - O precedente originário da tripartição funcional entre Legislativo, Executivo e Judiciário no marco teórico de Montesquieu.....	15
1.2.4 – O Poder Judiciário diante do Estado Liberal sob a análise da jurisdição na obra de Montesquieu.	17
1.3 – A teoria de Locke e o Princípio de Separação dos Poderes.	18
1.3.1 - Sobre o Poder Legislativo.....	20
1.3.2 - Sobre o Poder Executivo.	23
1.3.3 - Do Poder Federativo.	25
1.4 – A teoria de Rosseau e o princípio da separação dos Poderes.	26
1.4.1 - Sobre o Estado de Natureza e a Vontade Geral.	26
1.4.2 - Sobre as Leis Positivas.....	29
1.4.3 - Da Tensão entre o Poder Legislativo e o Executivo diante do Contrato Social...	30
1.5 – A visão do Princípio da Separação dos Poderes na Perspectiva Kantiana.....	33
1.5.1 – Os três poderes em Kant.	36
CAPÍTULO 2 – O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.	44
2.1 – Da autocontenção judicial em Portugal.	53
2.2 - Do ativismo no Brasil;	54
2.3 - Da Politização da Justiça e da Judicialização da Política.	57
2.3.1 – Das Teorias de Direito e seus reflexos frente à Politização da Justiça e Judicialização da Política.	58
2.3.1.1 – Normativismo.....	58
2.3.1.2 – Funcionalismo Jurídico.	61
2.4 - O problema da discricionariedade.....	67
CAPÍTULO 3 – O JURISPRUDENCIALISMO DE CASTANHEIRA NEVES COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DO PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL:.....	73
3.1. – A construção de um positivismo crítico em Hart.	74

3.2 – Entre as Regras Primárias, Secundárias e a Regra de Reconhecimento do Positivismo crítico de Hart;.....	79
3.2.1 – As Regras Primárias e Secundárias;	80
3.2.2 - A Regra de Reconhecimento e outras considerações importantes.....	81
3.3 - O Jurisprudencialismo de Castanheira Neves como resposta para a situação de crise da justiça e solução do ativismo judicial.	85
3.3.1 – Considerações preliminares:	85
3.3.3 - A Interpretação jurídica como momento da problemático-decisória realização do Direito.	88
3.3.4 - Um modelo de realização do Direito pautado na dialeticidade estabelecida entre o sistema normativo e o problema judicativo-decisório.....	89
3.3.5 – Do Positivismo Crítico de Hart ao Pós-positivismo do Jurisprudencialismo de Castanheira Neves: uma rede principiológica enquanto <i>continuum</i> normas/princípios ou princípios enquanto <i>ius</i> ?.....	91
3.3.6 – Diante da crise da Jurisdição. Algumas considerações que ajudam na percepção e correção da função judicial.	93
3.4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
BIBLIOGRAFIA.....	100

O ativismo judicial presente nas decisões ativistas proferidas pelo Poder Judiciário é fruto de uma concepção jurídica muito enraizada na compreensão normativa como ponto de partida de que o jurista deve ter em conta para justificar ou autorizar as suas decisões. Este parâmetro metodológico, por seu turno, acaba por reproduzir ainda mais a insuficiência normativa para lidar com as questões práticas jurídicas, pois, contamos com uma realidade social que está em constante transformação. No intuito de solucionar esta falha, o ordenamento passou a contar com conteúdo textual normativo mais abrangente e indeterminado. Além disso, contamos com perspectivas do Direito que passaram a admitir uma margem em que o Direito se demonstra obscuro, lacunoso. Fazendo com que o Poder Judiciário, na figura do julgador, possa fazer uso do recurso da discricionariedade para alcançar a decisão que seja justa sob análise deste sistema normativo. Mas decisão esta que resulta apenas na escolha de uma dentre as interpretações possíveis desse complexo normativo e principiológico decorrente do próprio ordenamento Jurídico.

Decerto que a decisão pautada pelo ativismo judicial acaba por acarretar prejuízo na consolidação da separação dos poderes como princípio jurídico. As causas em que o Judiciário passa a decidir questões estatais administrativas que são exclusivas dos outros poderes é um exemplo típico desta modalidade. Além disso, aprofunda a crise interinstitucional no estado e aprofunda a situação de crise no Direito, pois passa a assimilar racionalidade e objetivo que é requerida para a solução do caso de maneira satisfatória e que não é originalmente sua, ou seja, mais próximas dos outros poderes. Por isso, na sequência iremos esclarecer sobre a necessidade da separação dos poderes como princípio, depois aprofundar na questão do ativismo judicial e ao final concluir o motivo pelo qual o Jurisprudencialismo resolve de maneira satisfatória este problema.

CAPTÍTULO 1 – A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO PRINCÍPIO.

Um dos pontos que a decisão ativista prejudica diretamente é a estrutura formal da separação dos poderes. Por isso, importante conhecer este conceito para que possamos apresentar as razões que levam a crer que o Direito deva ser estruturado num raciocínio que não se deixa levar pelo ativismo, resposta esta que pretendemos encontrar nas lições proferidas pelo marco teórico do Jurisprudencialismo do Doutor Castanheira Neves.

Sendo assim, a organização estatal tal como concebemos hoje, é fruto de uma evolução onde podemos elucidar uma estrutura orgânica mais precária¹ até alcance da noção mais sofisticada do Estado atual. Podemos inclusive considerar que neste percurso o tema da Separação dos poderes tomou proporções tão relevantes até ao ponto de receber a categoria de princípio Constitucional, dentre “uma das variantes do Estado Democrático de Direito²”. Princípio este que deve ser considerado por todas esferas de Poder, inclusive o Poder Judiciário.

Para esclarecer o objeto desta fase do trabalho iremos partir, portanto, de um contexto histórico em que já encontramos uma figura estatal mínima e já consolidada. Justamente para entendermos melhor as críticas, os problemas, situar a questão da Judicialização das Políticas Públicas e tentar resolver o problema do Ativismo Judicial, pois interfere substancialmente na estrutura formal da separação dos poderes. Percorreremos, portanto, algumas estruturas que evidenciam a evolução que culminou na descentralização das esferas Estatais de Poder e que também, ao longo dos anos, fez com que houvesse o aperfeiçoamento destes poderes autorreferentes em que cada um seja:

¹ Neste ponto, podemos considerar o Estado Absolutista que foi anterior ao Estado de Direito que nasceu num contexto da perspectiva liberal. Neste estado absolutista “era marcante a presença de um sistema de privilégios bem próprio da época medieval – digamo-lo recorrendo a um universo etnográfico análogo: o do feudalismo árabe oitocentista – que (...) os privilégios [são decerto,] escandalosos numa sociedade em que, [como alternativa, reinaria] o livre arbítrio, os privilégios [constituem] por vezes uma barragem contra o despotismo, tornando-o assim, paradoxalmente, oásis de direito e de equidade.” *Amin Maalouf, o rochedo de Tanios*, trad. De M.G.M. Sarmiento, Lisboa, 1991, p. 141. *apud* Bronze, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito. 2ª edição reimpressa, editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010. p.357.

² BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo *apud* FRANCISCO DE SOUZA, António. *Il Principio della Divisione dei Poteri, ed il suo netto disconoscimento negli ordinamenti costituzionali dello Stato Sovietico*, Studi in Onore di G. M. Francesco I, Milão 1957, p. 49. in . A SEPARAÇÃO DE PODERES EM LOCKE – Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/1719/1826>>, acesso em 13/10/2017. P. 8.

“independente quanto à sua formação e quanto à subsistência, funcionalmente diferenciados e dotados de específicos mecanismos e dispositivos constitucionais destinados à fiscalização recíproca dos respectivos atos³”.

Decerto que a compreensão acima se traduz num valioso contributo de que a sociedade atual pode desfrutar, pois é por meio dela que ainda há o controle do Estado e a harmonização das suas funções, além de evitar também a construção de um Modelo totalitário⁴. Esta preocupação voltada para o exercício moderado do poder vem desde a Grécia Antiga⁵, de modo que a disposição orgânica de controle do Estado, portanto, vem desde a referência de Platão,⁶ onde a “tripartição clássica é reduzida a uma bipartição.⁷” Neste contexto podemos verificar que tanto a Monarquia quanto a Democracia, servem de origem para todas as outras formas de Estado. Sobremaneira, a conceptualização acerca da separação dos poderes sempre foi objeto de uma gama de posicionamentos e referências, objeto dos próximos tópicos deste trabalho. Por isso, na sequência evidenciamos a formação do Estado pelas instituições que dele fazem parte, pois nesta exposição podemos captar conceitos necessários para o desenvolvimento das teorias seguintes.

1.1 – Quanto à Separação dos Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos.

A configuração Política e estrutural do Estado Moderno é fruto de uma evolução das instituições que antes eram descentralizadas e fragmentadas, apontando para o reconhecimento e fortalecimento das Monarquias⁸ (séc. XV).

³ Cf. PIÇARRA, Nuno in A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO DOCTRINA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Editora Coimbra, 1989, pg. 82.

⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste GulBenkian, 1999, p. 401. Conforme o autor, a separação dos poderes é uma forma de desenvolver a coordenação ordenada das funções estatais e com funções de regulação. Forma esta que permitiria a “limitação e o equilíbrio entre as forças vigentes na sociedade.” (*Ibidem*, pg. 406 - 407).

⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria das Formas de Governo. Brasília: Universidade Federal de Brasília, 1998, pgs. 39 – 65.

⁶ PLATÃO. In Estado, pg. 359 *apud* FRANCISCO DE SOUZA, SOUZA, António Francisco de. Revista/Journal - POLIS: REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS POLÍTICOS, Nº 4/5 ISSN 0872 - 8208, P.7 - 42 IISBOA - 1995. DISPONIVEL EM: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/1719>, p. 9.

⁷ FRANCISCO DE SOUZA, SOUZA, António Francisco de, *ob. Cit*, p. 9.

⁸ Na península ibérica, através do movimento de reconquista cristão, houve favorecimento da “construção da unidade de um comando político no interior dos vários reinos que até então vão se formando” até ao ponto de, ao final do século XV, chegarmos à concepção dualista Portugal - Espanha. Vide MIRANDA, Jorge. Nos Dez Anos de Funcionamento do Tribunal Constitucional. *In*:

Posteriormente, com a formação de governos monárquico-absolutistas, ficava evidente a tendência de centralização do poder estatal. Já no século seguinte (sec. XVI), foi desenvolvida uma doutrina que aprofundava na concepção que até então não havia sido considerada e que se denominava “soberania⁹”. Com isso, recorria a um recurso que apresentava uma justificativa pioneira e que também ainda é útil para o Estado Moderno¹⁰. Esta teoria da soberania não exclui a da separação dos poderes, mesmo porque as duas concepções realizadas juntas é que garantem o exercício de atividades estatais que congregam autoridade, legitimidade, razoabilidade e harmonia ao mesmo tempo.

No próximo tópico daremos sequência a linha evolutiva que possibilitou a construção da teoria da separação dos poderes, visto que nesse tópico elucidamos as bases estruturais que possibilitaram este desenvolvimento.

1.1.1 – Precedente Histórico do início da Separação dos Poderes entre Legislativo e Executivo.

Na viragem para o século XVIII, a função legislativa se tornara o ponto central e é neste período que se tem notícia das primeiras demandas que versam sobre o funcionamento e organização estatal¹¹. Imerso numa estrutura constitucional, cabia ao Legislativo, portanto, garantir tanto a plena simetria das funções do Estado quanto impedir que a estrutura de poder retrocedesse para o modelo arbitrário/totalitário¹². Nesta altura sobressaem duas características, ou seja, uma de matiz democrática e outra liberal¹³, de tal sorte que a primeira estabelecida sob a égide da supremacia do poder daqueles representantes que foram eleitos pelo povo e, portanto, defende a preponderância da soberania popular. Quanto à segunda,

Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional - Colóquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Pg. 59, nota 6.

⁹ Para compreensão deste ponto em que há inserção do conceito de Soberania traçada no século XVI, utilizamos a obra de BODIN, Jean. In *Lex six livres de la République*. Um Abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583. Paris: Librairie Générale Française, 1993. p. 111

¹⁰ *Ibidem*. Para BODIN, a soberania é o poder absoluto. Sobretudo, como veremos a seguir, o exercício desse poder estatal, visto sobre sua noção exclusiva de soberania, não quer dizer que seja realizado de maneira desarrazoada e sem limites, mas sim pensado numa concepção de moderação e acima de tudo legitimada.

¹¹ PIÇARRA, Nuno in A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO DOCTRINA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Editora Coimbra, 1989, pg. 82.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

sobressai uma postura liberal onde nas palavras de PIÇARRA “de matiz essencialmente liberal, impregnada por ideias de equilíbrio, limites internos e fiscalização recíproca.¹⁴”

Neste marco, portanto, havia a prevalência do órgão Legislativo, que apesar do centro de gravidade constitucional estar assente nele¹⁵, há a garantia de equilíbrio e moderação nas atuações do Estado fornecida pelas forças político-sociais¹⁶ presentes naquele período. Estrutura essa, na qual, há a manifestação da teoria política necessariamente exercida pelo rei, os representantes do povo e a nobreza. Garantindo-se assim o compromisso de que toda lei e ação estatal fosse resultado de um compromisso firmado entre estes domínios.

Há uma fase inicial em que esta estrutura formal de poder é exercida de maneira “intra-orgânica¹⁷”, ou seja, realizada exclusivamente pelo Legislativo. De modo que a presença do rei (Poder Executivo) nas atividades exercidas pelo Legislativo era apenas uma forma de moderar suas ações. Dificultando que o Legislador pudesse usurpar das suas obrigações e ultrapassar suas atribuições.¹⁸

Já na sequência da evolução desta teoria, podemos verificar um aprimoramento em que,

“é nesse ponto que a ideia, já sedimentada, de separação-independência orgânico-pessoal entre função legislativa e função executiva (com a qual progressivamente se foi identificando a função governativa) irá influenciar decisivamente a própria configuração da balança dos poderes, inovando-a substancialmente em relação ao modelo anterior: se até então ela se confinava ao interior do órgão legislativo, por influência originária da doutrina de separação de poderes irá agora localizar-se na relação entre o órgão legislativo e executivo¹⁹”.

Neste ponto a relação entre os poderes deixou de ser do tipo “intra-orgânica²⁰” para ser “interorgânica,²¹” pois já falamos na consolidação da função governativa e no trabalho de dois poderes mutuamente independentes em suas funções, ou seja, o Executivo e o Legislativo. Para a evolução e surgimento desta

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, pg.80.

¹⁸ TROPER, Michel *apud* PIÇARRA - *Lá séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 2ª ed., Paris,1980. p. 124 in A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO DOCTRINA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Editora Coimbra, 1989, pg.79.

¹⁹ *Ibidem*, pg. 80.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem* pg. 81.

segunda modalidade, verificamos um contexto cultural e científico próprio da época, ou seja, o Estado é tratado em analogia com “um problema mecânico,²²” que é reforçado pela harmonia entre estes dois poderes. Repercutindo até na estrutura governativa, de modo tal que o Executivo passou a exercer suas funções com maior autonomia em relação ao Legislativo. Os acontecimentos e fenômenos políticos foram, portanto, explicados através das ciências naturais. Podemos ainda reforçar que deu lugar para a

“mecanicamente necessária estrutura funcional do próprio Estado (afinal um mero sinal dos tempos e da racionalidade então dominante que, sobretudo, exigiam a pré-disposição de modelos), que tinha o seu vértice na Assembleia Legislativa²³”.

O modelo anterior que apostava num equilíbrio entre forças político-sociais próprias dos órgãos constitucionais, passa a aprofundar muito mais no viés “técnico-institucionalista²⁴” das funções estatais. Há, portanto, a consolidação de poderes que são subsistentes e que pouco-a-pouco vão assumindo funções diferenciadas. Nesta altura podemos considerar, inclusive, que houve um aprofundamento na garantia da liberdade, sobretudo, através do viés democrático e com vistas à atribuição de um papel crucial que deve ser exercido principalmente pelo Poder Legislativo.²⁵ Há o aprofundamento da diferenciação entre os papéis dos poderes estatais instituídos na época²⁶, bem como a autonomia funcional que cada um devesse ter, justamente

²² *Ibidem*. Podemos considerar ainda que, neste contexto, em razão da equiparação das funções do estado com a mecânica tal como falamos acima, a Constituição passa, portanto, a ser vista “como objecto que faz parte do Estado,” tal como as peças de um relógio. “O problema político transforma-se num problema de mecânica.” Cf. SOUZA, António Francisco de. Revista/Journal - POLIS: REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS POLÍTICOS, Nº 4/5 ISSN 0872 - 8208, P.7 - 42 IISBOA - 1995. DISPONIVEL EM <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/1719>>, acesso em 16/07/2017, p. 10.

²³ Bronze, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito. 2ª edição reimpressa, editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010. p. 359.

²⁴ PIÇARRA, Nuno. Ob. cit. Pg. 81.

²⁵ Bronze, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito. 2ª edição reimpressa, editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010. p. 360.

²⁶ *Ibidem*. pg. 361, o autor deixa claro a importância que se tinha “o poder supremo do Legislativo”, pois era função precípua dele “criar o Direito”. Sendo assim o Legislativo subordinava tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Executivo. Conjectura esta que evidencia a evolução de um modelo “normativista moderno-iluminista” para um “Positivo Legalista” (*Ibidem*). O alcance desta evolução é fruto do contexto anterior onde o Estado de Direito era determinado, principalmente, por dois princípios (*Ibidem*), ou seja, “o da Legalidade” e o da “independência judicial”. O primeiro deles dispunha que “a lei é entendida como estatuto geral e abstrato e formal da prática política e da ação concreta.” (*Ibidem*). Sendo assim, os outros Poderes instituídos deveriam seguir rigorosamente aquilo que era disposto pelas leis. Por isso, podemos considerar nas palavras dele que se atribui “contornos jurídicos aos problemas de ordem política”. Já aqui podemos situar um dos pilares que contribuíram para o surgimento do ativismo judicial que é justificado na judicialização das políticas públicas, ou seja, problemas essencialmente políticos que ganharam contornos jurídicos em razão do movimento

para viabilizar esse modelo de fiscalização. O rei como representante do Poder Executivo e o parlamento do Legislativo são vistos de maneira separada e independentes. O que antes tinha lugar um ato que era expresso entre a vontade real e a parlamentar exercidos em conjunto, foi gradualmente substituído pelo poder de veto real, onde se traduz apenas numa oposição do rei frente ao ato legislativo autônomo e perfeito²⁷.

A evolução até aqui exposta demonstra a importância da consolidação de poderes estatais autorreferentes. Desenvolvimento este que também só foi possível muito em razão dos temas seguintes que elucidam a teoria dos autores clássicos que tratam sobre o tema da separação dos poderes, todos eles com suas similaridades e peculiaridades. Entretanto, com destaque para a teoria de Montesquieu, pois ela trata com certa peculiaridade sobre a construção do Poder Judiciário e a função das leis nesta estrutura.

1.2 – A perspectiva de Montesquieu em relação ao tema da Separação dos Poderes.

Percebemos que a teoria que ele elabora reproduz bem o pensamento político inglês do século XVIII²⁸, ou seja,

“É uma experiência eterna de que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele; vai até encontrar limite (...). Para que ninguém possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”²⁹

Neste ambiente verificamos a necessidade da criação de um poder estatal que esteja assente na noção normativa e num teor de liberdade que esteja intimamente relacionado ao conceito de legalidade. Por isso, na perspectiva de Montesquieu surge a figura do Poder Judiciário para tratar destas questões. Podemos considerar também que, desde o iluminismo, a separação dos poderes

constitucional que se desenvolveram. Quanto ao segundo princípio (independência judicial), podemos perceber que ele garante a liberdade que têm os Tribunais para exercerem suas competências, desde que em conformidade com as leis.

²⁷ *Ibidem*. pg.360

²⁸ Neste contexto, é que temos notícia da primeira vez que houve referência na Constituição sobre a divisão de poderes. Cf. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 436.

²⁹ KÄGI, Oscar Werner - *Zur Entstehung, Wandlung und Problematik Des Gewaltenteilungsprinzipes*, Zurique, 1937, pg. 29 e GWYN, W. B.: - *The Meaning of the Separation of Powers*, New Orleans, 1965, cap.VI *apud* PIÇARRA, Nuno, Ob. Cit. Pg. 90.

funciona como elemento de equilíbrio, justamente como essência e característica da ideia liberal de Estado de Direito³⁰ que se consolidou naquele período. Sendo assim, neste campo iremos percorrer as duas principais esferas que são tratadas na obra DO ESPÍRITO DAS LEIS de MONTESQUIEU, ou seja, o domínio das Leis Naturais e os das Leis Positivas.

1.2.1 - Das Leis em geral.

Esse tópico é muito relevante para a introdução do pensamento proposto pelo autor, pois a Lei tem um especial contorno na estrutura da sua teoria. Portanto, as leis em sua concepção mais ampla,

“ São relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis; a divindade tem suas leis, o mundo material tem suas leis, as inteligências superiores ao homem têm suas leis, o homem tem suas leis. (...) Existe, portanto, uma razão primordial, e as leis são as relações que existem entre esta e os diferentes seres, e as relações entre si desses diferentes seres³¹”.

As leis em sentido amplo, portanto, tomam teor de complexidade e importância no cotidiano das atividades estatais, pois elas devem reger todas as peculiaridades presentes no contexto comunitário e segundo as suas especificidades. Nesta sequência lógica, vêm primeiro as Leis da Natureza, pois elas são responsáveis pela introdução de todas as outras e “decorrem unicamente da constituição do nosso ser,³²” precedendo até mesmo a própria sociedade.

1.2.1.1 - Das Leis da Natureza.

Este domínio compreende três campos: A primeira lei natural corresponde à ideia de um criador e objetiva simplesmente “a conservação de seu ser antes de procurar sua origem³³”. A segunda lei natural está assente na necessidade de que

³⁰ Estado este que nesta conjuntura liberal, objetiva o domínio jurídico do Poder. Pois, bem podemos considerar “o Estado de Direito de legalidade formal que foi a tentativa histórico-culturalmente consonante de solucionar juridicamente o problema do Poder.” E é neste Estado de Direito de “Legalidade formal” que podemos evidenciar principalmente três princípios, ou seja, “O princípio da separação dos poderes, o princípio da legalidade e o princípio da independência e da função meramente aplicadora do Poder Judicial.” Vide Bronze, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito. 2ª edição reimpressa, editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010. p. 356.

³¹ Cf. MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et). O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Do espírito das Leis, p. 17.

³² *Ibidem*, p. 19.

³³ *Ibidem*.

tem o indivíduo de procurar seu alimento³⁴. Nesta fase, o homem teria noção de sua fraqueza e, conseqüentemente, ficaria temeroso e esse temor serviria para afastar os homens uns dos outros. Este “sentimento de temor recíproco³⁵” aliado às outras necessidades naturais dos indivíduos levariam os homens a se reaproximarem. Na terceira Lei Natural percebemos o fascínio “que os dois sexos inspiram-se mutuamente³⁶”, reforçando a reaproximação dos indivíduos. Por fim, encontramos a quarta e última Lei Natural que corresponde à necessidade que tem os indivíduos de associarem-se uns aos outros para a “busca do conhecimento³⁷”.

Até este ponto do desenvolvimento percebemos a importância que têm as Leis da Natureza na formação da sociedade civil. Possibilitando, inclusive a formação das Leis Positivas, tema do tópico subsequente.

1.2.1.2 - Das Leis Positivas.

Neste ponto pressupomos que os indivíduos já se encontram reunidos em sociedade, muito em razão das Leis da Natureza. Sendo assim, aquele temor presente na comunidade, aos poucos, vai desaparecendo e dando lugar ao direito das gentes,³⁸ por exemplo. Este diploma ditava as regras que deveriam orientar a tratativa entre indivíduos de sociedades distintas, assim como também de uma comunidade em relação à outra. As leis ainda deveriam estipular o campo do direito político de tal modo,

“Que diz respeito a todas as sociedades, existe um direito político para cada uma. Sem um governo, nenhuma sociedade poderia subsistir. ‘A reunião de todas as forças particulares³⁹’, forma aquilo que denominamos *Estado Político*⁴⁰”.

Como exposto acima, as leis eram o meio hábil para determinar as especificidades para que determinada sociedade pudesse prosperar. Afirma ele ainda que a Lei seja “a união destas vontades⁴¹” e que, sobretudo, esta ordem respeita e é estruturada nos pilares de um conceito segundo o qual,

³⁴ *Ibidem*, p. 20.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 21.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 22.

“A lei, em geral, é a razão humana, uma vez que ela governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem representar apenas os casos particulares em que se aplica essa razão humana⁴²”.

As leis, portanto, devem ser de tal forma, adequadas ao povo e são a expressão da racionalidade dele como dito acima. Tanto é que,

“As leis devem ser relativas ao físico do país, ao clima frio, quente ou temperado; à qualidade do solo, à sua situação, à sua extensão; ao gênero de vida dos povos, agricultores, caçadores ou pastores; devem relacionar-se, também, com o grau de liberdade que sua constituição pode permitir; com a religião de seus habitantes, suas inclinações, riquezas, número, comércio, costumes, maneiras. Enfim, elas se relacionam entre si e também com sua origem, com o objetivo do Legislador, com a ordem das coisas sobre as quais estão estabelecidas. É desse ponto de vista, portanto, que é necessário considerá-las⁴³”.

Neste diapasão podemos constatar a importância e a primazia da Lei na consolidação, regulação e conservação da sociedade, para além do estabelecimento da separação dos poderes enquanto princípio. Justamente pelo fato de ela reproduzir as peculiaridades de determinada comunidade e, por isso, também determina a ordem que deve prevalecer para que a sociedade possa se conservar.

Entretanto, esse apego à lei também foi reproduzido e desenvolvido ao longo dos anos, trazendo alguns reflexos indesejados, sobretudo no campo jurídico-filosófico e metodológico⁴⁴ que será desenvolvido mais profundamente noutras partes do trabalho.

1.2.2 – Montesquieu e o Poder exercido nos limites normativos.

A principal contribuição deste autor que nos é útil está na noção de que a liberdade, inclusive dos poderes estatais, está intimamente ligada “no poder agir nos

⁴² *Ibidem*. Neste ponto podemos perceber um elo entre a teoria de MONTESQUIEU e a de IMANNUEL KANT, pois neste ponto sobressai o teor racional de que se vale a lei enquanto expressão da razão humana.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Neste campo é importante adiantar o apego à literalidade da lei como orientação de que se valia o jurista na execução de sua atividade sob a influência da escola da EXEGESE, por exemplo. Por referência temos a obra desenvolvida pela Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio, onde a autora salienta este momento de viragem para o Direito em que, “o direito natural como modelo para o direito positivo, abandona toda a fundamentação metafísica. Do que decorre um novo sentido para o direito, e – Como expressão deste para a lei. Gradualmente, afirma-se uma dualidade entre o direito natural e o direito positivo”. Cf. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. In BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO – ESTUDOS NO CURSO DE MESTRADO – O CULTO DO TEXTO DA LEI NA ESCOLA DA EXEGESE: SEU SENTIDO E LIMITES. Nº 79, UNIVERSIDADE DE COIMBRA, COIMBRA – PORTUGAL, 2003, p. 683.

limites da lei.⁴⁵” Trazendo traços de legalidade para as funções dele, ou seja, uma razão eminentemente “normativa⁴⁶”. Criando talvez a possibilidade e necessidade de criação de um órgão em específico responsável por esta função: O Poder Judiciário.

Este autor reforça também a garantia de liberdade para os cidadãos, valor este que recebia substancial estima para o contexto da Era da Modernidade. O exercício da liberdade, portanto, só seria possível através da execução de um governo que manifestasse o seu poder de maneira moderada, numa estrutura formal em que não tivesse lugar o abuso de poder⁴⁷ tomado pelo Estado e que era garantido, portanto, pelo controle normativo. Desse modo, fica latente a separação tripartite que é vista nas funções estatais diante de uma pretensão “de natureza integralmente jurídica e não política⁴⁸”. Podemos considerar também, diante desse contexto, pela primeira vez se fala numa visão de repartição de poder que beneficia os governados e que conseqüentemente visa obter a legitimação do exercício do poder político que deve se manifestar em consonância com a ordem normativa.

1.2.3 - O precedente originário da tripartição funcional entre Legislativo, Executivo e Judiciário no marco teórico de Montesquieu.

Durante o século XVII, algumas constituições começaram a tratar de maneira mais abrangente alguns direitos, dando-lhes contornos de natureza jurídica e que noutros contextos históricos eram exclusivamente de natureza política. Muitas destas medidas estão preocupadas com o bem-estar da população em geral e que refletem as preocupações do Estado segundo sua evolução histórica⁴⁹, mas também deu margem para a interpretação jurídica alargada e proativa.

⁴⁵ Cf. PIÇARRA, Nuno. Op. Cit. Pg. 90.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. São Paulo: editora Malheiros, 1999, p. 139.

⁴⁸ GERIG, Nobert in *Parlament-Regierung-Opposition: Dualism als Voraussetzung für eine Kontrolle der Regierung*, Alemanha 1969, cit., pg. 220 *apud* PIÇARRA, in A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO DOUTRINA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Editora Coimbra, 1989. Pg. 92.

⁴⁹ Neste desenvolvimento encontramos “os direitos de primeira geração que podem ser assim identificados: Igualdade, liberdade e propriedade.” Já na altura do século XIX verificamos a superação dos direitos de primeira geração pelos da segunda geração, ou seja, engajados no desenvolvimento de políticas sociais e consolidação de direitos que antes eram exclusividade do desenvolvimento do campo político, dando a estes alguns contornos jurídicos, inclusive. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 525.

