

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS

**O ATIVISMO JUDICIAL (?) E A CRIAÇÃO DO DIREITO
PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO: AS (POSSÍVEIS)
CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA NO DIREITO**

São Leopoldo, RS

2013

PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS

**O ATIVISMO JUDICIAL (?) E A CRIAÇÃO DO DIREITO
PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO: AS (POSSÍVEIS)
CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA NO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. DARCI GUIMARÃES RIBEIRO

São Leopoldo, RS

2013

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “O ATIVISMO JUDICIAL (?) E A CRIAÇÃO DO DIREITO PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO: as (possíveis) contribuições da filosofia *no* Direito”, elaborado pelo mestrando Paulo Junior Trindade dos Santos, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de dezembro de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

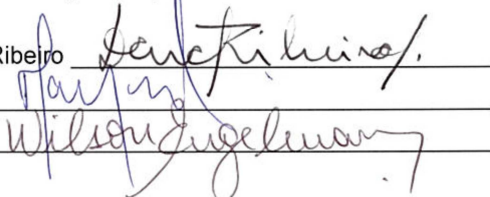
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Marco Félix Jobim

Membro: Dr. Wilson Engelmann



S237a Santos, Paulo Junior Trindade dos.

O ativismo judicial (?) e a criação do direito pela via da interpretação: as (possíveis) contribuições da filosofia no direito, São Leopoldo - RS / por Paulo Junior Trindade dos Santos. – 2013.

278 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado)— Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

“Orientação: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro”.

1. Estado de Direito. 2. Poder judiciário e Questões Políticas. I. Título.

Catlogação na Publicação:
Bibliotecário Thiago Lopes da Silva Wyse - CRB 10/2065

*Antes de que existieran códigos y leyes
formuladas, había jueces.*

Agustín Basave Fernández Del Valle

RESUMO

RESUMO: Tem-se como tema o Ativismo Judicial e a *criação do Direito pela via Interpretativa*. O problema que se demonstra reflete quanto o Poder Judiciário é legitimado para a criação de direito, uma vez que a produção de direito somente era cabível ao Poder Legislativo. Assim, avaliar-se-á a Estrutura e as Funções do Estado para que assim se justifique a atividade de criação judicial do Direito (sempre se atentando ao binômio inércia-ativismo). Neste sentido, é de crucial importância apresentar a transformação do Estado Liberal de Direito ao Estado Democrático de Direito, pois somente com a organização dos poderes do Estado Moderno é que se pode falar evidentemente em Ativismo Judicial. Na inércia dos demais Poderes, o Poder Judiciário apresentou presença ativa para com a sociedade e para com a construção e reconfiguração do aparelho Estatal. No primeiro capítulo será evidenciada a construção do Estado de Direito e seus pressupostos; no segundo capítulo, demonstrar-se-á, a rígida técnica da *separação dos poderes* que se instituiu no Estado Liberal e Social de Direito, e em um segundo momento apresentar-se-á a divisão dos poderes formada com o objetivo do poder de revisão dos órgãos judiciais sob os atos dos demais Poderes. Feito isso, segue-se com o que se refere ao fortalecimento da Jurisdição Constitucional, em que em um primeiro momento mostrar-se-á sua evolução, e em um segundo momento avaliar-se-á sua contemporaneidade frente ao Estado Democrático de Direito. E por fim, apresentar-se-á a defesa da sua Legitimação Democrática, esta sempre tão questionada. Na terceira e última parte, apresentar-se-ão os conceitos e fundamentos do Ativismo Judicial, haja vista, ser um termo que se apresenta indefinido e encontra diversas conceituações. O Ativismo Judicial ganha configuração de duas correntes distintas, quais sejam, a procedimentalista e a substancialista. Deste modo, defender-se-á o Ativismo Judicial Substancialista pela via da interpretação criadora do Direito, para que não se tenha uma interpretação autêntica do Direito. Para tanto, buscar-se-á demonstrar que, com uma Filosofia do Direito, com o auxílio da Hermenêutica Jurídica, é possível fazer a construção criativa do Direito por meio do Ativismo Judicial de forma mais adequada para com a criação do Direito. A fusão de dois horizontes, a Hermenêutica Jurídica e criação do Direito, pela via Judicial, ocorre na seguinte premissa: interpretar é aplicar, e aplicar é criar direito e, assim, justifica-se o presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito; Separação e Divisão dos Poderes; Jurisdição Constitucional; Ativismo judicial; Interpretação Criativa-Construtiva do Direito.

ABSTRACT

ABSTRACT: The theme is the creation of Judicial Activism and the Law: through the Interpretative route. The problem that reflects demonstrates how the judiciary is legitimized for the creation of law, since the production of the law was only applicable to the legislative branch. Thus, the Structure and Functions of the State will be evaluated, so that appropriate activity for judicial creation of law (always paying attention to the binomial inertia-activism). In this sense, it is crucial to present the transformation of Liberal State of law to the Democratic State of Law, because only with the organization of the powers of the modern state we can speak clearly to Judicial Activism. On the inertia of the other branches, the judiciary had an active presence to society and to the construction and reconfiguration of the State apparatus. In the first chapter will be evidenced building of the State of Law and its assumptions, in the second chapter, will prove that the rigid technique of separation of powers was instituted in Liberal and Social State of Law, and in a second stage to present it will be the division of powers formed with the purpose of the power of judicial organs review under the actions of other branches. That done, it follows with regard to the strengthening of Constitutional Jurisdiction, in which at first it will prove its evolution, and in a second phase will be evaluated its contemporary against Democratic State of Law. Finally, the defense of Democratic Legitimacy will present itself, always questioned. In the third and final section it will present the concepts and fundamentals of Judicial Activism, considering, be a term that is undefined and has found various conceptualizations. The Judicial Activism wins configuration of two distinct streams, namely, the proceduralist and substantialist. Thus, the Judicial Activism substantialist will defend itself, by means of creative interpretation of the law, so they do not have an authentic interpretation of the law. To do so, will seek to demonstrate that, with a philosophy of law, with the assistance of Legal Hermeneutics, you can make the creative construction of the Law through Judicial Activism most appropriate way for the creation of law. The fusion of two horizons, Legal Hermeneutics and creation of law, via Judicial, occurs in the following premise: to interpret is to apply, and apply it to create law and thus is justified in this paper. .

KEY-WORDS: Rule of Law; Separation and division of powers; Constitutional jurisdiction; Judicial activism; Creative-constructive interpretation of law.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	8
2 - AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO DE DIREITO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	18
2.1 - ESTADO LIBERAL DE DIREITO.....	18
2.2 - O ESTADO SOCIAL DE DIREITO	34
2.3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	52
3 - DA SEPARAÇÃO À DIVISÃO DOS PODERES: O CONTEXTO HERMENÊUTICO DA FUNÇÃO JUDICIAL	67
3.1 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES HISTÓRICAS	86
3.1.1 - DAS CRISES SOCIAL E INSTITUCIONAL E A TRANSCENDÊNCIA DA FUNÇÃO JURISDICCIONAL.....	100
3.2 - LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	103
3.3 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O CONTEXTO HERMENÊUTICO DA FUNÇÃO JUDICIAL.....	117
4 - O ATIVISMO JUDICIAL (?) E A CRIAÇÃO DO DIREITO PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO: AS (POSSÍVEIS) CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA NO DIREITO	130
4.1 - ATIVISMO JUDICIAL: HISTÓRIA, CONCEITO E FUNDAMENTOS	130
4.2 - DO PROCEDIMENTALISMO AO SUBSTANCIALISMO	159
4.2.1 - PROCEDIMENTALISMO	159
4.2.2 - SUBSTANCIALISMO	176
4.3 - POLITIZAÇÃO DO DIREITO PELA VIA JUDICIAL.....	186
5 - INTERPRETAÇÃO CRIADORA/CONSTRUTIVA DO DIREITO	196
5.1 - FILOSOFIA DO DIREITO E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: (NOVA) HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	197

5.2 - HERMENÊUTICA JURÍDICA: BASES E FUNDAMENTOS NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	228
5.3 - NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: NO CENÁRIO DA ESPIRAL CONSTRUTIVA	237
5.4 - INTERPRETAÇÃO CRIADORA/CONSTRUTIVA DE DIREITO	242
6 - CONCLUSÃO	254
REFERÊNCIAS	258

1 - INTRODUÇÃO

Tem-se como tema do ora trabalho: O Ativismo Judicial (?) e a Criação do Direito pela Via da Interpretação: as (Possíveis) Contribuições da Filosofia no Direito. Assim demonstrando a que o Ativismo Judicial se dá pela criação do Direito por meio da via Interpretativa.

Apresenta como *problema* se dá na (im)possibilidade de o Poder Judiciário no uso de suas atribuições funcionais poder pelas decisões tomadas criar Direito. A partir do problema formulado chega-se a hipótese de que o Poder Judiciário pode criar Direito na tomada de decisões, note-se que com a evolução das funções judiciais denota-se que toma maior relevo, pois ganha tónus com a Jurisdição Constitucional, que além de criar Direito controla os demais Órgão Estatais¹.

Portanto, tem como *objetivo* central demonstrar a estrutura e função do órgão judiciário frente ao Estado de Direito, pois é com o Estado que se tem a viabilidade de ver o binômio inercia-ativismo, e ainda, com a separação que evolui para a divisão dos poderes, deixa-se nítido o objetivo de demonstrar que a atividade judicial é fonte de direito por meio de sua decisão. Tal decisão faz com que se gere a Politização do Direito, pois a cisão entre direito e política se demonstra impraticável. Friz-se ainda que o *objetivo*, pelo qual se tenta alcançar o seu fim, se dá na possibilidade da criação do direito pela via judicial balizada pela interpretação criadora do direito acostado na hermenêutica jurídica fundada na hermenêutica filosófica.

Quanto aos *objetivos específicos*: demonstrar a Arquitetura Institucional do Estado de Direito, aportanto assim na teoria da divisão de Poderes, a qual demonstra evidentemente o fortalecimento tangencial do Poder Judiciário, e mais especificamente da Jurisdição Constitucional. Chega-se ao Ativismo Judicial e a sua real dimensão, mais especificamente no que diz respeito à Criação do Direito pela via interpretativa. Criação que se dá pelas

¹*La necesidad de juzgar en que se encuentra el Juez deriva, entonces, de la estructura lógica el deber ser. No bien nos colocamos en la esfera del Derecho, vale para nuestra conducta una estructura constructiva que no es fruto de nuestro albedrío del Legislador, sino que pertenece al Derecho en cuando objeto; pertenece al Derecho por ser Derecho y por ninguna razón. Ya hemos dicho que ser Juez quiere decir administrar justicia: en este sentido el Juez debe de juzgar siempre, no porque es Juez, es decir porque esa es su ontología jurídica. El legislador, ciertamente, puede indicar cómo se llena el cargo de Juez y cómo éste ha de cumplir su función: pero el Legislador no inventa ni crea la propia función judicial porque ésta es inherente e inmanente al concepto del Derecho es apriorístico para el propio Legislador desde que éste es, a su vez, órgano del Derecho. (COSSIO, Carlos. **La Plenitud del Orden Jurídico**: y la Interpretación Judicial de la Ley. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 54-55.)*

decisões políticas (liga-se a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo e a atividade do Poder Judiciário). De tudo isso, admite-se que Ativismo Judicial crie Direito, e que esta criação-construção seja realizável pela interpretação por meio da Hermenêutica Jurídica de Cunho Filosófico.

Encontra como *justificativa* ser um dos temas mais debatidos da atualidade, pois defende ser o Ativismo Judicial a criação do direito pela via jurisdicional, no entanto tal Órgão apresentava como função somente a resolução de conflitos, e utilizava para sua atividade a interpretação mecanizada Lei. Haja vista que contemporaneidade passa criar direito para resolver questões sensíveis que lhes são apresentadas e que contém carga Política. Veja que a produção do Direito era (ou para muitos continua sendo) exclusiva do Poder Legislativo. Neste norte passa o Judiciário legislar negativamente, volta-se o Juiz-Tribunal ao antigo iurisdictio, poder este que lhe foi tirado com a égide do Estado Liberal de Direito. Defende-se que o Poder Judiciário cria direito, assim cingindo *lex e ius*².

Vale salientar que Pesquisar é procurar respostas para inquietações, problemas, para que venha se propor algo novo e revelador, neste norte tem a presente pesquisa *natureza aplicada*, posto que, tem por finalidade gerar conhecimentos para aplicação prática dirigida à solução de um problema específico, envolvendo verdades e interesses jurídicos. No que diz respeito ao *Método* desta investigação visar-se-á a aplicação em segundo momento o estudo descritivo que á a possibilidade da explicação das relações: de causa e efeito dos fenômenos, ou seja, analisar o papel das variáveis que, de certa maneira, influenciam ou causam o aparecimento dos fenômenos. Quanto ao método ainda, será utilizado o *dialético*; proposto por Hegel, no qual as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que passam a requerer solução. Não podendo, os fatos, serem considerados fora de um contexto social, político, econômico. A investigação empregará como *recurso técnico* fontes

²LEX E IUS. – O conhecimento da lei é conhecimento indireto, imperfeito e parcial do direito, porque a lei não é conteúdo efetivo da ciência jurídica, como o documento constitui simples elemento de cognição indireta e não o conteúdo efetivo da história. Daí a diferença específica entre os que interpretam a lei e pretenderam construir a ciência de raciocínio e os que revocam a indagação jurídica à trilha da observação (análise), da indução e da experiência. Leis escritas nada mais são que os traços exteriores, mais ou menos acidentais, do conteúdo real do direito objetivo: de maneira que se há mister extrair toda a soma de realidade que elas representam, sem nos privarmos de buscar fora das leis tudo que possa completar a porção, talvez pequena, que dela tiramos. Pode ocorrer: 1) Que a lei, síntese admirável e fecunda, de toda a realidade, é todo o direito objetivo: e caiba ao interprete a simples adequação do princípio aos casos concretos: *ius = lex*. 2) Que todo o direito ou mais do que todo o direito esteja na lei, ou, pelo contrário, que pouco se lhe encontre ou quase tudo esteja noutras fontes e manifestações da realidade e da verdade jurídica: *lex >> ius*, isto é, no último caso, lei menos, ou no primeiro, o que seria difícil, maior que o direito. 3) Que, apesar da existência material (proposição escrita) e espiritual (intenção) da lei, nenhuma verdade possa tirar-se dela; e então não há comparação possível: a *lex* não é maior nem menor que o direito, e muito menos igual; trata-se de diferença essencial, que os faz heterógenos e insusceptíveis de análise conjunta: não pertence ao direito-ciência o estudo de tal lei, mas ao capítulo da política, referente à teratologia. (MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 289-290.)

bibliográficas nacionais e estrangeiras, abrangendo fundamentalmente fontes jurídicas, tais como: livros jurídicos, relatórios oficiais e fontes jurisprudenciais. Utilizar-se-á grandes obras de Direito como segue nas Referências Bibliográficas que mais adiante apresentar-se-á. É correto afirmar que, a pesquisa bibliográfica tem por finalidade conhecer as diferentes formas de contribuição científica que se realizam sobre determinado assunto ou fenômeno.

No que se refere ao *método de abordagem* da dissertação, será utilizado o método fenomenológico-hermenêutico, cujo significado corresponde àquilo que se revela, o que se mostra em si mesmo. Assim, manifestar-se só é possível com base no mostrar-se de algo. Este mostrar-se que torna possível a manifestação, não é a própria manifestação. O manifestar-se é anunciar-se mediante algo que se mostra e o fenômeno, mostrar-se em si mesmo, significa um modo privilegiado de encontro, de sorte que o que se mostra em si mesmo são fenômenos da fenomenologia³. Tal método atenta-se à orientação metodológica que permeia as pesquisas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

O trabalho se dividirá em três capítulos, sendo que no primeiro Capítulo apresentar-se-á *As Transformações do Estado de Direito: Do Estado Liberal Ao Estado Democrático De Direito*, neste norte será de crucial importância demonstrar a formação e estruturação do Estado de Direito em sua conceituação, pois observará a passagem do Estado Absolutista para um Estado tido como Racional fundado pelos Iluministas que assim o alcunharam como Estado do “Governo das Leis”.

Neste momento histórico, o Estado usa-se da “lei”, a qual serve de antídoto natural ao Poder Monocrático, assim o Estado é regulado pela primazia da legalidade que tem como objetivo deter a irracionalidade e as arbitrariedades.

Deve-se mencionar que o Estado Liberal de Direito dotou-se pelo Poder de criação e aplicação da Lei que antes era somente cabido ao Soberano, superou-se assim o Estado de

³O termo fenomenologia, tipicamente heideggeriano, se refere exclusivamente ao modo como se demonstra e se trata o que nesta ciência deve ser tratado. A ciência dos fenômenos refere-se ao aprendizado dos objetos de tal maneira que se deve tratar de tudo que se está em discussão. Ensina Heidegger que a fenomenologia é a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia, esta que só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno compreende o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. O fenômeno é o que constitui o ser.

Na necessidade de se aproximar o pesquisador do objeto pesquisado, portanto, é que se considera que sujeito, o pesquisador, está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados, descobertas e potencialidades.

Logo, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo o qual a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Na figura do círculo hermenêutico, busca-se a compreensão dos dados de pesquisa reunidos, constituindo-se uma análise e interpretação destes, buscando uma nova compreensão do fenômeno, que se concretiza, igualmente, em uma nova proposta, repetindo-se o círculo. STEIN, Ernildo. *Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano*. In: *Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979; e STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 4.

Medieval, e ainda, criou-se um Pacto Social entre os cidadãos e o Estado, o qual os primeiros abririam mão de sua liberdade em prol da proteção do segundo.

Notadamente por via do contrato social tem-se por conseguinte a formação de um Estado Civil, o qual se estabelece pelo contrato, e que este serve de instrumento de passagem do momento negativo de natureza para um estágio Político Social que corporifica-se pela via da racionalidade frente ao Estado e da Sociedade.

Contudo isso nasce o *Estado de Direito Liberal* a partir da metade do século XIX que erige-se institucionalmente na França incidindo apenas em países que adotaram o regime da *civil law* que se espalham no Pós-Revolução de 1789.

Destaca-se que de outro lado eclodem às Revoluções na Inglaterra (Séc. XVII) e nos Estados Unidos da América (1776), que a partir daí várias outras nações declararam sua independência, e por consequência lógica inserem este novo modelo de Estado.

Alguns doutrinadores salientam que foi na Inglaterra juntamente com a criação do Estado que nasceram às Constituições, e que por consequência vinha a assegurar as liberdades negativas dos cidadãos com o mínimo de intervenção. Ou seja, o direito público passa a intervir muito menos diante do direito privado.

Neste sentido, a administração do Estado⁴ calca-se na Legalidade, desta forma o Direito reduz-se à Lei, sendo ela considerada como a única fonte de legitima de Direito, e tem como responsável por sua produção o Poder Legislativo. Pois, o Poder Político transfere-se da pessoa do governante para uma entidade abstrata, o Estado.

Importante destacar que se presente pretende construir as transformações do Estado de Direito, evidenciando as funções do Poder Judiciário.

Note-se que no modelo de Estado de Direito Liberal os juízes e tribunais eram considerados a “boca da lei”, e hoje, ao contrário, passa a ter papel social-político-jurídico fundamental, assim pontuando-se uma evidente crise legalista e do positivismo jurídico.

No modelo de *Estado de Direito Social*, veio a superar o anterior, pois esse modelo visa o “clamor social” que os cidadãos vinham a procurar, ocorrendo uma real tendência pra com a formalização das garantias individuais dos cidadãos e pelo cumprimento dos direitos sociais reconhecidos até então. As garantias estruturam-se jurídica e politicamente frente a uma organização social e popular, surgindo assim, os direitos sociais e trabalhistas, que

⁴Disso, resta clara à divisão em que se faz o Estado de Direito: entre sua materialidade e sua formalidade. No tocante a primeira, esta se vale do conteúdo, que se refere à ação estatal e a relação entre Estado e Cidadão (a divisão dos poderes, o princípio da legalidade, a vinculação do juiz a lei, a garantia de proteção jurídica e de abertura da via judicial para com os cidadãos.). Já a segunda, refere-se à atuação estatal restrita a legalidade que passa a servir de freio às autoridades. O povo, representado pelos parlamentos, passa a ser o soberano do Estado, o que hoje se conhece por Poder Legislativo, devendo este representar “vontade do povo”.

passarão a ser institucionalizados Constitucionalmente, os quais podem ser chamados de Direitos Fundamentais de Segunda Geração.

Tal modelo de Estado tem como nascedouro histórico a Constituição de *Weimar* na Alemanha e a Constituição do México, outro marco histórico que se apresenta, é a Revolução Russa Social dos Trabalhadores.

O Estado de Direito Social (Estado de Providência) se pautará pelo bem estar coletivo buscando: a concretização, a justiça social e a realização dos programas sociais Constitucionalmente erigidos.

A lei neste modelo de Estado tem novas finalidades como se verá.

No que se refere ao *Estado Democrático de Direito* lapidou-se especificamente com as Constituições Modernas, sendo que, suas normas dividiram-se em regras e princípios, trazendo assim grande carga axiológica e principiológica. Apresenta uma Constituição de perfil mutante seus conteúdos não ficam mais congelados ou rígidos.

Deste modo, ganhou grande valorização por meio dos Direitos Fundamentais, passando assim, a dar realização e efetivação da proteção dos direitos individuais, difusos e coletivos, visando à proteção das minorias frente às maiorias.

Este é o momento em que instaurando-se um regime democrático que venha a realizar a justiça social e substancial que mira o bem-comum, tenta assim superar as desigualdades sociais.

Pela análise do Estado Democrático de Direito, este divide-se em: substancialista, que trata da realização e efetivação dos Direitos Fundamentais e da própria democracia em si, e procedimentalista, que passa a incidir em tarefas políticas de legislação. Adota-se portanto a teoria substancialista que vem a ser aplicada pelo Judiciário, ocorrendo assim a Politização na Criação do Direito pela via das funções jurisdicionais.

Já no segundo Capítulo, tratar-se-á da *Separação à Divisão dos Poderes: o contexto Hermenêutico da Função Judicial*. Para que se compreenda de forma adequada é necessário construir a cisão entre a separação e a divisão dos poderes, pois aquela vinculada ao Sistema Romano-Germânico, que de um lado dota o Poder Legislativo com a função da criação do direito e com o Governo Político e de outro lado o Poder Judiciário se encontra como mero atomáta da lei.

No que se refere ao Sistema Jurídico Anglô-Saxão o *judicial review* faz vingar a teoria da divisão de poderes, pois assim tem-se o balanceamento de funções entre os Poderes Instituídos, em que se abre a possibilidade de um Poder fiscalizar o outro.

De tudo isso ira se traçar aspetos evolutivos: desde a separação-divisão dos poderes como técnicas constitucionais impostas nos primeiros textos legais chegando-se à divisão dos poderes, o qual a Jurisdição Constitucional passa a ter grande relevância.

Saliente ainda, que à divisão de podres passará dar a legitimidade democrática tão questionada no que se refere à Jurisdição Constitucional elencando diversos elementos que fundamentam-lhe como Poder.

A Jurisdição Constitucional quanto ao Estado Democrático de Direito passa a deter uma real importância como instituição Política, em que, protege direitos fundamentais dos cidadãos, e ainda, a detém para si como função o controle de constitucionalidade. Derradeiramente dota-se de poder neutral.

Jurisdição Constitucional: algumas reflexões históricas e sua nova função frente à crise estatal⁵. Traçar-se-á a superação da técnica Constitucional engenhada por Locke e por Montesquieu no que se refere à rígida separação dos poderes, que tratava o Poder Judiciário como “mera boca da lei”, pois devido às crises dos modelos de Estado De Direito Liberal e Social eclode a Jurisdição Constitucional.

O Poder Judiciário ganha ampla relevância com o dimensionamento de suas atividades a Jurisdição Constitucional, e esta detém dois modelos, o Norte-Americano e o Europeu, o primeiro surge do caso *Marbury v. Madson*, e o segundo da construção de Kelsen posta na Constituição Austríaca⁶. Neste sentido, a Jurisdição Constitucional ganha relevo por demonstrar deter o controle de constitucionalidade junto ao poder interpretativo de criação do Direito. Releve que o Ativismo Judicial expande-se frente a tal quadro.

No entanto, com as Jurisdições Constitucionais chega-se a “divisão dos poderes” a qual demonstra que pelas crises que levaram ao Estado a reformular suas Constituições, fazem que esta venha a impor um redimensionado de seus Poderes. Desta forma, o Poder Judiciário recebe novas atribuições. Resta evidente uma dupla crise que se dá pela crise institucional e pela crise social, responsáveis estas pela nova divisão de poderes.

⁵Logo após o momento de criação das Constituições Dirigentes, passou-se a ter grande tensão entre as três Esferas Políticas, criando-se assim, um *check and balances*, no qual a Corte Constitucional por via da Jurisdição Constitucional pode regular os demais poderes através do Controle de Constitucionalidade (difuso, concentrado e misto) e dos Atos Administrativos, chamado pelos americanos de *review of legislation*, que assim, juntamente com a Democracia Substantiva, nasce o aclamado Ativismo Judicial, passando assim, o Poder Judiciário a exercer grande atividade de regulação diante dos demais Poderes.

⁶Consequentemente surge o embate de quem deveria ser o Guardião da Constituição tendo como território de disputa teórica a Constituição de Weimar, disputa entre Kelsen e Schmitt. Kelsen defende que o Estado deve ter uma Corte dotada de Jurisdição Constitucional para com a guarda da Constituição, Schmitt defendia que o guardião deveria ser o Presidente do Reich. A teoria de Kelsen foi adotada por grande parte dos ordenamentos jurídicos Europeus.

Em específico, a *Jurisdição Constitucional*: e suas novas funções e o os espaços que vem flanqueando sob a égide do Estado Democrático de Direito desenvolve-se em meio ao ambiente Político.

De outro modo, tem em relevo uma expansão jurisdicional pela via processual frente a uma sociedade democrática que se demonstra conflitual, e assim tal sociedade tanto no âmbito coletivo quanto individual busca a tutela, efetivação e a concretização dos direitos fundamentais.

Demonstra ser tamanha a importância da Jurisdição Constitucional, pois a França, um dos países mais avessos a essa divisão de poderes passou a adotá-la com Reforma Constitucional de 2008, a qual transformou seu Conselho Constitucional em um jurisdicionado constitucional, não mais administrativo.

Ocorre o deslocamento de tensão no que diz respeito dos procedimentos Políticos para os procedimentos Judiciais, que passam estes últimos, a afirmar-se por meio da Jurisdição Constitucional oferecendo ainda como possibilidade a realização de valores essencialmente democráticos.

No tocante a *Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional*⁷ ela se dá pelo pacto originário construído pela soberania popular do poder (princípio da maioria), que por sua maioria legitima constitucionalmente a Jurisdição Constitucional para com a tomada de decisões Políticas.

No que tange o capítulo terceiro *o Ativismo Judicial (?) e a criação do Direito pela via da Interpretação: as (possíveis) contribuições da filosofia no direito* apresenta como escopo defender que o Poder Judiciário cria Direito pela via Interpretativa, atividade esta de criação de Direito que caberia somente ao Poder Legislativo.

De tal maneira, a defesa de que o Poder Judiciário pelas atribuições de suas funções sempre criou Direito, atividade que lhe foi tolhida com o advento da Revolução Francesa com a imposição do ideário iluminista na construção e arquitetura do Estado, assim o Parlamento tolheu a atividade Judicial.

⁷A *legitimação democrática de origem* é a legitimidade constitucional para investidura da função pública para investir-se do cargo, pois em alguns países os Juízes são eleitos diretamente pelo sufrágio universal representando a vontade da maioria, já em outros países os Juízes são escolhidos dentro de um conjunto de pré-requisitos, e, além disso, serão escolhidos pelos representantes do Poder Legislativo ou do Executivo; legitimidade da jurisdição constitucional se dá pela *legitimidade da minoria frente à maioria*, por óbvio deixa-se margem para que as minorias possam sustentar alguns direitos frente as maiorias, mais especificamente no que concerne os direitos fundamentais; *legitimidade democrática da jurisdição constitucional pela sua neutralidade* é a legitimação que a jurisdição constitucional tem para dirimir conflito entre órgãos e entre a constituição e os órgãos; *legitimidade da Jurisdição Constitucional em razão de seu exercício*.

Na atualidade não se tem mais como fazer a cisão entre Política e Direito, e disso resta a Politização do Direito pela via Judicial. Deste modo o Poder Judiciário exercer atividade criativa do Direito. Nasce assim de tal forma o aclamado Ativismo Judicial que segue a corrente Substancialista.

Deve-se deixar evidente a incidência do Judiciário frente à criação do direito, assim sendo, apresentar-se-á o Ativismo Judicial: história, conceitos e fundamentos, revelando as duas fases em que passou, e além disso uma terceira, pois as primeira fase encontra-se frente a Corte *Lochner* e a segunda que é amplamente conhecida, que é o período da Corte *Warrent*, e por fim, a terceira fase é a fase de expansão que vem ganhando na atualidade e as luzes que recebe pelo que se vê em assuntos sensíveis que sempre são decididos pelas Cortes Constitucionais.

O *Ativismo Judicial* apresenta-se por uma teoria nascida juntamente com o Estado Democrático de Direito (advento estabelecido pela modernidade e lapidou-se nas Constituições Modernas, que tem perfil mutante, em seus conteúdos, não ficando mais congelados) e o Poder Judiciário por meio de suas decisões passa a criar direito.

Fez-se profícua análise dos eixos Procedimentalista (limita o ativismo) e Substancialista, e que por esta última corrente pode-se falar na Politização Judicial do Direito⁸.

A politização do direito por via judicial é chamada de Ativismo Judicial Substancialista, que ganha espaço e é realizado pelos Tribunais e Juízes, que detém em suas mãos a Jurisdição Constitucional, e por meio de suas decisões, passam a interferir diante dos demais poderes estatais, sendo assim, suas decisões tem cunho político, para com a realização de políticas públicas não realizadas e não efetivadas pelos demais órgãos estatais.

O eixo substancialista amplia a liberdade dos juízes e tribunais no que tange a criatividade/construtiva do direito por meio da interpretação e da hermenêutica jurídica de cunho filosófico que demonstra ser este o caminho efetivamente claro, seguro e possível para um novo Direito que acompanhe toda complexidade e dinamicidade social.

⁸No que tange o eixo *procedimentalista*, este defende a invasão do direito no campo político, o qual o Direito válido e aquele produzido/criado pelo Poder Legislativo, pois só se legitima se passado por um processo político pelo crivo deste Poder, pois este vem a seguir os fundamentos de um Estado Liberal de Direito racionalizador. Os Tribunais devem se restringir pela presença do Direito, sendo assim a justiça no que se refere a esta doutrina só se realiza segundo razões de “Direito e da Lei”, o qual por esta teoria o Poder Judiciário é visto como “mero fiscalizador da lei”, voltando-se ao Estado fulcrado no “governo das leis”. O segundo eixo, ou seja, o *Substancialista* adota que o Poder Judiciário, através de suas decisões, passa a criar direito, ou seja, usando-se de uma interpretação criadora e construtiva, tanto o processo legislativo, quanto o judiciário detém natureza substanciais, a qual ambos são legitimados para com esta atividade. Admite esta teoria à invasão da política no direito, contrariamente a que afirma os procedimentalistas.

A *Interpretação Criadora-Construtiva do Direito*, para que assim, não se tenha uma interpretação autêntica do Direito (como a apresentada por Kelsen), busca-se demonstrar que com uma Filosofia do Direito (e não uma Filosofia no Direito) venha-se com auxílio da Hermenêutica Jurídica fazer a construção criativa do Direito por meio do Ativismo Judicial de forma mais adequada para com a Criação do Direito.

A fusão de dois horizontes, entre a Hermenêutica Jurídica e Criação do Direito pela via Judicial, se dá na seguinte premissa: se interpretar é aplicar (Gadamer), e aplicar é criar direito (Kelsen), assim justifica-se toda a exposição do ora trabalho. Construir-se-á a teoria Hermenêutica Jurídica de cunho filosófico para assim compreende-la, e no fim de tal capítulo, se defenderá a interpretação criativa-construtiva do direito pela via Judicial, assim dando a viabilidade para que se realize o Ativismo Judicial.