Seguindo o raciocínio da proposta de Montesquieu, ele firma a ideia do Estado que deveria ser composto por três esferas de poder, quais sejam:

“O Poder Executivo, que teria atribuição de decidir assuntos inerentes às questões de direito internacional ou, simplesmente, o Poder Executivo do Estado que é o poder de fazer paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O Poder Legislativo, que se traduz no poder de fazer leis, por certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas. E, por fim, o Poder de Julgar ou o poder executivo das coisas que dependem do direito civil ou o poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.⁵⁰”

Diante do exposto, verificamos o surgimento de um Poder que tem por finalidade a função majoritária de “julgar e decidir” as funções estatais conforme as leis dispõem. De modo que o ente público na figura de seu agente deve estar muito mais atento ao atendimento da legislação vigente quando for executar suas prerrogativas.

Nesta teoria fica clara a distinção entre a função do Poder Legislativo e a do Poder Judiciário, uma vez que cabe aos “juízes da nação apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que lhe não podem moderar nem a força nem o rigor.⁵¹” Por isso, o fenômeno do ativismo só se fez presente depois de alguns anos, pois neste contexto a atividade deste poder ainda sofria muitas limitações. A figura da lei surge como elemento auto subsistente e que fornece os critérios suficientes para o exercício das funções do Poder Judicial. Restaria ao juiz, portanto, uma ação puramente lógica e que não contribui em nada para um juízo decisório constitutivo que é requerido atualmente. A função do juiz nestes termos se resumiria pura e simplesmente na aplicação mecânica e lógico-silogística presente na literalidade do texto legal, sobre o qual haveria consistência absoluta⁵² e, por isso, falamos que neste período o ativismo ainda não era problema.

Ademais, nesta ocasião nos resta suficiente considerar que através dos ensinamentos de Montesquieu, podemos perceber o nascimento, a necessidade e a importância do surgimento do Poder Judiciário como forma de aprimorar a estrutura de equilíbrio do poder estatal. Quanto à separação entre o Poder Judiciário e o

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ MONTESQUIEU, Charles *apud* PIÇARRA – *De l’Esprit des Lois* (1748), edição de Viktor Goldschmidt, Paris, 1979, XI,VI, p. 296. IN Ob. Cit, Pg. 96.

⁵² *Ibidem.*

Poder Executivo, ele deixa bem claro ao dizer que se eles não fossem separados, “o juiz poderia ter a força de um opressor⁵³”. Completa ainda dizendo o seguinte,

“se o titular do Poder Executivo for simultaneamente o juiz, cessam todas as formalidades dos julgamentos e fica postergado o princípio de que ninguém deve ser juiz em causa própria, pois é aquele quem acusa criminalmente, quem confisca, quem comuta e indulta penas⁵⁴”.

Dessa maneira, fica clara a adequação orgânica e estrutural do Estado que é atingida mediante a garantia da separação de poderes entre o Poder Executivo e o Judicial. Mesmo porque a estrutura estatal desenvolvida deste modo traz a característica de tecnicidade e imparcialidade no desenvolvimento das funções dele.

1.2.4 – O Poder Judiciário diante do Estado Liberal sob a análise da jurisdição na obra de Montesquieu.

Sob a égide do Estado Liberal a teoria de Montesquieu apresentava algumas peculiaridades. Uma delas diz respeito sobre a regra de competência para o Judiciário, de modo tal, que era estipulada tomando por consideração a procedência social do acusado. Cada estamento receberia, portanto, uma “justiça⁵⁵” e os magistrados eram competentes para julgar de acordo com este raciocínio, ou seja, eram competentes apenas para julgar os seus pares. O exercício do Poder Judiciário neste contexto estaria muito mais voltado para uma “especial legitimidade democrático-corporativa, pois os juízes que são eleitos temporariamente dentro de sua respectiva ordem social”⁵⁶.

Cabia ao juiz, neste contexto, apenas a competência de aplicar a lei, pois cabia apenas ao parlamento a manifestação da “vontade geral⁵⁷”. Podemos considerar nesse período que havia uma realidade que afastava e delimitava o debate que poderia ser criado entre a política e o direito. Cabendo ao Judiciário,

⁵³ MONTESQUIEU, Charles *apud* PIÇARRA – *De l'Esprit des Lois* (1748), edição de Viktor Goldschmidt, Paris, 1979, XI, XVIII, p. 319. ob. cit. Pg. 99.

⁵⁴ Montesquieu, Charles *apud* Piçarra – *De l'Esprit des Lois* (1748), edição de Viktor Goldschmidt, Paris, 1979, XI, VI, p. 295. Ob. Cit. Pg. 100.

⁵⁵ MONTESQUIEU, (Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et). O espírito das leis. *Ob. Cit.*, p. 295 - 303.

⁵⁶ RANGEL, Paulo Castro. Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 121.

⁵⁷ RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, estado e legitimação. FARIA, José Eduardo (org). Direito e justiça: a função social do Poder Judiciário. São Paulo: Atlas, 1997, p. 74.

portanto, se limitar⁵⁸ à sua concepção imparcial e neutra, onde não poderia confrontar uma decisão política que se converteu em regra jurídica, ou seja, lei⁵⁹.

Decerto que a proposta realizada por Montesquieu resultou em frutos posteriores, sobretudo, na doutrina Constitucional. No século XIX, por exemplo, conseguimos enxergar o surgimento dos Tribunais Administrativos e das Cortes Constitucionais especiais, que segundo entendimento de CAPPELLETTI se atribui pelos desdobramentos do desenvolvimento da concepção liberal do Estado de Direito, dando margem para que os juízes fizessem revisão das leis administrativas e judiciais⁶⁰. Entretanto este progresso trouxe consigo também o ativismo judicial. Na sequência traremos as contribuições de Locke para a estrutura estatal da separação dos poderes.

1.3 – A teoria de Locke e o Princípio de Separação dos Poderes.

No tocante a racionalidade de Locke,⁶¹ ele apresenta um raciocínio muito mais voltado para a influência histórico-política presente na estrutura da separação dos poderes do que os outros referenciais. Pensamento este que de maneira quase simbiótica assimila características de juridicidade como elemento pressuposto de formação da própria sociedade civil.⁶²

Já sua compreensão em contraste com a de Montesquieu, verificamos que LOCKE conceituou a separação dos poderes muito mais pela “distinção das atividades do estado⁶³” do que aquela noção essencialmente normativa⁶⁴ que

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. Revista Española de Derecho Constitucional, a. 6, n. 17, p. 9-47, mayo/ago. 1996, p. 23.

⁵⁹ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobato. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. Revista de Sociologia e Política. Curitiba: UFPR, n. 17, p. 42 - 52, nov. 2001, p. 46.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 16, nota 18.

⁶² *Ibidem*, p. 16. Um ponto peculiar do pensamento de Locke, é que ele não faz referência ao Poder Judiciário em separado e de maneira autônoma em relação aos outros poderes. Sobretudo, ele dá importância para o fator da juridicidade, mas inserida no contexto da sociedade civil. De tal sorte que não há como conceber a sociedade civil sem esta característica jurídica, pois no “estado de natureza subsiste as ameaças da guerra civil que integra em razão da fragilidade da natureza humana” (*Ibidem*). Locke não coloca no mesmo patamar da estrutura estatal o Poder Judiciário e o Constituinte. Ademais, podemos inferir que “é o Poder Constituinte que introduz o direito no Estado e que permite a eficácia da realidade jurídica do governo civil.” Cf. GOYARD-FABRE. *Souveranite et citoyennete dans la pensee literate de Locke*, in: *Cahiers de philosophie politique etjuridique*, n. 04, 1983, pp. 123 - 127. *apud* SOUZA, António francisco de. *Ibidem*, p. 17. Isto significa que o elemento de poder se aproxima muito mais de sua característica política do que jurídica.

⁶³ *Ibidem*, p. 11.

encontramos naquele. Está subjacente muito mais o interesse público que é garantido pelas Leis Naturais e, por isso, a necessidade de separação dos poderes, como garantia de proteção de alguns bens que nessa época eram substanciais,⁶⁵ como é o caso da propriedade privada. O Legislativo tem senão um aval de representação para defender interesses como este, visto que o poder soberano dele⁶⁶ não pode contrariar o do povo, pois “todo poder dado pelo povo ao Legislativo destina-se a um determinado fim,⁶⁷” que é o que chamaremos de interesse público. Neste marco histórico estamos diante do Estado Liberal de Direito, entretanto, o que podemos enxergar é que ele parte muito mais de uma perspectiva teórica política⁶⁸, enquanto Montesquieu parte de um viés mais normativista-legalista. Com isso, Locke cria também um paradigma que estatui um elo entre as questões de “separação dos poderes, contrato social e da estrutura política constante na Monarquia mista.⁶⁹”

Na análise do pensamento dele, temos que ter em conta que ele foi filósofo e pedagogo, motivo esse que pode ter interferido substancialmente na estrutura da racionalidade por ele desenvolvida, ou seja, calcada no precedente histórico-político em que viveu⁷⁰. Na elaboração da estrutura estatal de sua teoria ele defende a

⁶⁴ Percebemos, portanto, que o pensamento de Montesquieu pauta-se muito mais para a “liberdade Normativa,” com vistas a limitar o abuso de poder. Cf. KÄGI, Oscar Werner - Zur Entstehung, Wandlung und Problematik Des Gewaltenteilungsprinzipes, Zurique, 1937, pg. 29 e GWYN, W. B.: - The Meaning of the Separation of Powers, New Orleans, 1965, cap.VI apud PIÇARRA, Ob. Cit. Pg. 90.

⁶⁵ Tanto é que um dentre os limites do Poder Legislativo é justamente a intervenção na propriedade, de modo que cabe a ele a “conservação dela.” Cf. LOCKE, John. Two Treatises of Government (2ª parte, Capítulo XI, p. 123) apud FRANCISCO DE SOUZA, António. *Ibidem*, p. 24. Neste ponto, o pensamento dele não se distancia tanto do que foi proposto por Montesquieu, pois ainda nos referimos ao Estado Liberal, onde está pressuposto a Liberdade e a Propriedade como bens garantidos, inclusive pelas Constituições que até então eram propostas. Entretanto, no pensamento de Locke a noção de propriedade engloba “a própria vida e liberdade” (op. Cit. 2ª parte, p.123 apud FRANCISCO DE SOUZA, António ob. cit. pg 26).

⁶⁶ Percebemos que o Poder Legislativo ainda suporta muita relevância neste contexto, sendo considerado “Poder Supremo”, tanto é que “se imputava a criação do Direito” a este Poder. Cf. vemos em BRONZE, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito, Ob. Cit. p. 360.

⁶⁷ FRANCISCO DE SOUZA, António. Ob. Cit. p. 20.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁹ *Ibidem*. p.12.

⁷⁰ Neste ponto, pudemos perceber claramente sua intenção de procurar combinar pretextos racionais com caracteres históricos no desenrolar de seu pensamento. Desenvolvimento este que fosse capaz de “se traduzir no estabelecimento de um laço de continuidade suficientemente sólido entre as soluções políticas concretas encontradas em 1968 e os dados da reflexão filosófico/política, de modo que o conjunto parecesse racional.” Cf. SOUZA, António Francisco de. *Ibidem*, p. 12. Completa ainda na mesma página da referência, ao citar a obra *Two Treatises of Government*, que Jonh Locke pretendeu “justificar os efeitos Constitucionais da Revolução de 1688.” Onde houve, por exemplo, a “Declaração dos Direitos de 1689” (*Ibidem*).

tríade dos poderes na formação do Estado, ou seja, o Poder Executivo, o Federativo e o Legislativo⁷¹.

A base teórica por ele defendida está calcada no “contrato social, individualismo, igualdade política, soberania popular, princípio majoritário e delegação.”⁷² O questionamento que nesta altura podemos fazer é em relação à omissão que este autor faz em relação ao Poder Judiciário na separação dos poderes. Dito isso, não quer dizer que ele não tenha disposto sobre a natureza jurídica que as funções estatais deveriam desenvolver, pois ele atribui esta prerrogativa ínsita, principalmente, no Poder Federativo.

Inicialmente, Locke faz referência ao “estado de natureza⁷³” e algumas inconveniências dele decorrentes e, por isso, a “falta de um juiz comum e imparcial, com autoridade para acabar com as controvérsias.”⁷⁴, mas atrelado ao Poder Federativo. Feita as devidas considerações preliminares, iremos passar para a análise estrutural desta tríade de poderes proposta por ele, para ao final tecer algumas considerações finais acerca do seu pensamento.

1.3.1 - Sobre o Poder Legislativo.

O Poder Legislativo além de ser um poder supremo, é inviolável em suas funções. A sua legitimidade decorre da confiança que lhe é atribuída pela sociedade. Cabendo, pois a este poder a conservação da sociedade que depositou sua confiança nele⁷⁵. O Legislativo, portanto, além de incorporar um papel de destaque nas atividades estatais, é representante da “alma do Corpo político.”⁷⁶ Este autor não trabalha de maneira profunda sobre o conceito das leis tal como fez Montesquieu, mas no seu pensamento vemos muito mais o viés “da defesa da comunidade de homens livres pela entrega do poder de fazer as leis à própria comunidade: o que acaba por ser o parlamento⁷⁷”. Através dele há a construção de

⁷¹ SOUZA, António Francisco de. *Ibidem*, p. 12.

⁷² *Ibidem*, p. 20.

⁷³ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁴ LOCKE, John. LOCKE, JOHN: Two Treatises of Government, 1690. 2, cap. IX, p. 125 *Apud* SOUZA, António Francisco de. *Ibidem*, p. 13.

⁷⁵ SOUZA, António Francisco de. *Op. cit.*, p. 18.

⁷⁶ LOCKE, John. Two Treatises of Government, 1690. 2, cap. XIX, p. 212 *Apud* SOUZA, António Francisco de. *Op. Cit.*, p. 17.

⁷⁷ Cf. R.E.Souares – O princípio da legalidade, *cit.*, p. 171. *apud* SOUZA, António Francisco de, *Ibidem* p. 18.

leis positivas⁷⁸ que salvagam o indivíduo de gozar de maneira plena a sua propriedade, por exemplo. Consequentemente há também a defesa do bem comum e do interesse público respaldado pela vontade geral.

Acabamos por explicitar uma característica essencial do Legislativo no pensamento aqui referenciado, ou seja, a função de elaborar leis que fazem parte da própria formação da sociedade civil e que visam conservá-la sempre respeitando o consentimento e a representação de todos os indivíduos. O fundamento, portanto, de que se vale o autor para justificar e legitimar tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo⁷⁹ é a renúncia da liberdade original de que devem fazer todos os indivíduos para se constituírem em sociedade, entregando esta prerrogativa para as instituições políticas⁸⁰. Nesse espírito de confiança, caberia ao povo a responsabilidade de alternar ou rejeitar o governante, caso este agisse em desacordo com aquilo que houvesse influenciado a sociedade na escolha dele como tal.

Apesar do Poder Legislativo cumprir papel importante nesta estrutura, o poder absoluto e legitimado dele encontra sua justificativa no consentimento e representatividade popular. De tal maneira que a sociedade está protegida e garantida de seus legisladores que “loucos e perversos, planeiem e executem desígnios contrários à liberdade e propriedade dos súditos.”⁸¹

Respeitados os pressupostos de legitimação do Legislativo restaria ao povo, portanto, obedecer aos comandos dispostos pelas leis positivadas. Cabendo ao legislador estatuir leis que: tenham como objetivo o “bem público⁸²”, desenvolvam um governo que disponha de leis iguais para todas as classes sociais; impossibilitem a delegação do poder para onde preliminarmente o povo assim não estipulou ou

⁷⁸ LOCKE, *ob. cit.* 2ª parte capítulo XI, pg. 502 – 503 e capítulo XII, p. 515.

⁷⁹ Quanto ao Poder Legislativo, uma vez revestido pela prerrogativa de ditar as leis, cabe ao povo, ao executivo e a ele mesmo a obediência em relação àquela. Com isso, a definição da distinção e separação das funções do Legislativo em relação ao Executivo é de suma importância nesta perspectiva. De maneira que percebemos a transitoriedade das funções legislativas e a permanência do exercício do Poder Executivo, sendo certo que não é conveniente atribuir o poder de executar as leis ao Poder Legislativo, pois há “uma tentação demasiado grande para a fragilidade humana capaz de assenhorar-se do poder que as mesmas pessoas têm o poder de elaborar leis tenham também em mãos o de executá-las, com o que podem isentar-se da obediência às leis que fazem e adequar a lei, tanto no elaborá-la como no executá-la, à sua própria vantagem particular”, vide LOCKE, *ob. cit.* 2ª parte, cap. XII, p. 514 – 515.

⁸⁰ LOCKE, John: *Two Treatises of Government*, 1690. cap. VI, p. 90 – 91. *Apud* SOUZA, António Francisco de. *Ob. cit.*, p. 25.

⁸¹ FRANCO BASSI, *Divisione dei Poteri, Novissimo Digesto Italiano*, p. 475 *apud* SOUZA, António Francisco de. *Ob. Cit.* p.20.

⁸² LOCKE. *Ob. cit.* Cap. XI, p. 503.

consentiu e Leis que não determinem tributos de modo que o povo não consentiu previamente⁸³.

Em relação ao conceito de Lei, notamos que ele parte de referencial simples e um tanto quanto peculiar, ou seja, admite uma “norma previamente escrita e plenamente independente de sua aplicação e soluções para os problemas jurídicos concretos.⁸⁴” A delimitação dos poderes estaria assim garantida pela disposição material que detêm o Poder Legislativo em relação às leis e ao Poder Executivo de assegurar que ela se cumpra⁸⁵. O conceito de lei, portanto, parte da noção de um Legislativo emancipado e também serve como base institucional⁸⁶ para a separação dos poderes. Por isso, cabe a ele também a tarefa de destituir qualquer representante dos outros poderes (Executivo e Federativo), assim como também punir aquele que no exercício de suas funções execute a “má administração⁸⁷” das leis.

Em relação ao respeito do bem público, deve o Legislador não possuir mais poder do que antes de receber essa confiança popular. De modo que ele deve exercer uma atividade que tenha o fulcro da conservação do ser humano que encontra justificativa na lei fundamental da natureza de modo que “nenhuma lei pode ser boa ou válida se for contrária à conservação do Homem.⁸⁸” O legislativo ocupava um valioso papel nesta teoria, entretanto, suas funções eram limitadas pela intervenção na propriedade dos indivíduos que deveria ser moderada e pela não delegação de suas competências para outra entidade, por exemplo. Mesmo porque a “concessão que é realizada para os legisladores é a de fazer leis e não

⁸³ *Ibidem*, p. 502 - 503.

⁸⁴ CASTANHEIRA NEVES. António. O INSTITUTO DOS <<ASSENTOS>> e a Função Jurídica dos Tribunais Federais - Reimpressão, in Coimbra Editora. Coimbra, Portugal. 2014, p. 579.

⁸⁵ Ou seja, garante que o papel da “primazia da lei” (SOUZA, António Francisco de. *Ob. Cit.* p. 21) se cumpra e como nas palavras de R. Soares que “convinha ter a segurança de que a máquina da Administração ficasse subordinada aquelas mesmas leis que o parlamento criou e, desse modo, impedido de agredir a sociedade civil nos sectores que ela observou para o seu domínio. Para se alcançar esta defesa era então necessária que, não só no mundo da privacidade, mas também no diálogo entre privados e poder público, se reconhecesse a soberania da lei, o que quer dizer o domínio do parlamento, forma condensada e representativa da sociedade. Estão assim criados os pressupostos do princípio da legalidade da Administração” (cf. R. Soares in princípio da Legalidade, cit. pg. 171 *apud* SOUZA, António Francisco de. *Ob. Cit.* p. 21).

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ LOCKE, John. In two Treatises of government, cap. XII, p. 156 *Apud* SOUZA, António Francisco de. *Op. Cit.* p.28.

⁸⁸ LOCKE, John. In *two Treatises of government*, cap. XI, p. 136 *apud* SOUZA, António Francisco de. *Op. Cit.* p. 23.

legisladores.⁸⁹ Na sequência iremos tratar sobre o Poder Executivo na teoria de Locke que no exercício de suas funções em conjunto com o Legislativo ocupa papel crucial na garantia da harmonia entre os poderes estatais.

1.3.2 - Sobre o Poder Executivo.

Pelo fato das leis terem aplicabilidade perene e indeterminada, nesse caso, faz-se necessária a presença de um órgão que garanta a sua plena aplicabilidade. Referimo-nos, portanto, ao Poder Executivo, pois nesta perspectiva de Locke, concentra nele a responsabilidade principal de execução das leis que estão em vigor⁹⁰. O Legislativo ainda quando do exercício de sua atribuição e quando estiver reunido, ainda é o Poder Supremo da República. Entretanto, em alguns casos é substituído pelo Executivo, ou seja, quando aquele não estiver reunido em exercício das suas funções e nas estruturas republicanas⁹¹, nas quais, este participa nas atividades daquele. Mesmo assim, nesta ocasião referimos que o “juramento de fidelidade e lealdade prestado é feito como detentor do supremo poder executor da lei e não como supremo Poder Legislativo,⁹²” justamente para garantir a supremacia do Legislativo nas questões desta ordem. Nestas ocasiões excepcionais cabe ao Poder Executivo a tão simples tarefa de encarnar a própria vontade da lei, conservando sua responsabilidade de garantia da aplicabilidade dela.

Pode ainda o Executivo, sob a justificativa da garantia do bem público, convocar ou dissolver o Poder Legislativo. Estamos aqui nos referindo às situações urgentes e que, de fato, estejam amparadas pelo interesse público e não numa ação puramente arbitrária⁹³. Aqui neste momento tratamos de algumas finalidades que podem tomar contornos jurídicos nesta conjuntura da teoria de Locke, pois neste ponto o autor define uma linha bem específica que está assente naquilo que podemos considerar que seja a “promoção do bem público.⁹⁴” Devendo ainda a lei

⁸⁹ LOCKE, John. In *two Treatises of government*, cap. XI, p. 141 *apud* SOUZA, António Francisco de. *Op. Cit.* p. 25.

⁹⁰ LOCKE, John. In *two Treatises of government*, cap. XII, p. 144. *apud* SOUZA, António Francisco de. *Op. Cit.* p.27.

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² LOCKE, John. In *two Treatises of government*, cap. XIII, p. 151 *Apud* SOUZA, António Francisco de. *Op. Cit.* p.27.

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ LOCKE, John: *Dois Tratados Sobre o Governo; Ob. Cit.*, pgs. 528 – 536. Nesta função ou prerrogativa, podemos considerar que o Poder Executivo poderia convocar a assembleia do poder

dar uma margem de atuação para o Executivo, possibilitando ao governante a prerrogativa de atenuar a severidade da lei e, em algumas situações, perdoar alguns infratores desde que justificado num bem público substantivo e que não subverta prejuízos para os inocentes⁹⁵. Estamos, portanto, diante de um poder discricionário da esfera Executiva justamente pela presença das seguintes razões⁹⁶: 1 – o Legislativo nem sempre está reunido, então cabe muitas das vezes ao Executivo atuar no sentido de provocar o Legislativo para exercer suas funções; 2 – Dar uma solução para os casos em que a lei é lacunosa⁹⁷; 3 – Existem casos em que a aplicação da lei pode resultar em danos às pessoas que a infringiram, nesta situação cabe ao Executivo intervir no sentido de flexibilizá-las para resolver o problema; 4 – O Legislativo é composto por um número considerável de parlamentares. Circunstância esta que faz com que ele se torne mais lento, ainda mais se ficar com a atribuição de execução das leis; 5 – em razão da morosidade do Poder Legislativo, é impossível prever de maneira previa e razoável todas as ocorrências no contexto social que envolva o bem público. Fazendo, pois a necessidade da interveniência do Governante.

Então diante destas situações verificamos que a teoria proposta por Locke, prevê um nível de atuação específica do Poder Executivo, ou seja, quando o Legislativo demonstrar-se ineficiente na tutela do Bem Público⁹⁸. A propósito ele diz que a prerrogativa era utilizada respeitando apenas uma regra, ou seja, no silêncio das poucas leis que se contava, fazia-se necessária a interveniência do Executivo para que fossem assegurados os bens públicos. Entretanto, numa altura, os governantes utilizaram-se deste artifício para benefício próprio, fazendo desvio desta função que deveria atender ao interesse popular. Esta situação fez com que esta

Legislativo para a função de promover o interesse público, estipulando inclusive o seu tempo de duração. Para o bom desenvolvimento de monarquias moderadas, em que o Poder Legislativo e Executivo são exercidos por pessoas diferentes, é razoável que este tenha esta margem de discricionariedade. Vide Também, BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt* (1957), 2.^a ed. Berlim 1980. *Apud* SOUZA, António Francisco de. *Ob. Cit.* p.29.

⁹⁵ LOCKE, John: *Dois Tratados Sobre o Governo*; *ob. Cit.* p. 529.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 530.

⁹⁷ *Ibidem*. p. 532.

⁹⁸ *Ibidem*. Podemos ainda nesta mesma referência asseverar o seguinte teor: “a prerrogativa só pode ser a permissão dos povos para que seus governantes pratiquem diversos atos por sua livre escolha, onde quer que a lei silencie e, por vezes, até contrariamente à letra expressa da lei, para o bem público e, ainda, a aquiescência do mesmo povo nisso quando praticado.” Desse modo, tem legitimidade para agir consoante a sua prerrogativa o Poder Executivo, mas sempre limitado por aquilo que dispõem a lei e no intuito de defesa daquilo que o autor determina como “bem público”.

prerrogativa ou discricção fosse limitada⁹⁹ tal como verificamos acima no parágrafo anterior, pois ela passou a respeitar uma série de requisitos e justificativas. Respeitando, portanto, um processo para que esta ação política seja válida, pois a responsabilidade da qual tratamos, em hipótese alguma deve ser vista como “um poder arbitrário para fazer coisas perniciosas ao povo¹⁰⁰”. Na sequência, falta ainda percorrer as instâncias do Poder Federativo para selar a estrutura de separação dos poderes de Locke, mas percebemos de antemão a importância das instâncias políticas na estrutura de separação de poderes proposta por ele.

1.3.3 - Do Poder Federativo.

Esta esfera de poder também pode ser relacionada ao termo de poder natural,¹⁰¹ pois tem correspondência com aquela esfera de poder que cada indivíduo possuía antes de constituir a sociedade civil. Surge, portanto, a necessidade da sociedade civil se organizar para suprir as insuficiências do estado de natureza e garantir que as leis positivadas sejam respeitadas e cumpridas. Esta consideração é relevada, principalmente, sob o ponto de vista externo. De tal modo, que qualquer ação intentada por um estrangeiro a quaisquer cidadãos de uma determinada sociedade representa uma agressão a comunidade que ele pertence como um todo. A sociedade enquanto dimensão política,¹⁰² portanto, constitui um corpo que sob o ponto de vista externo das outras nações e comunidades ainda conserva seu estado natural.¹⁰³ O Poder Federativo tem, portanto, a capacidade de declarar, “guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com as pessoas e sociedades políticas externas.¹⁰⁴”

No ensinamento do autor percebemos a importância que se tem o exercício das atividades do Estado que é de natureza essencialmente política e com respeito ao bem público. Respeitando a representatividade legislativa de que toma

⁹⁹ *Ibidem*, p. 531.

¹⁰⁰ LOCKE, John. *In two Treatises of government*, cap. XIV, p.167 *apud* SOUZA, António Francisco de. *Ob. Cit.* p.31.

¹⁰¹ LOCKE, John – *Dois Tratados Sobre o Governo*, *Ob. Cit.*, p. 515.

¹⁰² *Ibidem*, p. 516.

¹⁰³ O estado natural, no qual fazemos referência, é aquele em que “todos os homens naturalmente estão, o qual é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo que julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem”, ou seja, o Estado de Natureza. *Ibidem*, p. 382.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.516.

emprestado o poder de que é de posse do povo. Quanto à esfera jurídica percebemos que ela está ínsita na construção da sociedade civil e encontra guarida no poder Federativo, pois este é o responsável pelas questões desta ordem. Na sequência traremos a teoria de Rosseau, bem como a sua contribuição para a teoria da separação dos poderes.

1.4 – A teoria de Rosseau e o princípio da separação dos Poderes.

Este autor, assim como nos outros, ajuda na compreensão da estrutura estatal, já que trata “das máximas do governo e das regras do direito civil.¹⁰⁵” Ele, portanto, não faz referência simplesmente à administração do corpo social, mas também da sua constituição política. Na introdução de seu pensamento chega a dizer o seguinte:

“As nossas necessidades aproximam-nos uns dos outros à medida que as nossas paixões nos dividem, e quanto mais nos tornamos inimigos dos nossos semelhantes menos podemos passar sem eles.¹⁰⁶”

Decerto que ele vai partir do estado de natureza para elaborar a sua teoria, reconhecendo a importância de uma constituição política. Que está muito relacionada, assim como no autor anterior, com o equilíbrio entre o Poder Legislativo (soberano) e o Poder Executivo (governo) e a vontade pública e privada.

1.4.1 - Sobre o Estado de Natureza e a Vontade Geral.

No estado de natureza há uma gama de relações que num primeiro momento são desconexas, “sem regras¹⁰⁷” e que são precárias o suficiente para sujeitarem-se constantemente às mudanças. A “paz e a felicidade¹⁰⁸” nesse contexto são apenas uma dentre as faces de uma série de acontecimentos aleatórios. No estado de natureza, o indivíduo tem compromisso apenas com as suas paixões.¹⁰⁹ Esta situação evidencia a fraqueza e a miserabilidade humanas que, numa oportunidade

¹⁰⁵ ROSSEAU, Jean-Jacques in CONTRATO SOCIAL (Manuscrito de Genebra) – Tradução Manuel João Pires e Introdução e Notas de João Lopes Alves, editora círculo de Leitores e Temas e Debates, Maia – Portugal, 2008, p.53.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 55.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 56.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 57.

em que não há união entre seus pares, aprofunda a força daqueles que já possuíam muito poder em detrimento daqueles que já se encontravam numa situação de fraqueza¹¹⁰ e vulnerabilidade.