Impõe-se assim um amplo despertar do sono profundo, com a apresentação de uma nova consciência filosófica delineada pela *hermenêutica cunhada pelo giro ontológico-linguístico*, que cria assim um novo horizonte, que revela-se extremamente fecundo ao pensamento de nosso século, que apresenta diretamente em uma filosofia científica proveniente da realidade social do Homem < saber, assim despertando assim de um sono profundo visado o a existência a compreensão dada uma “nova consciência filosófica” diferente da filosofia da consciência.

Demonstrando que a filosofia do homem, a filosofia do direito depende, como aquela, da filosofia do mundo. Superados os aportes puramente filosóficos traz-se a guisa do esclarecimento a hermenêutica filosófica que, pelo defendido assume relevância profunda enquanto o compreender, *como o modo de ser ao modo próprio de ser do homem*⁹.

No entanto cisão apontada entre *Hermenêutica e a Interpretação*, é de que com a primeira visa-se estabelecer princípios, critérios e métodos de orientação geral em que por obvio refletem amplamente para com a sistematização de critérios aplicáveis a interpretação, e a segunda, a interpretação se apresenta como práxis da hermenêutica.

A hermenêutica filosófica apresenta-se sem método ou cânones hostis, ou melhor, demonstrar fundar-se sem um método voltando-se a compreensão e a pré-compreensão, logo isso é interpretar, e esse interpretar tem como “via” o círculo hermenêutico.

⁹Explanasse ainda que a efetiva superação da metafísica (clássica) pela ontologia fez com que nascesse a Fenomenologia Hermenêutica, como atribuição de sentido para com a interpretação, em seguida, tem-se em vista a Compreensão que indica o operar da interpretação, ou melhor, elucide “compreender é interpretar” e por consequência é aplicar (quanto ao aplicar será por consequência explicitado), amalha-se ainda a construção da compreensão acerca da pré-compreensão, vista como antecipação do compreender, tendo em vista pré-juízos históricos e ainda calcados na tradição, veja ainda que a compreensão e a pré-compreensão encontram-se vinculadas transcendentemente pelo Circulo Hermenêutico.

No tocante a *Interpretação Criadora-Construtiva do Direito* pelo Poder Judiciário que tal criação do direito¹⁰ se dá pela interpretação vinculada à hermenêutica jurídica de cunho filosófico, sendo que, nesta perspectiva grande parte dos estudiosos de direito afirmam que a Hermenêutica é antiformal, do mesmo modo que o Ativismo Judicial. Chega-se por fim a análise de que a hermenêutica filosófica ressignifica não só o direito em si, mas sim o homem.

¹⁰Faz-se por necessário demonstrar frente ao ambiente jurídico, que *hermenêutica* clássica serviu de abrigo metodológico para os que creem ser a interpretação uma atividade objetividade-neutra e científica, veja, que teve adeptos no âmbito das ciências do espírito. Isso passou a sugerir a construção de um novo *paradigma cognitivo, sendo ele*, proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma questão de método e passa a ser filosofia que se volta intrínseca e extrinsecamente ao estudo das condições gerais do compreender e de interpretar, voltando-se a uma metaciência e metajurídica fazem ambas forçar e sobrepassar dos métodos particulares e a construir um discurso de condição filosófica, e por óbvio esta deve ser vista como uma metateoria. Tal metateoria refunda por obviedade a ciência jurídica, tudo isso faz com que a hermenêutica não seja apenas relevante para o direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. Semente está deixada-plantada por Gadamer e Heidegger.

2 - AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO DE DIREITO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 - ESTADO LIBERAL DE DIREITO^{11, 12}

... seria injustiça negar os benefícios enormes do Estado Liberal. Foi um grande mal e um grande bem. Toda a sabedoria está em sair dele sem perda do bem que se lhe deve.¹³

A teoria liberal que se apropriou do Estado de Direito, foi instituído pela ideologia burguesa¹⁴ em um Estado de Direito em seus moldes formais através do governo das leis. Ou melhor, arquitetou-se ideologicamente a racionalização do poder do soberano explicitada pela “continua e progressiva erosão do poder absoluto do rei¹⁵”.

¹¹Algumas denominações do Estado Liberal de Direito: *Laissez faire, laissez passer, le mode va de lui-même*, todas representam-se por um Estado não interventor, detentor da dita mão invisível. (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997. P. 376.)

¹²A *l'aube du XIXe siècle, la réflexion sur le droit et sur ses sources est profondément transformée, tant à l'occasion de la Révolution qu'à la suite des penseurs des Lumières, dont les méthodes ont profondément changé les sciences modernes, en ce compris la Science juridique. C'est, pour l'historien, l'époque où la notion d'histoire est transformée en «principe d'explication», et où l'histoire du droit apparaît comme une discipline scientifique. En France, les acteurs de la Révolution entendaient abolir les anciennes institutions, et ont utilisé la formulation du droit pour unifier la Nation autour du nouveau régime. Ce contexte a conduit les commentateurs révolutionnaires à conférer une valeur particulière à la loi et – notion nouvelle – à la Constitution. La Constitution, oeuvre de la Nation constituante, fondatrice de l'État, organise le fonctionnement de celui-ci et limite strictement l'exercice des différents pouvoirs. La loi, qui lui est formellement soumise, fruit du travail des assemblées représentatives et donc expression de la volonté nationale, devient pratiquement la seule source légitime du droit. Le rôle de la coutume, et plus encore celui des juges, en a été considérablement réduit. Il était interdit à ces derniers d'interpréter la loi. La technique du référé législatif les contraignait d'ailleurs à recourir au pouvoir législatif pour obtenir une interprétation authentique de la législation. En outre, les États généraux de 1788-1789 réclamèrent l'imposition d'un principe général de motivation des décisions de justice, mais il fallut attendre l'article 15 du décret révolutionnaire des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire pour que soit fixée la forme des jugements, tant civils que criminels. Ce décret imposa qu'y soient exprimés « le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront. (BEAUTHIER, Régine; DE BROUX, Pierre-Olivier. *Le légitimisme, fondement de l'État moderne*. In: BEAUTHIER, Régine; DE BROUX, Pierre-Olivier. *Un regard historien: sources du droit, sources du pouvoir?* Volume 4. P. 736-737.)*

¹³MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 294-295.

¹⁴Este governo através das leis serviu também o objetivo ideológico e encobrir a natureza da classe do novo estado burguês, este não governava por meio de atos individuais que visassem proteger (ou atacar) os interesses de determinados indivíduos ou grupos sociais, mas através de leis gerais não retroativas, aplicadas a todos por igual. (NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 21-23.)

¹⁵BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Democracia*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. P. 14.

Assim, a racionalização vem a justificar-se como resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres (governo dos homens) que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura¹⁶.

No entanto, vale ressaltar que os conceitos de razão e liberdade foram vítimas da ordem burguesa e da própria filosofia idealista: na prática, no mundo social, haveria apenas a aparência da razão e da liberdade, porque tudo se reduz à capacidade e determinação do sujeito¹⁷.

O governo do Estado é expressado pelos representantes do povo, os quais estes representantes formam o Parlamento, pois estes radicam na vontade do povo¹⁸. Essa representação do Parlamento se dá pelo contrato social que a sociedade-povo concede a tal Órgão¹⁹.

Observe-se que neste modelo de Estado constrói-se a democracia²⁰, a democracia arcaica ou ditatorial²¹, que foi construída pela nobre burguesia com base nos gregos e ainda com uma base de dominação às escuras²².

¹⁶BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Democracia*. 4º Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. P. 14.

¹⁷*Sin embargo, los conceptos de razón y libertad resultaron víctimas del orden burgués y de la propia filosofía idealista: en la praxis, en el mundo social, sólo habría apariencia de razón y de libertad, porque todo queda reducido a la capacidad y autodeterminación del sujeto.* (ENTEL, Alicia; GERZOVICH, Diego; LENARDUCCI, Victor. *Escuela de Frankfurt*. Razón, Arte y Libertad. 1ª ed. 3ª reimp.. Buenos Aires: Eudeba, 2005. P. 45.)

¹⁸*Es decir, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional, en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o varios hombres.* (PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de Derecho*. 1ª Edición. Editora Ariel. Barcelona 1994. P. 32.)

¹⁹*Su primer gran acierto crítico en materia social es un combate contra la hipótesis culturalista de la explicación contractual de la sociedad que propalaran los racionalistas europeos del siglo XVIII y canonizó Kant afinando las ideas de Rosseau. El contrato social es para Nietzsche una idealización falaz, una palabra engañosa, una mentira inventada capaz de ocultar la verdad, una ficción aniquiladora de la naturaleza que nos muestra evidentemente el carácter natural que tiene la sociabilidad humana. Afirmada la sociabilidad como carácter inherente a la naturaleza humana, Nietzsche afirmaría igualmente, en concreto, la comunidad política, sin perjuicio de someter a general revisión todas las imágenes de la misma a que había dado lugar la modernidad, como ramificaciones del tronco común del mecanicismo.* (PUY, Francisco. *El Derecho y el Estado en Nietzsche*. Madrid, Editora Nacional, 1966. P. 88-90.)

²⁰*Conforme la democracia fue considerada como la mejor forma de gobierno, como la menos mala, como la forma de gobierno más adecuada para las sociedades económica, civil y políticamente más avanzadas, la teoría de las formas de gobierno en su uso prescriptivo simplificó la tipología tradicional y se polarizó, como ya se ha dicho, alrededor de la dicotomía democracia-autocracia. En el uso corriente el término que predominó para designar al segundo miembro de la dicotomía no es "autocracia" sino "dictadura".* (BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad* – por una teoría general de la política. Breviados. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. P. 222.)

²¹Como disse outro eminente pensador contemporâneo, *a promessa de uma democracia política*, verdadeiramente representativa, sob o ponto de vista político, foi, como tantas outras promessas feitas pela filosofia liberal, inteiramente traída na experiência contemporânea. A representação dos interesses que é verdadeiramente o que hoje se pratica, sob a proteção idealizada democracia representativa, é, como afirma o filósofo, a antítese da representação política: *A democracia moderna, nascida como democracia representativa em contraposição à democracia dos antigos*, deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito ao mandato vinculado ... *O princípio sobre o qual se funda a representação dos interesses.*

Note-se que, pela ruptura revolucionária (vista acima, e reafirmado para melhor elucidar o tema), explicitam-se antes mesmo da construção de seu plano teórico como uma “ideia alemã” nascida no século XIX, o Estado de Direito, que surge moldado praticamente pelo liberalismo²³, pois esta ruptura institucionaliza-se com as Revoluções Liberais, na Inglaterra do século XVII e da França do fim do Século XVIII²⁴.

Assim, constituiu-se o primeiro regime jurídico-político do novo modelo de sociedade, separando a burguesia, a realeza e a nobreza, que naquela época se instavam. Instituições saídas das Revoluções Liberais vitoriosas na França e na América²⁵.

O liberalismo se consolida como um movimento político que vem surgido e aprofundado a serviço de um complexo desenvolvimento político, econômico e social de significação, tendo magnitudes extraordinárias em sua senda histórica, sendo que, paralelamente, a reflexão teórica que lhes serve de suporte, demonstra alta capacidade transformadora da realidade em um momento que vai exigir do mesmo fazer frente a uma dupla realidade histórico-política^{26, 27}.

(SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, P. 204.)

²²*El protagonista de las aventuras, es decir Odiseo, aparece como "prototipo del individuo burgués" ya que, para los autores, las líneas características del modo de ser el burgués y de la concepción liberal iban mucho más lejos de aquellas versiones que suelen situar la emergencia del individuo burgués hacia fines de la Edad Media. El "héroe peregrino" se afirma a sí mismo frente a cada una de las fuerzas que enfrenta y, de este modo, constituye algo así como la "prehistoria de la subjetividad burguesa" que se manifiesta en el vínculo entre la construcción de un orden racional y el dominio. Esto no debería interpretarse como un anacronismo y menos aún como una descripción histórica de la obra y su contexto, sino tu e debe ser leído a la hora de un procedimiento crítico que ya tenía antecedentes en escritos previos. Se trata de una lectura de la Odisea como iluminismo — de la misma manera en que se lee la cultura de masas y el antisemitismo como "mitos arcaicos"— con el fin de oponer miágenes que contribuyan a "desmitologizar" el mundo, a abrirlo a la comprensión crítica y a tornar visibles sus contradicciones. Cuando "Odiseo" es presentado como "prototipo del burgués" se trata de "leer esta imagen arcaica como una configuración de la modernidad, de modo de transformarse en la ocasión para una comprensión crítica del presente". Se trata de oponerle al iluminismo una "imagen" que revele sus pretensiones. Mito e iluminismo, moderno y arcaico, como en otros casos individuo y totalidad son pares de conceptos opuestos que se desafían recíprocamente.* (ENTEL, Alicia; GERZOVICH, Diego; LENARDUCCI, Victor. *Escuela de Frankfurt*. Razón, Arte y Libertad. 1ª ed. 3ª reimp.. Buenos Aires: Eudeba, 2005. P. 95-96.

²³NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Almedina: Editora, 1987. P. 37.

²⁴BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Democracia*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. P. 14.

²⁵NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Almedina: Editora, 1987. P. 37.

²⁶VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Valor de la Constitución*. 1ª ed.. Madrid: Alianza Editorial, 1994. P. 30-31

²⁷*El paradigma liberal mantiene una comprensión individualista de la sociedad, en la que ésta se entiende formada únicamente por individuos. La sociedad y el Estado se conciben como sistemas enfrentados y opuestos. Por otra parte, el Estado debe limitarse a garantizar unas condiciones mínimas de libertad y de seguridad, sin intervenir en el funcionamiento espontáneo de la sociedad que tiene lugar a través del mecanismo del mercado. De este modo, se considera que la sociedad, por sí sola, dará lugar al mejor de los órdenes posibles. La libertad es el valor más importante. En última instancia, se trata de «proteger a la sociedad del Estado», de limitar la actuación de éste, lo que se consigue a través de mecanismos jurídicos como el principio de legalidad, las declaraciones de derechos y la separación de poderes. La idea de justicia liberal se reduce a la igual distribución de derechos, sin tener en cuenta las diferentes condiciones materiales de las personas. En mi opinión, en el fondo del paradigma liberal se encuentra la garantía de la libertad y —sobre todo— de la*

Portanto o conceito de Estado de Direito Liberal surge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado à concreção do ideário liberal no que diz com o princípio da legalidade – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a divisão dos poderes ou funções e, a nota central, garantia dos direitos individuais²⁸.

Evidente fica a sujeição absoluta do regramento jurídico a lei, apresenta-se a ordem prioritária de formação do paradigma legal, sendo ele: **1) Principio de legalidad;** **2) Competencia;** **3) Jerarquía normativa** y **4) Reserva de ley. La potestad reglamentaria se considera como una potestad administrativa, sometida plenamente a la ley y al derecho**²⁹.

Santiago Mir Puig, em menção ao Estado Liberal, diz que: *el Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad*³⁰.

O Estado Liberal de Direito³¹ apresenta-se diante das seguintes características paradigmáticas:

A – Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.

B – A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre indivíduos e o Estado.

propiedad privada. (MELERO ALONSO, Eduardo. **La dogmática jurídica es política.** La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas: un acercamiento desde el derecho público. P. 22.)

²⁸STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado.** 5ª Ed.. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 94.

²⁹*El Gobierno necesita una habilitación legal específica para ejercer la potestad reglamentaria, en virtud del principio de legalidad. Y se entiende que la Constitución recoge una reserva de ley de tipo general, que abarca toda actuación que limite los derechos y deberes de los ciudadanos. Los reglamentos independientes o no se reconocen, o se reducen al ámbito organizativo de la Administración. Y la potestad reglamentaria del Ministro se limita, en principio, a las materias organizativas, salvo que una habilitación expresa permita que se dicten Órdenes ministeriales ejecutivas que afecten a los derechos de los ciudadanos.* (MELERO ALONSO, Eduardo. **La dogmática jurídica es política.** La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas: un acercamiento desde el derecho público. P. 24.)

³⁰PUIG, Santiago Mir. **El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de Derecho.** 1ª Edición. Barcelona: Editora Ariel, 1994. P. 32.