“A felicidade de um faz a infelicidade do outro; se compreendermos por fim que em vez de tenderem todos para o bem geral, não se aproximam dos outros senão porque todos se afastam¹¹¹”.

Ele ainda completa o raciocínio ao dizer o seguinte,

“mesmo que tal forma de estado pudesse subsistir, não seria senão uma fonte de crime e de miséria para os homens.¹¹²”

Consequentemente, cedo ou mais tarde a espécie humana iria perecer, caso esta forma de Estado se mantivesse. Nesta ordem proposta por ele podemos salientar a inserção de um sentimento comum de humanidade sobre o qual “a lei natural é o princípio ativo de toda a máquina,¹¹³” possibilitando a formação daquilo que determina ser o “pacto fundamental.¹¹⁴” Segundo o qual estrutura-se num “direito que não tem origem na natureza, mas é formado sobre uma convenção.¹¹⁵” Sobretudo, não quer dizer que o homem deixou de ser livre, mas trocou a liberdade originária por aquela que não é autodestrutiva. Orientada segundo a instituição de uma ordem que através do pacto fundamental firmado na vontade geral e nas leis positivas conseguimos conquistar. Há, portanto, a criação de uma pessoa pública que é composta pela associação dos indivíduos e que recebe a denominação de “Estado¹¹⁶”, quando assume uma postura passiva e noutras situações quando assumir postura ativa terá por denominação “Soberano.”¹¹⁷ Esta multidão estará reunida num só corpo, de maneira que a ofensa a cada um de seus membros é o mesmo que “atacar o corpo numa parte da sua existência¹¹⁸”.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 56.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 57.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 58.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.65.

¹¹⁵ *Ibidem*. Ele parte da compreensão de que a natureza humana primitiva levaria o gênero humano à extinção e, por isso, surge a “arte em socorro da natureza.” De modo que esse pacto fundamental revestido pelo “ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto por tantos membros como o número de vozes da assembléia e ao qual o eu comum confere a unidade formal, a vida e a vontade (*Ibidem*, p. 66).” E diante deste “pacto social” podemos verificar que “cada um de nós coloca em comum a sua vontade, os seus bens, e receberemos coletivamente cada membro do corpo como parte inalienável do todo”.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 66. O indivíduo, portanto, encontra-se duplamente comprometido, ou seja, “como membro do soberano em relação aos particulares e como membro do Estado em relação ao soberano (*Ibidem*, p. 67).”

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 68.

¹¹⁸ *Ibidem*.

O governo quando assume a forma de Soberano nesta perspectiva, goza de algumas garantias para que a causa comum e o interesse de todos sejam plenamente efetivados. Uma destas garantias refere-se “ao juramento,¹¹⁹” segundo o qual, cada um de seus membros será coagido a fazer e agir conforme essa “vontade geral¹²⁰”, pois ela é expressão última desse contrato que possibilitou a instituição da sociedade civil e a constituição política firmada entre o soberano, estado, vontade particular e pública.

Essa viragem do estado de natureza para o estado civil reproduz o “instinto de justiça¹²¹” no homem, ou seja, suas ações ganham contornos morais que noutrora não se verificava. Neste ponto o apetite, os impulsos, e as paixões e inclinações dão lugar para os princípios e a razão como critério para a sua conduta.

“Mas, ainda que neste estado se prive de múltiplas vantagens que provêm da natureza, reconquista outras maiores, as suas ideias alargam-se, os seus sentimentos enobrecem, e toda a sua alma se eleva.¹²²”

Noutras palavras, o que o homem deixa de lado ao assumir o contrato social é a sua liberdade no estágio natural, para ganhar a “liberdade civil.¹²³” Enquanto a Liberdade natural tem como limite “senão a força do indivíduo,¹²⁴” a liberdade civil tem como parâmetro a vontade geral, a posse, a propriedade e que tem fundamento último um “título jurídico¹²⁵.” O direito de propriedade individual, por exemplo, na teoria de Rosseau, é garantido no momento em que cada indivíduo vê resguardado o seu e encontra a sua justificativa na vontade geral. Elemento este que garante a “solidez da união social¹²⁶”, assim como também a “força real no exercício da soberania¹²⁷” do Estado. A Vontade geral seria justamente o elemento que orienta o exercício da Soberania que este Estado é detentor e que atribui também a sua legitimidade. Na sequência iremos tratar das Leis positivas, pois elas também fazem parte desta estrutura idealizada por Rosseau.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 69.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*, p. 70.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

1.4.2 - Sobre as Leis Positivas.

A estrutura estatal de Rosseau como defende a conservação do bem comum com bases firmadas na vontade geral, acaba por atribuir uma relevância fundamental também para a lei. Nesse ambiente é requerido de cada indivíduo uma conduta de conformidade com certos ditames e em consonância com o contrato social originalmente firmado. Cada um, portanto, deve conhecer e respeitar este preceito de maneira preventiva, ou seja, “a tempo de os remediar quando os começar a sentir (os males).¹²⁸” Elas são ainda,

“Órgão salutar da vontade de todos que restabelece no direito a igualdade natural entre os homens. É esta voz divina que dita a cada cidadão os preceitos da razão pública.¹²⁹”

A lei é também valioso meio de expressão volitiva do corpo político da época, ou seja, do Poder Legislativo. Através delas, a atividade legislativa encontra seu núcleo e forma na consecução do interesse público e também como elemento da racionalidade da vontade geral. Por isso, podemos concluir que a lei disposta numa legislação escrita¹³⁰ tem papel valioso nesta teoria, pois dá suporte tanto para o indivíduo quanto para as estruturas do Estado na construção da sociedade civil organizada. Este tema das leis positivas é de fundamental importância para estes autores, pois elas são o resultado final da atividade legislativa que na época recebia valiosa importância no Estado. Entretanto, no referencial de Rosseau podemos realçar aquilo que ele estipulava entre a relação do Poder Executivo com o Legislativo, pois neste tema conseguimos extrair algumas contribuições da teoria dele. Por isso, no próximo tópico trataremos o tema desta relação mútua, pois estas estruturas consideradas em si e em relação uma com a outra revelam uma importante contribuição da teoria da separação dos poderes segundo uma perspectiva de vontade geral e razão pública.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 96.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ As leis, por si só, são destituídas de autoridade, senão como fundamento último desta vontade geral, pois “o povo sendo livre para as revogar” (*ibidem*, p. 107), demonstra que o consentimento ainda é atual e válido para que a mesma (lei) seja vigente e tenha, sobretudo, uma autoridade fundada na vontade geral.

1.4.3 - Da Tensão entre o Poder Legislativo e o Executivo diante do Contrato Social.

Na proposta apresentada pelo autor¹³¹, o Soberano assume o Poder do Legislativo, enquanto que o Governo ocupa o cargo do Executivo. Dentre as atribuições do primeiro estariam,

“descobrir as melhores regras sociais – é necessário uma inteligência superior que conheça todas as necessidades dos homens que são seus governantes, devem ser de uma espécie mais perfeita que os povos¹³²”.

Completa ainda dizendo,

“Aquele que pensa ser capaz de constituir um povo deve, por assim dizer, sentir-se em condições de modificar a natureza humana. Ao legislador é necessário, numa palavra, que retire ao homem todas as suas forças próprias e inatas para lhe dar outras que lhe são estranhas e das quais não pode fazer uso sem o auxílio de outrem. Da forma que, se cada cidadão nada pode senão por todos os outros e a força adquirida pelo todo é igual ou superior à soma das forças naturais de todos os indivíduos. Daí, podemos dizer que a legislação atingiu o grau mais elevado de perfeição que se possa imaginar.¹³³”

Quanto ao Poder Executivo que era manifesto pela denominação de Governo, era ele responsável pela tarefa de empregar a força necessária para que essa vontade geral manifestada pelo Legislativo fosse cumprida¹³⁴. Desse modo, um “era a força e o outro a vontade¹³⁵” de modo que,

“O que caracteriza o poder executivo, é que ele é conduzido a tomar decisões particulares e que, de fato, não pode ser exercido pela vontade geral. O poder legislativo é, ao contrário, a atividade própria da vontade geral, porque ela age somente pelas leis.¹³⁶”

A contribuição deste autor, bem como de sua perspectiva geral, está justamente no contraste entre as funções e atribuições do Legislativo com o Executivo. Nesta parte é que conseguimos identificar a necessidade do exercício de um planejamento político estratégico por parte do Executivo e que seja exercido com

¹³¹ *Ibidem*, p. 94. E ainda podemos completar que, “O legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no interior do estado.” (*Ibidem*, p.104).

¹³² *Ibidem*, p. 103.

¹³³ *Ibidem*, p. 104.

¹³⁴ *Ibidem*, p.135.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ DERATHÉ, Robert. *Jean-jacques Rousseau e la Science Politique de son Temps*, Paris, 1950 p. 155 *apud* ALVES, Vital Francisco C. A RELAÇÃO ENTRE O PODER LEGISLATIVO E O PODER EXECUTIVO NO CONTRATO SOCIAL DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU. In *Synesis*, nº 2, Petrópolis 2009, p.93 – 104, ISSN 1984-6754, INSTITUTO BRASILEIRO DE INFORMAÇÃO E TECNOLOGIA, UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PETRÓPOLIS, disponível em: «http://dx.doi.org/10.14195/1984-6754_2_6», acesso em: 22/02/2018, p. 98.

respeito à lei, sem chance de dar lugar a quaisquer formas de governos despóticos ou autoritários. E neste viés, conseguimos enxergar que o poderio que deve ser exercido pelo Executivo só tem substância através de um objetivo último que deve ser resguardado pela vontade geral que é revelada pelo Legislativo. Tanto é que

“No Contrato Social as leis estão acima de todos os cidadãos e não só o governo. Ao dar primazia a essa localização da lei, Rosseau resguarda a liberdade e assegura que um homem não se torne dependente do outro.¹³⁷”

A lei, portanto, seria o meio hábil para revelar as melhores características do indivíduo e orientar as suas ações calcadas na vontade geral. Servindo também para estabelecer o equilíbrio entre os poderes estatais nesta “constituição política.¹³⁸” É certo, então, que o governo em relação ao soberano abriga relação de complementaridade, de maneira que um não deve se sobrepor um em relação ao outro. Pois, não há como,

“Negar que a relação entre soberano e governo cria uma tendência do governo ou poder executivo de subjugar o poder legislativo e isso instaura uma tensão, já que ‘o Governo despense um esforço contínuo contra a soberania. Quanto mais esse esforço aumenta, tanto mais fraco se altera a Constituição.¹³⁹”

Neste domínio de ordem pública, para que a vontade geral seja estabelecida e preservada, é indispensável que ambos os poderes se limitassem às leis e agissem em complementariedade um com o outro. Mesmo porque conforme dito acima, quanto mais atuante e sobrepujante o Governo em relação ao Soberano, maiores serão as chances do Estado assumir forma autoritária. Em linhas gerais

“Rousseau sustenta que os Estados perecem porque o poder executivo tende a se proclamar independente do poder Legislativo ou, em outras palavras, que o governo usurpa a soberania e não administra mais o Estado segundo as leis. O mal é inevitável, não somente porque o governo tem a força nas mãos, mas também porque ele constitui um ‘corpo que é intermediário’ e não se conforma em ser um corpo subordinado.¹⁴⁰”

Dito isso, percebemos que o Governo, em sua essência, age de maneira tendenciosa para usurpar o poder e submeter seu julgo acima das leis e da vontade geral. Neste momento, encontramos uma interseção entre o pensamento de

¹³⁷ *Ibidem*, p. 99.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contract Social*. Paris: Galimard, 1964, I, p. 173 *apud* ALVES, Vital Francisco C. *Ob. Cit.*, p. 100.

¹⁴⁰ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contract Social*. Paris: Galimard, 1964, II, p. 160/1 *apud* ALVES, Vital Francisco C. *Ibidem*, p.103.

Rousseau e Montesquieu, pois ambos atribuem importância para a lei como mecanismo de controle. Aquele assume uma versão legalista muito voltada para a construção política e de tensão entre o executivo e o legislativo, aproximando-o sobremaneira do pensamento de Locke. Já em Montesquieu percebemos um raciocínio muito mais voltado para o exercício da função estatal autônoma de análise da juridicidade. Não é à toa que Montesquieu idealizou um poder autorreferente e próprio para cuidar destas questões que é o Poder Judiciário para revelar a vontade da lei que.

Decerto, que para o autor, caso o Governo se assenhorasse de todo o poder estatal ele teria compromisso tão somente com os interesses particulares dele, não com os ditames da vontade geral. Isso seria um contrassenso com a criação de um Estado dito “saudável e duradouro¹⁴¹” e que é tão defendido por ele. Na sua teoria há a idealização de uma estrutura legal com instâncias políticas de autocontrole, em que todo este arcabouço é disposto para funcionalizar essa vontade geral que deve sobrepor sobre todas as estruturas e pessoas.

Por fim, podemos considerar de maneira conclusiva que este autor tem, na sua teoria, um apego considerável por este corpo político. De modo que é evidente a tendência do Governo sempre objetivar a conquista do poder estatal absoluto. Não é por acaso que ele apresenta algumas soluções¹⁴² para que este mal não ocorra, ou seja, alternativas para que o Poder Executivo trabalhe em conjunto com o Poder Legislativo. A tarefa de preservar a obediência de um em relação ao outro é uma tarefa difícil sob

“Dois aspectos fundamentais: em primeiro lugar, no que concerne à atividade do poder executivo ser marcada pela força e a atuação do soberano encontra-se restrita à explicitação de suas vontades. Em segundo, o fato do poder executivo ser caracterizado pela frequência e ação, à medida que o legislativo atua com muitas interrupções e é inconstante.¹⁴³”

Sendo assim, a estrutura orgânica do Estado, para resolver esta questão problemática presente no corpo político, deve adotar algumas medidas. A primeira delas¹⁴⁴ é em relação à organização dos conselhos administrativos do Governo, de modo que haja a cisão entre eles e que, de tempos em tempos e numa periodicidade, seus gestores sejam substituídos. Essa medida reforça a submissão

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 104.

¹⁴² *Ibidem*, p. 105.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

do Governo em relação ao Legislativo e inviabiliza sobremodo a instituição de um Poder Executivo autoritário. Quanto à segunda medida, determina a realização de assembleias legislativas,¹⁴⁵ que constantemente devem ocorrer, no intuito de descontinuar e avaliar a atividade do Poder Executivo. Justamente para reafirmar o compromisso que a atividade dele deve ter com a vontade geral e que é expressa pelo Legislador de tempos em tempos.

Em linhas gerais, podemos dizer que Rosseau traz valiosas contribuições para construção do conceito de princípio da separação dos poderes de que se deve valer ainda o Estado atual. Sendo assim, é evidente uma construção política desta estrutura, na qual a vontade geral deve prevalecer, como soma das vontades que constitui um corpo político e que se exercido de maneira razoável garante a saúde da organização estatal e evita o retorno ao estado de natureza. Decerto que tanto ele quanto Locke, concentram suas teorias nesta representatividade política, enquanto que Montesquieu e Kant, mais voltados para um conteúdo jurídico e até sob o ponto de vista moral destas disposições que auxiliam na consolidação deste Estado. Nessa gama de justificativas que não se contrapõem mas se complementam, é certo de que a separação dos poderes enquanto princípio constitucional é um dentre os princípios que o Poder Judiciário deve considerar no exercício de suas funções.

1.5 – A visão do Princípio da Separação dos Poderes na Perspectiva Kantiana.

A teoria jurídica filosófica de Kant está assente, principalmente, no Princípio da razão Universal em que,

“qualquer ação seja justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal¹⁴⁶.”

A racionalidade empregada na filosofia dele parte, portanto, da relação criada entre sujeito e objeto, justamente através do uso da racionalidade humana. Sendo

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes – contendo A Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Tradução – textos adicionais – Notas de Edson Bini/Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP). Editora edipro – 1ª edição. São Paulo, 2003 Disponível no link << HYPERLINK "https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes" \h <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes>.>>, acesso dia 22/03/2018. P. 76 - 77.

assim, só conseguimos conceber determinado elemento através de nossa razão e não simplesmente utilizando os métodos empregados pelo empirismo¹⁴⁷.

A proposta kantiana aposta no foco da validade do conhecimento filosófico e científico, de tal maneira que há superação do “positivismo empirista.¹⁴⁸” Por isso, para compreensão de qualquer objeto não podemos ter como ponto de partida ele mesmo, mas sim através da contribuição que podemos alcançar através da utilização da razão humana universalizante¹⁴⁹.

Inicialmente traz ele a construção daquilo que denomina ser a condição jurídica¹⁵⁰ em que teria fim último alcançado pelo “conjunto de leis.¹⁵¹” E é neste domínio que podemos identificar o direito público, ou seja, “um sistema de leis para um povo.¹⁵²” O resultado desta condição jurídica é a submissão a uma ordem em que é considerada “a multidão se afeta entre si e precisam de uma condição sob uma vontade que os una, ou seja, a Constituição.¹⁵³” O próprio autor equipara esta condição jurídica com a “condição civil ou *status civilis*¹⁵⁴”.

Já em relação ao campo da organização estatal, faz ele a separação em alguns níveis. De modo que o conjunto de indivíduos submetidos à mesma condição jurídica, seria denominado por “Estado *civitas*¹⁵⁵”, ou seja, aquele domínio em que se manifesta a vontade disposta pela união de indivíduos através de um interesse em comum. Em outro campo encontramos o “Estado-nação ou *gens*¹⁵⁶”, que é simplesmente determinado pela associação destes mesmos membros (indivíduos ou cidadãos) que fazem parte do Estado e que compartilham da mesma condição jurídica. Ainda nesta mesma divisão, temos o “direito das gentes ou *ius gentium*.¹⁵⁷”

Dessa forma, este princípio de liberdade externa que é condicionado pela lei e manifesto através do uso da racionalidade universal, deve permear todas estas

¹⁴⁷ RADBRUCH, Gustav. Introdução à Filosofia do Direito. Tradução e Introdução: Prof. Jacy de Souza Mendonça, disponível em: << <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>>>, acesso em 22/02/2018. p. 05.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ KANT, Immanuel, *ob. Cit.*, p. 75.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*. Neste ponto podemos considerar a Constituição como expressão maior dessa razão universalizante e que faz possível essa união entre os cidadãos.

¹⁵⁴ *Ibidem*. pg. 153.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*. pg. 154. Nesse domínio podemos considerar que faz alusão ao domínio jurídico de que trata da relação entre cidadãos de estados distintos e a relação entre nações distintas. Abrangidos, portanto, por aquilo que ainda veremos como Direito das Gentes e Direito Cosmopolita.

estruturas, ou seja, estado *civitas, gens e gentium*. De maneira que se não ocorrer deste modo, toda a estrutura jurídica e estatal fica comprometida. No tocante à organização do Estado, Kant cria a noção de “Estado em ideia¹⁵⁸”, ou seja, como “este deve ser de acordo com puros princípios de direito.¹⁵⁹”

Nessa forma de Estado¹⁶⁰ onde “vontade geral,¹⁶¹” ainda se faz presente, podemos identificar três figuras: O legislador, que representa aquilo que o autor diz ser o “Poder Soberano,¹⁶²” seguido pelo Governante que é a figura representativa do Poder Executivo e que sempre deve estar em sintonia com a lei e, por fim, o Poder Judiciário que tem o poder de “outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei.¹⁶³” Desenvolve ele um raciocínio da construção estatal seguindo a racionalidade:

“num silogismo prático: a premissa maior, que contém a lei daquela vontade (e aqui encontramos o Legislador); a premissa menor, que contém o comando para se conduzir de acordo com a lei, ou seja, o princípio de subordinação à lei (e aqui podemos considerar o papel do Executivo); e por fim, a conclusão, que contém o veredito (sentença), o que é formulado como direito no caso em pauta¹⁶⁴”.

O exercício do Poder Legislativo seria fruto da vontade unida de uma determinada comunidade. Somente assim seria possível o alcance da justiça, pois “quando alguém realiza disposições tocantes a outra pessoa, é sempre possível que cause injustiça a esta.¹⁶⁵” Seria, portanto, o Estado expresso por um contrato original “pelo qual um povo se constitui enquanto Estado¹⁶⁶” e que dá legitimidade a este. Nestes termos o cidadão abre mão da liberdade original,¹⁶⁷ pela condição jurídica que é atingida pela razão universal, que é fruto da própria vontade legisladora.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Sobretudo, esses “três poderes num Estado procedentes do conceito de coisa pública em *lato sentido (res publica latius dicta)*, são apenas as três relações da vontade unida do povo, que deriva *a priori* da razão.” (*Ibidem*, p. 182). Está assente nesta noção “uma ideia pura de um chefe de Estado, que possui realidade prática objetiva” (*Ibidem*), “Este chefe de Estado (o soberano) é somente uma entidade-de-pensamento (para representar todo o povo) enquanto não há pessoa física para representar a suprema autoridade do Estado e efetivar essa ideia na vontade do povo” (*Ibidem*). Vemos neste excerto a importância da ideia racionalista que permeia inclusive a estrutura estatal na perspectiva kantiana, mas que deve atender à vontade geral do povo de que é disposta por meio da constituição dele mesmo.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*. p. 156

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

O exercício das funções estatais deve respeitar a conformidade criada entre estes três poderes entre si, segundo uma “multiplicidade de pessoas morais.¹⁶⁸” De tal modo que cria um domínio de complementariedade entre os poderes uns em relação aos outros, bem como certo grau de subordinação entre eles, justamente para que cada um assista o outro, pois apenas desse modo há possibilidade de controle de que cada um não faça uso indevido de suas prerrogativas. E por fim, Constrói a noção de associação obtida entre ambos estes domínios de poder, garantindo-se assim que “cada súdito receba a sua porção de direitos.¹⁶⁹” Neste parágrafo, fica evidente a importância das atividades do Poder Judiciário, mas numa estrutura de respeito mútuo entre os limites de cada esfera estatal. Em seguida, iremos percorrer mais detalhadamente o conceito das estruturas estatais por ele elaboradas.

1.5.1 – Os três poderes em Kant.

Na ordem, cabe a nós fazer referência ao poder executivo que é exercido pela figura do governante do Estado, ou seja, “a pessoa (moral ou natural¹⁷⁰) à qual pertence o poder executivo¹⁷¹”. O meio hábil que este representante utiliza para atribuir diretivas ao povo ou aos juízes é mediante ordenações ou decretos¹⁷². Meio pelo qual este poder consegue alcançar a sua atribuição precípua de administração do Estado. Kant ainda diz que se o Executivo também legisse acabaria por subverter-se num “governo despótico¹⁷³” ao invés de ser “patriótico¹⁷⁴.” Governo patriótico este que não se confunde com governo paternalista de que “trata as pessoas como crianças¹⁷⁵” e que,

“realmente trate seus súditos como membros de uma família, mas também os trata como cidadãos do Estado, isto é, de acordo com as leis da própria independência deles: cada um de posse de si mesmo e independente da vontade do outro ao seu lado ou acima de si¹⁷⁶”.

¹⁶⁸ *Ibidem.* p. 158.

¹⁶⁹ *Ibidem.*

¹⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 159. Enquanto pessoa moral, o autor determina que este domínio de poder estatal é muito mais visto pela ótica de “diretório ou governo” (*ibidem*).

¹⁷² *Ibidem.*

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁷⁵ *Ibidem.*

¹⁷⁶ *Ibidem.*

Desse modo, o Legislador não pode fazer o papel do governante, pois este está submetido às leis que atribuem obrigações e não seria adequado o executor ser a mesma figura daquele que impõe as obrigações (Legislador). Pode também o Poder Legislativo destituir o governante de sua autoridade e inclusive “reformular a sua administração¹⁷⁷”. Porém, não tem a responsabilidade de puni-lo, pois o exercício da coerção em conformidade com a lei é atribuição específica daquele.

Já ao Governante cabia também a tarefa de nomear juízes,¹⁷⁸ de modo que cada cidadão deve ser julgado por um dos seus. Aquilo que podemos designar como “veredito¹⁷⁹”, compõe aquilo que ele denomina por “justiça pública¹⁸⁰” que, no caso, é efetivada por um “administrador do Estado (um juiz ou Tribunal)¹⁸¹” sobre alguma pessoa que pertence à comunidade. Em relação à sentença, não cabe ao juiz ou tribunal de maneira solitária e arbitrária “atribuir a um súdito o que é seu¹⁸²”, mas, revestido de sua autoridade em relação à aplicação da lei “entregar a cada um o que é seu com a ajuda do Poder Executivo¹⁸³”, mais um indício de que a atividade do Judiciário, desde essa época, não pode e nem deveria ser demasiado proativa ou isolada.

Na teoria dele podemos, portanto, expor a construção de três poderes que são o poder “*potestas legislativa, executoria e iudiciaria*¹⁸⁴”. Afirma ainda que a autonomia deste “Estado *civitas*¹⁸⁵” é garantida por aquilo que nos referimos alhures como “leis da liberdade.¹⁸⁶”. Os ensinamentos até aqui desenvolvidos são suficientes para determinar a importância da separação e harmonização dos poderes enquanto fator fundamental para o desenvolvimento da estrutura estatal. Sob a justificativa da

“razão prática: (...) o Poder Legislativo presentemente existente deve ser obedecido, seja qual for a sua origem.¹⁸⁷”

¹⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁸ *Ibidem.*

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 160.

¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² *Ibidem.*

¹⁸³ *Ibidem.* Neste ponto, conseguimos perceber a primazia da lei e do poder Legislativo, pois não cabe ao Juiz ou Tribunal dizer o que é direito de cada um, mas restringe-se a dizer o que a lei atribui ao súdito, ou seja, não atinge o seu conteúdo. Ficando este encargo, ainda sob a exclusividade do Poder Legislativo.

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ *Ibidem.*

¹⁸⁶ *Ibidem.*

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 161. Fica evidente a importância que ele dá, assim como nas outras teorias, para o Poder Legislativo.

Diante deste princípio podemos ponderar, que “o soberano (Poder Executivo) tem apenas o direito relativamente aos seus súditos e nenhum dever¹⁸⁸”. Sendo certo que, poderá ele agir de maneira contrária ao que é disposto pelas leis, mas dá margem para que os seus súditos façam “oposição a essa injustiça mediante queixa (*gravamina*).¹⁸⁹” Atribui ainda a possibilidade do povo em oferecer resistência ao “poder legislativo soberano¹⁹⁰” apenas se houver compatibilidade com o Direito vigente¹⁹¹.

Qualquer modificação da Constituição considerada como insuficiente apenas seria possível através do Poder Legislativo¹⁹². Ainda em relação ao Executivo, no que tange à propriedade da terra, diz ser o Governante o “senhor da terra, ou como seu supremo proprietário¹⁹³” assim como também ser o povo de propriedade dele. Entretanto, essa denominação de propriedade suprema, não é vista como um “direito à coisa¹⁹⁴”, mas na “qualidade de seu comandante supremo¹⁹⁵”. Constrói ele, portanto, a noção de “propriedade originalmente adquirida¹⁹⁶”, que é a prerrogativa de quem tem o comandante supremo de,

“tributar os proprietários particulares da terra, ou seja, exigir o pagamento de impostos territoriais, a sisa e os direitos alfandegários, ou exigir a prestação de serviços (tais como a provisão de tropas para o serviço militar).¹⁹⁷”

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 162.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 163.

¹⁹¹ Devemos retomar aqui neste ponto que o Direito aqui disposto é estatuído como “condição jurídica que só é possível pela submissão à sua vontade legislativa geral” (*Ibidem*). Vontade essa alcançada pelo princípio da razão prática que é fruto da utilização do hiperativo categórico. Qualquer expressão estatal que vá de encontro com essas disposições pode dar margem para os súditos se oporem e quaisquer tentativas que destoem dessas considerações são vistas como “alta traição (*proditio eminens*) e quem quer que cometa tal traição deva ser punido com nada mais do que a morte, por haver tentado destruir sua pátria.” (*Ibidem*).

¹⁹² *Ibidem*, p. 165.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 166.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Por isso na construção dele é improdente que, segundo estes mesmos critérios jurídicos o supremo proprietário seja dono de alguma propriedade privada, mesmo porque isso faria dele “uma pessoa privada” (*Ibidem*, p. 167). Mesmo porque “toda a terra pertence exclusivamente ao povo” (*Ibidem*). No raciocínio dele, caso o supremo proprietário tivesse algum domínio direto em relação à propriedade, o Estado estaria em risco de subverter sua lógica em servidão. De modo que o Estado poderia manter uma porção considerável de terras em seu nome e sujeitar seus súditos à servidão, ou seja, “servos da gleba” (...) “e, portanto, despojados de toda a liberdade” (*Ibidem*).

¹⁹⁶ *Ibidem*, p.168

¹⁹⁷ *Ibidem*.