³¹**Características fundamentais impregnadas pela teoria iluminista burguesa:** **I)** O Estado é jusracionalisticamente entendido. Afastam-se ideias trans-pessoais do Estado como instituição ou ordem divina, para se considerar apenas a existência de uma *res pública* no interesse dos indivíduos. Ponto de partida e de referência é o indivíduo auto-determinado, igual, livre e isolado; **II)** Limitação dos fins e tarefas do Estado à garantia da liberdade e segurança da pessoa e da propriedade individual; **III)** Organização e regulamentação da atividade estadual segundo princípios racionais de modo a construir uma ordem estadual justa: reconhecimento dos direitos individuais, garantia dos direitos adquiridos, independência dos juízes, responsabilidade do governo, prevalência de representação política e participação desta no poder legislativo; **IV)** Conceito da lei como eixo da concretização constitucional do Estado de Direito. Tratava-se de um conceito unitário (não unilateralmente formal ou material), pois ele continha uma dimensão material intrínseca e uma dimensão formal-processual. Em princípio, a lei era a norma jurídica geral que, mediante a aprovação da representação popular e mediante a adoção de um processo crítico de discussão e publicidade, garantia a liberdade civil burguesa; **V)** Esta lei é juridicamente vinculante para a administração (princípio da legalidade da administração). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da constituição.** 6ª Edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. P. 283 – 284.)

C – A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – *referendum* e plebiscito – bem como, pela imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.

D – O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.³²

Além do que fora citado há outras conquistas significativas para o Estado liberal, que consistem, justamente, na separação dos poderes, no governo calcado na lei, esculpindo-se em movimentos constitucionalistas: ressaltando, que neste momento histórico do Estado, diferenciou-se o que é público³³ é o que é privado³⁴, sendo assim, feita esta diferenciação, pelo estabelecimento do que é propriedade privada. Detém ainda, algumas funções aqui não tão essenciais de apreciação³⁵.

O Liberalismo Político cristaliza-se como mero somatório de indivíduos isolados resumindo-se assim no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

Saliente-se ainda, que cinco dias depois de sua aprovação, a Assembleia Constituinte começou a discutir a instituição do regime do sufrágio censitário e a divisão dos cidadãos

³²STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed .. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 95.

³³*Au XIXe siècle, le corpus doctrinal publiciste qui se construit autour du droit administratif, puis s’élargit à la discipline constitutionnelle, demeure largement hermétique aux problématiques susceptibles de fonder en raison l’appareil judiciaire. Les auteurs délaissent ces questions, à quelques exceptions près témoignant de l’emprise sur les esprits de la théorie classique de la souveraineté de la loi. La doctrine bouleverse cependant ce cadre conceptuel au tournant du XXe siècle, en substituant aux théories politiques fondant l’État légal des représentations qui permettent de justifier le pouvoir étatique en termes strictement juridiques.* (COLSON, Renaud. *La Fonction de Juger. Étude historique et positive*. Volume n. 29. Version 1. Presses Páris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 34.)

³⁴*L’effervescence intellectuelle qui caractérise la doctrine privatiste au début du XXe siècle ne modifie pas sensiblement cet état de fait. En dépit de références jusnaturalistes persistantes et de problématiques sociologiques nouvelles, l’architecture des manuels d’introduction au droit demeure invariable, tout comme leur désintérêt pour la question du fondement du pouvoir de juger. Par la suite, le renforcement d’un positivisme juridique revendiquant que le juriste puisse négliger «la raison profonde de la soumission au droit» pour «se contenter de dire que la loi est obligatoire» permet de disqualifier de manière définitive cette interrogation. Malgré la variété des sensibilités philosophiques caractérisant les introductions au droit écrites par les civilistes du XXe siècle, toutes dissolvent le problème de la légitimité institutionnelle du juge dans un ordre légal dont les soubassements relèvent du droit public.* (COLSON, Renaud. *La Fonction de Juger. Étude historique et positive*. Volume n. 29. Version 1. Presses Páris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 34.)

³⁵O poder do Estado fica apenas com três funções para cumprir, aliás três obrigações, de maior importância, mas simples e compreensíveis para o senso comum: *em primeiro lugar*, a obrigação de proteger a nação contra atos de violência e ataques de outras nações independentes; *em segundo lugar*, a obrigação de salvaguardar, na medida do possível, todos os membros da própria nação contra agressões ilegais dos seus concidadãos, ou seja, garantir uma jurisdição imparcial; *e em terceiro lugar*, a obrigação de criar e manter determinadas instituições públicas cuja criação e sustento não se pode esperar da iniciativa privada. Acrescentou-se às liberdades fundamentais e universais do homem o princípio da liberdade de estabelecimento profissional de um comércio livre para além das fronteiras nacionais. (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997. P. 377.)

ativos e cidadãos passivos, passando esta a ser instituto jurídico em dezembro de 1789. Serve a ora proclamação dos Direitos do Homem, de fundamentos para o contratualismo³⁶.

É correto ainda afirmar que Liberdade e igualdade, assim, passam a ser componentes de seus valores intrínsecos, construídos ambos pela filosofia política e pela teoria política e que se sustentam conceitualmente e programaticamente pelo programa democrático liberal³⁷, arcaico-burguês.

Para com a natureza do reconhecimento dos direitos fundamentais, este dependia diretamente do alcance que se atribuísse à soberania da lei.³⁸ Note-se que estes, os direitos fundamentais, constroem-se como sendo de direitos primeira geração, sendo eles, uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos³⁹, engendrando-se os mesmo pela teoria liberal que visa compatibilizar o interesse privado de cada um com o interesse de todos, por meio destes direitos convencionados perante o Estado⁴⁰, pois isso gera o nascimento da teoria dos direitos subjetivos⁴¹, ou seja, a este cabia o

³⁶Cidadãos passivos eram todos os que não pagassem determinado montante de imposto, excluído do direito de votar e ser eleito Cidadãos ativos eram aqueles que tinham determinado montante mínimo de rendimento e dividiam-se em três categorias, conforme a contribuição que pagavam; os que designavam os eleitores, os eleitores, a quem competia nomear os deputados, os que podiam ser eleitos deputados. Entendia-se, por um lado, que só aqueles, que tivessem um certo rendimento seriam capazes de independência e do esclarecimento exigidos a um sujeito político racional. Daí o afastamento do sufrágio imposto às mulheres, aos filhos e a todos economicamente dependentes, cujos interesses se supõe idênticos aos do pai de família e do patrão, só a estes cabendo representar. A única exceção a esta regra era os funcionários públicos, porque, em relação a eles, não pode aplicar-se a regra de que sua representação cabe ao patrão. (NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 21-23.)

³⁷*Libertad e igualdad se convierten así en los dos valores intrínsecos del Estado moderno, y se han constituido tanto desde la filosofía política como desde la teoría política en el sustento conceptual y programático del programa demoliberal en el cual el individuo, el ciudadano, es el nuevo soberano. Esta noción del individuo como concepto central de la política demoliberal se hace más clara en relación con el reclamo de las libertades y derechos individuales y por ello el máximo valor concedido a la libertad, mientras que inicialmente el ideal de la igualdad sólo es planteado abstractamente y aun e nuestros días se constituye en la asignatura pendiente del programa político moderno, que no ha podido superar el horizonte teórico-práctico demarcado por Kant de igualdad ante la ley. Y aun dada y reconocida la no relación armónica pero sí complementaria entre libertad e igualdad desde el paradigma político moderno, en los dos términos de esta relación se encuentra una idea de sujeto político, de ciudadano como su eje y su objeto. El individuo que se hace libre frente al antiguo poder, se convierte en nuevo soberano de la democracia al hacerse igual a sus congéneres y a sus compatriotas. No importa que ese conjunto sea inicialmente restringido a sus iguales: los varones propietarios mayores de treinta y cinco años.* (FORERO, Rosalba Durán. *El individualismo Metodológico y Perspectivas de un Proyecto Democrático*. In: RODAS, Francisco Cortés; SOLÓRZABO, Alfonso Monsalve (orgs.). *Liberalismo y Comunitarismo Derechos Humanos y Democracia*. Política y Sociedad 17. Encuentro de Medellín. València: Edicions Alfons el Magnànm, 1996. P. 317.)

³⁸NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 36.

³⁹STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed .. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 96.

⁴⁰BRASIL, Bárbara Dayana. *Direitos Humanos e Democracia: A ponderação judicial de princípios constitucionais no neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007 <<http://www.cejur.ufpr.br/revista/artigos/002-2sem-2007/artigo-10.pdf>>. p. 226. Acessado em: 26-01-2012.

⁴¹Com efeito, a teoria dos direitos subjetivos públicos é compatível tanto com a fundamentação jusnaturalista – de matriz francesa – dos direitos fundamentais, concebidos como limites exteriores e originários à soberania do Estado, como com a construção – de matriz germânica – que vê no Estado a fonte, condição e medida dos

estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva⁴².

Em estrita conexão com a caracterização liberal dos direitos fundamentais e a construção jurídica do Estado desenvolveu-se, sobretudo na doutrina alemã da segunda metade do século XIX, a teoria dos chamados Direitos Subjetivos públicos⁴³.

Notadamente, este modelo de Estado converte os súditos em cidadãos livres⁴⁴. Assim, o indivíduo passa a ter direitos inatos e passa a exercê-los diante da sociedade em que vive, sendo que, este fator será considerado como uma “ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge com a teoria *jusnaturalista* rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo⁴⁵.

O processo de formação do Estado Liberal⁴⁶ pode ser identificado como o progressivo alargamento da esfera de liberdade do indivíduo⁴⁷, atua ela com a vista à realização do seu próprio interesse, mas, se assim fizer, cada indivíduo é guiado por uma mão invisível⁴⁸ a atingir um objetivo que ele não tinha de modo algum visado. Essa mão invisível reflete-se diante dos poderes públicos⁴⁹, pois estes poderes deixam as coisas correr o seu livre curso,

direitos concedidos aos particulares num processo de autolimitação da soberania estadual. (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Almedina: Editora, 1987. P. 77-78.)

⁴²STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 96.

⁴³NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 76-77.

⁴⁴SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Ed., revis. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 113.

⁴⁵BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2007. P. 40.

⁴⁶A história jurídica moderna se caracteriza por uma escolha inovadora: a estatalidade do direito. A inteligentíssima classe burguesa, tendo conquistado o poder, compreendeu como o direito era um sólido cimento para o completo exercício daquilo e decidiu controlá-lo. Ainda mais, sancionou o seu monopólio nas mãos do Estado, fazendo dele o único criador de direito. A paisagem jurídica que se obteve foi extremamente simples. O complexo cenário jurídico do Antigo Regime foi submetido pela *Révolution* (e pelo Estado que dela adveio) a uma redução drástica: o único ator foi o Estado e única voz a sua, a lei, ou seja, o ato que manifestava a sua vontade suprema, vontade que obviamente tinha um espaço de eficácia restrito ao território em que a soberania estatal se projetava. Identificando o direito em uma norma respeitável, porém autoritária que caía do alto sobre a comunidade dos cidadãos e tendo o direito uma função muito rigorosa de controle social, a ordem jurídica acabou como se fosse enjaulada. Era direito somente o que o Estado queria que fosse direito: formas em que este se manifesta na experiência – formas que nós juristas estamos acostumados a chamar, na antiga tradição, de fontes – passavam a estar imobilizadas em um tipo de pirâmide, ou seja, uma escala hierárquica em que uma função ativa era reservada unicamente à fonte de grau superior, a lei, restando às fontes subalternas (como, por exemplo, a velha matriz da ordem jurídica pré-revolucionária, o costume), relegadas em posição servil, sem nenhum papel incisivo: o direito, justamente por ser querido do alto e baseado em um projeto desenhado no alto pelos detentores do poder, era inevitavelmente destinado a se formalizar, separando-se dos fatos sociais e econômicos em contínua transformação. (GROSSI, Paolo. *Globalização, Direito, Ciência jurídica*. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. P. 158.)

⁴⁷BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Democracia*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. P. 22.

⁴⁸NUNES, Antônio José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 20.

⁴⁹BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Democracia*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. P. 22.

pois assim a economia e a vida da comunidade desenvolver-se-ão na melhor harmonia. Os fisiocratas discorreram ainda que o egoísmo individual conduzisse por si próprio a um desenvolvimento ordenado da vida econômica e, desta maneira, a uma ordem natural da sociedade⁵⁰.

Deve-se concluir que, quanto à acepção que se refere à liberdade e a que se refere a poder, ambas demonstram-se incompatíveis quanto à relação entre duas pessoas, à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo da outra e, vice e versa, à medida que a segunda amplia a liberdade diminui o poder da primeira⁵¹.

Cria-se a necessidade ao apego pelo racionalismo⁵² da época iluminista (Aufklarungszeit), para o qual toda natureza humana se resolve em fatores de próprio interesse e de prudência, não se poderia aceitar elementos irracionais⁵³.

Buscando evitar a irracionalidade o iluminismo burguês-capitalista representou um intento, livre e forte, de busca de racionalismo formalista⁵⁴ que centraliza no aparelho Estatal toda sua produção e aplicação legislativa, sendo que, a produção é submetida ao Parlamento que expressa à soberania⁵⁵, e no que se refere à aplicação, deve o órgão estamental, ou melhor, o Judiciário, fazer somente a subsunção da lei expressa pela vontade do povo. Note-se que se tenta centralizar no aparelho estatal todas as resoluções conflitivas⁵⁶.

⁵⁰ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997. P. 376.

⁵¹BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Democracia*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. P. 20.

⁵²*En el siglo XVIII el racionalismo no condujo, el las ciencias del espíritu, a toda la verdad; pero representó un intento, libre y fuerte, de búsqueda y de análisis en la historia y en las almas. Hoy, el neoliberalismo ilustrado ha creado el método de la historia de las ideas y descubre en las fuentes del derecho, no el impulso de la fuerza, de la arbitrariedad constituía en derecho, sino el ideal eterno de la justicia y de lo que hace posible todas las justicias: la libertad.* (SAVIGNY, F. de. *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y Ciencia del Derecho*. Primera Serie. Volumen III. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1947. P. 36.)

⁵³RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 1ª Ed.. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930. P. 154.

⁵⁴*La razionalità gius-positivistica propria del diritto moderno è al contrario una razionalità formale, basata sulla forma legale della stipulazione di ciò che viene deciso. Il suo presupposto è il principio di legalità, cioè la predeterminazione volontaristica e convenzionalistica dei criteri di decisione, in forza della quale il diritto si separa dalla morale e la validità si dissocia dalla giustizia venendo meno la presunzione che questa possa essere volta a volta assicurata dalla sapienza della dottrina e della giurisprudenza. Grazie a questo principio si riducono l'incertezza del diritto e l'arbitrio decisionistico dei giudici e dei pubblici amministratori. Al tempo stesso viene garantito un certo grado di uguaglianza e di imparzialità dal «velo di ignoranza» – per usare ancora la nota formula di John Rawls – che caratterizza, rispetto ai casi concreti, la legge generale ed astratta. Ma è chiaro che l'arbitrio si sposta in questo modo dalla giurisdizione alla legislazione, cioè alla stipulazione legale di ciò che è giusto e di ciò che è ingiusto, affidata interamente all'autorità politica, ossia alla forma, nel migliore dei casi democratica, attraverso cui si esprime la sua volontà.* (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 2 Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 41.)

⁵⁵NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 36.

⁵⁶MEZZAROBBA, Orides; WOLKMER, Antonio Carlos (Orgs.). *Crise da Justiça e Democratização do Direito*. Edição Única. Joaçaba: Editora Unoesc. 1999. P. 60.

Portanto, essa racionalização que se encontra centralizada no aparelho Estatal, tem como primordial função garantir os direitos fundamentais do homem⁵⁷.

Frise-se que, quanto à racionalidade, ela visou balizar descartada toda influência do caráter da jurisdição, criando assim, um tipo ideal de juiz⁵⁸ que deve ser não mais que um aparato de submissão, uma máquina de julgar, um autômata jurídico, e ainda, deve aplicar uma pura intelectualidade, e que esta se encontre carente de estimação e de individualidade, seu intelecto não pode produzir juízos de valor. Sua atividade jurisdicional deve ser reduzida a mera aplicação da lei⁵⁹. Além dos aspectos estritamente formais trazidos pela racionalidade ao conceito de Estado de Direito, deve-se ver que o mais relevante desta para o Poder Jurisdicional, foi o dever deste órgão pela fundamentação de suas decisões que vem a facilitar às instancias de controle fiscalização, no sentido de saber se ela se fundamenta em considerações lógicas e inteligíveis, impedindo que estas se tornem arbitrárias⁶⁰.