Essa disposição assiste uma prerrogativa do Governador em administrar questões relativas a esta “propriedade suprema¹⁹⁸” do Estado. Devendo esta estrutura também, na figura do mesmo agente, inspecionar as associações objetivando a preservação de sua unidade,

“de forma que nenhuma associação (de fanáticos políticos ou religiosos) que pudesse afetar o bem-estar público a sociedade (*publicum*) se mantenha clandestina¹⁹⁹”

O Executivo seria também portador das seguintes prerrogativas administrativas, a saber: A responsabilidade na distribuição de cargos sobre os quais estivessem em posições administrativas e assalariadas, aquilo que denominamos por “distribuição das dignidades²⁰⁰”, que tem haver pura e simplesmente com as relações de subordinação ou “divisão hierárquica do superior²⁰¹”. Por último, cabe ao Executivo também o dever de “conceder clemência a um criminoso, diminuindo ou perdoadando inteiramente a pena.²⁰²”

Noutro giro, cabe ainda discorrer acerca das relações de direitos travadas entre cidadãos de nacionalidades distintas. Nesta parte determina que todos os países cujos cidadãos estejam submetidos a uma mesma constituição são considerados como pátria²⁰³ e todos aqueles que estão fora desta condição são vistos como estrangeiros. No caso de um país estrangeiro formar parte do território de outro país, neste caso é denominado província.²⁰⁴ Considerando esta estrutura territorial disposta em países nacionais, estrangeiros e províncias, podemos ponderar o seguinte: O cidadão ou súdito pode emigrar livremente pelo país do qual ele faz parte, pois o Estado não pode tratá-lo como se sua propriedade fosse nesta situação. Sobretudo, este mesmo cidadão pode deixar seu estado, mas só levando

¹⁹⁸ *Ibidem*. Neste campo cabe a ele “administrar a economia do Estado, as finanças e a polícia” (*Ibidem*), por exemplo. O Comandante Supremo, no sentido de procurar a preservação do Estado, pode impor de maneira indireta a cobrança de tributos, justamente para a preservação do Estado, “manter as instituições que cuidam dos pobres, lares para crianças abandonadas e organizações religiosas” (*Ibidem*), ou seja, atividades que vão além das atribuições de natureza apenas administrativa, mas que também tem o condão de manter o bem-estar social. Ainda neste viés de preservação do bem-estar social como expressão da “vontade geral” (*Ibidem*, p.169), o Estado através de seu Governo pode também impor impostos que incidem sobre a atividade comercial realizada pelos cidadãos ou pela propriedade destes, a fim de atingir os objetivos do Governo, assim como também as necessidades do povo, principalmente dos mais necessitados.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibidem*. P. 170

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ibidem*. Neste caso, pode ele apenas fazer uso desta prerrogativa quando o crime seja cometido contra ele próprio, ou seja, o soberano. Sendo este direito qualificado como “direito de majestade” (*Ibidem*).

²⁰³ *Ibidem*. p. 181.

²⁰⁴ *Ibidem*.

os bens móveis consigo; Dispõe ainda que o senhor da terra (Governante) deve fomentar os processos de imigração, desde que este processo não resulte na redução da propriedade de terras dos súditos; Pode também o poder soberano “banir”²⁰⁵ o seu cidadão para uma de suas províncias, destituindo-o de seus direitos de cidadania, caso a sua presença no país e sua associação com ou outros nacionais seja prejudicial. Por fim, tem ele o poder de expulsar²⁰⁶ completamente o súdito de seus domínios, privando-o “de toda proteção”²⁰⁷ e transformando-o verdadeiramente num apátrida.

Independentemente da forma de Estado eleita para um governo, ela é expressão pura e simples da “letra (*littera*) da legislação original na condição civil²⁰⁸”, ou seja, condição preexistente da ordem civil instituída. De tal maneira que qualquer constituição jurídica²⁰⁹ do Estado na qual exerce seu poder de coerção, tem como pressuposto o respeito à “liberdade como princípio²¹⁰” e também podemos supor que prepondera o exercício das funções dele em estruturas separadas e que respeitam este raciocínio, para que o Estado seja estável e duradouro. Em relação ao convívio entre os Estados defende ele um conceito bem próximo ao de Locke, ou seja,

“um Estado, como uma pessoa moral, é considerado como vivendo em relação com o outro Estado na condição de liberdade natural e, portanto, numa condição de guerra constante.”²¹¹

Percebemos, portanto, que ambos consideram que os Estados reciprocamente considerados estão sob a regra do estado de natureza. Nesse âmbito existem duas²¹² situações a serem consideradas, ou seja, o contato de indivíduos de diferentes nacionalidades e a relação entre Estados. Nestas situações, estaremos diante do “direito das gentes²¹³”, e seus elementos são os seguintes:

²⁰⁵ *Ibidem.*

²⁰⁶ *Ibidem.*

²⁰⁷ *Ibidem.*

²⁰⁸ *Ibidem.* p. 184.

²⁰⁹ *Ibidem.* Esta constituição para ele será proporcionalmente duradoura à medida que “a própria lei governa e não depende de nenhuma pessoa privada”. Dito isso, fica clara a expressão sobre a qual ele aposta no método do hiperativo categórico, segundo uma máxima que é aquela que exprime o conteúdo de toda a conduta. Dessa maneira, não haveria necessidade de agir conforme o que dispõe a autoridade, seja quaisquer pessoa que fosse, mas segundo a própria consciência baseada neste processo racionalista em que a razão universal prepondera.

²¹⁰ *Ibidem.*

²¹¹ *Ibidem.*

²¹² *Ibidem.* p. 186.

²¹³ *Ibidem.*

“1 – Estados, considerados nas suas relações entre si, estão (como selvagens sem lei) por natureza numa condição não-jurídica; 2 – Esta condição não-jurídica é uma condição de guerra (do direito do mais forte), mesmo que não seja uma condição de guerra real e ataques reais constantemente realizados (hostilidades). Embora nenhum Estado seja prejudicado por outro nessa condição (na medida em que nenhum dos dois deseja qualquer outra coisa melhor), ainda assim esta condição é em si mesma de qualquer modo danosa no mais alto grau e Estados que são vizinhos estão obrigados a abandoná-la; 3 – Uma liga das nações de acordo com a ideia de um contrato social original é necessária, não para que haja intromissão mútua nos desentendimentos intestinos de cada nação, mas para proteção contra ataques externos; 4 – Esta aliança deve, entretanto, não envolver nenhuma autoridade soberana (como numa constituição civil), porém somente nesta associação (federação); tem que ser uma aliança que possa ser dissolvida a qualquer momento e, assim, precisa ser renovada de tempos a tempos.”²¹⁴

Diante do exposto, percebemos que o trato entre Estados distintos e pessoas de diferentes nacionalidades é uma condição de sempre iminência de conflito, pois cada qual se encontra em relação ao outro no estado de natureza. Sobretudo, essa necessidade de associação entre nações com um objetivo comum, serve como alternativa para alcance de um estado duradouro e da tão sonhada paz que inclusive é disposta em sua obra. Em se tratando de situação de guerra, ele traz mais uma das prerrogativas do Poder soberano do Estado em relação aos seus súditos numa condição de guerra, de modo a “conduzi-los à guerra como os conduziria a uma caçada e a batalhas como a uma viagem de recreio.”²¹⁵ Essa prerrogativa que tem o Estado pressupõe que o povo tenha dado seu voto²¹⁶ para participar da guerra. Já numa perspectiva territorial entre Estados limítrofes ele determina a necessidade de “equilíbrio de poder²¹⁷” como base do Direito, justamente para que ambos não atentem um contra o outro.

Nesse espaço de direito das gentes fica claro o pensamento do autor no sentido de estipular uma série de regras que são alcançadas pelo mesmo processo racionalista e universal e que tem a qualidade de estabelecer uma paz tanto entre os cidadãos de uma determinada nação, como também, entre as nações. Sob este último nível o objetivo é que Estados diferentes desenvolvessem uma interação comercial regular e, daí, sob o domínio do “Direito Cosmopolita.”²¹⁸

²¹⁴ *Ibidem.* p. 186 – 187.

²¹⁵ *Ibidem.* p. 188.

²¹⁶ *Ibidem.*

²¹⁷ *Ibidem.*

²¹⁸ *Ibidem.* p. 194.

O domínio do Direito Cosmopolita pressupõe uma comunidade internacional já pacificada. Uma vez alcançado tal desiderato, viabiliza-se a criação de relações comerciais que sejam justas e saudáveis entre as nações que compõem esta comunidade internacional. Caso não houvesse esta previsão, ao invés de estarmos diante de uma relação comercial regular, poderíamos estar numa relação de posse em que um é província do outro.

Fica evidente que a teoria elaborada por ele tem como núcleo base a “paz universal e duradoura²¹⁹”, devendo esta finalidade permear, inclusive, a estrutura estatal, onde até a atividade jurídica faz sua morada, mas em plena harmonia com os outros poderes. De valor fundamental também é que todos nós sejamos submetidos à constituição estatal que é expressão máxima dessa vontade generalizante. Nesta estrutura, apesar de focar muito na figura do Governante e do Legislador, que são traços da época, trouxe a importância da racionalidade obtida mediante processo de universalização.

Diante de tudo que fora desenvolvido nesta altura do trabalho, fica evidente a importância do raciocínio da Separação dos Poderes na estrutura estatal. De forma que nenhum dos poderes no exercício de suas funções deve prejudicar o outro na sua autonomia. Cada um dos teóricos clássicos desenvolveu uma perspectiva que apresenta sua singularidade. Podemos evidenciar, em todos eles, a importância do exercício das funções estatais, onde nenhum deles deve se sobrepor ao outro, até mesmo o Judiciário que teve origem posterior. Por isso, não é conveniente para este último Poder manter uma conduta proativa, pois muitas vezes essa manifestação revela sua sobreposição em relação a outro poder estatuído. Fica evidente também a desorganização estrutural do Estado que o Poder Judiciário tenta resolver através de suas atribuições originárias e que muitas das vezes causa ainda mais caos para o Estado em que a sua estrutura deveria funcionar de maneira colaborativa e complementar.

O conteúdo deste capítulo será aproveitado no último, principalmente quando tratarmos da questão dos princípios jurídicos para o Jurisprudencialismo. Pois, é de suma importância para o jurista ter em mente o tema da Separação dos Poderes como princípio na construção de sua decisão para não adentrar indevidamente

²¹⁹ *Ibidem.*

noutras esferas de poder e causar ainda mais desorganização na estrutura estrutural e administrativa do Estado.

CAPÍTULO 2 – O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Na primeira parte do trabalho tratamos sobre o tema da separação dos poderes que, inclusive, deve figurar como princípio jurídico que o jurista deve ter em conta ao proferir suas decisões para que elas não interfiram na harmonia da estrutura estatal. Já nesta altura iremos tratar mais especificadamente sobre o tema do ativismo e a judicialização das políticas públicas para, ao final e no próximo capítulo, retomar alguns raciocínios elaborados ao longo do trabalho no contexto da teoria do Jurisprudencialismo para encontrar uma alternativa para a resolução do problema do ativismo judicial.

Uma dentre as críticas levantadas em relação ao ativismo judicial, portanto, diz respeito sobre a atuação das Supremas Cortes Constitucionais, que muitas das vezes declaram a inconstitucionalidade de leis editadas pelo Legislativo, por exemplo. A Principal justificativa é a de que o Poder Judiciário representado pelos seus juízes e Tribunais não detêm a característica da soberania²²⁰ popular representativa que os outros poderes gozam.

Essa característica sobre a qual falamos se reflete no modelo Constitucional adotado pela maioria das nações onde atribuem a “soberania popular” como referência. Neste caso, tanto o poder Legislativo como o Executivo recebem uma legitimidade incontestável, visto que eles são eleitos para representar o povo, o que não acontece de igual modo com o Poder Judicial na maioria dos casos. Visto que a organização desse poder estatal, na sua grande maioria, é composto por servidores não eleitos e que simplesmente submeteram à cadidatura de provas e títulos para ingressar na carreira.

Sendo assim, pretendo apontar no momento oportuno e de maneira mais profunda que através da teoria Jurisprudencialista o Direito não deve assumir a racionalidade tão próxima da política até ao ponto de se confundir com ela e perdendo a sua essência jurídica. Muitas destas decisões ditas ativistas são vistas como uma ação do Poder Judiciário em substituição dos órgãos políticos-administrativos. Muito em razão também da metodologia até então empregada e que atribuiu muita relevância para o conteúdo textual da norma como critério substancial

²²⁰ CRUZ, José Moura Nunes da. A expressão das competências do poder judicial. In: *Colóquio “A Justiça em Portugal”*, Lisboa: Conselho Económico e Social, 1999, p. 174.

para atender os problemas judicializados. Nestes termos, poderíamos verificar na prática jurídica talvez o atendimento de razões e objetivos outros que não têm natureza eminentemente jurídica. Principalmente quando estivermos diante de problemas em que seu correspondente normativo é disposto por regras genéricas e de conteúdo indeterminado.

Em alguns países tais como o Brasil, por exemplo, se verifica um aumento considerável das demandas judiciais justamente em razão da precariedade da prestação dos serviços públicos e o aumento vertiginoso das demandas repetitivas. Fazendo com que o Legislador se mobilizasse reiteradas vezes no intuito de modificar a legislação para que haja uma resposta mais efetiva destes serviços. Podemos ainda observar que no Brasil esse fenômeno teve expressão principalmente após a Constituição de 1988, trazendo este documento uma série de Princípios e Direitos Fundamentais na construção do Estado Democrático²²¹. Sob análise dos primeiros artigos da Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, verificamos um *rol* extenso de garantias e direitos fundamentais. Nesse caso, viabilizam estes artigos possíveis ações judiciais que objetivam a consolidação desses direitos com aspirações sociais e que são atingidas através de métodos interpretativos utilizados, no mais das vezes, pelas cortes supremas. Dando margem também para que o Poder Judiciário fosse mais presente na execução da prestação estatal, ainda mais sob a justificativa da garantia destes direitos. Estamos aqui neste momento tratando sobre a questão da judicialização da políticas públicas, ou seja, o teor normativo que traz para o Poder Judiciário questões que antes eram vistas como exclusividade do setor político.

Importante também constar nesta altura o pensamento jurídico desenvolvido pela Teoria Positivista muito utilizada nestas causas ativistas. Restando-se assim, dois pontos a serem considerados:

“O primeiro deles, centrando-se nessa análise fenomenológica na denúncia da dimensão política da interpretação política da interpretação jurídica, no segundo caso considerando a dependência metódica relativamente ao sistema jurídico.”²²²

²²¹ Vide. BRASIL – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988, artigos 1º - 8º principalmente. Onde são estatuídos muitos Direitos e Garantias de natureza social.

²²² CASTANHEIRA NEVES, António. Digesta V. 2º: A redução política do pensamento metológico-jurídico - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros. Reimpressão, Coimbra Editora – Coimbra Portugal. 2010, p. 390.

A primeira parte da afirmação aponta para a denúncia da racionalidade política e ideológica que assume o Direito, que deveria ser eminentemente jurídica. Noutra giro, observamos a dependência metodológica em relação ao Sistema Jurídico, que serviu de base para o protagonismo judicial, muito em razão do foco no teor de indeterminabilidade textual das normas jurídicas e da racionalidade que era defendida pelo Positivismo, por exemplo.

Portanto, a interpretação e a hermenêutica Positivista desenvolvida até então apontava que em determinados casos não haveria apenas uma “única solução jurídica,²²³” haja vista que “as norma legais ofereceriam um apenas um quadro de várias soluções possíveis,²²⁴” cabendo ao jurista a simples escolha dentre uma delas. Esta moldura conta com uma gama de decisões possíveis e todas elas igualmente válidas que poderiam se basear em critérios “extrajurídicos, políticos-sociais ou ético-políticos,²²⁵” por referência. Este recurso era utilizado principalmente naquelas decisões não previstas de maneira objetiva e clara pelo ordenamento e serviu de base e justificativa para o raciocínio judicial e algumas sentenças proferidas entre o séc. XIX e XX. Considerações estas que corroboram ainda mais profundamente para a discricionariedade jurídica e para o juízo de valor subjetivo do jurista que ao proferir seu julgado faz muito mais uma análise de escolha subjetiva do que um juízo decisório.

Esse fenômeno ativista que atinge diretamente o alcance e amplitude da ação judicial para concretizar direitos sociais é também reflexo do processo de democratização que passaram boa parte dos Estados no século XX²²⁶. Sendo assim, esse fato não é exceção no contexto internacional, haja vista que em muitos países, em maior ou menor grau, também passaram por esse fenômeno como Portugal, Espanha, Alemanha e Itália²²⁷. A proposta que está assente na construção de um Poder Judiciário proativo, no sentido de consolidar os direitos

²²³ *Ibidem*, p. 391.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ CITADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia, p. 106. In Revista Alceu, v. 5, nº 9 pgs. 105 – 113. Brasil, 2004.

²²⁷ *Ibidem*, p. 110. Aquilo que ela determina como “o fenômeno da normatização de direitos”, trouxe ao Poder Judiciário um aumento considerável de sua demanda e responsabilidade, sem que fosse acompanhado o aumento de sua estrutura para atender ao serviço que naquele momento crescia abruptamente.

Constitucionalmente garantidos é uma ideia genial da modernidade²²⁸. Entretanto, se essa prerrogativa não vier conjuntamente com a reestruturação das bases do Poder Judiciário, assim como da racionalidade da decisão judicial e da própria filosofia Jurídica, bem como o diálogo interinstitucional entre as esferas de poder, todo esforço desta evolução de raiz Constitucional Democrática será perdido.

Cabe ainda esclarecer que o campo do Direito e o da Política sempre foram limítrofes, mas de modo geral a “civilização greco-romana e cristã-européia²²⁹” sempre viu o Direito numa posição superior ao da Política. Entretanto, consideramos que apesar destes dois domínios apresentarem similitudes ainda nos dias de hoje, não quer dizer que eles sejam coincidentes e de forma alguma que um seja superior ao outro. A Política, por exemplo, cumpre programas finalísticos, ideológicos específicos e que não devem ser reproduzidos do mesmo modo no Direito. Quanto ao Direito é razoável imaginar que ele atribui legitimidade para a Política uma vez que verifica, muitas das vezes, a legalidade das suas ações. Sempre respeitando o limite das suas atuações para que não se confunda e nem interfira desproporcionalmente nos outros poderes. Contribuindo para o exercício regular das funções estatais numa dinâmica do Sistema de Freios e Contrapesos²³⁰. Isso reforça a ideia de que o Judiciário, na maioria das vezes, não deve adentrar no mérito da decisão administrativa de forma arbitrária e irrestrita, no sentido de dizer como, quando e onde ela vai ocorrer, por exemplo.

O Doutor e Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Luís Roberto Barroso, constrói a ideia de que o termo ativismo judicial está atrelado ao conceito de que deva ocorrer uma intervenção mais ampla e profunda do Poder Judiciário na concretização daquilo que dispõem os textos Constitucionais²³¹. Dentre as variadas

²²⁸ Nesta discussão devemos ter em mente que uma Constituição forte vai requerer um papel judicial ativo e que tenha capacidade de declarar a invalidade da Legislação Ordinária em razão de sua incompatibilidade Constitucional. Essa institucionalização do poder Constituinte é que levou a crítica da participação do judiciário, vez que pode resultar na substituição da vontade coletiva e representativa. Cf. COUTINHO, Luis Pereira *et al.* In *Judicial Activism – An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Volume 44 IUS GENTIUM – Comparative perspectives on Law and Justice ISSN: 1534-6781, University of Baltimore, 2015, p. 4 – 5.

²²⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. In *Digesta*. Digesta V. 2º: A redução política do pensamento metológico-jurídico *In* *Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros*. Reimpressão, Coimbra Editora – Coimbra Portugal. 2010, p. 380.

²³⁰ PIÇARRA, Nuno in *A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO DOUTRINA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Editora Coimbra, 1989, pg.79.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização Judicial, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, p. 5, disponível: «https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.

formas de intervenções inadequadas que o ativismo judicial pode gerar e na qual nos referimos, seria aquela que teria amplitude o suficiente para, inclusive, adentrar nos espaços que deveriam ser de atuação originária e exclusiva dos outros dois poderes²³² e que só em situações excepcionalíssimas e justificadas deveriam se sujeitar ao controle judicial.

É justamente aqui neste ponto que situamos uma dentre as causas geradoras do ativismo judicial que é objeto deste trabalho. Mesmo porque se aproveita da interpretação ampla e de textura aberta da Constituição e da Legislação ordinária para justificar a prolação da sua sentença que, apesar de objetivar muitas das vezes a consolidação de direitos, acaba por adentrar desproporcionalmente nos espaços restritos do campo político-administrativo, por exemplo. Interferindo até no modo e tempo de execução da prestação dos serviços públicos. O Poder Judiciário, por sua própria natureza, não dispõe de ampla liberdade administrativa estatal para lidar com todas as questões gerenciais do Estado, ainda mais sob o ponto de vista político-administrativo.

Essa conduta próativa, que o ativismo judicial assume, compreende três principais atos que diuturnamente são adotados nas situações em que o Judiciário por meio de um juiz ou tribunal:

“1 – Nas causas em que há a aplicação direta da Constituição. Ocasões estas em que o seu texto seja obscuro, ou então, sequer trata sobre a matéria controvertida. O Judiciário, nestes casos, julga sem antes ouvir quaisquer manifestações do Legislador ordinário sobre o assunto; 2 – Nas demandas em que há a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos que foram proferidos pelo Legislador e sob a justificativa de que há uma incompatibilidade entre o ato isolado com o texto constitucional de que trata sobre aquele determinado tema; 3 – Nas medidas em que há a imposição de abstenções ou ações do Poder Público, muito em razão da realização ou não de determinados serviços públicos²³³.”

Em paralelo, podemos considerar a tradição positivista, na qual, aponta para,

“a necessidade de interpretação que resulta justamente do facto de a norma a aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto. (...) Daí resulta que todo o acto jurídico em que o direito é aplicado, quer seja em acto jurídico em que o direito é aplicado, quer seja um acto de

[pdf](#)», acesso em: 15/08/2016. Neste aspecto, podemos bem acentuar o que o autor traz como exemplo brasileiro a pronúncia do Superior Tribunal Federal (S.T.F.) em questões como “políticas governamentais envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da reforma da Previdência e da reforma Judiciária com a criação do Conselho Nacional de Justiça (C.N.J.).” (*Ibidem*)

²³² *Ibidem*.

²³³ *Ibidem*, p. 6.

criação jurídica, quer seja um acto de pura execução é, em parte, determinado pelo direito e, em parte, indeterminado.²³⁴

Temos na perspectiva acima exposta que tudo que não for resolvido por subsunção das normas alcançará sua resposta por meio da discricionariedade²³⁵. O conceito da conduta ativista judicial aliada com a tradição acima, reforça a idéia de que a atividade do jurista, em alguns casos, é muito mais um esforço interpretativo. Fazendo também da aplicabilidade do Direito muito mais um encargo de aplicação lógico-dedutiva e de criação jurídica naquilo em que o sistema demonstra-se indeterminado e, conseqüentemente, reforça a conduta judicial pró-ativa. Ficando ainda mais em evidência na exposição do termo “possibilidades em aberto”, pois revela a textura linguística de indeterminabilidade e abstração de muitas normas que estão no Sistema Jurídico. Situações de obscuridade que são resolvidas pelo jurista através da escolha dentre as várias soluções igualmente válidas compreendidas pelo discurso de textura aberta que a perspectiva jurídica positivista admite. Também é orientada segundo conceitos e princípios de mesma ordem e natureza, ou seja, elementos que dão fulcral relevância para o Sistema normativo como ponto de partida metodológico e que dá base para a fundamentação da sentença.

Dito isso, os resultados práticos das decisões ativistas podem desaguar em conseqüências que tem muita proximidade com o funcionalismo material, por exemplo. Pois, ao realizar sua escolha, o jurista faz muito mais um juízo pessoal do que técnico jurídico e que pode repercutir no ativismo judicial que fora apontado nas citações acima. Resultando, na maioria dos casos, no atendimento de fins que são próprios da política econômica ou social, por exemplo.

Nesse campo iremos, portanto, partir da experiência prática do Funcionalismo Material político que denota a redução política do pensamento jurídico que a experiência ativista pode repercutir. É evidente que ao Direito, neste caso, é atribuído um “sentido de um específico objectivo político²³⁶”, de modo que o seu

²³⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. In Digesta. Digesta V. 2º - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros. Reimpressão, Coimbra Editora – Coimbra Portugal. 2010. p. 390.

²³⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António, In DIGESTA, Vol. 1º, editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010, p. 550.

²³⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. In Digesta. Digesta V. 2º - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros. Reimpressão, Coimbra Editora – Coimbra Portugal. 2010. p. 390.

objeto e realização seria tão puramente a pretensão teleológica política²³⁷. Esse fenômeno fatalmente é verificado quando o Poder Judiciário adentra demais na esfera administrativa pública restrita aos outros poderes. Neste viés podemos lembrar dois pontos críticos deste pensamento, os quais já dissemos, ou seja, de um lado toma uma “dimensão política da interpretação jurídica²³⁸” e de outro a “dependência metódica jurídica relativamente ao sistema jurídico²³⁹”.

O primeiro ponto só é possível muito em razão de atribuir a possibilidade de várias resoluções possíveis e válidas para que o jurista através de sua interpretação escolha uma dentre elas como resolução para o caso. Aqui a sentença é vista muito mais como opção subjetiva, que muitas vezes atende uma racionalidade política do que jurídica em específico. Já quando nos referimos sobre a dependência metodológica jurídica,²⁴⁰ percebemos nesta seara os “elementos criadores que podem aparecer no decurso do raciocínio judicial²⁴¹”. Ainda mais quando estamos diante de casos não expressos de forma satisfatória pelo sistema normativo e nestas ocasiões, o julgador irá socorrer, muitas das vezes, de fatores extralegais²⁴².

Toda essa dependência metodológica e interpretativa faz do julgador muito mais uma ferramenta de produção jurídica que está atrelada aos órgãos políticos,²⁴³ do que especificadamente jurídica. Neste viés, podemos considerar que o jurista substitui a vontade política daqueles que foram eleitos, inclusive na ordem e maneira de execução dos serviços públicos. E diante desta perspectiva, o Direito e a Política não são plenamente diferenciáveis, visto que o sistema político²⁴⁴ interfere duplamente no Direito, ou seja, em sua metodologia e raciocínio. Seja na “racionalização primária²⁴⁵” incidindo diretamente no seu processo de decisão, ou em sua “racionalização secundária,²⁴⁶” repercutindo nos elementos da justificação de suas decisões que não mais estão atrelados exclusivamente sob as justificativas e elementos de natureza jurídica. Talvez neste ponto uma resolução possível e que

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ *Ibidem.*

²³⁹ *Ibidem.*

²⁴⁰ PRIETO SANCHIS, Luis, in Ideologia e interpretação jurídica, 1987, *apud* Castanheira Neves *ibidem*, p. 394.

²⁴¹ *Ibidem.*

²⁴² *Ibidem.*

²⁴³ *Ibidem*, p. 395.

²⁴⁴ *Ibidem.*

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 396.

²⁴⁶ *Ibidem.*

seja necessária nesta altura pode ser apresentada do Direito em relação à lei,²⁴⁷ tal como era defendido pelo Positivismo Jurídico. Resolução esta que determina a superação destes marcos clássicos que são apegados exageradamente ao teor textual das normas como ponto de partida para a decisão que condiciona o conceito de seu sistema normativo numa estrutura estanque e fechada em si mesma e, por isso, insuficiente para atender à demanda fatural que esta em constante transformação. Propomos assim, outra perspectiva em que o Sistema Jurídico assume um dinamismo²⁴⁸ elaborado entre ele e o caso prático. Mesmo porque, o Sistema Normativo é chamado para resolver uma demanda que é determinada pelo contexto histórico-comunitário,²⁴⁹ sendo sua decisão também influenciada por este fator. A interpretação do Direito já não encontra justificativa em si, entretanto, faz parte de uma fase do processo metodológico em que a norma deve ser submetida ao serviço da prática jurídica²⁵⁰ e não o contrário. De modo que ela já não tem mais atributo prescritivo, pois o ponto de partida metodológico já não é mais a norma, mas as exigências que o caso prático em contraste com o Sistema Normativo requer da decisão para que ela seja justa e atenda fidedignamente à projeção “jurídico-judicativa da realidade²⁵¹”.

Decerto que nem a Política e tampouco o Direito devam interferir de maneira profunda um em relação ao outro. Justamente também para preservar o raciocínio da teoria de separação e equilíbrio entre os poderes que toma inclusive dimensões de princípio que deve ser respeitado pela metodologia jurídica. Sobretudo, o que verificamos atualmente, em muitos casos, é o Direito tomando para si a responsabilidade de operacionalizar, inclusive na esfera administrativa, os direitos e garantias sociais de ordem constitucional, muito em razão da ausência dos outros poderes. Por vezes, tentando impor de maneira ilegítima a sua racionalidade e metodologia e noutras assimilando racionalidade e operabilidade extrajurídicos. Atribuindo, muitas das vezes ações e abstenções em relação à execução de atividades que cabem ao Poder Político fazer análise da sua conveniência e oportunidade. Nesta altura sequer é viabilizado o trabalho em conjunto com os

²⁴⁷ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. In *Digesta* vol. 1º Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros. Reimpressão, Coimbra Editora – Coimbra Portugal. 2010. p.46 – 47;

²⁴⁸ *Ibidem*, pg. 47;

²⁴⁹ *Ibidem*;

²⁵⁰ *Ibidem*, pg. 48;

²⁵¹ *Ibidem*, pg. 49;

outros poderes, restando evidente a sua postura prática de substituição dos outros entes sob o nível institucional.

O autor Luiz Roberto Barroso, ainda conclui dizendo o seguinte:

“O judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.²⁵²”

Com as palavras evidenciadas acima conseguimos conceber a necessidade de estruturar um Poder Judiciário que seja consciente desta prerrogativa, mas que so através de uma metodologia inovadora conseguimos alcançar.

Sobretudo, diante da realidade atual e deste panorama institucional que se alcançou, o ativismo se fez presente em muitos países. Como dizemos reiteradas vezes, muito em razão do processo de democratização deles e da inclusão de direitos sociais nos textos constitucionais, inaugurando certo conflito entre os poderes estatais. Essa justificativa de garantia dos direitos sobre o pretexto de haver previsão Constitucional, fez com que o Judiciário exigisse uma maior coordenação dos outros poderes. Sobretudo, essa atividade aprofundou ainda mais a crise institucional e governamental, pois em razão da insuficiência dos serviços exercidos pelo Legislativo e Executivo, ficou o Judiciário responsável último pela tutela e garantia de execução destes mesmos direitos, mas sem a estrutura física e contingencial que os outros poderes dispõem.

Denota, inclusive, uma racionalidade e atividade que retira a importância da função legislativa e que agora tem como epicentro o Poder Judiciário na consecução do conteúdo constitucional, principalmente naquelas causas que dizem respeito à execução do serviço público. Sendo certo que no exercício das competências estatais o Poder Judiciário recebe maior relevo, pois a responsabilidade de garantia da execução destes serviços acaba desaguando nele de maneira desproporcional.