⁵⁷NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 36.

⁵⁸*La période charnière du XIXe et du XXe siècles voit la doctrine publiciste prendre ses distances à l'égard de la conception classique de la souveraineté nationale. Vivement critiquée par des juristes qui fustigent le mythe identifiant volonté générale et volonté législative, cette théorie politique justifiant la toute puissance de la loi est remplacée par une représentation juridique permettant «d'évacuer la question de l'origine du pouvoir et de légitimer l'État en général, quel que soit le régime politique en place». Ce bouleversement théorique a d'importantes conséquences sur la manière dont le pouvoir du juge est envisagé, mais celles-ci ne sont pas univoques. En effet, le mouvement de défiance à l'égard de l'État légal et des représentations qui le soutiennent réunit des auteurs dont les thèses sont par ailleurs variées et, à certains égards, antinomiques. Certaines de ces approches conduisent à une prise en compte de la dimension sociale du droit et à une revalorisation de l'office du juge, alors que d'autres se contentent d'opérer une clarification épistémologique permettant au discours doctrinal de penser le phénomène juridique et, incidemment, l'institution judiciaire, sans en passer par la fiction d'une représentation du peuple. Carré de Malberg opère magistralement ce renversement de l'ordre hiérarchique traditionnel.* (COLSON, Renaud. *La Fonction de Juger. Étude historique et positive*. Volume n. 29. Version 1. Presses Paris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 37.)

⁵⁹*Si el rasgo más profundo del hombre es el propio interés o egoísmo, deberá descartarse toda influencia del carácter en la jurisdicción, en la cual sólo deberá entrar en funciones el intelecto, cuidadosamente aislado por las garantías de la independencia judicial. El juez debe ser no más que un aparato de subsunción, una máquina de juzgar, un autómata jurídico; pues con estas palabras y muchas otras puede expresarse el nuevo tipo ideal de juez, como una pura intelectualidad carente de estimación y de individualidad. Es más, como quiera que el intelecto no puede producir juicios de valor, el juez, el cual funciona como mero intelecto, tampoco puede crear normas jurídicas, sino que tiene que limitar su actividad judicial a la aplicación del Derecho.* (RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 1ª Ed.. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930. P. 154.)

⁶⁰Para a racionalidade e controlabilidade contribuem também os deveres de fundamentação. Estes devem impedir decisões arbitrárias, isto é, não fundamentadas em termos claros, evidenciando também que foram observadas as vinculações à lei e ao direito e garantindo que qualquer um que seja afetado por uma decisão que lhe seja desfavorável, conheça os respectivos fundamentos a fim de poder defender-se adequadamente. Estes deveres de fundamentação não só facilitam às instancias de controle fiscalizador de uma decisão no sentido de saber se ela se fundamenta em considerações lógicas e inteligíveis, mas também obrigam logo as instancias de decisão a um autocontrole. Estas, ao decidirem e ao ponderarem conflitos de interesses e de opiniões segundo critérios racionais, retiram-lhe a carga emocional, incrementando a capacidade de consenso da decisão facilitando assim também a sua aceitação pelas pessoas afetadas os deveres de fundamentação encontram-se, portanto, não só ao serviço do Estado de Direito mas também da legitimidade democrática, especialmente da aceitação e transparência das decisões do Estado. (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 390-391.)

Importante crítica feita por Savigny quanto à racionalidade imposta pela ciência, apontando que a existência do direito, a partir daqui, se faz cada vez mais artificiosa e mais complicada, porque, sem deixar de viver a vida do povo, se produz a par de outra vida, como obra espacial da ciência, nas mãos dos juristas⁶¹.

O estado racionalizado deve ser fundado, mais que acertadamente, pelo império da lei, e ainda, por uma aceção em que a limitação do Estado não se distingue claramente da limitação do Monarca com a subordinação do Executivo ao Legislativo e em que limitação pelo Direito se confunde com império da lei emitida pelo Parlamento.⁶² Por fim, a racionalidade da lei é igual a uma profanação para a mentalidade fortemente legalista.⁶³

*O império da lei*⁶⁴ reflete-se no *Princípio da Legalidade*, apresenta-se como elemento característico e crucial do Estado de Direito é que ainda que se admitam outras fontes jurídicas, consagra-se peremptoriamente, a lei estatal com expressão máxima da vontade predominante do Estado-Nação⁶⁵. Que pela separação Estado-sociedade e a função racional das leis gerais e abstratas encobriam a possibilidade. Constrói-se neste modelo de Estado o Império da lei.

Este modelo de Estado, com a separação Estado-sociedade, passa a ser adotado como um freio aos abusos, autoritarismos e personalismos, (de desiguais poderes sociais) restringindo a atuação pública aos ditames legais e resguardando direitos pessoais e coletivos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania, em que se propunha ser instrumento do livre e igual desenvolvimento dos indivíduos⁶⁶.

Sob a égide construída na soberania exclusiva da lei pelo Estado Legislativo⁶⁷, a lei devido a sua construção pelo Parlamento tipicamente elitizado pela burguesia, não tem o

⁶¹SAVIGNY, F. de. *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y Ciencia del Derecho*. Primera Serie. Volumen III. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1947. P. 47.

⁶²NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 35-36.

⁶³GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. P. 29.

⁶⁴A lei do Estado de Direito é da vontade livre do Estado, em que se combina a vontade geral e a autodeterminação dos indivíduos. O império desta lei significa o domínio do princípio da liberdade dos cidadãos. (BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. P. 23.)

⁶⁵WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. 3ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. P. 61.

⁶⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 89.

⁶⁷*Lo stato di diritto moderno nasce, nella forma dello stato legislativo di diritto, allorché questa istanza si realizza storicamente con l'affermazione, appunto, del principio di legalità quale criterio esclusivo di identificazione del diritto valido e ancor prima esistente, indipendentemente dalla sua valutazione come giusto. Grazie a questo principio e alle codificazioni che ne sono attuazione, una norma giuridica è valida non perché giusta ma solo perché «posta» da un'autorità dotata di competenza normativa. Si capisce la straordinaria portata della rivoluzione prodottasi con l'affermazione di questo principio e del conseguente monopolio statale della produzione giuridica. Rispetto all'esperienza giuridica premoderna, questo primo mutamento di*

mesmo valor para todas as classes de relações compreendidas pelo ordenamento jurídico. Tende este principio fundamental a garantir a liberdade do individuo contra possíveis abusos do poder público, sendo lógico que, como de fato, ocorre um maior rigor nas matérias que afetam precisamente a aquela liberdade em relação com o *imperium* do Estado, como sucede tipicamente as leis penais.⁶⁸ A lei se converte em pura forma, em ato sem conteúdo, é dizer, para explicar melhor, um ato cujo caráter legal não depende nunca de seu conteúdo concreto, se não sempre e somente de sua procedência de um único sujeito soberano.

O Parlamento detentor da soberania popular encontra-se calcado na primazia da legalidade, ou ainda, no império da lei que lhe é concedido, o qual se identifica cada vez mais com a qualidade de sua criação normativa. Nasce então essa hipoteca gravosa da civilização jurídica moderna que é a mística da lei, a mística da lei enquanto lei, uma herança do absolutismo régio que a revolução assume sem pestanejar, intensificando-a e endurecendo-a as subsistentes aberturas do *ancien régime*⁶⁹ baixo ao encobrimento de simulacros democráticos⁷⁰.

O paradigma liberal-individualista se expressa, portanto, na fórmula Direito = Norma, as quais essas últimas “se limitam a dar sentido jurídico aos fatos sociais mediante o estabelecimento de uma relação de imputação entre atos ilícitos e sanções”, ***as normas são formuladas pelo Legislativo, seguidas pelo Executivo e Judiciário, sendo que esse, através de seus magistrados, aplica-as, de forma “neutra e imparcial” aos conflitos existentes***⁷¹. Portanto, visa à segurança e a certeza jurídica, tendo como referência estável e aprofundando

paradigma si manifesta in quattro cambiamenti, tutti connessi alla fondazione puramente giuspositivistica del diritto: a) nella natura e nella struttura del diritto, b) nella natura e nel ruolo della giurisdizione, c) nella natura e nello statuto epistemologico della scienza giuridica; d) nella natura e nel ruolo della filosofia politica. (FERRAJOLI, Luigi. ***Principia iuris***. Teoria del diritto e della democrazia. 2 Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 30.)

⁶⁸DEL VECCHIO, G.. ***Los Principios Generales del Derecho***. Barcelona: Librería Bosch, 1933. P. 42.

⁶⁹A l'aide d'outils conceptuels hérités du corpus justinien et perpétuellement remaniés, les dogmaticiens médiévaux, puis leurs successeurs, ont défini la compétence des juges et catégorisé leurs multiples attributions. En deçà des évolutions de forme et de fond qui affectent ces représentations théoriques à travers les siècles, la mission d'application de la loi dévolue aux magistrats demeure inchangée. Cette évidente continuité, qui s'explique notamment par le polymorphisme de la figure légale, n'exclut pas de profondes évolutions. Gardien traditionnel, sous l'Ancien Régime, d'une loi monarchique lacunaire qu'il contribue à écrire en s'inspirant de la justice divine, le magistrat voit sa fonction considérablement réduite par la Révolution française. Celle-ci impose un modèle rationaliste du jugement et cantonne le juge à la mise en oeuvre logique du texte émanant du législateur. (COLSON, Renaud. ***La Fonction de Juger. Étude historique et positive***. Volume n. 29. Version 1. Presses Paris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 66.)

⁷⁰GROSSI, Paolo. ***Mitología Jurídica de la Modernidad***. Madrid: Editorial Trotta, 2003. P. 33.

⁷¹MEZZARROBA, Orides; WOLKMER, Antônio Carlos (Orgs.). ***Crise da Justiça e Democratização do Direito***. Edição Única. Joaçaba: Editora Unoesc. 1999. P. 62.

o modelo através de seu conteúdo, fazendo superar a ideia de Estado de Direito como de uma pura legalidade⁷².

Complemente-se que pela divisão dos poderes, ou melhor, de suas funções e o princípio da independência dos juízes no exercício da função de aplicar as leis completa a estrutura do Estado Liberal, num tempo em que a organização econômica sentava em um grande numero de empresas relativamente pequenas com poder econômico (e político⁷³) equivalente.

Haja vista, ser o liberalismo contrario a justiça e a equidade, o qual pela política capitalista não deixa-se espaços para a atuação e para interpretação dos tribunais como instrumentos de criação de Direito⁷⁴.

Corroborar-se que a lei e a sua codificação servem para conter, até então, os magistrados, regulando estes ao formalismo legal imposta pelo Parlamento, passando assim, a ter um clima de conquista, onde sagrada será a lei intrinsecamente injusta, e sagrada será a lei editada e promulgada por estúpidos⁷⁵.

Nesta perspectiva, ensina-se que a liberdade burguesa parlamentarizada, sufoca e domina o Estado⁷⁶, e também sufoca e domina a sociedade, legislando, assim, no sentido de disciplinar os trabalhadores, de ampliar a jornada de trabalho, de fixar salário máximo, de proibir e criminalizar a constituição de sindicatos operários⁷⁷.

É sabido que, diante dos quadros atuais da sociedade, os conflitos aumentaram significativamente, devido às novas relações jurídicas estabelecidas no mundo atual, essa transformação social fez com que o Judiciário tenha um papel político, e que deve assumi-lo.

Amealha-se ao Estado de Direito a ideia de que este se encontra estritamente ligado ao princípio da legalidade, reduzindo o direito à mera lei, consagrando desta forma, uma visão meramente formal do Direito, esclarecendo que é considerada a única fonte deste, esculpindo-

⁷²STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed .. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 91.

⁷³O direito publico dos Estados Liberais não reconhecia, nem conhecia qualquer fonte de poder ao lado do poder politico, organizado segundo as leis: autoridade era conceito de direito; mas, de facto, existia o poder ao lado, o poder extrapolitica, que influía, conforme conceito da vida (Begriff des Lebens). As monarquias absolutas não deixaram margem a isto. O Estado representativo, liberal, encontrou-o e agravou-o. (MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 225.)

⁷⁴NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 20.

⁷⁵GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. P. 33.

⁷⁶O problema politico do Século XX é nascido precisamente, desta dualidade. Onde funcionava, efetivamente, a representação nacional, a sociedade adquiriu órgão de vontade, atuante, enérgico, causando a oposição entre Parlamento e Estado (governo), tentando sufocar a este, dominá-lo, ou imediatamente, pela mutação de governos a cada mutação das maiorias, ou mediante, pela aspiração do voto secreto. (MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 226.)

⁷⁷NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 16.

se em si a supremacia da lei, através de autoridade pública que só ela deve elaborar as leis, devendo ser alcançadas a sua a generalidade a abstração e deve ser impessoal. *Savigny*, neste sentido, já aludia que o Direito reduz-se a lei: construindo-se via de regra em um sistema de regras autoritárias, e mandatos pensados e queridos, abstratos e inelásticos, incriticável em seu conteúdo, sendo que sua autoridade procede de sua própria qualidade do sujeito do legislador⁷⁸.

O drama do mundo moderno consiste na absorção de todo o Direito pela lei, em sua identificação com a lei, embora seja mal ou iniqua, e isto, passa a produzir, com frequência, uma perigosa e inevitável ruptura entre direito formal e legal, por um lado, e sociedade civil em continuo desenvolvimento, por outro, sem existir possibilidade para o direito de verificação e salvaguarda, imobilizando, agora, tudo em rígidas tramas de uma constelação legislativa⁷⁹. E o direito, tecido ordenador do corpo social, que deve recobrir harmonicamente em seu imparável crescimento, não podia senão sofrer uma intima crise, inflamando aqui por uma crise de capacidade de corresponder a sua própria natureza e função⁸⁰.

A crise instituída pelo apego exagerado a primazia da legalidade em sua versão primitiva, teve como solução o constitucionalismo para o qual tinha evoluído a Inglaterra⁸¹ no final do século XVII, devido ao conjunto de movimentos que lutaram contra o abuso do poder estatal⁸².

Portanto, com a crise deste modelo de Estado de Direito, ocorreu o surgimento das Constituições Políticas, que resultaram da passagem da monarquia absoluta para o Estado

⁷⁸GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. P. 34.

⁷⁹*El Derecho Legislado por unos legisladores incompetentes, ignorantes de la tremenda dificultad e importancia de tan alta misión. Un derecho arbitrario e innovador que se ha sido puesto, como los cánones Morales artificiosos con que se suplantaron los naturales, por quienes quisieron suprimir todo derecho, se dieron cuenta, después, de su absoluta necesidad. E consecuencia, sostiene Nietzsche la opinión de que la causa de los males que invalidan el derecho de su época está constituida por el racionalismo de una creación arbitraria. Que sólo es auténtico derecho el recibido naturalmente de la tradición. Que el derecho poético es sólo u mal menos que a duras penas palia el mal absoluto que seria la carecía de todo derecho. Que por eso es mera coacción y no fuerza creadora y viva... que, en definitiva, no saldría el derecho moderno del bache e que se había hundido, hasta que engarzara con la tradición. El sentido general de su crítica al derecho positivo se mueve sobre la idea de que es un derecho arbitrario. De que es un derecho que carece de fuerza moral de obligar. Un derecho, por tanto, que ha de sostener exclusivamente sobre la necesidad: la sanción y la fuerza coactiva.* (PUY, Francisco. *El Derecho y el Estado en Nietzsche*. Madrid, Editora Nacional, 1966. P. 79-80.)

⁸⁰GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. P. 37.