Embora seja útil a defesa e a garantia de que os direitos sociais sejam consolidados e efetivados, o problema situa-se também nas causas em que o juiz ou

²⁵² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização Judicial, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, p. 5, disponível em «https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selec_ao.pdf», acesso em: 15/08/2016. Neste aspecto, podemos bem acentuar o que o autor traz como exemplo brasileiro a pronúncia do Superior Tribunal Federal (S.T.F.) em questões como “políticas governamentais envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da reforma da Previdência e da reforma Judiciária com a criação do Conselho Nacional de Justiça (C.N.J.).” (*Ibidem*) p. 288.

tribunal extrapolam seus limites²⁵³. Circunstâncias, nas quais, passa a determinar ou anular a política pública (serviço público) deixando, muitas das vezes, evidentes suas preferências pessoais e políticas/ideológicas. Desse modo, podemos constatar que a postura judicial ativista seja também fruto do conteúdo constitucional hodierno, assim como também pelo apego normativo positivista que confunde muito o Direito com a lei, com vistas a consolidar direitos e garantias. Esta opção evidencia também, às vezes, uma teoria de decisão que não respeita fatores técnicos específicos e que corrobora para o bom exercício das funções estatais em equilíbrio e harmonia. Por isso, a opção pelo marco Jurisprudencialista do DOUTOR CASTANHEIRA NEVES pode ser uma alternativa interessante a ser seguida para que este problema seja solucionado. Mesmo porque apresenta uma teoria metodológica e filosófica do Direito que dispõe de uma proposta que atende à complexidade atual que o Direito deve suportar para solucionar os problemas a ele submetidos.

Na sequência, faremos um breve apanhado sobre a experiência prática no Brasil e em Portugal sobre o tema. Elucidando casos práticos de cada um deles e expondo uma realidade mais autocontensiva do Tribunal Português e outra mais ativista do Tribunal brasileiro.

2.1 – Da autocontenção judicial em Portugal.

Em se tratando de ativismo judicial, podemos verificar que o Tribunal Constitucional português adota uma postura mais restritiva, ou seja, aquilo que denominamos por *Self Restraint* ou autocontenção²⁵⁴. Esta modalidade se perfaz no sentido de adoção de regras mínimas para que haja interveniência do Poder Judiciário, objetivando justamente uma “reserva da consistência²⁵⁵” como requisito de legitimidade para tal exercício. Cresce, portanto, a necessidade da autocontenção que impõe limites para o exercício jurisdicional, à medida que há um aumento vertiginoso das demandas que versam sobre os direitos e garantias

²⁵⁴ Cf. MORO, Sergio Fernando. Jurisdição Constitucional como democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 224.

²⁵⁵ *Ibidem*.

fundamentais e que se valem da decisão ativista para invadir o espaço deixado para atuação dos outros poderes²⁵⁶.

Essa conduta revela a preocupação que tem o Tribunal português de cumprir uma função que seja estritamente jurisdicional e que não cause interferências de cunho político nas outras esferas. Isso foi possível muito em razão da construção doutrinária e jurisprudencial que até então foi estruturada, de modo que percebeu e ocupou-se com a garantia dos direitos sociais, mas também com a necessidade de defesa da atuação dos órgãos de maneira independente, autônoma e soberana²⁵⁷. Muito embora o Tribunal Constitucional Português mantenha uma postura mais restrita e técnica sobre a matéria, ele não deixou de enfrentar algumas questões que, numa primeira análise, podem ser consideradas ativistas²⁵⁸. Entretanto, são causas excepcionais e que representam um número pequeno em relação às outras demandas e países que adotam uma postura mais ativista como o Brasil, por exemplo. Desse modo, verificamos que nesta ordem constitucional estabelecida atualmente, até mesmo naqueles países em que há a preocupação em delimitar o campo jurídico existem alguns exemplos que podem ser considerados ativistas²⁵⁹.

2.2 - Do ativismo no Brasil;

Já no caso brasileiro verificamos uma pró-atividade muito mais latente e que pode ser vista também como fruto do conteúdo Constitucional adotado²⁶⁰ em que há

²⁵⁶ Cf. DORF, Michael & TRIBE, Laurence. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução Amarilis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 15.

²⁵⁷ A experiência jurisprudencial de Portugal demonstra que há uma prática que tenta evitar ao máximo o exercício criativo na atividade dos Tribunais Constitucionais. Sendo assim, eles se afastam da apreciação de casos que envolvam a matéria política-administrativa, sob a justificativa de que foge de sua respectiva competência Constitucional. Eles bem adotam a racionalidade de que determinadas matérias dependem de um juízo prévio do Legislador, ou então, do Governo em se tratando de definir a execução das políticas públicas.

²⁵⁸ Uma decisão neste aspecto e que gerou grande repercussão nacional foi o Acórdão nº509/2002, no qual o Tribunal se manifestou sobre a inconstitucionalidade de uma lei (artigo 4º, do decreto da Assembleia da República nº 18/IX), sob a justificativa de que não deve haver retrocesso social e que o “direito a um mínimo de existência condigna” deve ser garantido. Visto que a Assembleia da República objetivava a restrição do número de utentes beneficiários de um programa social. Nestes termos, o Tribunal agiu de maneira preventiva a ponto de evitar este retrocesso social-econômico.

²⁵⁹ ANDRADE, Carlos Vieira de. In *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.ª ed. Coimbra – PT, editora Almedina, 2012, p. 403. Neste excerto, ele deixa bem claro que o Tribunal Constitucional Português tem proferido sentenças aditivas, no intuito de conformar a situação jurídica com o teor constitucional, pois nestas causas há uma insuficiência normativa do texto constitucional em contraste com o caso. Evidenciando o papel do Tribunal para que os objetivos estabelecidos constitucionalmente sejam plenamente, alcançados.

²⁶⁰ Nas palavras de STRECK, os textos constitucionais, em seu teor, passaram a viabilizar condições de promessas da modernidade. Especialmente naqueles em que esse processo ocorreu de maneira

a opção pelo controle de constitucionalidade que é abrangente²⁶¹. Esse modelo constitucional adotado desde 1988 compreende uma discussão jurídica muito mais alargada sobre questões de alcance político e moral nas demandas judiciais²⁶². Fato esse, que tem gerado muitos ganhos para a comunidade, mas ao mesmo tempo problemas e desgastes a nível institucional do país. O que evidencia uma necessidade de diálogo entre os poderes, no sentido de desenvolver estruturas limítrofes entre suas atividades que corroboram para a comunicação e o trabalho em conjunto entre os poderes. Garantindo que cada um exerça suas atribuições específicas com a finalidade e alcance dos objetivos constitucionais preestabelecidos. Sem que isso resulte numa redução do Direito à Política ou vice-versa, traduzida numa dependência metodológica ou racional tal como ocorreu no funcionalismo material político, por exemplo e, tampouco, numa interferência indevida do Poder Judiciário na execução dos serviços públicos, etc. Pois, é desejado que estes campos estatais de domínio institucional fossem respeitados em sua autonomia e que seus trabalhos sejam exercidos de maneira conjunta e em sincronia, para que a estrutura governativa representada seja plenamente desenvolvida.

Diante do que foi construído nos parágrafos anteriores a respeito da experiência do Tribunal Constitucional brasileiro sobre a matéria da consolidação de direitos fundamentais, constatamos uma postura muito mais ativa. Sendo assim, a crise que anteriormente havia se instaurado tanto no Poder Legislativo quanto no

tardia como no Brasil, demonstrando uma nova composição Constitucional que trouxe consideráveis alterações no âmbito social. Seja ao tratar do espaço público ou da garantia da cidadania com finalidade de “manutenção do espaço vital da humanidade”, como pressuposto básico, revitalizador e transformador das “relações comunitárias”. Cf. STRECK, Lênio Luiz. In *Jurisdição e Hermenêutica*. 2ª edição editora Porto Alegre, 2010, p. 139.

²⁶¹ Só no ano de 2008, foram decididas várias demandas no âmbito do Superior Tribunal Constitucional do Brasil (S.T.F.). Podemos exemplificar a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.150 de maio de 2008. Na qual o Procurador Geral da República (P.G.R.) faz a requisição de declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de biossegurança (lei nº 11.105 de 2005) de que trata sobre a utilização de “células-tronco embrionárias para pesquisa e terapia.” E outro pedido, nesse caso para declaração de constitucionalidade nº 12 de agosto do mesmo ano de que trata sobre a constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006 do Conselho Nacional de Justiça (C.N.J.). Essa resolução trata sobre a questão do nepotismo, evitando que essa prática seja efetivada no âmbito da estrutura do judiciário e que levou, inclusive, a edição da súmula vinculante nº 13 do S.T.F.

²⁶² Nesse ponto devemos evidenciar o teor do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988, que determina que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.” Esta disposição que está inserida dentre as cláusulas pétreas da Constituição brasileira gerou uma interpretação um tanto quanto extensiva. Conferindo ao Poder Judiciário a competência para apreciar um vasto domínio de Direitos, inclusive aqueles que têm mais conexão político-administrativa do que jurídica, reforçando assim a tese do exercício proativo das funções do Judiciário.

Executivo, agora alcança o Poder Judiciário²⁶³. Há, portanto, a existência de direitos Constitucionais que são dependentes da realização de políticas públicas, mas que ficam ao encargo do Tribunal para que sejam realizados. Mesmo que o conteúdo constitucional dê margem para que o Tribunal aprecie estes temas, deve ele estabelecer limites para a sua atuação, justamente para não afetar o exercício dos outros poderes, tal como ocorre em Portugal.

No mais das vezes, esta ingerência ocorre muito em razão da interpretação e aplicabilidade das normas abertas e de conteúdo abstrato dos textos legais. Cabe ao Tribunal nesse processo decisório verificar que o teor textual da norma é apenas um dos pontos que ele deve considerar para a sua decisão, de modo que a disposição constante no ordenamento não seja, em regra, critério para servir de atuação do Judiciário ao ponto de substituição dos outros poderes. Por isso, podemos fazer uso da teoria jurídica do Jurisprudencialismo do Doutor CASTANHEIRA NEVES, principalmente no que diz respeito sobre a sua metodologia e também dos conceitos filosóficos jurídicos, pois servem de fundamento também para a resolução do problema do ativismo judicial.

Tal postura ativista não é razoável visto sob a ótica da separação dos poderes e o desenvolvimento da democracia representativa. Apenas estes poderes, ou seja, o Legislativo e Executivo detêm discricionariedade administrativa o suficiente para decidir de que maneira a política pública e os serviços públicos serão realizados e como os recursos econômicos serão consumidos e alocados, por exemplo. Segundo aquela racionalidade que expõe um juízo decisório de “possibilidade e conveniência²⁶⁴” tão próprios da natureza da discricionariedade administrativa e que

²⁶³ Neste ponto podemos considerar, por exemplo, o que bem aponta CASTANHEIRA NEVES, ao estabelecer a “crise do juiz” ou a “crise da justiça”, que é visto sob o espectro do problema institucional ou estrutural e também aquilo que ele determina como “problema intencional ou interno”. De tal forma que coloca em cheque dois pontos, ou seja, (...) “o problema da legitimação decisória” e em segundo lugar “o problema estatutário” que, no caso, clama pela responsabilidade do juízo quanto à sua responsabilidade “disciplinar criminal e civil, mesmo constitucional”. O autor ainda atribui uma terceira problemática que ele denomina “*ad hoc*”, ou seja, tem haver com “o modo como os homens e a sociedade do nosso tempo (os «consumidores da Justiça») esperariam que os tribunais funcionassem, com as expectativas culturais, políticas e técnicas a que os Tribunais deveriam corresponder, p. ex., no uso *soft* da autoridade, na transparência, na abertura comunicativa e à comunicação.”. Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. In ENTRE O «LEGISLADOR», A «SOCIEDADE» E O «JUIZ» OU ENTRE «SISTEMA», «FUNÇÃO» E «PROBLEMA» - OS MODELOS ACTUALMENTE ALTERNATIVOS DA REALIZAÇÃO JURISDICCIONAL DO DIREITO. Pgs.161 – 199. Digesta vol. 3º - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, cit. ps. 162 – 163.

²⁶⁴ FREITAS, Juarez. In Estudos de Direito Administrativo. 2ª edição revisada e atualizada. Editora Malheiros, São Paulo, 1997, p. 160.

não compõem da mesma forma e amplitude as prerrogativas naturais do Poder Judiciário.

Em relação aos tópicos subsequentes iremos discorrer sobre a intercessão entre Direito e a Política, tecendo breves considerações sobre o desenvolvimento de algumas teorias clássicas de Direito nesse campo. Por fim, iremos estruturar um raciocínio que justifique a exclusão desta confusão entre Direito e Política, que pode ser alcançado justamente pelo emprego de uma teoria filosófica e metodológica adequadas.

2.3 - Da Politização da Justiça e da Judicialização da Política.

O limiar entre o Direito e a Política sempre foi uma questão fundamental e que ainda está longe de ser pacificada. Podemos elucidar aqui, uma perspectiva filosófica clássica de que trata especificadamente desta questão e que ajuda na compreensão deste tópico, que é a corrente filosófico-jurídica do funcionalismo jurídico. Essa concepção é firmada em duas linhas, ou seja, no funcionalismo material e o sistêmico, partindo este último de uma afirmação do Direito que é,

“fechada a normatividade jurídica numa sua postulada autonomia – aquela autonomia que um sistema lógico-conceitualmente dogmático de normas constituiria e desenvolveria numa sua específica racionalidade”²⁶⁵.

No funcionalismo sistêmico percebemos a aposta da autonomia do Direito garantida pelo Sistema Normativo fechado e que é afirmada pela sua racionalidade aplicada ao caso prático. Já em relação ao funcionalismo material, ao Direito é atribuída uma exigência prática em que ele é chamado para resolver. Sobretudo, numa exigência com vistas de um sistema jurídico com uma racionalidade do tipo “jurídico-formal²⁶⁶,” ou seja, a autonomia do Direito nesta modalidade material era garantida justamente através da adoção de uma racionalidade que não era exclusivamente jurídica podendo ser social, econômica ou política.

Sendo assim, devemos percorrer uma síntese da evolução que passou o Direito. Desde a corrente Normativista que era centrada no apego ao conteúdo textual da norma até a construção do Funcionalismo Material Político que era

²⁶⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. In TEORIA DO DIREITO, Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999 – Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal, 1998, p. 70. (*Ibidem*).

²⁶⁶ *Ibidem*.

caucada necessariamente no atendimento de finalidades políticas para a resolução prática dos casos judicializáveis. Razão esta que leva a construção dos tópicos subsequentes, pois nesta exposição conseguimos traçar elementos que contribuíram para a consolidação do ativismo judicial. Ao final podemos abrir campo para a discussão do capítulo seguinte, ou seja, afirmar as razões que levam a crer que o marco do Jurisprudencialismo de CASTANHEIRA NEVES resolve plenamente esse problema jurídico do ativismo, através de sua teoria filosófica e principalmente metodológica.

2.3.1 – Das Teorias de Direito e seus reflexos frente à Politização da Justiça e Judicialização da Política.

Na origem de construção do tema deste tópico, encontramos primeiro a linha Normativista que é centrada, substancialmente, numa perspectiva legalista do Direito. Logo em seguida temos a linha dos Funcionalismos, principalmente sua modalidade material política que congrega características suficientes para tecermos notas conclusivas para o trabalho. E, por fim, temos o Jurisprudencialismo que congrega características o suficiente para que a Política e o Direito sejam campos plenamente diferenciáveis em suas ações. Nesta altura não iremos aprofundar muito nesta última perspectiva, justamente porque ela é objeto do capítulo final deste trabalho.

2.3.1.1 – Normativismo.

Inicialmente temos o normativismo jurídico que é uma corrente de “objetivismo jurídico²⁶⁷” em que cabe ao jurista a tão simples tarefa de perscrutar o significado da norma inserida no Sistema Jurídico para depois aplicá-la em conformidade com esta operação de natureza cognitiva. Já neste período podemos dizer que há uma substancial importância voltada para a norma em seu teor textual e que deve ser considerada pelo aplicador do Direito. De modo que há a consagração de um modelo interpretativo e de aplicação do Direito que está muito centrado no objetivo dela (norma) e que tem natureza essencialmente abstrata e com

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 32.

índole construtivista²⁶⁸. Evidentemente que nesta concepção o Direito assume uma postura conceitual, ou seja, aquela que é alcançada através do conhecimento do conteúdo das normas que compõem o Sistema Normativo considerado como um todo. Consequentemente há um regime “contra-factual²⁶⁹” da prática jurídica, onde o *prius* metodológico toma por referência e ponto de partida a própria norma que compõe o Sistema Jurídico. Existe, portanto, uma relação intrínseca entre o texto da norma e a situação fática em que sobressai seu teor declarativo como domínio e critério relevante que o jurista deve considerar para a sua decisão. O Direito neste viés é centrado numa sua subsistência que, por sua vez, é sustentada também por uma intencionalidade²⁷⁰ que tem por base coincidentemente o conteúdo construtivista e declarativo da norma. Sendo assim, o jurista se restringe tão simplesmente a realizar a tarefa da aplicação lógico-dedutiva daquilo que é expresso pelo Sistema Normativo. Tudo aquilo que estivesse evidentemente fora deste contexto seria irrelevante para a decisão do Jurista. Com clareza podemos afirmar que a noção Normativista do Direito consubstanciada no objetivismo e no conteúdo prescritivo do próprio Sistema Jurídico contribuiu para a crise do Direito, justamente pelo fato de que sua aplicabilidade prescritiva é insuficiente para atender à realidade social que é imprevisível e está em constante transformação.

Talvez no intuito de atribuir maior consistência prática ao Direito e também que ele não ficasse obsoleto, o Sistema Normativo, ao longo do tempo, passou a dispor de normas gerais e mais abstratas²⁷¹. Conferindo aplicabilidade abrangente de seus dispositivos àquelas situações em que não encontravam solução aparente no conteúdo dele e que necessitavam de uma resposta jurídica. Esta ciência se manteve até o século XX e defendia uma racionalidade que “pensar era *conhecer*”²⁷²

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ibidem*. Nesse campo em que a norma regula de maneira abstrata o direito regulativo dito ‘contra-factual’, percebemos que o campo jurídico é delimitado, objetivado e restrito pelo conteúdo literal disposto pelas normas. De modo que seu campo de atuação está adstrito principalmente pela norma-texto. Fator esse que se reproduziu em maior e menor escala nas perspectivas positivistas, onde ainda verificamos um resquício de apego à norma-texto enquanto objeto do direito. Fator este que serviu de combustível para o ativismo judicial de que se valeu da discricionariedade para proferir decisões onde o sistema normativo se revelava inexistente ou obscuro para tratar de determinado fato.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 34.

²⁷¹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. In *Digesta V. 1º - O problema da discricionariedade*. Ob.cit. pg. 537.

²⁷² Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. In *TEORIA DO DIREITO, Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999 – Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal, 1998, p. 35.*

e defendia um raciocínio que era essencialmente cognitivo, com orientação do tipo “esquema estrutural sujeito-objeto²⁷³”.

Por fim, podemos acentuar na corrente normativista um atributo político, de modo que o Estado visto nesta perspectiva legalista dita necessariamente, “o direito ‘que é’ e não o direito que ‘deve ser’²⁷⁴”. Limitando ainda mais a prática jurídica e contribuindo ainda mais para a crise do Direito, visto que ele é considerado necessariamente sob uma perspectiva profundamente formal e legalista, de modo que é conhecido antes e aplicado depois. Isto posto, podemos concluir que,

“O cognitivismo normativo-jurídico: através dele postulava-se que a juridicidade pertencia à *razão teórica* e se determinaria em termos de *verdade* – o direito seria algo que se oferecia objectivamente e como tal seria acessível a um conhecimento: numa objectividade ontológico-essencial ou antropológico-natural, numa objectividade sócio-cultural e/ou histórico-cultural, numa objectividade positiva, e para um conhecimento, respectivamente, teórico-especulativo, jurisprudencial e dogmático, científico-analítico.²⁷⁵”

Esse conceito de sistema que é fechado em si mesmo e com certo grau de autosubsistência das normas gerou crítica ao normativismo atribuindo a este marco a denominação de “platonismo de regras²⁷⁶”. Muito em razão do conteúdo desta teoria de teor declarativo e prescritivo constante no Sistema Jurídico. Desse modo, no intuito de atender à realidade que está em constante transformação e manter a eficácia e aplicabilidade do Sistema Jurídico, houve posteriormente o aprofundamento daquilo de que já falamos, ou seja, conteúdos normativos mais abrangentes em que suas,

“prescrições indeterminadas (com cláusulas gerais, conceitos indeterminados, conceitos de valor, etc.), incompletas (p.ex. os tipos abertos) ou de discricionariedade, a autónoma função constitutiva da realização do direito é a própria evidência.²⁷⁷”

A construção normativa deste marco teórico, por sua própria natureza, já pressupunha uma subsistência que o próprio sistema jurídico composto pelas

²⁷³ *Ibidem.*

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ *Ibidem.*

²⁷⁶ *Ibidem.* Esta crítica encontra justificativa simplesmente pelo fato desse apego da realização do Direito que é estruturado numa perspectiva lógica prescritiva e de aplicabilidade futura. Este é, portanto, o núcleo metodológico desta perspectiva e que denota a insuficiência prática da teoria, pois “se fundamenta como ponto decisivo: a realização do direito, de que o normativismo daquele modo se alheava ao reduzi-la a uma mera aplicação lógica *a posteriori* sem significado normativo, é verdadeiramente o momento nuclear da constitutiva manifestação normativa do Direito, já que a normatividade jurídica decisiva não se revela senão nesse momento e através dela”.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 66.

normas suportava. E, no intuito de atender à realidade prática do Direito, a existência de um conteúdo abstrato mostrou a sua utilidade. Porém, esta característica reforçou ainda mais a conduta ativista do Poder Judiciário ao longo do tempo, pois o jurista na sua decisão e diante destas cláusulas abstratas era chamado para protagonizar uma função que majoritariamente não é sua, ou seja, suprir um conteúdo normativo, que muitas das vezes era de responsabilidade dos outros poderes. Esta característica considerada de forma prática pode resultar em danos sérios para a dinâmica das funções do Estado. Pelo exposto fica evidente que este marco teórico já trouxe características o suficiente para que houvesse futuramente uma confusão entre Direito e Política. Uma delas foi o Sistema Normativo que desde esta época passou a contar pouco-a-pouco com termos gerais e abstratos, dando margem para a futura consolidação de um Poder judiciário ativista, principalmente.

Na sequência iremos expor o marco teórico do Funcionalismo, pois na elucidação de sua modalidade material política fica evidente a inviabilidade da perspectiva do Direito que está engajada no atendimento de objetivos que são eminentemente políticos.

2.3.1.2 – Funcionalismo Jurídico.

Na modalidade do Funcionalismo jurídico temos em conta o objetivo de superação da “autonomia lógico-dogmática formal²⁷⁸” que acontece no Funcionalismo Material, por exemplo. Isso é facilmente verificado neste marco, por que nele há a preocupação em relação às “exigências da realidade prática²⁷⁹”, seja ela de natureza política, social ou econômica. Para o nosso caso, é importante acentuar desde o início que iremos focar principalmente na análise da perspectiva Funcionalista material política. Pois, seus resultados demonstram fidedignamente a confusão que pode ser gerada, sob o nível institucional, se o Direito assumir finalidade que seja extritamente política.

No Funcionalismo contamos com dois grupos, ou seja, o Funcionalismo material e o Funcionalismo Sistêmico. Este último tem por característica um sistema que é normativamente fechado e cognitivamente aberto, na qual “os elementos no

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 70.

²⁷⁹ *Ibidem*.

sistema (e o conceito sistêmico de função será entendido numa estrita perspectiva analítico-objectiva)²⁸⁰.

Na primeira perspectiva podemos acentuar uma “razão instrumental²⁸¹” em que o Direito assume racionalidade que não é originalmente sua, enquanto que no sistêmico o Direito submete os outros domínios ou sistemas a uma racionalidade originalmente jurídica. Cabe reiterar que este marco tinha muito apreço pelo resultado que esta razão assimilada pudesse oferecer. Não é atoa que o funcionalismo se rendeu ao causalismo, ou seja, um “domínio da intelegibilidade da *praxis* humano-social se haja convertido numa verdadeira ‘filosofia social’.²⁸²” Neste campo e referindo à perspectiva funcionalista material há a adoção de elementos contingenciais e que são variáveis dependendo do contexto e, ao mesmo, tempo mobilizadas para determinados objetivos e guiados pelos seus efeitos.

O Direito, portanto, na perspectiva Funcionalista material segue também a racionalidade de um programa em específico quer seja ele social, econômico ou político. Percebemos que na prática o Direito perde a sua essência de subsistência técnica e dá relevante importância para outras racionalidades e práticas. Decerto que no Normativismo o Direito assumia um nível de subsistência desproporcional, pois apostava num raciocínio que por vezes era extremamente abstrato, subsuntivo e legalista enquanto que no Funcionalismo Material perdia de maneira desproporcional a sua autonomia na medida em que assumia outras racionalidades. Diante disso, percebemos que não é razoável assentar a racionalidade do Direito numa perspectiva positivo-legalista pura e simples, mas também isso não quer dizer que devemos destituir o Direito de sua autonomia para servir programas outros que não sejam especificadamente de natureza jurídica, tal como ocorreu nas correntes Funcionalistas Materiais do Direito. Então, uma pergunta pertinente e que se faz necessária nesta altura é em relação às funções que deveriam se valer o Direito senão a de “realizar a justiça enquanto modo específico de ultrapassar a insegurança existencial.²⁸³” Mesmo porque na perspectiva Funcionalista Material, o Direito é chamado para atender certas funções e seguir efeitos que também “não são jurídicos, mas transjurídicos sejam eles políticos, sociais, econômicos, etc.²⁸⁴”

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 77.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 72

²⁸² *Ibidem*, p. 73.

²⁸³ *Ibidem*, p. 80.

²⁸⁴ *Ibidem*.

Decerto que na prática jurídica o Direito é chamado para decidir questões que muitas das vezes tem o viés econômico, político ou social, mas isso não quer dizer que para todas as causas sejam aplicadas essa mesma racionalidade ou finalidade, pois ele não deve servir de palco para fins outros senão o da justiça em seu sentido metodológico-jurídico.

Já o Funcionalismo Sistêmico estrutura-se numa percepção que assume um “sentido autopoiético estrito²⁸⁵”, ou seja, tal como na teoria de sistemas de Niklas Luhman, o Direito alcançaria autonomia à medida que sustentasse um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto. A diferença é que nesta perspectiva o Direito não assimilaria nenhuma racionalidade estranha a ele mesmo. Sua função se resumiria em receber problemas de outros subsistemas do ambiente, muitos deles que não são especificadamente jurídicos e simplificá-los, mas num raciocínio estritamente jurídico. Em poucas palavras podemos dizer que, enquanto o Normativismo se debruçava em responder à pergunta “o que é o direito²⁸⁶”, o Funcionalismo se prestava a responder “pra que serve o direito.²⁸⁷”. Isso implica uma série de considerações, inclusive em relação à autonomia do Direito para dirimir os conflitos sociais. Enquanto o Normativismo julgava a autonomia do Direito garantida pelo complexo de normas estatuidas e pela discricionariedade de que se podia valer o jurista em suas decisões, o Funcionalismo apresentava duas concepções um tanto quanto peculiares neste aspecto. No Funcionalismo Material, por exemplo, pelo fato de o Direito assumir racionalidades outras que não são necessariamente jurídicas, a sua autonomia era limitada. No Funcionalismo social econômico, por exemplo, o Direito toma emprestado o raciocínio econômico para o seu campo. Em relação ao Funcionalismo sistêmico²⁸⁸ podemos considerar que defendia que a sua autonomia era garantida mediante a composição de um sistema normativo fechado e aqui podemos acentuar uma singularidade deste marco teórico

²⁸⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. In DIGESTA, vol. 3º - escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010, p. 223.

²⁸⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. in TEORIA DO DIREITO – Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999, p. 85.

²⁸⁷ *Ibidem*, p 85.

²⁸⁸ Ao sistema jurídico nessa percepção funcionalista sistêmica, “competia definir, se verem afirmadas e salvaguardas suas expectativas normativas em concreto mediante uma decisória aplicação submetida ao esquema metódico condicional-hipotético (se/então).” De modo que “a ‘estrutura final’ seria porventura relevante na criação e na interpretação das ‘normas’, não na decisão jurídica da sua aplicação.” Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. In DIGESTA, vol. 3º - escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010, p. 241.

e a Corrente Normativista. Além disso, o sistema era cognitivamente aberto, ou seja, submetia o conhecimento de todos os problemas, sejam eles políticos, econômicos ou de outra seara para o campo jurídico. Esta característica serviu de base para a crítica de alguns autores,²⁸⁹ pois da mesma forma que o Direito não deve ser contaminado pelos outros subsistemas, eles também não devem ser contaminados por àquele. Essa proposta funcionalista sistêmica diverge da compreensão do Funcionalismo material a partir do momento que aposta num nível de autonomia e subsistência do Direito para que ele não seja contaminado pelos outros sistemas. Que ao invés de servir para dirimir os conflitos sociais considerados pela sua complexidade, acaba por potencializá-los, reduzindo toda a lógica dos sistemas sob o páreo do discurso jurídico²⁹⁰ e que pode resultar em sérios danos aos outros subsistemas.