⁸¹Uma primeira garantia das liberdades individuais residia, aqui, na proteção contra detenções arbitrárias. Esta garantia, que de uma forma imperfeita já estava consagrada no artigo 39º da Magna Carta de 1215, foi cada vez mais reforçada e alargada até ao Acto de Habeas Corpus de 1979. De Lolme viu essas garantias contra a detenção arbitrária um dos principais pilares para aquele sentimento da independência que as leis proporcionam a todos os cidadãos na Inglaterra. Medite elas ter-se-ia retirado das mãos do executivo um instrumentos do poder mediante o qual podia privar o povo dos seus lideres e que constituía talvez a mais perigosa ameaça para a liberdade pública. (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997. P. 385-386.)

⁸²BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. 2º Edição. Editora Mandarim. São Paulo 2000. P. 24.

Liberal de Direito, no final do século XVIII, movimento conhecido por constitucionalismo, pelo qual os Estados passaram a adotar leis fundamentais ou cartas constitucionais, reunindo, num documento escrito, sua organização política, bem como a declaração dos direitos dos indivíduos.

Evidencia-se está crise em Cademartori quando corrobora, que:

A crise do Estado de Direito em sua versão legislativa ou liberal e que determina a aparição do modelo constitucional de Estado encontra-se diretamente vinculada à crise da lei como mecanismo de regulação social no Estado Liberal. Essa crise manifesta-se em dois vetores que provocarão e afinal permitirão superar esse modelo jurídico-político.⁸³

A Constituição em sua nascença pode ser vista como sendo uma mera Constituição escrita, que tem início no final do século XVIII, sendo que, essa passa a estabelecer um mecanismo de dominação legal-racional, próprio da primeira forma de Estado Moderno, e esta também tem como características a legitimidade e a função⁸⁴.

Juntamente com sua criação, estabeleceu-se nesta, mecanismos para impedirem o exercício arbitrário ilegal e ilegítimo do poder, sendo que, os de maior importância, são: **a)** o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis; **b)** uma magistratura independente do poder político⁸⁵.

Quanto ao Constitucionalismo, ainda, o pensamento liberal elimina a contradição entre constitucionalismo como limitação do Estado e soberania da vontade geral legisladora, na medida em que só concebia a existência de uma Constituição quando houvesse o reconhecimento dos direitos fundamentais, além disso, triunfa a ideia de divisão de poderes como especialização jurídico-formal, e, sobretudo, ela se legitima em função da garantia da liberdade individual⁸⁶.

Difundiou-se com o ideário iluminista a separação dos poderes, visando-se a proteção dos cidadãos contra as arbitrariedades dos poderes públicos, **criando assim um código social menos rígido, e que viesse a validar o pensamento liberal**. Esta limitação do Estado é puramente formal, mas também a subordinação das leis ao limite material do reconhecimento

⁸³CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Uma Abordagem Garantista. 2ª Edição. Campinas: Millennium Editora, 2006. P. 15–16.

⁸⁴STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 95.

⁸⁵BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Democracia*. 4º Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. P. 19.

⁸⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 82-89.

de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípios invioláveis⁸⁷.

De outro modo, o conceito de *Estado formal, ou melhor, o Estado de Direito burguês*, se recorta pela criação de garantias formais e procedimentais para assegurar a liberdade legal, este plasmou-se no direito positivo e seguiu até ao final de República Weimar. Contudo, não significa que este conceito tenha forma vazia, pois representou por esse período bem mais uma conformação e objetivação do princípio fundamental do desenvolvimento do Estado de Direito: segurança e de liberdade e da propriedade, o que veio a evitar a intervenção direta sobre a propriedade individual com fins de redistribuição social⁸⁸.

O modelo de Estado aqui estudado define-se em função de sua competência de produzir o Direito e a ele submeter-se⁸⁹, assim, restando a natural tendência do poder político a expandir-se e a operar de maneira arbitrária⁹⁰, e ao mesmo tempo em que submete as *ordens normativas setoriais* da vida social,⁹¹ lhes é atribuída à tarefa de garantir os direitos individuais, 'não devendo se submeter a outros subsistemas funcionais'^{92, 93}.

O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas *este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade*. Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mais econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça⁹⁴.

Por fim, como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e

⁸⁷BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Democracia*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. P. 19

⁸⁸BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. P. 51.

⁸⁹WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. 3ª Edição, revista e atualizada.. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. P. 46.

⁹⁰ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2006. P. 11.

⁹¹WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. 3ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. P. 46.

⁹²Uma só parte da vida interessava ao Estado; o resto, por apolítico, escapava a seu alcance. Religião e economia ficavam fora das suas atividades; o Estado deixava que se processassem à sua revelia, sem coordenação aos seus fins, apoliticamente, a vida econômica e a vida religiosa da nação. Era a neutralidade que ele impunha a si mesmo. A economia procurou, de um lado, individualizar-se, autorizar-se, a serviço do capitalismo individualista mais duro, mais absorvente, e do outro, nos trabalhadores, organiza-se contra o Estado. (MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 225-226.)

⁹³ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2006. P. 11.

⁹⁴BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2007. P. 61.

abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com hipótese normativa⁹⁵.

⁹⁵STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed.. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 100.

2.2 - O ESTADO SOCIAL DE DIREITO^{96, 97, 98}

Porque la clase de los ricos se defiende por sus propios medios y necesita menos de la tutela pública; mas el pueblo indigente, falto de riquezas que le aseguren, está peculiarmente confiado a la defensa del Estado. por tanto, el Estado debe dispensar sus ciudadanos y providencia peculiares a los asalariados, que forman parte de la clase pobre, en general.⁹⁹

Não obstante as crises, o desemprego ou as guerras a ruptura do Estado liberal encontra-se em meio diversos fatores de tendência global que seguiam ao sentido do desenvolvimento econômico: conseqüente elevação do nível de vida da população¹⁰⁰, progresso técnico, aumento da dimensão das empresas, concentração do capital, fortalecimento do movimento operário (no plano sindical e no plano político) e agravamento da luta de classes, aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo, que começa, a afirmar-se como alternativas a ele¹⁰¹.

Pois, entrou em crise por não resolver o problema essência da ordem econômica, das camadas proletárias da sociedade, que se achavam à margem da vida e não equacionando, via de conseqüência, as contradições sociais.¹⁰²

⁹⁶A expressão estado social de direito data de 1930 (Hermann Heller), mas as suas raízes podem ir buscar-se a Saint Simon, a Lorenz von Stein, a Lassale (e aos socialistas de estado), aos fabianos (e aos teóricos da democracia econômica) e aos adeptos do socialismo reformistas. (NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 31.)

⁹⁷Diante da amplitude apresenta em suas diversas designações, usar-se-ão todas aqui arroladas diante do texto, sendo elas: o Estado Assistencial e Estado Providencia ao *Welfare State* ou ao Estado de Bem-Estar, Estado de Partidos, Estado de Associações e Estado Administrativo, o qual todas elas explicitam a formula do Estado Social, e além disso, integram esta formula de modo parcelar. (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 198.)

⁹⁸*El paradigma social no concibe únicamente la sociedad de forma individualista, sino que también tiene en cuenta la existencia de organizaciones en las que los individuos se agrupan. Tampoco parte de la oposición entre sociedad y Estado, sino de que ambos se necesitan mutuamente para poder realizarse. Atribuye al Estado un papel de conformación social, ya que considera que la autorregulación social a través del mercado da lugar al aumento de las desigualdades. La redistribución del producto social legitima la actuación del Estado, redistribución que se lleva a cabo a través de prestaciones sociales. Desde este modelo, se propone que hay que «proteger a la sociedad por la acción del Estado», para lo cual hay que dotar al Estado de los mecanismos jurídicos adecuados. La idea de justicia que propone el paradigma social es la justicia distributiva, es decir, la justa distribución de los bienes y servicios socialmente producidos.* (MELERO ALONSO, Eduardo. *La dogmática jurídica es política*. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas: un acercamiento desde el derecho público. P. 22-23.)

⁹⁹LEÓN XIII, *Encíclica*. Rerum Novarum, 15 de mayo de 1891, n. 29.

¹⁰⁰NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 191.

¹⁰¹NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 29.

¹⁰²MULLER, Célia. *Os direitos fundamentais do consumidor no Estado Democrático de Direito*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Orgs.) *Direitos Humanos em evolução*. 1ª ed. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007. P. 268.

Todos os fatores acima exposto, aliados à homogeneidade da direção política, reforçavam a fé nas virtudes da livre concorrência e confinavam genericamente a atividade do Estado à garantia da segurança política, social e jurídica das relações de troca regidas pelo direito privado, à produção das infraestruturas requeridas pelo funcionamento do sistema e a uma intervenção dirigida a perturbações aos mecanismos do mercado ao seu eventual reestabelecimento^{103 104}.

Se pelo Código de Direito¹⁰⁵ Civil napoleônico que foi à expressão mais acabada de um direito de classe (o direito da burguesia revolucionária vitoriosa), o direito social surgiu¹⁰⁶, pela supremacia da sociedade em face do indivíduo, pela democratização da sociedade e pela compatibilização do valor liberdade com o valor igualdade¹⁰⁷, no quadro do estado social, como um direito de compromisso¹⁰⁸.

E quanto à racionalidade estatal, converte-se facilmente numa exagerada vontade de planificação¹⁰⁹, que esta visa atender, de modo eficiente, a esses reclamos de multiplicação e excelência dos serviços públicos¹¹⁰. Note-se que a planificação¹¹¹ refletiu diretamente em uma

¹⁰³NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 191.

¹⁰⁴É pois como Estado protetor que o Estado Moderno se identifica. No século XIX, esta proteção assumirá a forma minimalista da garantia generalizada da sobrevivência, com o Estado liberal a deixar à esfera privada a gestão das condições materiais da existência. No século XX, em compensação, as missões do Estado alargam-se, na medida em que ele toma a seu cargo, para além a simples sobrevivência, a garantia de uma certa qualidade de vida: fala-se então de Estado-Providência, a garantia de uma certa qualidade de vida: fala-se então de Estado-Providência ou de Estado Social. Preocupado com a realização efetiva das promessas de liberdade e de igualdade para todos, o Estado social pretende dominar os principais riscos sociais, impondo a segurança generalizada. Nunca a solidariedade voluntarista terá sido levada tão longe, nunca a confiança do futuro – um futuro balizado pela ciência, obrigado pela lei e garantido por um contrato de seguro mútuo – terá sido tão forte. Mas este modelo entrou hoje em crise: a sociedade assistencial desagrega-se, a ciência e a lei são atingidas pela dúvida, o mercado e a privatização triunfam, ao mesmo tempo que o medo regressa. A <<sociedade do risco>> toma então o lugar do Estado-Providência, e volta-se a falar de segurança em vez de solidariedade. É que o risco assume um outro rosto e uma outra escala, iludindo os instrumentos clássicos de prevenção. E eis-nos, uma vez mais, confrontados com a ambivalência do questionamento das promessas: será o regresso do medo hobbiano e dos reflexos de segurança ou o sobressalto de racionalidade inspirado pela <<heurística do medo>> no sentido de H. Jonas, o respeito do princípio de precaução face aos grandes riscos tecnológicos. (OST, François. *O Tempo do Direito*. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001. P. 336-337.)

¹⁰⁵A fórmula de síntese que reveste o Estado social de Direito só será Estado de Direito se, reconhecer a função estruturante dos princípios fundamentais do direito civil que se assente nos direitos da vontade dos sujeitos económicos (ou seja, dos proprietários, empresários) e dos princípios norteadores desses direitos (a livre iniciativa económica e a autonomia contratual). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993. P. 39.)

¹⁰⁶NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 30.

¹⁰⁷PASSOS, J. J. Calmon de. *A constitucionalização dos direitos sociais*. In Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. I, nº 6, setembro, 2001. CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 11-08-2013.

¹⁰⁸NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 30.

¹⁰⁹ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997. p. 466.

¹¹⁰O Estado de bem-estar social, desafiado para dar respostas imediatas aos reclamos que a crescente demanda do mercado político formulada, deslocou o seu cuidado e a sua preocupação para atender, de modo eficiente, a esses reclamos de multiplicação e excelência dos serviços públicos. Tentou-se, então, deslocar para a “eficiência”, alicerçada na competência técnica e no saber científico, a fonte de legitimação do poder político. (PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini;

das Esferas do Poder, sendo ela, o Poder Administrativo que desde então tem como resquícios o grande número de Medidas Provisórias por este poder editadas.

O Estado de Direito Social, ocasionou a profunda reforma do Direito com as próprias armas do Direito, em vez de um Direito a serviço de uma minoria, o Direito passa a servir interesses gerais, ou melhor, interesses dos indivíduos considerados substancialmente¹¹², derrubando por consequência lógica as barreiras que separam o Estado e a Sociedade¹¹³, assim colocando em perigo um dos principais propósitos do Estado de Direito liberal: garantir *óptimo* de liberdade individual¹¹⁴.

Mesmo com a transformação que o Estado Social de Direito reveste-se, contudo, de certa autonomia face a esta concepção anti-totalitária e liberal do Estado, sendo que procurará manter os princípios da divisão dos poderes, da garantia dos direitos fundamentais, da legalidade da administração, da previsibilidade e calculabilidade das medidas do Estado, do seu controle judicial, ambos os princípios esculpido naquele anterior modelo de Estado, haja vista, a sua moderada expansão das tarefas públicas de natureza social cujas componentes principais são o Estado-providencia e a justiça social¹¹⁵.

É uma realidade que *surgida* com a 1ª Grande Guerra Mundial¹¹⁶ mas *toma tendência* após a 2ª Grande Guerra Mundial, a qual encontra-se marcado por uma profunda transformação social, gerada pelo crise econômica, por violentos conflitos de classe¹¹⁷, pelo crescimento urbano desordenado, pela subversão de direitos liberal e dos princípios de democracia¹¹⁸ arcaica.

DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 91.)

¹¹¹Das ambiciosas planificações dos anos 1950 aos mais modestos <<planos>> de hoje (<<plano de luta cota o desemprego e a pobreza>>, <<plano de reforma da segurança social>>, <<plano de resolução da poluição das águas subterrâneas>>...), o mecanismo é o mesmo e envolve os meios financeiros, jurídicos e simbólicos dos poderes públicos na produção de um futuro desejável. (OST, François. *O Tempo do Direito*. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001. P. 338.)

¹¹²MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 99-100.

¹¹³... *cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad*. (PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de derecho*. 1ª ed. Barcelona: Editora Ariel, 1994. P. 32.)

¹¹⁴ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997. P. 394.

¹¹⁵ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997. P. 394.

¹¹⁶PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2005. P. 230.

¹¹⁷Porém, enquanto as tentativas fascista e nacional-socialista, de um lado, e a revolução soviética, por outro, afetava, na radicalidade do seu projeto, a própria subsistência do Estado de Direito, desenvolve-se igualmente uma terceira direção que se legitima com a proclamada intenção de conservar ou reatar aquele ideal. (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 188.)

¹¹⁸NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 31.

Frente a isso, os indivíduos passam a ser considerados substancialmente, assegurando desta forma as possibilidades de valor, e não naquele individualismo originário, no apoliticismo e na neutralidade do Estado Liberal, que não conseguia satisfazer as exigências de *liberdade pessoal e igualdade formal*¹¹⁹ dos setores sócias e economicamente mais deprimidos¹²⁰ sobrecarregadas de transformações sociais.

Em um segundo momento, o Estado de Direito adjetivado como social visa corrigir os maus resultados do Estado *demo-liberal*¹²¹ aceitando assim o abandono dos dogmas deste ultimo, impulsionados pelas transformações trazidas pelo núcleo social que refletem mais do que diretamente, tanto no Estado, quanto no Direito, mostrou-se ambiente favorável para o intervencionismo dos poderes públicos no processo econômico tendente a um incremento constante da produção, que permita garantir o pleno emprego e o aumento das rendas de trabalho¹²². Corrige assim o liberalismo clássico pela reunião do neocapitalismo (capitalismo em uma fase madura) com a busca do bem-estar social¹²³.

Importante apresentar, que Keynes aquele que inspirou *Welfare State* junto com seus demais teóricos¹²⁴, defendendo a possibilidade de uma transformação da politica estatal pela via democracia e respeitando a econômica de mercado capitalista, assim como o direito de propriedade sobre os bens de produção¹²⁵.

Pois, assim institucionaliza-se político-juridicamente o Estado Social de Direito, pela *democracia social*¹²⁶ e pelo capitalismo maduro que permite compatibilizar o neo-capitalismo

¹¹⁹MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 99-100.