Sem tirar a importância de todas as estruturas do Funcionalismo Jurídico, iremos focar em esclarecer sobre o Funcionalismo Material Político, pois ele é que nos interessa para a discussão que aqui é levantada, que está em torno dos riscos da politização da justiça. Pois bem, no Funcionalismo Material Político há o objetivo tão somente de,

“afirmar que ao direito compete imediatamente e no seu específico sentido *objectivo político* – o seu objectivo constitutivo seria a realização normativa de um particular projecto e de uma teleologia políticos²⁹¹”

Sendo assim, o Direito estaria a serviço tão somente do compromisso político e delimitado aos critérios e objetivos de mesma ordem. Na elucidação do objeto de discussão deste trabalho, devo esclarecer que o trabalho do Poder Judiciário pode gerar repercussão política na sociedade. Entretanto, a função exercida por ele deve ser técnica-jurídica e respeitar limites, muitos deles em razão do próprio sistema jurídico constitucional, filosófico e metodológico. Sendo certo de que pretendo evidenciar a racionalidade ínsita na metodologia do Jurisprudencialismo para auxiliá-lo a exercer suas funções sem interferir de maneira indevida nos outros poderes. De modo que a sentença seja muito mais um juízo decisório do que uma decisão pautada na arbitrariedade, discricionária ou que cumpra finalidades político-

²⁸⁹ Vide GUNTHER, Teubner. In *Altera Pars Audiatur. Law in the Collision of Discourses – LAW SOCIETY AND ECONOMY*, Richard Rawling, ed. Oxford University Press, 1997, p. 149 – 176.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ CASTENHEIRA NEVES, António. in *TEORIA DO DIREITO – Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, p.106.

partidárias, por exemplo. Neste campo, ou seja, no Funcionalismo material político estaríamos diante necessariamente do extremo da “politização da juridicidade.”²⁹² Sendo assim, devemos ter em conta, primeiramente, a distinção entre a Política e o Direito, de modo que bem podemos elucidar o que esclarece CASTANHEIRA NEVES ao dizer que,

“A política enquanto a intenção e a acção específicas do imediato finalismo estratégico ou de oportunidade ideológico-social e actuado por um poder organizado de governo”, enquanto que “o direito é a modalidade Axiológico-normativa fundamental de o *político* ou a expressão da validade axiológica-normativa da própria comunidade – e a radicar, em último termo, em valores humanos que conformam o próprio *politicum* comunitário.”²⁹³

Sendo assim e complementando o raciocínio acima descrito, é desejável segundo uma perspectiva atual do Direito em pensar ser possível “uma axiologia e uma normatividade especificadamente jurídica²⁹⁴”, ao invés de política no direito, “em que o Direito se vê garantido pela sua autonomia intencional²⁹⁵” e também objetiva. Desse modo, a resignação do Direito para atendimento de fins estratégicos políticos é o mesmo que relativizar a sua autonomia e restringir de maneira absurda a sua racionalidade de natureza eminentemente jurídica. De modo que ao Direito deve restar o compromisso de eleger o fundamento suscitado por HANNAH ARENDT, onde

“haverá de proclamar-se que o fundamental direito do homem é o ‘direito ao direito’²⁹⁶”,

ou seja, proclamar um marco teórico jurídico que se possa justificar por discursos e razões eminentemente jurídicas e não exclusivamente políticas, sociais e etc. E essas considerações diante dos olhos da perspectiva pós-positivista é restringir em demasia o campo do Direito, pois ele, nesta perspectiva, só se afirma através do atendimento de três dimensões constitutivas, ou seja,

“Uma dimensão social ou de interferência social, uma dimensão de ordem-institucionalização e uma dimensão ética, e sendo esta última a verdadeiramente diferenciadora -, então a primeira opção, que prescinde

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ CASTANHEIRA NEVES, António. In APONTAMENTOS COMPLEMENTARES DE TEORIA DO DIREITO (SUMÁRIOS TEXTOS), COIMBRA, 1998/1999, P. 32.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ *Ibidem*, p 35.

²⁹⁶ ARENDT, Hannah. *Apud* CASTANHEIRA NEVES, António. In APONTAMENTOS COMPLEMENTARES DE TEORIA DO DIREITO (SUMÁRIOS TEXTOS), COIMBRA, 1998/1999, P. 36.

de, quando não nega, esta terceira dimensão ética, o que acaba por implicar, já o vimos, não é apenas uma *concepção alternativa* do direito, mas exactamente uma *alternativa ao direito*, ao direito enquanto tal.²⁹⁷

O Direito, portanto, deve seguir e se estruturar, numa sua racionalidade, um pensamento jurídico e uma intenção que possamos considerar que seja eminentemente jurídica e não exclusivamente pautada em elementos estranhos deste domínio. Até aqui conseguimos chegar a um consenso de compreensão do Direito em relação ao Funcionalismo. De modo que podemos considerar que na percepção sistêmica o Direito assume certo grau de autonomia exagerado para lidar com os problemas enquanto que na modalidade material podemos dizer que ela destitui o Direito da sua racionalidade, ou seja, a função que podemos verificar como eminentemente jurídica.

Por fim, temos a teoria dos Jurisprudencialismos, onde elegemos especificadamente a teoria do excelentíssimo doutor CASTANHEIRA NEVES, pois conseguimos encontrar nela elementos o suficiente para resolver as questões propostas neste trabalho. Nesta altura, não iremos aprofundar sobre este marco teórico, mesmo porque este tema compõe a parte final do trabalho, mas de antemão podemos determinar que é uma linha pós-positivista do Direito. Na qual qualifica os “princípios axiológicos materiais²⁹⁸” para resolução dos problemas práticos e nesta construção encontramos valiosíssimas contribuições para a solução do problema do ativismo judicial. Sendo assim, o Direito deixa de ser estruturado como simples manifestação de poder, bem como também não cumpre o objetivo de atingir qualquer desígnio estratégico. Por isso, defendemos a idéia do Direito que considera a complexidade dos fenômenos sociais que são submetidos ao crivo do Poder Judiciário e que é elucidada pelo marco filosófico e metodológico do Jurisprudencialismo de CASTANHEIRA NEVES. Ademais, faremos um breve resumo sobre o fenômeno da discricionariedade, pois a sua exposição serve para entender o ativismo Judicial e justificar o motivo pelo qual não deve fazer parte da atividade do Poder Judiciário.

²⁹⁷ *Ibidem.*

²⁹⁸ Cf. LAZZAROTTO SIMIONI, Rafael – CURSO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA, Do Positivismo Clássico ao Pós-positivismo Jurídico, Curitiba/Brasil, 2014. Editora Juruá, p. 403.

2.4 - O problema da discricionariedade.

O tema da discricionariedade tem ocupado valioso papel na discussão do Direito, mesmo porque ela interfere substancialmente no papel que deve exercer o Poder Judiciário. Sendo assim, a discricionariedade é mais um

“problema do poder jurídico, da político-jurídica, repartição de poderes e funções entre a administração e a jurisdição, insuceptível já compreender-se, já de encontrar o seu critério no tradicional e superado legalismo, com os seus esquemas metódicos da vinculação e aplicação lógico-formal.”²⁹⁹

Este problema retoma a questão da aplicação e vinculação legalista lógico-formal que era característica central da vertente normativista, por exemplo. De modo que já não podemos nos contentar com o modelo metodológico acima descrito, haja vista que ele se demonstrou insuficiente para atender a realidade social. Dito isso, não devemos concluir que para resolver esse problema de aplicabilidade do Direito lógico-formal devemos aprofundar num sistema de normas abstratas e um modelo metodológico que aposta na interpretação de conteúdos indeterminados para garantir a plena aplicabilidade do Sistema Jurídico. Justamente porque viabiliza o protagonismo das atividades dos tribunais que, muitas das vezes, sobrepõem à atividade dos outros poderes. A discricionariedade judicial é exercida, principalmente, porque a sua essência decisória projeta-se justamente na interpretação que o aplicador faz do Direito neste campo indeterminado deixado por estas normas genéricas. Além disso, o jurista pode contar também com uma pluralidade de soluções igualmente válidas para a resolução do caso concreto, achando ele a que melhor atende ao caso segundo o seu raciocínio subjetivo. Essa afirmação por mais útil que possa parecer para os dias atuais, coloca o princípio da segurança jurídica em questionamento e incentiva a conduta judicial pautada no ativismo,³⁰⁰ agravando a crise institucional entre os poderes que deveriam desenvolver seus trabalhos de forma independente no seu campo de autonomia.

Munido das concepções clássicas do Direito, o jurista preenche esse vazio semântico por aquilo que ele analisa ser o sentido que ele extrai do Sistema normativo e que atende à resolução do caso prático. Fazendo ele um juízo da projeção das normas, identificando qual dentre elas é a que melhor satisfaz o caso

²⁹⁹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. In DIGESTA, Vol. 1º - O Problema da Discricionariedade, pg. 531.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 535.

prático, sendo esta operação fruto da interpretação dele. E como bem acentua o autor desta referência: “a decisão discricionária surge no seio da ordem jurídica e como modo jurídico de juízo ou de conduta³⁰¹”, assim como também encontra expressão no *modus operandi*³⁰² que esse Tribunal e juiz tomam ao momento de estruturar e justificar as suas decisões.

Sendo assim, a resolução para o ativismo pode situar justamente neste domínio, ou seja, na troca da perspectiva filosófica do Direito, principalmente em relação à compreensão do Sistema Jurídico bem como no modo que deve proceder o jurista na construção de sua decisão. De modo que devemos perceber a superação destes modelos clássicos de Direito e substituí-los pelo Jurisprudencialismo, justamente para que as decisões do Judiciário atendam aos requisitos formais, materiais e que não sejam reféns do ativismo judicial. Mesmo porque o marco positivista e os seus antecessores possibilitaram a origem do ativismo, dada a estrutura metódica e filosófica que eles defendiam.

Na teoria de Castanheira Neves, por exemplo, o Direito está engajado numa concepção dialógica entre o caso decidido pela norma e o caso prático atual que está para ser decidido³⁰³. Fator este que contribui e muito para a aplicabilidade do Direito que esta isento da discricionariedade ainda mais quando estamos diante dos princípios jurídicos. Esta troca de perspectiva é importante justamente porque a “ideia de Estado de Direito³⁰⁴” (...) “conjuga tanto os princípios da separação dos poderes, da igualdade perante a lei e da segurança jurídica.³⁰⁵” Dito isso, fica claro que o conceito da discricionariedade, aplicada na prática jurídica, inviabiliza a aplicabilidade destes princípios jurídicos. Justamente porque busca fatores outros para a resolução de problemas que *a priori* não encontramos solução aparente na norma que compõe o Sistema Normativo que era muito valorizado pelo seu teor textual. Sendo assim, a Sentença não segue estrito rigor técnico e seu juízo de previsibilidade fica comprometido, deixando de lado o teor de segurança jurídica que deveria ser característica das sentenças, por exemplo. Por esta razão, elegemos a

³⁰¹ *Ibidem.*

³⁰² *Ibidem.*

³⁰³ Vide. CASTANHEIRA NEVES, António. In METODOLOGIA JURÍDICA – Problemas Fundamentais. Reimpressão. STVDIA IVRIDICA 1. BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO. UNIVERSIDADE DE COIMBRA, Coimbra editora, 2013, p. 147.

³⁰⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. In DIGESTA, Vol. 1º - O Problema da Discricionariedade, pg.536.

³⁰⁵ *Ibidem.*

filosofia e a metodologia do Jurisprudencialismo de Castanheira Neves como resposta razoável para a questão do ativismo judicial

Esse problema do ativismo não repercute da mesma forma quando estamos diante desta perspectiva pós-positivista do Direito, pois ela tem hoje a capacidade de lidar com os problemas atuais que apontam para uma situação de crise “moral e cultural que é a nossa circunstância³⁰⁶” jurídico filosófica e metodológica atuais.

Por isso, a racionalidade, a prática e a experiência jurídica clássica segundo a qual dá elevada importância para o teor jurídico textual da norma servem como incentivo para os seus aplicadores realizarem muito mais um protagonismo do que uma decisão técnica jurídica, principalmente quando estivermos diante de casos complexos e não previstos por elas (normas) ou naquelas situações em que contamos apenas com as cláusulas gerais.

A ideia da discricionariedade, pode ser definida também na noção em que a sentença encontra,

“seu critério (de decisão) numa lei, numa norma legal geral e abstracta: isto é, a decisão devia ser não apenas autorizada pela lei, mas ainda deduzida da lei.³⁰⁷”

O conceito acima exposto identifica o que dizemos reiteradas vezes e que é um dos pontos centrais de discricionariedade, ou seja, contamos com normas de conteúdo amplo e que autorizam determinada demanda ou que servem de fundamento para decisões ativistas. Cabendo ao jurista a simples tarefa de alcançar uma dentre as respostas possíveis e válidas através do raciocínio lógico dedutivo. Sendo requerido do intérprete apenas a busca da verdadeira essência deste sistema normativo para que resolva os problemas jurídicos. É possível pressupor, portanto, que existe uma decisão que é muito mais próxima de uma escolha subjetiva dada,

“uma pluralidade de decisões possíveis e todas igualmente válidas de um ponto de vista puramente jurídico, imputável à autonomia do órgão chamado para decidir³⁰⁸”.

Percebemos no conceito apontado acima e que corresponde à perspectiva prática positivista, que os princípios também tomam expressão e correlação conjunta com o Sistema Normativo. Portanto, subordinado às mesmas limitações de seu

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 27.

³⁰⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. In DIGESTA, Vol. 1º, editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010, p. 536.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 538.

conteúdo textual para tratar de todas as questões práticas e que não auxiliam o jurista no momento de proferir sua decisão de maneira técnica. Incentivando-o a seguir seu juízo subjetivo daquilo que ele interpreta no Sistema Jurídico para resolver questões complexas em que as normas não resolvem de maneira exata.

Vemos, portanto, nesta perspectiva a decisão arbitrária que nega a ideia de Direito pura e simples e que se vê, de maneira desproporcional, sob a vinculação da ordem jurídica “numa certa função, a cumprir,³⁰⁹” que é obtida necessariamente pela interpretação ou atividade cognitiva que deve ser exercido pelo jurista diante deste complexo de normas.

Por isso, solução que propomos e que será objeto do próximo capítulo está justamente na “revisão metodológica no sentido e estrutura de aplicação do Direito,³¹⁰” pois esta viragem de perspectiva é suficientemente capaz de resolver esta questão. Ainda mais quando estivermos diante da percepção principiológica, pois a ideia do jurisprudencialismo ajuda a suplantam o raciocínio clássico de que “o que não é subsuntivo é discricionário,³¹¹” pois admite

“o problema da aplicação do direito que aponta para a substituição da alternativa subsunção-discricionariade, indo além e assumindo a sua índole de realização do direito no caso em concreto e sua verdadeira natureza de problematicidade.³¹²”

Até mesmo fazendo uso da perspectiva jurisprudencialista o jurista não estará isento de se deparar com casos complexos e de difícil resolução. Mas isso não quer dizer que ele irá socorrer da discricionariade como ferramenta para a solução do problema. Pois, esta perspectiva conta com uma rede de princípios complexa o suficiente para indicar qual decisão é a mais adequada e não uma rede de decisões igualmente válidas.

Não podemos deixar de lado também as outras estruturas metodológicas presentes nesta perspectiva, pois elas também orientam o aplicador do Direito na tomada de decisão. Todas elas vistas de um patamar diferente daqueles em que o ativismo fazia parte da perspectiva do Direito. Auxiliando os juizes e tribunais na justificativa de suas decisões de maneira adequada e que atendem às requisições práticas das demandas. E, conseqüentemente, garantem um nível qualificado de

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 539.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 550.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ibidem*, p. 550 – 551.

justiça que é requerido do Poder Judiciário no exercício de suas atribuições. Sobretudo, mesmo com a utilização do marco jurisprudencialista poderemos nos deparar com espaços e temas que não são abrangidos ou não encontram solução aparente no Direito. Isso não quer dizer que nestes casos em específico o Sistema Jurídico apresenta uma falha ou insuficiência, mas temas que não cabem a interferência dele. Se assim o fizer terá de fazer uso dos mesmos pressupostos de discricionariedade e ativismo. Por isso, nestes casos, deverá o Poder Judiciário optar pela autocontenção, tal como ocorre em Portugal, pois o aprofundamento da interferência judicial, nesses casos, poderá ser muito mais prejudicial do que benéfica.

Nesta esteira podemos exemplificar a atividade administrativa exercida pelos poderes Executivo e Legislativo. Têm eles a faculdade discricionária de eleger o comportamento de suas ações desde que elas estejam de acordo com as leis. Mesmo assim, podemos considerar que a ação administrativa não está isenta de controle judicial até determinado ponto, mas existem outros em que “a lei justamente deixara de prescrever³¹³”, ou seja, “por pontos não-jurídicos (técnico-administrativos, de experiência, de oportunidade, etc.³¹⁴” De modo que é contraproducente uma interveniência judicial neste campo, pois o domínio jurídico já serviu de limite e validade para este comportamento discricionário administrativo, mas nunca foi o fim dele.³¹⁵ Desse modo, resta claro que não é viável uma discricionariedade à jurisdição,³¹⁶ pois a administração pública exercida pelo Executivo e Legislativo se valem do princípio da oportunidade³¹⁷ para atender ao interesse público e que não se traduz de igual modo para o Poder Judiciário.

Por fim, podemos considerar que a discricionariedade judicial, sobre questões político-administrativas deve ser bem questionada, pois

O problema da discricionariedade volta a pôr-se como a questão tão só do *contrôle* jurisdicional da actividade administrativa. Esse *contrôle* deveria ter-se por excluído em certas questões ou em certos domínios de actividade, não porque não pudessem dizer-se metodologicamente abrangidas pela <<aplicação do direito>> mas porque o seu *contrôle* seria em certos casos praticamente impossível, pela diferente posição (quanto aos elementos do

³¹³ CASTANHEIRA NEVES, António. In DIGESTA, Vol. 1º, editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010, p. 558.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ *Ibidem*.

caso a resolver e à disponibilidade deles) por parte do órgão administrativo e do órgão jurisdicional³¹⁸.

Este excerto define bem o raciocínio, ou seja, o Poder Judiciário não dispõe dos mesmos elementos capazes de organizar a função administrativa do Estado como os outros poderes. E não é socorrendo da discricionariedade judicial que vai sanar as falhas estatais na execução dos serviços públicos, por exemplo.

Até esta altura do trabalho conseguimos estabelecer o problema do ativismo e da Judicialização das políticas públicas, muito em razão dos marcos teóricos até então desenvolvidos. No próximo capítulo, portanto, trataremos da proposta positivista crítica de Hart em contraposição com o Jurisprudencialismo de CASTANHEIRA NEVES. Naquele marco teórico percebemos a discricionariedade como ferramenta para esclarecer e solucionar aqueles casos em que o sistema jurídico demonstra-se lacunoso ou inesistente. Já no Jurisprudencialismo temos uma elaboração em que a discricionariedade e o ativismo judicial já não fazem parte da atividade jurídica. Justamente porque trata o Direito numa outra perspectiva metodológica e filosófica.

³¹⁸ *Ibidem*, p,595.

CAPÍTULO 3 – O JURISPRUDENCIALISMO DE CASTANHEIRA NEVES COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DO PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL:

Apesar deste tópico ter como núcleo o Jurisprudencialismo proposto pelo doutor Castanheira Neves, devemos iniciar tratando sobre uma perspectiva jurídica muito utilizada nos séculos XIX e XX, que é o Positivismo Jurídico. Este marco teórico jurídico, na tentativa de dirimir os problemas suportados pela sua modalidade clássica, acabou gerando outros problemas, dentre os quais podemos citar o ativismo judicial. Sua estrutura metodológica era essencialmente lógico-dedutiva e com ponto de vista muito voltado para o teor textual da norma. Trazendo para o sistema normativo uma responsabilidade de dimensões inimagináveis e, por isso, houve necessidade de construção de um texto normativo aberto, composto por muitas cláusulas gerais, termos abstratos e de conteúdo indeterminado, justamente na intenção de atenuar esta insuficiência. Aposta, portanto, num modelo também prescritivo, ou seja, conhecido antes para ser aplicado depois, evidenciando uma teoria jurídica muito aquém da realidade concreta, servindo de fonte para os ativismos e para as mais variadas manifestações de discricionariedade. Este caminho surge também como alternativa de solução, neste marco teórico, daqueles casos em que o sistema normativo não dava solução aparente e objetiva.

Já a teoria de Direito do Jurisprudencialismo de CASTANHEIRA NEVES parte de um paradigma pós-positivista em que afirma uma filosofia e uma racionalidade jurídica que vai além da compreensão que dá excessiva relevância às regras enquanto fonte do Direito. Aprofundando na autonomia que tem os princípios jurídicos, tomando estes até compreensões supralegais. E, por isso, a decisão judicial não se resumiria em declarar o direito disposto pela literalidade ou interpretação das regras e normas, mas também deveria ter em consideração uma rede de exigências dispostas pelos princípios e que não são conhecidos simplesmente pela abstração daquelas regras consideradas gerais e abstratas, mas que também se revelam pelo contexto histórico-cultural subscrito naquela realidade comunitária.

De fato, o que faltou tanto na compreensão do positivismo clássico como também para o positivismo crítico ou moderado de Hart, por exemplo, foi essa autonomização dos princípios. Sobretudo, na sua compreensão enquanto objetivo

de concretização de direitos que a realidade concreta demanda e sem se falar em ativismos ou discricionariedades.

Sendo assim, nesta altura há no jurisprudencialismo a cisão da compreensão que advoga que entre normas/princípios há uma conexão preestabelecida e necessária, para apostar na compreensão destes (princípios) enquanto *ius*³¹⁹. Esta modalidade de princípios enquanto *ius*, como nas palavras do Doutor Aroso Linhares, toma forma à medida que se determina pela preocupação de um sentido metodológico específico de realização dos princípios e ao mesmo tempo, leva a sério as exigências prático-normativas imediatas que estes suportam. E neste ponto, podemos considerar o conteúdo expresso pelo princípio de separação dos poderes, que encontra conteúdo no primeiro capítulo deste trabalho, ou seja, a garantia da harmonia, imparcialidade e tecnicidade dos serviços prestados por todas as esferas de poder e, ao mesmo tempo, inviabiliza a construção de um governo arbitrário. Este princípio, portanto, ainda é um atributo de relevante importância no estado atual e que tanto é afetado pela discricionariedade judicial. Atingindo o Tribunal de maneira negativa a estrutura de poder estatal, quando profere decisão que repercute no campo eminentemente político e que é de responsabilidade exclusiva dos outros poderes.

No tópico subsequente iremos introduzir a teoria do Direito Positivo Crítico de Hart, pois a proposta dele tem como propósito o de sanar as falhas do Direito Positivo até então desenvolvido.

3.1. – A construção de um positivismo crítico em Hart.

O modelo proposto por Hart se debruça na resposta da pergunta que é recorrentemente suscitada em sua obra “CONCEITO DE DIREITO³²⁰”, que é definir “o que é o Direito?³²¹.” Nesta altura podemos perceber um paralelo com o raciocínio que desenvolvemos na parte de que tratamos sobre o Normativismo, ou seja, ainda

³¹⁹ Vide LINHARES, José Manuel Aroso. Na «Coroa de fumo» da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? IN: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho / org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro.; Vol. 3 p. [395]-421, Coimbra – Portugal, 2014. Coimbra Editora.

³²⁰ Vide. HART, H.L.A. O CONCEITO DE DIREITO: 3ª EDIÇÃO com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução A. Ribeiro Mendez., FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN / LISBOA – PORTUGAL, 1994 Disponível em <http://portalconservador.com/livros/Herbert-Hart-O-Conceito-de-Direito.pdf>, Acesso em 13/03/2017. Cit. pag. 10.

³²¹ *Ibidem*.

dá relevância e foco para o Sistema Jurídico em sua concepção normativa, além disso, revela a importância que se atribuiu que aplicar o Direito seria conhecê-lo bem através de seu atributo normativo, ou seja, uma atividade que tenderia a ser cognitiva.

Primeiramente Hart se debruça em definir a “natureza do direito³²²”, ou seja, determina que a sua existência implica numa assunção de uma conduta humana que já não é mais facultativa e, sim obrigatória em determinadas ocasiões. Na sequência de sua obra diz ainda sobre a questão que gravita em torno da relação entre o Direito e a Moral e sua “tentação de ver uma identidade na sua conexão obviamente estreita,³²³” por eles partilharem, muitas das vezes, do mesmo vocabulário. Acredita ele que os princípios morais são revelados pela Regra de Reconhecimento que subjaz à prática dos Tribunais, que é uma característica crucial de seu marco teórico e que ainda iremos tratar de maneira mais profunda no desenrolar do trabalho.

Outro ponto que vale a pena ser tratado aqui neste momento refere-se à necessidade que este marco trouxe de afirmar um “sistema jurídico consistente.³²⁴” Esta característica pode ser garantida muito em razão da natureza de indeterminabilidade das regras, possibilitando a aplicabilidade abrangente das mesmas aos casos práticos que estão em constante dinamismo. Nesta parte podemos identificar o início da sua proposta de resolução dos problemas que eram recorrentemente apontadas para o positivismo clássico. Por isso, constrói a ideia de que há uma pluralidade de regras de âmbitos diferentes, fazendo até a distinção entre “regras sociais e meros hábitos convergentes (regras de etiqueta p.ex.),³²⁵” exemplificando que cada uma delas tem a sua importância, suas especificidades e seu âmbito de aplicabilidade, assim como acontece com as regras jurídicas. Desse modo, como as decisões judiciais também partem desse princípio de pluralidade, temos por de um lado as decisões dos Tribunais que reconhecem as consequências previstas de maneira unívoca e antecipada pelo sistema jurídico (casos fáceis – *easy cases*) e, por outro a indeterminabilidade do sistema jurídico para predeterminar uma solução única (unívoca) dos casos ditos como difíceis (*hard*

³²² *Ibidem.*

³²³ *Ibidem.* Pg. 11.

³²⁴ *Ibidem.* Pg. 12.

³²⁵ *Ibidem.* Pg. 16.

cases). Em se tratando dos *hard cases* é que a discricionariedade teria sua utilidade para servir de ferramenta para solução do caso.

Nesta altura, podemos qualificar um número considerável de demandas em que suas soluções são alcançadas, com maior ou menor grau, pela discricionariedade judicial. Recorrendo o jurista, em muitas ocasiões, à interpretação que tem por base a textura aberta do Direito que evidencia uma pluralidade de soluções igualmente válidas. Ficando ao julgo e interpretação dele a escolha de uma delas que ele considera ser mais justa, sobretudo, numa análise do sistema normativo como um todo. Esta decisão que deve ser proferida pelo “teorizador do direito”³²⁶, assume uma postura que deve ser externa ao Direito, imparcial e que não seja extrema, mas sim moderada. Este comportamento de teorizador do Direito numa percepção externa não exclui a correspondente postura interna que o jurista deve manter também. Porém, esta conduta além de moderada é limitada pelo sistema normativo, pois o sujeito deve entender, nesta seara, que ele é um ator e que está inserido no próprio sistema normativo que é característica fulcral desta perspectiva. É neste conceito que Hart atribui a função do Teorizador do Direito em sua teoria, principalmente no comportamento que ele deve manter na hora de determinar a sua decisão. Devendo ele priorizar por um comportamento que respeite estas considerações acima expostas e no intuito de que as suas ações sejam tomadas com absoluta imparcialidade e técnica.

A estrutura de teoria do Direito por ele idealizada pauta-se primeiramente através das regras primárias e secundárias. Neste primeiro nível, ou seja, nas regras primárias o Direito “revelaria a sua função primária de orientação da conduta dos sujeitos.”³²⁷ Uma vez quebrada a observância destas regras primárias, “passamos para a coerção jurídica, constituída como uma função secundária da natureza do próprio direito,³²⁸” ou seja, as regras secundárias. Temos ainda as regras de reconhecimento que estão inseridas no grupo das regras secundárias. Elas são nada mais do que a assunção de que há,

³²⁶ Vide. Tópico 1 que vai das páginas 300 à 306 do pós-escrito de Hart que faz referência à esta figura do “Teorizador do Direito” Cf. HART, H.L.A. O CONCEITO DE DIREITO: 3ª EDIÇÃO com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução A. Ribeiro Mendez., FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN / LISBOA – PORTUGAL, 1994 Disponível em <<http://portalconservador.com/livros/Herbert-Hart-O-Conceito-de-Direito.pdf>>, Acesso em 13/03/2017, cit pags. 300-303.

³²⁷ *Ibidem*. Pag.311.

³²⁸ *Ibidem*.

“Promoção da certeza com que o direito deve ser declarado (...) A regra de reconhecimento, assim como as regras concretas, podem ter uma discutível ‘penumbra’ de incertezas. Mesmo que as leis fossem redigidas de modo a resolverem antecipadamente todas as questões possíveis que pudessem suscitar acerca de seu significado, a adoção de tais leis entraria frequentemente em conflito com outros objetivos que o direito deveria acarinhá-las³²⁹”

Diante do conceito destas regras de reconhecimento fica ainda mais evidente a importância que o Positivismo moderado de Hart dá para elas. Sendo assim, devemos tecer algumas considerações que verdadeiramente nos interessam aqui neste momento. Primeiramente devemos partir do pressuposto que na teoria dele há o reconhecimento da natureza de indeterminabilidade do sistema e que, mesmo assim, não é causa de impossibilidade de solução daquelas causas que aparentemente não são resolvidas de maneira objetiva pelas normas. Nesse âmbito, cabe ao Tribunal através da regra de reconhecimento, lançar esclarecimentos nesta indeterminabilidade do Sistema Normativo para tratar sobre a matéria objeto de discussão e compor o teor declarativo que a aplicabilidade do Direito requer para resolução daquele caso. Notemos que quando estivermos diante dessa área de “penumbra³³⁰” gerada pela indeterminabilidade das normas, estaremos diante de um paradigma que a própria perspectiva cria. O jurista representante do Tribunal para resolver esse obscurantismo característico do caso reconhecerá a “textura aberta³³¹” do sistema jurídico para resolver aquela questão. Sendo assim, a discricionariedade limitada surge como mecanismo hábil para atender esta insuficiência e dar solução para o caso. Há quem diga que esta operação põe fim nesta indeterminabilidade do sistema, mas certamente pode gerar insegurança jurídica, pois a aplicabilidade do Direito deve ser unívoca e não conviver com um parâmetro que admite uma gama de soluções plenamente possíveis e válidas, pois habilita a discricionariedade no judiciário. Neste marco teórico o Direito na sua percepção prática,

“convive agora com a existência dos ‘casos fáceis’ ao sustentar a possibilidade de a cada regra geral corresponder com maior ou menor extensão um núcleo de determinabilidade. Sobretudo, ao admitir uma escolha racionalmente orientada pelos ‘penumbra cases’, não afasta menos

³²⁹ *Ibidem*, pag.313.

³³⁰ Cf. LINHARES, José Manuel Aroso. “Juízo ou Decisão?”: Uma interrogação Condutora nos mapas do discurso, pags. 227-251. In Revista da VI JORNADAS DE TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E FILOSOFIA SOCIAL. – JUÍZO OU DECISÃO? O PROBLEMA DA REALIZAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO. Editora Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal 2016, cit. pag. 242.

³³¹ *Ibidem*.

o pesadelo céptico do realismo, mas sim entrega sem condições a um culto decisionista dos casos difíceis.³³²

Nesta citação fica evidente a afirmação que já fizemos neste trabalho, ou seja, para este marco teórico aplica-se a racionalidade de que tudo aquilo que não for deduzido pelas normas resolverá mediante recurso da discricionariedade judicial. Sobretudo, o que verificamos é a construção de um modelo de discricionariedade limitado em que haverá combate contra o formalismo e o repúdio da mediação realista. Reconhecendo a importância que tem a discricionariedade para auxiliar a prática jurídica na resolução dos casos difíceis. Esta distinção é que vai justificar e autorizar o âmbito da “discretion” assumida por Hart neste sistema jurídico maduro, pois é neste ponto que o positivismo crítico reinventa o seu legado através da aposta num modelo de discurso em que não haverá reconhecimento de uma racionalidade jurídica verdadeiramente autônoma e unívoca. Encontrando sua expressão máxima nos casos difíceis, pois nestas hipóteses o sistema demonstra sua característica de limitação e conseqüentemente indeterminabilidade de soluções das controvérsias do mundo prático. Vale lembrar que para cada caso deste nível, corresponderá um teor de indeterminabilidade menor ou maior em relação ao outro.

Este entendimento introduzido pelas regras de reconhecimento de Hart se traduz, portanto, em iluminar a controvérsia introduzida pelos casos que não encontram decisão objetiva pelo sistema normativo. Lançando luz para o teorizador do Direito ao proferir a sua decisão na escolha dentre as possibilidades que o sistema normativo indeterminável reconhece para resolver casos difíceis. Atribuindo certo grau de “certeza” na decisão, o que somente em razão da regra de reconhecimento é possível, pois através dela o ordenamento jurídico vai dirimindo esse nível de indeterminabilidade.

A discricionariedade nesta perspectiva e ainda em contraste com o positivismo clássico, continua a assumir certo grau de limitação, pois ainda não resolveu a questão da decisão que passa a ser muito mais uma escolha do jurista do que um juízo decisório que é determinado pelos princípios jurídicos autônomos e por outros elementos metodológicos que o Direito dispõe. É certo que ao prever o critério de indeterminabilidade do sistema normativo, deixa claro ainda a importância que têm as normas como epicentro de resolução dos casos, principalmente em seu atributo declarativo, interpretativo e que é obtido através da análise literal delas.

³³² *Ibidem.*

Uma questão que também vale a pena ser levantada diz respeito aos princípios jurídicos, que nesta perspectiva tomam aspirações de natureza necessariamente normativa. Este atributo esclarece as características que influenciam diretamente na tomada de decisão desta perspectiva, principalmente quando estivermos diante dos casos difíceis.

Por isso, faz-se necessária a exposição dos tópicos subsequentes levando em consideração, desde a construção das regras primárias até as regras de reconhecimento. Para depois evidenciar um modelo de uma decisão jurídica que se estrutura noutra perspectiva doutrinária, ou seja, na dialeticidade entre sistema e problema concreto enquanto realidade constitutiva de direitos. Momento de viragem que inaugura o movimento do pós-positivismo que tem como expoente a teoria jurídica do Doutor CASTANHEIRA NEVES e que será aqui também considerada.

Sobretudo, decisão que se restringe na construção de uma justificativa plenamente jurídica (discurso jurista ou juricista – Jurisprudencialismo-s) e que não recorre a critérios extrajurídicos (discursos de textura aberta - Hart), apostando na autonomia dos princípios enquanto *ius*, ao invés de princípios enquanto *ratio* e que são obtidos mediante abstração das normas.

3.2 – Entre as Regras Primárias, Secundárias e a Regra de Reconhecimento do Positivismo crítico de Hart;

Este autor, traz na introdução de sua teoria um entendimento um tanto quanto voltado para a relação de duas regras que dão base para o seu pensamento jurídico, ao dizer o seguinte:

“É verdade que a ideia de uma regra não é, de forma alguma uma ideia simples: vimos já no capítulo III a necessidade de distinguir entre dois tipos de regras diferentes, embora relacionadas, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico. Por força das regras de um tipo, que bem podem ser consideradas o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham a fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras primárias, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação³³³.”

³³³ HART, H.L.A. O CONCEITO DE DIREITO: 3ª EDIÇÃO com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução A. Ribeiro Mendez., FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN /

Como vimos fica latente a importância da relação entre estas duas espécies de regras, primárias e secundárias, para a concepção do Positivismo crítico de Hart, pois é a partir desta compreensão que encontramos uma definição mais específica sobre o Direito. Importante ainda acentuar que o doutrinador parte também de uma noção em que há uma diversidade de Leis, pois segundo bem acrescenta ele, a noção clássica de que “as leis, mesmo quando se trate de legislação deliberadamente elaborada, não são necessariamente ordens dadas apenas a outros³³⁴.” Há, portanto, uma gama de leis que conferem poderes aos particulares para celebrarem contratos, casamentos e disporem de seus bens mediante celebração de um contrato, por exemplo. Sendo assim, a noção assente na ideia de que as leis se limitam necessariamente por “ordens gerais baseadas em ameaça,³³⁵” se tornou um conceito um tanto quanto insuficiente para a compreensão atual do Direito defendida por ele. Resta suficiente saber que ele dá valiosa relevância para as regras na sua teoria. Contamos ainda com as regras de reconhecimento que também são de extrema relevância. Estas encontram-se inseridas no âmbito das regras secundárias como veremos nos tópicos subsequentes.

3.2.1 – As Regras Primárias e Secundárias;

Novamente recorrendo à obra “conceito de Direito”, o autor passa a descrever o campo jurídico analisado na ótica das comunidades primitivas³³⁶, onde podemos verificar apenas a pressão social enquanto controle social. A primeira característica verificável nesta compreensão e apontada por ele é o caráter estático das regras, acompanhada pelo grau de incerteza e sua ineficácia em razão da pressão social difusa³³⁷.

Justamente no intuito de corrigir estas falhas, encontramos as regras secundárias, que suportam certo conteúdo de aplicação caso as regras primárias não sejam observadas, mas deve ficar claro que estas duas modalidades são “regras de espécies diferentes³³⁸.” Já inseridas no âmbito das regras secundárias e

LISBOA – PORTUGAL, 1994 Disponível em <<http://portalconservador.com/livros/Herbert-Hart-O-Conceito-de-Direito.pdf>>, Acesso em 13/03/2017, cit. pag. 91.

³³⁴ *Ibidem*, pag. 33.

³³⁵ *Ibidem*, pg.34.

³³⁶ *Ibidem*. pags. 101-103.

³³⁷ *Ibidem*. Pg. 103.

³³⁸ *Ibidem*.

na necessidade de correção de supervenientes falhas na aplicação normativa do Direito, encontramos a Regra de Reconhecimento que atua de maneira substancial nesta compreensão jurídica. O conteúdo até então elaborado demonstra que esta perspectiva ainda é embasada e estruturada muito em razão do teor normativo do Direito. Porém, traz consigo algumas novidades, principalmente quando falamos sobre a regra de reconhecimento, que é o tema do próximo tópico.

3.2.2 - A Regra de Reconhecimento e outras considerações importantes.

A Regra de Reconhecimento está inserida dentre o gênero das regras secundárias, sobretudo, detêm complexidade e relevo substanciais em relação às demais. Mesmo porque ela não tem relação necessária com os enunciados, mas tem muito mais conexão com a maneira com que as regras já estabelecidas são identificadas (ou até mesmo interpretadas) pelos tribunais, por exemplo.³³⁹

É a partir delas que todas as outras regras encontram justificativas e critérios de validade.³⁴⁰ E, por isso, cumpre valiosa função nesta concepção de Direito, uma vez que é nela que o sistema jurídico encontra sua validade, fundamento e adequabilidade ao contexto histórico em que a norma se aplica. A regra de reconhecimento teria existência apenas enquanto

“como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o Direito, por referência a certos critérios. Sua existência é uma questão de fato.”³⁴¹

Percebemos nesta passagem que a regra de reconhecimento cumpre valiosa importância, visto que garante razoável grau de exatidão e consistência ao sistema normativo através da atividade dos tribunais. De tal sorte que nesta construção, o cidadão muitas das vezes vai agir consoante temor de que lhe sejam atribuídas as consequências (sanções) do não cumprimento das normas, tal como é disposto pelas regras primárias. Entretanto, apenas no juízo de verificação probabilístico de que determinada norma é respeitada pela maioria da população, encontramos a prova de que há um sistema jurídico no qual a Regra de Reconhecimento é vigente. Nesta altura, constrói o autor a compreensão de que não basta o sistema jurídico ser

³³⁹ *Ibidem.* pag.112.

³⁴⁰ *Ibidem.*

³⁴¹ *Ibidem.* Pg. 121.

visto como “união complexa de regras primárias e secundárias,³⁴²” pois a verificação de sua existência (sistema Jurídico) deverá ser acompanhada por “uma descrição da relação relevante dos funcionários do sistema com as regras secundárias que lhes dizem respeito, enquanto funcionários.³⁴³” É neste atributo que a regra de reconhecimento deve suportar critérios de “aceitação oficial unificada ou partilhada³⁴⁴” pelos funcionários, pois é a partir desta característica que ela encontra substância e relevo.

Cumprindo ainda fazer menção, nesta altura, àquilo que já fora suscitado no início do trabalho, mas que de maneira mais detalhada deve ser verificada, que é a relação entre Direito e Moral. Esclarece ele ser difícil afirmar que o Direito pudesse ter sido influenciado, seja pela moral ou grupos particulares específicos, mas é notória a relação de afinidade construída entre estes dois ramos. De modo tal, que o leva a afirmar o seguinte:

“que um sistema jurídico deve mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou deve repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer.³⁴⁵”

Isso não quer dizer, nas palavras do autor, que no campo da validade das leis concretas devam estas reproduzir, mesmo que de maneira expressa ou tácita, referências à juízos morais ou de conceitos de justiça. Tanto é que ainda afirma, referindo-se e definindo o Positivismo Jurídico dizendo o seguinte:

“afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham freqüentemente feito.³⁴⁶”

Fica evidente que não há obrigatoriedade de que as leis reproduzam conceitos morais, apesar de também não ser vedado que estas assim o façam. Ademais, ainda esclarece que esta concepção moral é mais ou menos assente na ideia de que “os seres humanos têm o direito de ser tratados de forma igual e que as diferenças de tratamento exigem, para as justificar, mais do que um apelo aos interesses dos outros.³⁴⁷” E que tanto o direito como a moral, identificados pela sociedade não têm oferecido benefícios mínimos para a generalidade da população,

³⁴² *Ibidem*, pg. 126

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ *Ibidem* pag. 203.

³⁴⁶ *Ibidem* pag. 202.

³⁴⁷ *Ibidem*, pg. 217.

assim como frequentemente não o têm feito, pois do contrário não teríamos a experiência histórica escravocrata e a nazista. Pois, somente com a cooperação voluntária da grande maioria dos cidadãos em conjunto com a autoridade e que deve ser inerente à própria natureza das instituições públicas conseguimos conceber e estruturar o Direito e o Governo.

Por isso, Hart ainda apresenta um fenômeno social voltado para o Direito composto por dois pontos centrais, os quais a primeira estabelece os comportamentos e as atitudes que se traduzem na anuência voluntária das regras e, por outro lado, as condutas verificadas como pura obediência ou aquiescência, ou seja, podendo ser as regras obedecidas através destas duas formas. Sendo assim, O Poder Coercitivo enquanto base de autoridade em que tanto o Direito como o Governo são sujeitos e como resposta da inobservância da obediência à regra primária pode ser realizado de dois modos diferentes³⁴⁸. Pode ser aplicado somente em relação aqueles que Hart denomina Malfeitores, uma vez que violam de forma egoísta a proteção que é conferida pelas regras. Já a outra hipótese, por exemplo, pode ser exercida para subjugar e conservar o grupo dominado em relação ao grupo dominante.

Nesta altura, não podemos esquecer de falar sobre a importância da interpretação jurídica com vista para essa “textura aberta” que compreende o Direito, mas aqui neste momento deixando bem claro o núcleo de confronto entre decisão/juízo.³⁴⁹ Pois bem, aqui neste momento temos que ter em mente dois pontos.

O primeiro deles é a linguagem recorrente usada na ‘textura aberta’ utilizando-se do “discurso de área aberta que compreende o *modus operandi* do juiz, apostando num paradigma de decisão e numa pragmática de alternativas equivalentes.³⁵⁰” Sobre os resultados práticos desta característica já falamos recorrentemente, quando referimos à gama de possibilidade que cabe ao jurista escolher uma dentre elas para a resolução do caso em que a decisão é muito mais uma escolha do que um juízo decisório. Até aqui nenhuma novidade do que já

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ Cf. LINHARES, José Manuel Aroso. “Juízo ou Decisão?”: Uma interrogação Condutora nos mapas do discurso, pags. 227-251. In Revista da VI JORNADAS DE TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E FILOSOFIA SOCIAL. – JUÍZO OU DECISÃO? O PROBLEMA DA REALIZAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO. Editora Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal 2016.

³⁵⁰ *Ibidem*, pg. 234-235.

havíamos visto até este momento. O outro ponto o qual referimos é em relação ao discurso dos juristas ou juristicistas que atribui que em relação à toda controvérsia haverá sempre uma solução “juridicamente determinável³⁵¹”, ou seja, sempre garantida pelas possibilidades e exigências discursivas numa perspectiva interna do Direito. Recorremos, portanto, à noção sobre a qual falamos da postura do juiz ou teorizador do direito. Onde ele assume uma perspectiva interna do Direito orientado e limitado principalmente pelo teor normativo do Sistema Jurídico e outra perspectiva externa que é firmada necessariamente pela interpretação de textura aberta e utilização da discricionariedade. No domínio do Direito Positivo crítico, portanto, encontramos a aplicabilidade jurídica que

“mobiliza os binómios casos fáceis/casos difíceis, tratamento jurídico/tratamento não jurídico, aplicação do <<direito>>/criação discricionária.³⁵²”

Para o autor desta perspectiva os juízes não fazem uma escolha arbitrária ou mecânica, mas respeitam aquilo que o autor qualifica por “virtudes judiciais.³⁵³” Estas virtudes se traduzem, especificadamente pela neutralidade e técnica do juiz ao fazer análise das alternativas dispostas e os interesses reciprocamente considerados. Temos ainda a inserção dos princípios da legalidade e da justiça, ainda mais se embasada numa regra geral do Direito. Aqui faz sentido dizer princípios enquanto *ratio* ao invés de princípios enquanto *ius*,³⁵⁴ pois eles assumem compreensão de continuidade das normas. Sendo assim, podemos considerar que boa parte da aplicabilidade do Direito na perspectiva de Hart ainda é disposta principalmente através da experiência normativa que o Sistema jurídico pode oferecer. Tanto é que ele estrutura sua teoria necessariamente na relação entre regras primárias e secundárias, com especial foco nas regras de reconhecimento que estão inclusas nesta segunda categoria e que reconhecem muito a atividade dos Tribunais.

Desse modo, no mais das vezes, o jurista irá se socorrer do que dispõem o conteúdo do Sistema Normativo e noutras situações o magistrado lançará mão da

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*. Pg. 235.

³⁵³ *Ibidem*. Pg 235.

³⁵⁴ Para mais esclarecimentos vide LINHARES, José Manuel Aroso, 1956 – Na <<Coroa de fumo>> da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho / org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra – Portugal. Coimbra Editora 2012. Pags. 395 – 421.

discricionariedade para proferir sua decisão, haja vista que o preenchimento desta penumbra deixada pelas cláusulas gerais e mais abstratas no ordenamento jurídico será de responsabilidade dele. Desse modo, ele irá atingir a decisão mais justa e adequada que são reveladas pelos princípios que aqui assumem compreensão de continuidade das normas, não tendo eles nenhuma autonomia, senão continuidade das mesmas normas que lhes dão substância e, por isso, aqui se fala em princípios enquanto *ratio*, ou seja, aqueles que são revelados enquanto expressão daquelas.

Por isso, o marco teórico deste autor continua a reproduzir alguns problemas que o positivismo clássico não superou e que é combustível para o ativismo judicial. Pois, ainda reproduz o apego em relação ao teor normativo que declara o Direito de maneira preventiva. Já em relação aos casos que esta disposição demonstra-se insuficiente faz-se uso da discricionariedade como elemento estruturante das decisões relacionadas aos casos difíceis.

Justamente para superar as falhas deste marco e de todos os seus antecessores, recorreremos ao Jurisprudencialismo do Doutor Castanheira Neves. Nesta teoria, a atividade do Direito não deve se resumir na simples aplicação do sistema jurídico em que o seu núcleo está disposto pelo teor textual das normas, mas numa operação de concretização das mesmas. Nesta perspectiva também não há que se falar em discricionariedade e muito menos em ativismo judicial, pois sua estrutura filosófica e metodológica são assentes numa racionalidade diferente, resolvendo estes problemas ao revelar uma nova alternativa para a crise do Direito.

3.3 - O Jurisprudencialismo de Castanheira Neves como resposta para a situação de crise da justiça e solução do ativismo judicial.

3.3.1 – Considerações preliminares:

A proposta do Jurisprudencialismo, capitaneada pelo ilustríssimo Doutor Castanheira Neves, tem como objetivo o de apresentar um modelo metodológico que reflete a problemática e a crítica sobre a intencionalidade na estrutura do pensamento jurídico clássico, bem como dos seus pressupostos constitutivos. Primeiramente é válido salientar a relação entre metodologia e método, sendo

aquela definida pela lógica ou o pensamento voltado para um proceder (ou *modus* = método³⁵⁵).

O pensamento jurídico proposto por ele tem como intenção, principalmente, o viés da metodologia como relação intencional de reconstrução crítico-reflexiva em que

“A razão não prescreve *a priori* um método à prática e também o não descobre apenas *a posteriori* na descrição de uma prática metódica e antes a razão, assumindo intencionalmente uma certa prática, vai referir esta aos sentidos fundamentantes.³⁵⁶”

Desse modo a razão que move o pensamento jurídico desta modalidade teórica, diferentemente da anterior, não se resume aqui uma índole prescritiva ou descritiva, mas sim crítico-reflexiva. De tal sorte que em relação ao *modus operandi* do juiz, deverá levantar aquilo que chamamos por “hipótese da norma³⁵⁷” em contraposição com as exigências específicas e que são determinadas pela noção de justiça que encontramos, por exemplo, nos princípios considerados enquanto *ius*.

Se ele verificar que alguma dentre as normas de direito positivo corresponde à resolução abstrata desta noção de justiça e justeza material que o caso prático demanda, será desta forma que irá fundamentar sua decisão. Se não for o caso anterior, irá verificar o que consta nos precedentes judiciais e, se mesmo assim não encontrar solução justa orientar-se-á pelos “princípios ético-práticos e discursivo-argumentativos da <<razão prática>>.³⁵⁸” Dessa maneira, o jurista objetivará uma solução que concilie a possibilidade de um consenso comunitário e, ao mesmo tempo, satisfaça as expectativas axiológico-jurídicas da comunidade existentes naquele contexto histórico. Já neste começo podemos salientar algumas diferenças fulcrais entre o Jurisprudencialismo e o Positivismo, principalmente no tocante ao pensamento jurídico que ambos sustentam. Enquanto este assume índole prescritiva, aquele adota natureza crítico-reflexiva. Quanto à prática jurídica, o Jurisprudencialismo, é estruturado para a concretização das normas enquanto que Positivismo mesmo que crítico ainda está enraizado na interpretação/aplicação das normas, principalmente na sua compreensão interna do Direito. Na sequência trataremos o tema do sentido problemático e do objetivo intencional do Direito, pois

³⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. Metodologia jurídica – Problemas Fundamentais, STVDIA IVRIDICA 1, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Cit. pg. 9.

³⁵⁶ Ibidem, cit. pag. 11.

³⁵⁷ Ibidem. Pg. 147.

³⁵⁸ Ibidem. Pag.147.

são características fundamentais para entender as razões que levam a crer que esta perspectiva atende aos objetivos propostos.

3.3.2 - Do sentido problemático e do Objeto Intencional do Direito.

Diante do conteúdo exposto neste tópico aparecem algumas considerações que, segundo o autor, devemos tratar. Elementos estes que dão substância e que estruturam a metodologia de sua teoria filosófica do Direito e que podem resolver os problemas tanto da discricionariedade quanto do ativismo judicial.

A primeira delas começa pela afirmação de que o jurista enquanto realiza o direito resolve questões jurídicas reais e atuais de seu tempo e não numa ordem de predisposição abstrata normativa como se fazia no normativismo, por exemplo. Pressupõe, portanto, uma certa situação de crise atual do direito fazendo com que seu sistema jurídico seja analisado de maneira crítica, diferentemente do elemento contra-factual sobre o qual falamos alhures no trabalho e que era adotado pelas teorias clássicas do Direito. A segunda, refere-se ao pensamento jurídico que também deve ser analisado de maneira crítica de modo a compatibilizar sua compreensão estruturada numa perspectiva de “juridicidade realizanda e *actus* que a cumpra³⁵⁹”. Neste ponto podemos reiterar que o

“*prius* metodológico deixa de localizar-se na norma (formulação lógico-significativa), para se localizar no caso concreto da vida sobre cuja validade jurídica haverá de pronunciar-se.³⁶⁰”

Isso pressupõe que a decisão concreta que o Direito deve proporcionar transcende a intenção e a projeção normativa característica do Sistema Jurídico, ou seja, demonstrando que

“O Sistema Positivo sempre será duplamente ultrapassado: pelos princípios axiológicos-normativos por que se vai determinando o comunitário projecto axiológico e pela realidade historicamente concreta da sua aplicação.³⁶¹”

Diante do exposto, fica evidente que a índole metodológica se distancia da noção prescritiva até então consolidada e empregada. Devendo o Sistema Positivo,

³⁵⁹ *Ibidem*, cit. pg. 24.

³⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. In *Digesta*, vol. 1º - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra Editora, Coimbra 2010, pg.47-48.

³⁶¹ *Ibidem*, pg. 47.

sob análise do Jurisprudencialismo, assimilar o dinamismo do caso prático, ou seja, “manter-se como ele aberto à mutação e à aquisição.”³⁶²

Ainda sob análise da crise do pensamento jurídico e aprofundando ainda mais sob a concepção póspositivista do Jurisprudencialismo, podemos evidenciar duas considerações conclusivas. A primeira delas é a de que o direito não o é antes da sua realização, ou seja, que o Direito “realizando”³⁶³ não é alcançado através da estrutura normativo-legalista. Desse modo, há um verdadeiro abismo entre a realização problemático-judicativa e a compreensão normativo-legalista do Direito, visto que aquela visa a mediação normativa constitutiva criada entre a norma e a decisão concreta enquanto nesta, no mais das vezes, se esgota tão simplesmente na aplicação das normas jurídicas prescritas e noutras ocasiões faz recurso da discricionariedade jurídica para resolver questões mais complexas.

Por isso, de fundamental importância, portanto, será a compreensão mais rigorosa e pormenorizada da realização problemático-decisória que o Direito deve cumprir, tema que iremos tratar de maneira mais sistemática no tópico subsequente.

3.3.3 - A Interpretação jurídica como momento da problemático-decisória realização do Direito.

Cumprido ressaltar que na teoria proposta pelo autor, a decisão adequada seria aquela, na qual, atendessem a possibilidade de um consenso comunitário de modo a satisfazer as expectativas axiológico-jurídicas da comunidade existentes ao tempo da decisão.

“Quanto à decisão jurídica em geral, é ela vista como o resultado de uma *téchné* judicativa que procura <<razões>> ou fundamentos para um caso concreto numa também concreta e histórico-social situação de diálogo.”³⁶⁴

Sendo assim, a estrutura metódica que perpassa o pensamento do Jurisprudencialismo nasce de uma intenção criada entre sistema e problema enquanto coordenadas que orientam as diretivas do juízo decisório. A norma nesta compreensão

³⁶² *Ibidem.*

³⁶³ CASTANHEIRA NEVES, António. Metodologia jurídica – Problemas Fundamentais, STVDIA IVRIDICA 1, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Cit. pg. 24.

³⁶⁴ *Ibidem.* Cit. pag. 147.

“revela-se sempre intencionalmente aberta ou normativamente indeterminada na referência ao caso decidendo – sobretudo, por isso carece também ela sempre de interpretação – e é a interpretação, exigida pela decisão do caso jurídico concreto e a realizar em função do problema normativo-jurídico por ele posto, que irá superar aquela abertura e a sua indeterminação, imputando à norma o sentido jurídico que essa concreta resolução problemática lhe permite reconhecer. A interpretação jurídica consuma-se, pois, na realização concreta e é metodologicamente indivisível dessa normativa realização.³⁶⁵”

Decerto que a interpretação da norma não deixou de ter a sua importância, porém, seu foco e ponto de partida não é a norma como fim em si mesma. Constituindo o caso prático, em toda sua complexidade, como referência de que a interpretação normativa decisória deve considerar. Numa experiência de diálogo com o objetivo de concretização da norma num contexto histórico-comunitário em que podemos alcançar uma resposta razoável e sem se falar em recurso à discricionariedade em hipótese alguma.

Por fim, encontramos um pensamento jurídico que nesta altura assume a recuperação da razão prática através da estruturação tópico-argumentativa na qual o problema está no centro. Há aqui, neste contexto de emprego da razão prática, o resgate da intencionalidade ética e ético-política, que o raciocínio positivista houvera abandonado ao considerar o Direito apartado dos domínios da ética. Certamente até aqui neste momento já elaboramos alguns dos elementos que reforçam a construção de um raciocínio e metodologia jurídicos que se possam dizer isentos da discricionariedade. Justamente pela sua percepção filosófica e metodológica que é composta por elementos que foram elaborados e repensados justamente para responder esta situação de crise do Direito. Na próxima etapa iremos fazer um breve aprofundamento a respeito desta proposta de realização do direito que parte da concepção problemática do caso concreto como ponto de partida metodológico.

3.3.4 - Um modelo de realização do Direito pautado na dialeticidade estabelecida entre o sistema normativo e o problema judicativo-decisório.

O problema proposto pelo caso deve ser enfrentado em sua verdadeira autonomia.³⁶⁶ Isso requer da experiência prática de realização normativa do sistema

³⁶⁵ *Ibidem*. Pg. 146.

³⁶⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais. Universidade de Coimbra, Coimbra 2013. Cit. pag. 158.

jurídico uma diferente postura. Conforme aparecem novas demandas com diferentes características, há o enriquecimento do contexto intencional do sistema jurídico,

“ainda que indecisa e indeterminadamente assumindo ou apenas pré-compreendido – no modo justamente problemático o <<saber de não saber>>³⁶⁷”.

Pouco-a-pouco há a assimilação, através da experiência prática, de “novas intenções-soluções integradas³⁶⁸,” enriquecendo ainda mais a prática jurídica e atualizando-a ao contexto atual no qual o Direito está inserido. De modo que as intenções embasadas nos valores, princípios e critérios normativos ainda persistem, mas subvertidos e relativizados diante de novas índoles. Isso quer dizer que as exigências anteriores são consideradas em conjunto com as atuais ao ponto de serem vistas num todo congruente.

Em relação à dialeticidade criada entre sistema e problema, podemos considerar que aquele não pode ser visto sempre como elemento que condiciona e delimita o campo jurídico, mesmo porque novas questões são trazidas para a decisão jurídica (novos problemas, devem sujeitar novas intenções normativas) e em relação ao problema há a consideração do objeto decidendo como *prius* metodológico, “traduzindo-se na objetivação do seu concreto e específico sentido problemático-jurídico.³⁶⁹”

Cabe ainda concluir que o sistema, nesta orientação, tem como característica sua abertura em relação à problemática requerida pelo caso concreto, não pleno em relação à sua intencionalidade auto-suficiente e autopoietico em que a racionalidade prático-normativa é autônoma e assume um dinamismo tal como a realidade em que o Direito está inserido.

Nesta estrutura dialética entre Sistema normativo e caso problemático, é importante acentuar que a solução atingida deve estruturar-se numa justificação teleológica da decisão na qual o fundamento normativo do juízo se perfaz na compreensão fundamentadamente constitutiva do Sistema Jurídico (*ratio iuris*³⁷⁰). De tal sorte que chegamos à conclusão de que a norma enquanto critério jurídico desta problematicidade não é um dado constituído, mas sim uma medida constitutiva, pois sua compreensão é muito mais voltada para seu sentido

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ *Ibidem*, cit. pg. 158.

³⁷⁰ *Ibidem*. Pag.152 – 153.

intencional-jurídico do que objetivo-real. Dito isso, percebemos que pouco-a-pouco a discricionariedade já não faz parte deste marco, pois encontramos aqui uma estrutura que atribui a decisão jurídica um raciocínio plenamente jurídico e sem recurso de nenhum artifício estranho a ele, como acontece nos casos em que há ativismos judiciais. No próximo tópico iremos trazer o confronto entre a percepção dos princípios jurídicos enquanto *ius* com a perspectiva que os considera enquanto *ratio*, ou seja, a primeira que atribui autonomia à rede de princípios jurídicos e esta última que determina ser eles uma extensão das normas e alcançados em decorrência delas.