¹²⁰PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2005. P. 223.

¹²¹MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 314.

¹²²PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2005. P. 223-224.

¹²³STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 96.

¹²⁴El propio Estado aparece sustancialmente inspirado en los dictados filósofos-políticos de la doctrina marxista. (DI RUFFÍA, Paolo Biscaretti. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Sexta Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 125.)

¹²⁵PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2005. P. 223-224.

¹²⁶*Nosotros, es decir, los socialdemócratas aliados con sus propios enemigos mortales, los desteñidos, los que dan al perro sanguinario una oportunidad de acostumbrarse a matar y asesinar en el marco legal. Increíble resulta la imprudencia con que Ebert y Noske supieron acomodarse a la existencia de los cuerpos de voluntarios, de los que únicamente 68 estaban reconocidos oficialmente (y que, según estimaciones, sumaban casi medio millón de hombres). Por la mente de losjefes de los cuerpos de voluntarios vagaban fantasmas de «fantasía política» (Gumbel) del tipo de los antes citados, y uno de ellos, un cierto capitán Gengler, escribía en su diario el mismo 21 de enero de 1919: «Llegará el día en el que podré saldar cuentas con este gobierno y arrancar a toda esa miserable y mezquina gentuza la máscara» (Haffner). Aquí habla un prefascista como ilustrado que desea desenmascarar a los socialdemócratas que considera simuladores. Incluso los nacionalistas adivinaron el pseudorealismo del honrado Ebert, que pretendía «salvar» de la miseria a Alemania. El conjunto*

com um Estado intervencionista produtor de bens de uso e serviço¹²⁷, que se projeta como um programa que permite a sua penetração em todas as esferas da vida social¹²⁸.

Já para Canotilho, este Modelo de Estado alarga as suas malhas interventoras e asfixiantes, constituindo o perigo maior das liberdades¹²⁹. especifique-se, das liberdades individuais¹³⁰.

Estado de Direito Social, toma partido efetivo na vida social – a serviço de todos os cidadãos. Enquanto social e democrático tal Estado deverá criar condições sociais reais que favoreçam a vida do indivíduo, porém para garantir o controle pelo mesmo cidadão de tais condições deverá ser, além disso, um Estado democrático de Direito¹³¹.

Explane-se a título de conhecimento que Bismarck por volta de 1880 na Prússia para enfrentar problemas de miséria econômica e de marginalidade social incentivou o assistencialismo social para assegurar a estabilidade do regime¹³², parece assim, similar ao que se apresenta o assistencialismo do ora modelo de Estado em estudo.

Pelo que nota-se, este modelo de Estado, tem origem híbrida fruto de um compromisso entre ideologias fortemente dispares, sendo que, de um lado, e fruto do pensamento liberal

de notables que rodeaba a Ebert le indujo a la opinión de que la razón sólo puede ser algo que se halla en el medio entre extremos. No comprendió que sólo puede haber un centro entre derecha e izquierda donde el principio de la izquierda ha evolucionado lo suficiente para poder ser equilibrado. Ya preventivamente Ebert intentaba seguir un curso medio. Así sucede que, por falta del ala izquierda, el centro entre las fuerzas siempre suele estar bastante a la derecha. Así puede suceder que el sensato, en una hora de claro cinismo, encuentre motivos para convertirse en perro sanguinario. Este es el nudo trágico de la historia alemana de este siglo. La socialdemocracia destruyó e impidió con su falsa sensatez lo que estaba a punto de ocurrir en la Alemania de aquellos meses: la revolución socialdemócrata. (SLOTTERDIJK, Peter. *Crítica de la razón cínica*. Ediciones Siruela, 1983. P. 615-616.)

¹²⁷PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2005. P. 230.

¹²⁸Donde, tal Estado hace mucho más que adoptar unas cuantas políticas y programas de bienestar. (DAMASKA, Mirjan R.. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. P. 127.)

¹²⁹O Estado, sob a máscara de Estado-providencia, alarga as suas malhas interventoras e asfixiantes, constituindo o perigo maior das liberdades. Se o direito do Estado de direito serve para alguma coisa, *essa é a de constituir uma espécie de <<linha Magnot> contra o <tolitarismo social> disfarçado em providência do Estado*. Numa palavra o <<direito contra o Estado>> obriga à pensar o Estado sem cargas ou encargos sociais. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993. P. 37.)

¹³⁰Contudo, um excesso de regulação do estado social põe em perigo um dos principais propósitos do Estado de Direito liberal: garantir óptimo de liberdade individual. (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997. P. 394.)

¹³¹PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de Derecho*. 1ª ed. Barcelona: Editora Ariel, 1994. P. 33.

¹³²*Mirada al Pasado. Pueden ellos hallarse, claro que en términos muy difusos y parciales, en las iniciativas que el canciller Bismarck de Prusia impulsó, al redor de 1880, para enfrentar los problemas de miseria económica y marginalidad social que amenazaban la estabilidad del régimen. Despuntada entonces la cuestión social, para apaciguar la cual fueron incentivadas las funciones asistenciales del Estado, paralelas a las primeras reformas concretas alentadas por el socialismo de catedra. Eran, sin embargo, concesiones dispensadas por la autoridad desde arriba, generosamente, hacia la población menesterosa, de modo que se estaba muy distante aún de los atributos públicos subjetivos, hoy absorbidos en la categoría de derechos de la segunda generación.* (EGAÑA, José Luiz Cea. *Presente y Futuro del Estado Social de Derecho*. Una visión Latinoamericana. . Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 209.

mais progressista, que lhe concebe como instrumento de adaptação do aparato político as novas exigências do neocapitalismo, como acima mencionado, já de outro lado, representou uma das maiores conquistas da democracia social que foi manifestada e dissipada na Constituição de Weimar¹³³. Para conseguir instituir junto ao ordenamento jurídico por meio das Constituições, muito tentou-se se expurgar o adjetivo social do Estado de Direito¹³⁴.

O conceito de estado social carregou consigo, desde o início, uma enorme ambiguidade, institucionalizando-se em constituições e realidades tão diferentes¹³⁵ logo após a primeira Guerra Mundial na forma da Constituição de Weimar 1919 juntamente com a Constituição Mexicana de 1917 e diante da Revolução Russa dos Trabalhadores de 1918, assim constituirá o quadro histórico por excelência de recepção do século XX¹³⁶. Posteriormente foi vivificada pela Constituição da República Federal da Alemanha¹³⁷ (Constituição de Bonn) de 1949 por meio de seus Tribunais¹³⁸. Assim evidencia-se seu plano jurídico¹³⁹.

¹³³PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2005. P. 223-224.

¹³⁴As tentativas de expurgação do social com o intuito de destilar um Estado de direito quimicamente puro, isto é, um Estado sem o compromisso da sociabilidade, mais não são do que coberturas ideológicas para políticas econômicas e sociais os quais não cabem deveres de solidariedade e de inclusão do outro. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993. P. 39.)

¹³⁵NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 33.

¹³⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 188.

¹³⁷*La República de Weimar pertenece a los fenómenos históricos en los que mejor se puede estudiar cómo pretende ser pagada la modernización de una sociedad. En un proceso de trueque en el que se obtienen enormes adquisiciones técnicas a costa de un malestar creciente en la incultura; facilidades civilizatorias a cambio del sentimiento del absurdo. Gigantescas empresas se disparan a lo alto pero entre el sol y la sombra sigue la pregunta: y esto ¿para qué? ¿Qué me importa a mí? En la inteligencia, que ha cumplido conscientemente el proceso, ya no existe en absoluto una «falsa conciencia» en el sentido sencillo; sí, sin embargo, una conciencia insalvable. Dado que para ella ya no hay nada «sagrado», se hace ambiciosa. A los pies de su informe e imprecisa avidéz yace un mundo de instrumentos en los que ella, efectivamente, ya no encuentra ningún placer. (...) El napoleonismo de la República de Weimar pone de manifiesto los giros y crisis con los cuales los hombres pequeño-burgueses o de cultura burguesa entraron entonces en el siglo de la estrategia. Esto hoy día se denomina, a menudo con un acento totalmente falso, la «politización de la inteligencia» o la «politización de las masas». Realmente, la guerra había sido un politizador de masas. Durante años había transformado las conciencias de todo el continente en una conciencia de observadores del frente. Entrenados en los partes de guerra, en cada uno despertó la mirada del mariscal, en cada uno creció un sentimiento de que él mismo, si no era mariscal, sólo podía ser una minúscula ruedecilla en la máquina de guerra. Durante cuatro años, los informes de guerra bombardearon la conciencia pública. Aquí tuvo lugar, por primera vez, aquella socialización violenta de la atención característica de la modernidad, y lo que despertó en los individuos y grupos como conciencia política era la óptica del observador de catástrofes, del voyeur bélico. (SLOTERDIJK, Peter. *Crítica de la razón cínica*. Ediciones Siruela, 1983. P. 555 e 663-664.)*

¹³⁸EGAÑA, José Luiz Cea. *Presente y Futuro del Estado Social de Derecho*. Una visión Latinoamericana. In: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII Konrad Adenauer Stiftung. P. 207-208.

¹³⁹Vale destacar que no plano jurídico esse programa social-democrata traduz-se na emergência do Estado de direito, em certas Constituições de pós-guerra, como a Lei Fundamental Alemã, de 1948. O legislador é mandatado para estabelecer uma regulamentação que garanta o emprego e a proteção social. Com o mesmo movimento, são consagrados os principais direitos econômicos, sociais e culturais, que supostamente garante a <<dignidade>> da existência de cada um, ao passo que são relativizados o direito de propriedade, bem como as liberdades <<liberais>> de comércio e indústria. Mas não bastará ao Estado ser redistribuidor para honrar a promessa da felicidade social, é necessário que conduza a mudança social; intervir em todas as frentes em que

Quanto ao conceito de Estado de Direito Social Constitucionalmente construído projeta-se de um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público¹⁴⁰, fazendo com que este passe a exigir uma permanente ação deste, com o objetivo de financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por ele legitimadas, conduzindo inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de “proteção” e repressão.¹⁴¹ Em complementariedade, é de se notar, segundo *Bockenforde*, que o Estado social de Direito assim entendido invade em dois aspectos o edifício constitucional do Estado de Direito, ambos abaixo serão explanados, sendo que o:

Primeiro deles, é a renúncia ao conceito de lei como norma geral para o âmbito da administração prestacional, nele que se admitem as chamadas leis medidas, de natureza jurídica especial em tanto dirigem e regulam diretamente situações concretas. Estas leis medidas são instrumento necessário para um legislador que intervém na economia na sociedade configurando, dirigindo e promovendo objetivos próprios do Estado de Direito.¹⁴²

A Constituição de Weimar transcendentemente converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade da Constituição¹⁴³.

Findada a Segunda Grande Guerra Mundial, e logo após promulga-se a Constituição de Bonn, que em termos de realidade institucionalizada e significativa mereceu sua definição constitucional primeira, sob a forma de Estado de Direito Social, em que se busca integrar os valores do Estado de Direito de inspiração liberal com o Estado comprometido

um impulso se revele necessário: criar emprego e não só dividir seus lucros, estimular a economia e não só arbitrar os seus jogos, desenvolver o ensino, a cultura, o alojamento, a saúde pública... em suma, fazer com que a mão invisível do mercado seja substituída pela mão bem visível da Providência de Estado. (OST, François. *O Tempo do Direito*. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001. P. 338.)

¹⁴⁰STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed .. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 96.

¹⁴¹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 41.

¹⁴²BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. P. 38-39.

¹⁴³HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1991. P. 21.

aprofundamento e extensão da função social¹⁴⁴, com a justiça social¹⁴⁵, e ainda, representou uma das maiores conquistas da democracia social¹⁴⁶.

E destas definições quanto ao Estado de Direito adjetivado como social, várias outras Constituições lhes adotaram, assim se espalhando mundo a fora¹⁴⁷.

O Estado Legalista era incapaz de responder a estes estímulos e corresponder às novas necessidades sociais¹⁴⁸ a partir da mera correção da postura de separação das instâncias política e social; o que a nova época exigia era não apenas um acréscimo das intervenções do Estado, mas uma alteração radical na forma de conceder as suas relações com a sociedade, pujada pelo processo conjunto de estadualização da sociedade e de socialização do Estado que se corporifica o princípio de sociabilidade informador do novo Estado social¹⁴⁹.

Quanto à afirmação de que se derrubam as barreiras que separam o Estado da Sociedade e vice-e-versa, neste modelo de Estado de Providencia tem-se a preocupação de superá-la, assim, fazendo com que a sociedade tenha o controle e possa atuar sobre o Estado, tendo assim como efeito, a exigência de socialização do Estado implica não apenas o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada de decisões políticas centrais, mas fundamentalmente, *a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressa pelo conjunto da sociedade.*¹⁵⁰

Superou-se notadamente aquilo que se conhecia como Democracia arcaica-burguesa devido a todas as transformações no núcleo central extensão da função social que passou a

¹⁴⁴LEISTER, Margareth Anne. *Direitos Humanos Fundamentais e Estado de Direito Social*. Revista Mestrado em Direito. Osasco. Ano 7. nº 2. 2007. Disponível em: <<http://www.fieo.br/edificio/index.php/rmd/article/viewPDFInterstitial/88/145pág. 82>>. Acessado em: 11-01-2013.

¹⁴⁵BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 63.

¹⁴⁶PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2005.. P. 223-224.

¹⁴⁷*Por el contrario, la idea de Estado social de Derecho es relativamente reciente. Puede ser situada en la doctrina alemana siguiente a la II Guerra Mundial, cuya obra fue recogida por los redactores de la Constitución de Bonn de 1949 y finalmente, vivificada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Desde entonces, fue extendiéndose a Italia en la Carta Fundamental de 1947; a Francia; por virtud de la sentencia del Consejo Constitucional de 1971, y la Constitución española de 1978, cuyo artículo 1 proclama que la Madre Patria se constituye en un Estado social de Derecho.* (EGAÑA, José Luiz Cea. *Presente y Futuro del Estado Social de Derecho*. Una visión Latinoamericana. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 207-208.)

¹⁴⁸A *transformação dos parlamentos* em verdadeiros “conselhos de Estado”, absorvidos pelos interesses administrativos e preocupados em satisfazer reivindicações de grupos de pressão, talvez explique o *aparente paradoxo de um Estado promocional a conviver com a insatisfação geral da sociedade civil*, de quem mais se distancia à medida que interfere e dirige interesses de facções e de grupos. (SILVA, Ovídio A. Batista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 107-108.)

¹⁴⁹NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 193 e 197-198.

¹⁵⁰NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 201-202.

redimensionar e incorporar-se como democracia social, que esta teve como reflexo o aprofundamento das liberdades públicas, especialmente pela universalização concreta dos direitos políticos e pelo aumento de instrumentos de participação democrática, como veio a dar garantias institucionais aos direitos econômicos sociais e culturais,¹⁵¹ constituindo assim os direitos fundamentais de 2ª geração, ou melhor os direitos positivos.

... la Constitución en el Estado social **impone la descentralización integral en el ejercicio de las funciones públicas**, abriendo así el ámbito de la participación, el control y la demanda de responsabilidad para los ciudadanos, los partidos y las organizaciones cívicas. Sin llegar, necesaria o únicamente, a la fórmula federal, esa descentralización integral presupone que la gestión de los asuntos públicos se haga por la ciudadanía, reduciendo la representación política a las decisiones mas graves, a la vez que fomentando las intervenciones cívicas mediante las instituciones de la democracia semi-direta.¹⁵²

O Estado de Direito, só será social e só será democrático, se pelo primeiro não deixar de ter como objetivo a realização de uma democracia económica, social e cultural, e pelo segundo se mantiver firme o principio da subordinação do poder económico ao poder político¹⁵³.

Ganha legitimidade este modelo de Estado dada a alteração global das relações entre Sociedade e Estado, pois radica sua capacidade para resolver os problemas e conflitos sociais, *justiça social*, que se inspira na dignidade da pessoa humana¹⁵⁴, tem como objetivo a integração das camadas até então marginalizadas desenvolvendo-se, não apenas numa política económica, mas também na providencia estadual das condições de existência vital dos cidadãos, a prestação de bens, serviços e infra-estruturas materiais, sem os quais o exercício dos direitos fundamentais não passa de uma possibilidade teórica e a liberdade de uma ficção.¹⁵⁵ Portanto, a organização e forma de atuação deve estar em função da nova configuração dos princípios que há nutrem¹⁵⁶.