3.3.5 – Do Positivismo Crítico de Hart ao Pós-positivismo do Jurisprudencialismo de Castanheira Neves: uma rede principiológica enquanto *continuum* normas/princípios ou princípios enquanto *ius*?

A compreensão segundo a qual diz respeito à conexão entre normas/princípios, vincula as proposições normativas aos princípios (considerados princípios gerais do direito³⁷¹), de maneira que estes são obtidos através da abstração do próprio sistema, concebendo uma tratativa de um sistema jurídico dado, ou seja, predeterminado (objectivo-dado³⁷²).

Reconhece, portanto, enquanto operações desta racionalidade adstritas simplesmente na concentração lógica e na análise jurídica. De modo que parte para o processo de descoberta destes princípios gerais do Direito através da comparação por inferências às abstrações que as prescrições legislativas podem atribuir.

Sendo assim, o acervo que conta o Sistema Jurídico para a solução dos casos é sempre um dado constituído e que alcança mediante a verificação de uma prescrição legislativa isolada ou em conjunto. Estas disposições denotam a natureza de continuidade entre princípios e normas que esta perspectiva de princípios enquanto *ratio* suporta. De tal sorte que os pensamentos e ideias sempre serão descobertos, sobretudo mediante aplicação da lógica (que não é jurídica) e do método de concentração.

³⁷¹LINHARES, José Manuel Aroso, 1956 – Na <<Coroa de fumo>> da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho / org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra – Portugal. Coimbra Editora 2012. Pags. 395 – 421. Cit. pag. 402.

³⁷² *Ibidem*.

Esta modalidade de assunção principiológica atribuída ao Positivismo crítico de Hart, nada tem a acrescentar para as soluções prático-normativas que são previstas pelo Jurisprudencialismo de CASTANHEIRA NEVES. Mesmo porque, esta perspectiva de princípios gerais se limita pura e simplesmente a reproduzir o que o próprio sistema objetiva. E não excede, portanto, esta disposição normativista de maneira a atribuir axiomas racionalmente imanentes, por isso, podemos considerar que carece das mesmas limitações apontadas quando tratamos da limitação do Sistema Normativo para lidar com as situações práticas do cotidiano social.

Já na perspectiva Jurisprudencialista de Castanheira há a cisão com esta estrutura que é disposta entre *normas/princípios*. Desse modo, há um campo de “auto-subsistência de interrelação discursivo-proporcional que alimenta³⁷³” e ao mesmo tempo justifica a separação entre a concretização da norma e sua determinação-interpretação em abstrato. Sem que, com isso, deixe de mobilizar a inteligibilidade normativa disposta pelo Sistema Normativo, mesmo porque alguns princípios ainda são compreendidos à medida que ocupam seu lugar no Sistema Jurídico. Mas nesta altura, explora-se a distinção entre princípios positivos, transpositivos e suprapositivos assumidos pela teoria Jurisprudencialista de Castanheira Neves.

Sendo assim, a concepção dos princípios enquanto *ius* introduzida pela perspectiva de Direito do Jurisprudencialismo aqui considerado, introduz uma

“linha de desenvolvimento que podemos dizer simultaneamente e incindivelmente preocupada...”³⁷⁴

Sendo certo de que esta modalidade se adequa muito mais às requisições que o caso prático demanda do que as outras modalidades, como os princípios enquanto *ratio*, por exemplo. Mesmo porque, dá relevo substancial ao caso problemático enquanto *prius metodológico* e a importância da rede principiológica nesta estrutura jurídica, criando condições de uma solução que vai para além das disposições normativas do sistema e corrobora para uma concepção de justiça e justeza materiais. Inviabiliza também a discricionariedade que faz da indeterminabilidade do Sistema Jurídico normativo como base da sua justificativa. Além disso, o juiz ao proferir a sua decisão, terá de considerar o princípio jurídico da Separação dos Poderes, inviabilizando o ativismo judicial que se projeta em muitas

³⁷³ *Ibidem*. Pag. 412.

³⁷⁴ *Ibidem*. Pag. 413.

decisões político-administrativas que deveriam ser encargo das outras esferas de poder, por exemplo.

Todas estas considerações desaguam numa concepção em que o *modus operandi* do juiz não se resume à subsunção daquilo que é disposto na lei e muito menos no preenchimento dos campos em que a norma demonstra-se indeterminada.

Ao juiz cabe uma nova postura diante da realidade atual, mas diante de quais pressupostos, consequências e que sentidos? O tópico subsequente se presta, portanto, à algumas considerações acerca do papel do juiz nesta nova perspectiva de direito pós positivista do Jurisprudencialismo do doutor Castanheira Neves.

3.3.6 – Diante da crise da Jurisdição. Algumas considerações que ajudam na percepção e correção da função judicial.

Aqui neste tópico aproveitaremos da exposição anterior para aprofundar de maneira substancial na atividade exercida pelo juiz. De fato a crítica que se tem levantado em relação à atividade jurisdicional, até então desenvolvida, demonstra o grau de insatisfação da comunidade com o Poder Judiciário. Por isso, conforme falado no final do tópico anterior há que se questionar esta estrutura, justamente em relação aos seus elementos essenciais para então construir uma resposta plausível e que não dê palco para a discricionariedade judicial.

Para isto, devemos recorrer aos problemas estruturais (ou então externos) desta jurisdição, assim como problematizar o sentido que ela carrega³⁷⁵ (ou então, problemas internos). Em relação ao problema estrutural, devemos ter em mente o panorama do problema político-constitucional que convoca por um lado a questão da legitimação decisória, assim como por outro, a problemática institucional propriamente dita. Enquanto este tem conexão com o autogoverno que o poder judiciário exerce sobre si mesmo, àquele tem proximidade com o problema funcional

³⁷⁵ O entendimento aqui inserido é tributário dos ensinamentos do Doutor Castanheira Neves in CASTANHEIRA NEVES. Entre o <<LEGISLADOR>> A <<SOCIEDADE>> E O <<JUIZ>> OU ENTRE <<SISTEMA>>, <<FUNÇÃO>> E <<PROBLEMA>> - OS MODELOS ACTUALMENTE DA REALIZAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO. In BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO VOL. LXXIV, Coimbra editora, Coimbra – Portugal, 1998 pg. 1 – 44.

em que o juiz conta com um estatuto funcional que lhe confere garantias e independência o suficiente para evidenciar o problema do controle de suas ações³⁷⁶.

Já em relação ao problema do sentido da jurisdição, temos que recorrer à necessidade atual de superação do legado que o legalismo deixou na prática da jurisdição. Neste contexto hodierno, a jurisdição deve fazer uso, portanto, da revisão crítica do sentido atribuível que gravita em torno do Direito. De modo a considerar verdadeira a assertiva de que “o positivismo jurídico está definitivamente morto e que devemos dar substância a uma razão Jurídica alargada.”³⁷⁷ Este raciocínio último diz respeito ao resgate da autonomia normativo-intencional que o Direito deve suportar diante da Legalidade estrita, apenas possível através da distinção e desvinculação entre *lex/ius* (lei/justiça).

Para isso, o Sistema Jurídico conta agora com o reconhecimento dos princípios que transcendem a lei, conforme foi dito reiteradamente noutras oportunidades ao longo deste artigo. São eles convocados “como fundamentos normativos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir (Princípios transpositivos),³⁷⁸” revelando essa aptidão normativo-problemática de realização que pelo menos se reveste numa concretização que a jurisdição deve proceder. A lei ainda tem o seu valor, mas tão somente enquanto limite normativo e elemento de validade³⁷⁹ que esta mesma jurisdição deve considerar. O limite o qual referimos, é aquele que determina a conjugação hermenêutica e de intencionalidade jurídica confluyente entre Direito e o Sistema Jurídico em que encontra na lei seu limite último normativo, que, muitas das vezes, não garante a realização decisória do caso problemático, por exemplo.

Sendo assim, devemos considerar os limites normativos jurídicos expressos pela lei, de modo que apenas a jurisdição na sua realização problemático-decisória e constitutiva de direitos é capaz de atender à demanda dos casos práticos de maneira formalmente adequada e satisfatória. Nesta altura chegamos à conclusão

³⁷⁶ *Ibidem*. Cit. Pg. 3.

³⁷⁷ LENOBLE *apud* CASTANHEIRA NEVES, António. In Entre o <<LEGISLADOR>> A <<SOCIEDADE>> E O <<JUIZ>> OU ENTRE <<SISTEMA>>, <<FUNÇÃO>> E <<PROBLEMA>> - OS MODELOS ACTUALMENTE DA REALIZAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO. In BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO VOL. LXXIV, Coimbra editora, Coimbra – Portugal, 1998 pg. 1 – 44. cit. pg. 4.

³⁷⁸ *Ibidem*. cit. pag. 6.

³⁷⁹ *Ibidem* cit. pag. 10.

de que na jurisdição há um dever de julgar de forma justa³⁸⁰, bem como a lei ainda reserva uma prerrogativa neste Sistema Jurídico, mas não suporta o monopólio da criação do Direito assim como nas propostas positivistas por referência.

Sendo assim a evolução que sofreu o Direito, ao longo do tempo, é fruto de superação dos modelos de juridicidade que vigeram em cada contexto histórico. Muitos deles criticados em razão de sua insuficiência prática para atender a complexidade fática que está em constante dinamismo. Evolução esta que agora se pretende evidenciar no campo da metodologia jurídica, pois ajuda a compreender e justificar a necessidade de se atribuir um modelo de juridicidade que preveja uma intencionalidade jurídica bem como uma metodologia mais ampla e complexa. Por isso, iremos retomar e fazer um breve resumo sobre o assunto das diferentes perspectivas de Direito e agora sob o ponto de vista metodológico jurídico, senão vejamos:

“O Normativismo Legalista – que compreende uma perspectiva individualista moderno-liberal e iluminista, ou seja, tem como antecedente histórico a tentativa de restauração do liberalismo radical. Tem compreensão com matiz que radicava a autonomia do século XVI ao século XVIII. O direito seria a lei e unicamente expresso por ela.³⁸¹”

Há nesta compreensão Normativista Legalista a explicitação da visão do Sistema Jurídico que é compreendido tão simplesmente pelas normas legais. No campo das fontes do Direito, podemos atribuir uma dogmática que se restringia pura e simplesmente a conhecer o direito declarado pela lei.

Posteriormente, encontramos a linha do(s) Funcionalismo(s) que em linhas gerais, refere-se ao pensamento funcionalista da época que também influenciou o Direito, ou seja, perdeu ele (pensamento jurídico) a sua autonomia intencional e material³⁸². Este modelo é determinado intrinsecamente pela sua “funcionalidade, racionalidade instrumental e seu compromisso ideológico³⁸³”.

Encontramos ainda o (s) Jurisprudencialismo³⁸⁴ (s), que estrutura (m) o Direito numa normatividade axiologicamente fundada pelos princípios que

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 19.

³⁸² *Ibidem*. Cit. pag 17.

³⁸³ *Ibidem* cit. pag. 21.

³⁸⁴ Aqui devemos ter em conta apenas a perspectiva Jurisprudencialista do Professor Doutor Castanheira Neves, haja vista ser a perspectiva dele objeto do estudo realizado pelo trabalho.

verificamos ser muito importante para este modelo. Trata-se também de atribuir uma validade como *ius* que

“intenciona uma sua realização histórico-concreta mediante o juízo prático sobre a interação pessoalmente titulada e comunitariamente responsável – e quaisquer que sejam os elementos normativos–jurídicos (fundamentos, critérios) a que se vincule e em que se haja de apoiar esse juízo, traduz-se sempre ele numa mediação normativo-juridicamente constitutiva que esses elementos não reduzem.³⁸⁵”

Neste parágrafo acima exposto conseguimos enxergar claramente que o critério normativo se constitui como meio de mediação que esse juízo decisório deve percorrer. Justamente para alcance de uma decisão constitutiva em que há o reconhecimento e a concretização de direitos. Sendo assim, podemos considerar que o modelo Jurisprudencialista não se traduz numa pura e simples autonomia formal tal como ocorria com o Normativismo legalista, mas corresponde a uma autonomia de uma validade normativa material que uma experiência problemático-constitutiva de realização do direito pode proporcionar. Há neste ponto,

“a recuperação do sentido da prática jurídica como *‘iuris prudentia’*: axiológico-normativa nos fundamentos, prático-normativa na intencionalidade e judicativa no *modus* metodológico.³⁸⁶”

Diante do exposto no trabalho, fica cada vez mais claro que a evolução que passou a compreensão jurídica aponta para a consideração de uma perspectiva pós-positivista. Inclusive para sanar os problemas do Poder Judiciário que se encontra atualmente em crise por várias razões, dentre elas a discricionariedade e conseqüentemente o ativismo judicial. Ao final desta citação percebemos a afirmação de um *modus* metodológico judicativo baseado numa prática-normativa e intencional que se refira eminentemente judicativa, ou seja, que a sua autoridade seja justificada por um *modus operandi* que, diferentemente de outras modalidades, seja plenamente jurídica e esteja engajada no reconhecimento e concretização de direitos.

Cabe ainda esclarecer que a decisão sempre estará inserida num contexto histórico social. Sempre reproduzindo as necessidades da comunidade de seu tempo. Desse modo,

³⁸⁵ *Ibidem*, cit. pag. 18.

³⁸⁶ *Ibidem*. cit. pg. 32.

“a democracia nasce e consolida-se entre nós como uma promessa de igualdade, mas também social e económica, um objectivo para o qual o projecto de construção de um Estado-Providência moderno era central³⁸⁷”

Este trabalho, porém, só é viabilizado de forma efetiva se os poderes que compõe a estrutura estatal fizerem suas atribuições de maneira conjunta. Afinal de contas, esta estrutura de poder foi idealizada justamente para alcance dos objetivos propostos pelo Estado Democrático.

Desse modo, a realidade atual e os contornos que levaram à consolidação do modelo de Estado Democrático em Portugal, assim como também em muitos outros países, clama por um modelo jurídico mais pós-positivista. Que possa garantir a consolidação de direitos e atribuir deveres àqueles que verdadeiramente merecem tal consideração. Sem se falar que para essa tarefa tenha que se valer da discricionariedade ou ativismo, mas uma decisão formal e materialmente justa e que acima de tudo utiliza elementos estritamente jurídicos para tal tarefa.

3.4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

De imediato podemos considerar, conforme explicitado no primeiro capítulo, que a origem da teoria da separação dos poderes foi um passo importante para a sociedade até os dias atuais. Ainda mais quando esta prerrogativa se reproduz no exercício das funções estatais. Pois, é pretendido que cada poder estatal tenha delimitado as suas funções para que não seja possível a estruturação de um Estado arbitrário ou autoritário.

Já no capítulo segundo trouxemos para análise a próatividade do Poder Judiciário que tem expressão última na sentença do juiz ou tribunal que toma para si uma responsabilidade muito ampla. Decerto que esta conduta ativista é consequência da judicialização dos direitos que agora tomam expressão normativa constitucional, mas também é resultado da perspectiva do Direito que adota uma base filosófica e metodológica que permite esse evento. Isso não quer dizer que todas as estruturas e conceitos até então consolidados devem ser esquecidos, mas alguns deles devem ser revisados, principalmente alguns aspectos metodológicos e filosóficos do Direito. Bem sabemos que as perspectivas que tinham relevado apego ao sistema normativo no seu atributo textual demonstraram-se insuficientes para

³⁸⁷ Cf. CARREIRA, Henrique Medina (1996), As políticas sociais em Portugal, Gradiva. pg. 24.

atender à realidade submetida ao Direito. Posteriormente, houve aprofundamento na construção de textos normativos abstratos e cláusulas gerais para eliminar este problema. Apesar da utilidade desta evolução, acabou também dando suporte para a discricionariedade e o ativismo judicial que, inclusive, interfere de maneira indevida na execução das políticas públicas. Todas estas nuances atacam profundamente o teor de segurança jurídica de que deve ser consequência do exercício das funções do Poder Judiciário. Por isso, o marco teórico do Jurisprudencialismo pode ser uma ferramenta fundamental para a resolução destes problemas, justamente por estruturar uma metodologia e teoria da decisão judicial que são condizentes com a realidade atual. O Direito, nesta teoria, serve de ferramenta para a consolidação dos direitos e da justiça, sem utilização da discricionariedade para esta operação. Vale lembrar que o a aplicação do Direito no Jurisprudencialismo não se restringe na execução pura e simplesmente expressão daquilo que é disposto pela norma e interpretado pelos juristas, bem como não admite uma justificativa que não seja plenamente jurídica para casos não previstos pelo ordenamento. Permitindo que o Direito esteja em constante evolução e que definitivamente atenda à realidade submetida a ele, sempre objetivando a melhor e mais justa decisão através dos estratos metodológicos que a sua teoria admite.

Já no terceiro capítulo, chegamos à conclusão de que o Direito na compreensão JURISPRUDENCIALISTA, não deve ser um dado pressuposto, ou prescritivo, mas sim uma realidade que vai se enriquecendo a partir da experiência problemática que deveria ser da própria natureza do Direito. Não há que se falar à *priori* em domínios estanques que o Direito deve atuar, mas isso não quer dizer que ele assuma uma dimensão arbitrária ao extremo, pois existem domínios a que não cabe a ele intervir, pois prevalece o domínio dos interesses particulares, por exemplo. Sendo assim, devemos assumir uma perspectiva metodológica diferente de algumas perspectivas clássicas e que é disposta pelo Jurisprudencialismo supracitado. Caminho metodológico este que preveja um rede complexa que compreende vários elementos que a decisão deve considerar para atribuir uma decisão justa para cada caso concreto em específico. Sem se falar em prévia assimilação do problema pelo sistema jurídico, pois a realidade concreta, muitas das vezes não se apresenta tal como sucedera à época que a norma foi idealizada. Além disso, devemos considerar que a estrutura jurídica diante da complexidade prática a

qual é submetida, deve apostar na autonomia dos princípios, pois apenas desse modo há o alcance do conceito de justiça atrelado com a noção de justiça que a sentença jurídica deve suportar.

Desse modo, a teoria de Direito do JURISPRUDENCIALISMO DO DOUTOR PROFESSOR CASTANHEIRA NEVES se revela muito mais qualificada para atender a realidade atual em que há crise e perplexidade em relação aos domínios do Direito do que a proposta inserida pelo positivismo crítico de Hart, por exemplo. Justamente por estruturar uma perspectiva que atribui valor ao caso problemático enquanto *prius* metodológico e apostando na compreensão de um sistema normativo que perpassa o conhecimento prévio das normas e de todas as considerações que estas podem suscitar de maneira abstrata nos domínios que incidem na decisão judicial. Dando autonomia aos princípios, que vão desde normativos-jurídicos positivos, transpositivos e suprapositivos. De maneira que estes se manifestam enquanto momento de subjetividade do sistema e não do jurista que prolata a sentença, ou seja, compromete-se com o sentido de existência e validade do próprio sistema normativo.

Assim que o Poder Judiciário assumir a metodologia e a filosofia jurisprudencialista, os problemas relacionados ao ativismo judicial serão solucionados. A estrutura estatal contará também com um nível maior de harmonia entre os poderes, principalmente em relação aos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Favorecendo também que os outros poderes sigam o exemplo e optem pelo trabalho em conjunto e com o foco nos objetivos propostos pela Democracia, ou seja, garantir à todos os indivíduos um mínimo de garantias básicas para o seu desenvolvimento pleno.

BIBLIOGRAFIA.

ALVES, Vital Francisco C. A RELAÇÃO ENTRE O PODER LEGISLATIVO E O PODER EXECUTIVO NO CONTRATO SOCIAL DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU. In Synesis, nº 2, Petrópolis 2009, p.93 – 104, ISSN 1984-6754, INSTITUTO BRASILEIRO DE INFORMAÇÃO E TECNOLOGIA, UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PETRÓPOLIS, disponível em: «http://dx.doi.org/10.14195/1984-6754_2_6», acesso em: 22/02/2018.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização dos poderes em Montesquieu: Comentários ao capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. Revista dos Tribunais, Ano 97, V, São Paulo, 2008.

ARISTÓTELES, A Política. 7ª ed.. São Paulo: Atena, 1965, livro I, cap. I, §§ I, IX.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: Cattoni de Oliveira, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo –Brasil, 1997: Celso Ribeiro Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

BOBBIO, Norberto. *Teoria das Formas de Governo*. Brasília – Universidade Federal de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1999, p. 248.

BODIN, Jean. In *Lex six livres de la République*. Um Abrégé du texte de l'edition de Paris de 1583. Paris: Librairie Générale Française, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, disponível em: « http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm», acesso em 12/08/2016.

BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 2ª edição reimpressa, editora Coimbra, Coimbra – Portugal, 2010.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução Cascais Franco. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1981.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito e Teoria da Constituição, 7ª edição Coimbra – Portugal, 2003;

CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, 9 -47, maio/ago. 1996.

CARREIRA, Henrique Medina. As políticas sociais em Portugal, 1ª edição, editora Gradiva, Lisboa - 1996.

CARVALHO NETO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e Democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, nº 88 de Dezembro de 2003.

CASTANHEIRA NEVES, António. In APONTAMENTOS COMPLEMENTARES DE TEORIA DO DIREITO (SUMÁRIOS TEXTOS), Coimbra - Portugal, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta V. 1º - Escritos acerca do Direito, do pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Reimpressão, Coimbra Editora – Coimbra, Portugal 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Digesta V. 2º - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e outros*. Reimpressão, Coimbra Editora – Coimbra Portugal. 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta vol. 3º - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Reimpressão, Coimbra Editora – Coimbra, Portugal. 2010.

CASTANHEIRA NEVES. António. Entre o <<Legislador>> a <<Sociedade>> e o <<Juiz>> ou entre <<Sistema>>, <<Função>> e <<Problema>> - os modelos actualmente da realização jurisdicional do Direito. in *Boletim da Faculdade de Direito Vol. LXXIV*, Coimbra Editora, Coimbra – Portugal, 1998, pgs. 1 – 44.

CASTANHEIRA NEVES, António. *METODOLOGIA JURÍDICA – Problemas Fundamentais*. Reimpressão. *STVDIA IVRIDICA 1. BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO. UNIVERSIDADE DE COIMBRA*, Coimbra editora, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António. *TEORIA DO DIREITO*, Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999 – Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal, 1998.

CITADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia, p. 106. In *Revista Alceu*, v. 5, nº 9 pgs. 105 – 113, Brasil 2004.

COUTINHO, Luis Pereira *et al.* In *Judicial Activism – An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Volume 44 IUS GENTIUM – Comparative perspectives on Law and Justice ISSN: 1534-6781, University of Baltimore, 2015.

CRUZ, José Moura Nunes da. A expressão das competências do poder judicial. In: *Colóquio “A Justiça em Portugal”*, Lisboa: Conselho Económico e Social, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu in *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2^o edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 1973

DORF, Michael & TRIBE, Laurence. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução Amarílis de Souza Birchal Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. 4 ed. Paris: Anciennes Maisons Thorin et Fontemong, 1923.

DURKEIM, Émile. *As formas elementares de vida religiosa*. Tradução Joaquim Pereira Neto. 3 edição. São Paulo: Paulus, 2008.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 4^a edição Coimbra/Portugal, 1987. Armênio Amado Editor. Coleção Studium: Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 34^a edição São Paulo - Brasil, 2008, editora Saraiva.

FERREIRA VITOR, Sérgio Antônio. *Separação dos Poderes volume 1*, editora Instituto Brasiliense de Direito Público IDP Ltda. Brasília – Distrito Federal, 2015. Ebook disponível em: «idp.org.br/publicacoes/portal-de-ebooks/3238-2016-02-26-14-24-21», acesso em 22/02/2018.

FRANCISCO DE SOUZA, António. *Revista/Journal - POLIS: REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS POLÍTICOS*, Nº 4/5 ISSN 0872 - 8208, P.7 - 42 LISBOA - 1995. DISPONÍVEL EM <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/1719>, acesso em 16/07/2017.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789.** Versa sobre os direitos naturais. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 25 NOV. 2017.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. In *BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO – ESTUDOS NO CURSO DE MESTRADO – O CULTO DO TEXTO DA LEI NA ESCOLA DA*

EXEGESE: SEU SENTIDO E LIMITES. Nº 79, UNIVERSIDADE DE COIMBRA, COIMBRA – PORTUGAL, 2003, ps. 681 – 763.

GUNTHER, Teubner. In *Altera Pars Audiatur*. Law in the Collision of Discourses – LAW SOCIETY AND ECONOMY, Richard Rawling, ed. Oxford University Press, 1997, p. 149 – 176.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de teoria política. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. Editora Loyola, São Paulo, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro, 2003. editora Tempo Brasileiro.

HART, H.L.A. O CONCEITO DE DIREITO: 3ª EDIÇÃO com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução A. Ribeiro Mendez., FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN / LISBOA – PORTUGAL, 1994 Disponível em <<http://portalconservador.com/livros/Herbert-Hart-O-Conceito-de-Direito.pdf>>, Acesso em 13/03/2017;

KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes – contendo A Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Tradução – textos adicionais – Notas de Edson Bini/Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP). Editora Edipro – 1ª edição. São Paulo, 2003 Disponível no link <<<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes.>>>, acesso dia 22/03/2018.

KRAUSE, Sharon. The spirit of separate powers in Montesquieu. *The Review of Politics*, v. 62, n. 2, p. 231 - 265, spring 2000, p. 234 -235.

KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. *Revista Sequência*, nº 56, junho de 2008, disponível em «<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n56p151>», acesso em, 20/07/2016.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LINHARES, José Manuel Aroso. Na «Coroa de fumo» da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? IN: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho / org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro.; Vol. 3 p. [395]-421, Coimbra – Portugal, 2014. Coimbra Editora.

LINHARES, José Manuel Aroso. O BINÓMIO CASOS FÁCEIS/CASOS DIFÍCEIS E A CATEGORIA DA INTELIGIBILIDADE SISTEMA JURÍDICO – Um contraponto indispensável

no MAPA do Discurso Jurídico Contemporâneo? Ed. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra – Portugal, Janeiro de 2017.

LINHARES, José Manuel Aroso. “JUÍZO OU DECISÃO”: UMA INTERROGAÇÃO CONDUTORA NO(S) MAPA (S) DO DISCURSO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO. Artigo inserido na publicação da – VI JORNADAS DE TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E FILOSOFIA SOCIAL. Coordenação: Fernando José Bronze, José Manuel Aroso Linhares, Mário Alberto Reis Marques e Ana Margarida Simões Gaudêncio. Coimbra – Portugal, Abril de 2016, pags. 227 – 250.

LINHARES, José Manuel Aroso. – Jurisdição, diferendo e “Área Aberta”: o caminho de uma “teoria” do Direito como moldura. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias / org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa. Coimbra : Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1794-0. Vol. 4, p. [443]-477.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobato. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. Revista de Sociologia e Política. Curitiba: UFPR, n. 17, p. 42 - 52, nov. 2001.

LOCKE, John – Dois Tratados Sobre o Governo, editora Martins Fontes, trad. Júlio Fisher, São Paulo – Brasil, 2001

MEYER, Emílio Peluso Neder. Constituição e Democracia. Jus navigandi, Teresina, ano 11, nº 1011, 8 de abril de 2006. Disponível em «<http://jus.com.br/artigos/8202>», acesso em: 22/02/2018.

MIRANDA, Jorge. Nos Dez Anos de Funcionamento do Tribunal Constitucional. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MONTESQUIEU. Do espírito das Leis, tradução Jean Melville, editora Martin Claret, São Paulo – Brasil, 2003

MORO, Sergio Fernando. Jurisdição Constitucional como democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PIÇARRA, Nuno in A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO DOCTRINA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Editora Coimbra, 1989.

PORTUGAL, 2005 – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Sétima Revisão.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à Filosofia do Direito. Tradução e Introdução: Prof. Jacy de Souza Mendonça, disponível em: << <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>>>, acesso em 22/02/2018.

RAMALHO NEY MONTENEGRO BENTES, Fernando. In A Separação de Poderes da Revolução Americana à Constituição dos Estados Unidos: O Debate entre os Projetos Constitucionais de Jefferson e Hamilton. Dissertação de mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Setembro de 2006, PUC-Rio certificação digital nº0410806/CA. pgs.14 - 24.

RANGEL, Paulo Castro. Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001.

ROSSEAU, Jean-Jacques in CONTRATO SOCIAL (Manuscrito de Genebra) – Tradução Manuel João Pires e Introdução e Notas de João Lopes Alves, editora círculo de Leitores e Temas e Debates, Maia – Portugal, 2008

RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, estado e legitimação. FARIA, José Eduardo (org). Direito e justiça: a função social do Poder Judiciário. São Paulo: Atlas, 1997

SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos Sobre a Constituição. Editora Malheiros. 1ª edição, 3ª tiragem, São Paulo – Brasil 2000

SIMIONI, Rafael Lazzaroto. CURSO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA – DO POSITIVISMO CLÁSSICO AO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO, Curitiba – Brasil, 2014. Editora Juruá.

SOUZA, António Francisco de. Revista/Journal - POLIS: REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS POLÍTICOS, Nº 4/5 ISSN 0872 - 8208, P.7 - 42 IISBOA - 1995. DISPONIVEL EM <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/1719> acesso em 16/02/2018. Acesso em 16/07/2017.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. 2ª edição – Porto Alegre. Brasil, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3ª edição, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2009.

OLIVEIRA COSTA, Rafael de. Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais. Revista DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE nº 44, pg. 122 a 141 da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Brasil, 2014, disponível em: « https://scholar.google.pt/scholar?cites=7357382044682520469&as_sdt=2005&scioldt=0,5&hl=pt-PT», acesso em 14/01/2018.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste GulBenkian, 1999.