¹⁵¹LEISTER, Margareth Anne. *Direitos Humanos Fundamentais e Estado de Direito Social*. Revista Mestrado em Direito. Osasco. Ano 7. nº 2. 2007. Disponível em: <<http://www.fieo.br/edificio/index.php/rmd/article/viewPDFInterstitial/88/145pág. 82>>. Acessado em: 11-01-2013.

¹⁵²EGAÑA, José Luiz Cea. *Presente y Futuro del Estado Social de Derecho*. Una visión Latinoamericana. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 213.

¹⁵³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993. P. 39.

¹⁵⁴CABALLERO, Alejandro Martínez. *Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991*. In: *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. Primera Edición. Bogotá, 1997. P. 110

¹⁵⁵NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. P. 192 e 194.

¹⁵⁶CABALLERO, Alejandro Martínez. *Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991*. In: *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. Primera Edición. Bogotá, 1997. P. 110.

Confirme-se, que a dignidade do ser humano, perante seu direito a organizar a vida responsabilmente conforme suas próprias medidas, isto se tornou, para além de toda economia, o núcleo do novo modelo econômico e liberal e o fundamento da ordem democrática¹⁵⁷.

Constitucionalmente a independência do Poder Judicial é reforçada como um meio de se evitar a reintrodução de um poder arbitrário dos entre públicos, tendo assim crescente papel de controle dos governos, sobretudo, à generalização e aprofundamento das regras da democracia¹⁵⁸ de expressão *social* sinaliza para o propósito de corrigir/superar o

¹⁵⁷VOGEL, Bernhard. *Economia Social de Mercado e Crise dos Bancos*. In: Cadernos Adenauer X (2009), n. 3. *Sair da crise: Economia Social de Mercado e Justiça Social*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. P. 11.

¹⁵⁸NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 218.

individualismo clássico de caráter liberal pela afirmação e proteção dos *direitos sociais*¹⁵⁹, com a consequente realização¹⁶⁰.

É correto apontar que diante das profundas transformações sociais, passa-se a ser muito relevante o papel da justiça social, pois esta se apresenta como algo melhor, é a criação que emana de uma consciência viva, sensível, vigilante e humana¹⁶¹, ela vai o s se desenvolver a partir Pós-Guerra (após 1945)¹⁶² como Direito Judicial, por meio das “revoluções Constitucionais”.

¹⁵⁹*Por un lado, los derechos sociales pueden verse como una extensión y prolongación natural de los derechos individuales básicos, porque estos derechos sociales, por ejemplo, el derecho a tener atención médica adecuada o a tener una vivienda digna o a tener un salario adecuado, etc., en definitiva pueden condiderarse como la extensión del derecho a la vida o a la integridad corporal o a la autonomía individual, etc. Una vez que se advierte el simple hecho de que los derechos no sólo se violan por acciones —actos de agresión— sino que también se violan por omisión, —se violan por la omisión de dar a los demás la ayuda o los recursos que son necesarios para desarrollar una. vida digna y autónoma—, no se puede justificar esta distinción ¿Por qué dar privilegios a la acción sobre la omisión? ¿Por qué suponer que cuando estamos pasivos y dejamos que otros sufran daños no estamos violando sus derechos individuales? Cuando entendemos esto, los derechos sociales aparecen, insisto, no en contraposición con los derechos individuales sino como la extensión y prolongación natural de esos derechos individuales. El problema que surge es que la protección y preservación de esos derechos en muchos casos exige tomar una serie de medidas —exige, por ejemplo, disponer de recursos, crear instituciones, órganos, etc—, tomar una serie de decisiones para las cuales no basta una mera orden, tal como puede ser una orden de abstenerse de hacer algo que requieren la mayoría de los casos de derechos individuales. En el ámbito de los derechos sociales hay que tomar un papel activo y efectivamente este papel activo ha sido asumido por distintos tribunales del mundo, por ejemplo, la Corte Suprema de EE.UU. en diferentes épocas, fundamentalmente, en la época de oro del tribunal Warren que empieza en el 54 con el famoso caso Brown vs. Board of Education y llega hasta mediados de los setenta en que empieza a diluirse, mas no totalmente, ya que la Corte Burger tiene algunas posiciones muy activistas pero que disminuye y se limita considerablemente. El instrumento utilizado por la Corte norteamericana es conocido como la «reforma estructural», y es el usado en el famoso caso Brown vs. Board of Education, en el cual la Corte dispuso una serie de medidas para terminar con la discriminación racial en las escuelas y ordenó a los órganos administrativos competentes cómo debían hacerlo. La «reforma estructural» fue utilizada también en cuestiones de distritos electorales en las cuales la Corte asumió la función de realizar una redistribución de los distritos y en otros muchos casos en los que ha ordenado a organismos administrativos que tomaran una serie de medidas para preservar los derechos individuales que estaban siendo violados por acción u omisión. Esto parece ser necesario para el control de constitucionalidad una vez que se admite esta concepción amplia de los derechos individuales, estén en el texto constitucional o no como en el caso norteamericano. Pero una vez que ocurre esto nuestras dudas acerca del rol político de los jueces van creciendo y estas dudas son las que han llevado ahora a la Corte a adoptar un papel más prudente sobre su intervención, precisamente por este carácter contramayoritario que los jueces tienen. En efecto, ¿cuál es la legitimidad que tienen para prevalecer sobre el legislador en la decisión acerca de la mejor forma de preservar derechos como a la vivienda digna, a la atención médica adecuada o a la educación sin discriminación? Si un legislador o un poder administrador con respaldo democrático mayoritario considera que las medidas que deberían tomarse son distintas ¿por qué debería prevalecer la decisión de órganos sin un origen de tipo democrático directo? (NIÑO, Carlos S.. **La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad**. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989. P. 84-85.)*

¹⁶⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed, ver. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. P. 69.

¹⁶¹CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 80.

¹⁶²Segunda fase pela qual passa a Jurisdição Constitucional, aponta neste sentido, Haberle, que: *Il secondo periodo inizia non a caso dopo il 1945. Il distacco dalle forme di stato totalitarie ed autoritarie in Europa e la costruzione di stati costituzionali democratici fece percepire le potenzialità di una giustizia costituzionale dalle forme molteplici. Sul vecchio continente di allora cominciarono a sfavillare le stelle della giustizia costituzionale.* (HÁBERLE, Peter. **La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale**. Trad. it. non rivista di J. Luther. P. 4.)

Antes disso, frente ao Estado Liberal de Direito, o Juiz guiava-se pelo Direito Legal, buscando sempre a segurança e a certeza jurídica da Lei, sendo considerado como a “mera boca da lei” caracterizando-se como “uma justiça formal e exclusivista”¹⁶³, assim este é visto como um “técnico que mecanicamente aplica a lei”¹⁶⁴, no que tange ao Estado Social de Direito, o Juiz teve grande importância para com caracteriza-se por “uma justiça terapêutica e distribuidora sob o Estado providência, deveria ser simultaneamente simbólica e reintegradora numa sociedade em que a exclusão é o maior problema”¹⁶⁵.

O juiz ganha tónus frente realidade social¹⁶⁶ tornando-se «treinador», intimado a corrigir todas as injustiças do mercado e a tratar dos prejuízos da industrialização, bem diferente do que se via anteriormente, por uma atividade de subsunção estrito critério de legalidade¹⁶⁷. Dentro deste novo tónus imposto pela realidade social, o juiz deve respeitar três

¹⁶³GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 219.

¹⁶⁴WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4º ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P.188.

¹⁶⁵GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 219.

¹⁶⁶*Vi sono tempi stasi sociali in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l'accompagna passo per passo; ma vi sono tempi di rapida trasforazione in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il percursore, lá antesignano, l'incitatore. Noibci siamo tanto volte, in questi dieci anni, di fronte alla inerzia del legislatore: e nella vana attesa di nueve leggi inutilmente sollecitate, ci siamo rivolti fiduciosi alla giurisprudenza, nella speranza che essa, nella carenza del legislatore, avvertisse direttamente le esigenze dei tempi nuovi e coraggiosamente le accogliesse nelle sue decisioni, quasi per indicar la via al Parlamento. Ma quasi sempre ci siamo trovati di fronte ad altrettanta inerzia: in certi casi, chi aveva contemporanea esperienza, com'è accaduto a me, dei procedimenti legislativi e di quelli giudiziari, ha potuto credere che tra potere legislativo e potere giudiziario si fosse aperta una gara di attesa, un specie di connivenza di immobilità: a chi in Parlamento proponeva certe riforme che sembravano urgentissime, magari anche certi piccoli ritocchi della legislazione che avrebbero potuto essere compiuti col cambiare un articolo, il ministro competente rispondeva che per raddrizzar quell'articolo il meglio era rimettersi all'interpretazione evolutiva dei giudice; ma quando andavamo a battere alla porta dei giudici, ci sentivamo rispondere che le leggi erano quelle scritte, e che il giudice non poteva far altro che attendere che il legislatore si decidesse a mutarle. Ora io penso che questa specie di ostentata immobilità dei giudici di fronte alle carenze del legislatore, la quale quasi si compiace di mettere in evidenza, coll'applicarler alla lettera, la decrepitezza delle vecchie leggi non più corrispondenti alle mutate esigenze della società, non corrisponda più allo spirito di fattiva e fiduciosa cooperazione tra poteri che vi dev'essere in regime democrático.* (CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 611-612.)

¹⁶⁷*Es la única respuesta posible, ante todo, para refundar sobre la base del principio de legalidad el desarrollo del Estado social. Imaginemos tan sólo los efectos que tendría, en términos de certeza del Derecho, de efectividad de los derechos e incluso de garantía frente a la arbitrariedad y la ilegalidad administrativa, una reforma del Estado social que redujera los costes económicos de la intermediación burocrática y con ellos los márgenes de clientelismo y de la corrupción, y rediseñara sus prestaciones sobre la base del modelo de los derechos ex lege: según el modelo del derecho a la asistencia sanitaria y a la educación gratuita y obligatoria, el derecho al salario mínimo de subsistencia y otros semejantes. Pero, sobre todo, el garantismo es la única respuesta política posible ante la distorsión de la legalidad a la que asistimos en nuestros días. Pues las garantías penales y procesales, cuya estipulación depende exclusivamente de la voluntad legislativa, son precisamente aquellas técnicas que no solamente limitan el poder de los jueces, sino también las que aseguran, por un lado, las condiciones de su sujeción a la ley y, por otro, los espacios exclusivos de la política.* (FERRAJOLI, Luigi. *Jueces y Política*. In: Revista Derechos y Libertades 3. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas. P. 76.)

exigências fundamentais, derivadas as mesmas dos princípios que assim constituíram o Estado Social de Direito, sendo elas, as seguintes:

De un lado, y conforme a la filosofía liberal, el juez debe garantizar las libertades de las personas por medio de decisiones previsibles, esto es, jurídicamente seguras. La seguridad jurídica es así no sólo un mecanismo indispensables al capitalismo y a la economía de mercado – como lúcidamente lo ha mostrado por Max Weber – sino que constituye sobre todo un instrumento para la actividad del juez no sea arbitraria y no vulnere los derechos y libertades de los asociados.

De otro lado, en virtud de la idea de la soberanía popular, el juez debe respetar las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticas, puesto que el juez no tiene una fuente de poder autónomo, ya que carece de legitimación democrática. El juez debe entonces respetar los acuerdos sociales mayoritarios expresado en los órganos políticos de origen popular.

Y, finalmente, como si fuera poco, el juez debe lograr decisiones materialmente justas, puesto que, en virtud del principio social, la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa.¹⁶⁸

Dotados de perceptível e necessária intervenção nos campos sociais, dos quais esquecidos o Juiz caracteriza-se por uma justiça terapêutica e distribuidora sob o Estado providência deveria ser simultaneamente simbólica e reintegradora numa sociedade em que a exclusão é o maior problema¹⁶⁹.

Avalie-se que o Estado Social de Direito estimula o reconhecimento do valor da dignidade humana e dos direitos essenciais que fluem dela, assegura as garantidas judiciais eficazes para a proteção e exercício dos atributos que lhes são inalienáveis¹⁷⁰, pois, em virtude do principio social, a atividade judicial deve contribuir para o fim profícuo de uma sociedade materialmente justa¹⁷¹.

Aqui se faz a crítica, de que o Estado Social de Direito, tampouco se transformou para servir mais e melhor a pessoa humana¹⁷², pois este criou mecanismo letal como implemento a pressuposto publico, que obrigam todos os órgãos públicos, em específico a justiça, que anteriormente não regulava a vida social, senão à margem, a adaptar-se por meio de um

¹⁶⁸YEPES, Rodrigo Uprimy. *Estado Social de Derecho y decisión Judicial Correcta*: un intento de recapitulacion de los grandes modelos de interpretación jurídica. In: *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. Primera Edición. Bogotá, 1997. P. 119-120.

¹⁶⁹GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 219.

¹⁷⁰EGAÑA, José Luiz Cea. *Presente y Futuro del Estado Social de Derecho*. Una visión Latinoamericana. In: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII*. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 211.

¹⁷¹YEPES, Rodrigo Uprimy. *Estado Social de Derecho y decisión Judicial Correcta*: un intento de recapitulacion de los grandes modelos de interpretación jurídica. In: *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. Primera Edición. Bogotá, 1997. P. 119-120.

¹⁷²EGAÑA, José Luiz Cea. *Presente y Futuro del Estado Social de Derecho*. Una visión Latinoamericana. In: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII*. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 213-214.

funcionamento burocrático¹⁷³, ¹⁷⁴ que demonstra ser impermeável e excessivamente oneroso, estreitando-se em procedimentos ritualistas difíceis, além de apresentar índice de corrupção elevado devastando a democracia social construída Constitucionalmente¹⁷⁵.

A burocratização que sofreu o Estado Social de Direito, nasce pelo desafio em dar respostas imediatas aos reclamos que a crescente demanda do mercado político formulada, deslocou o seu cuidado e a sua preocupação para atender, de modo eficiente, a esses reclamos de multiplicação e excelência dos serviços públicos. Tentou-se, então, deslocar para a “eficiência”, alicerçada na competência técnica e no saber científico, a fonte de legitimação do poder político¹⁷⁶.

Este modelo de Estado perpassa a antiga concepção do *Estado de Direito Formal* (que teve como auge Estado Legislativo¹⁷⁷) utilizando-se, sim, do estrito seguimento ditado pela criação e aplicação introduzido ao império da lei. Mas some-se a isto, este modelo de Estado

¹⁷³GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 241.

¹⁷⁴Mas, ainda que o “Big Government”, com a sua “Big Burocracy” seja inevitável, a grande questão – na verdade é o grande desafio do nosso tempo – é de saber se, também, os poderes desse “Big Government” devem permanecer incontroláveis. A resposta, a única resposta possível, não pode ser outra senão a decisivamente negativa. E o contra-peso dos “ramos” políticos, o único contrapeso seriamente pensável está no poder dos juízes de controlarem a atividade desses mesmos braços (políticos). Disso resulta que, caso não se queira um poder legislativo e administrativo sem freios, o poder do “terceiro ramo” deve assumir uma expansão com a mesma medida daquela dos outros poderes. O judiciário, em suma, deve, por sua vez, tornar-se o “terceiro gigante” na cosmologia do Estado Social Moderno. Essas, assim vistas, não são especulações abstratas. *A expansão do Judiciário está*, na verdade, perante os nossos olhos. O controle jurisdicional da atividade administrativa foi sendo esparramado como manchas do óleo nos países ocidentais no curso dos últimos cem anos; e mesmo na França, onde havia se movimentado, ulteriormente sofreu um abalo impressionante no seu expansionismo no momento em que, com a V República do General de Gaulle, os poderes legislativos e Executivo foram enormemente alargados. E que, por isso, a Justiça Administrativa tenha sido, em grande medida, a fonte criadora do Direito Administrativo, tema por demais notório para ser aqui rememorado. Por seu turno, a afirmação e a expansão, num crescente número de países ocidentais, do controle jurisdicional das leis, com toda a sua enorme potencialidade criativa universalmente reconhecida, é um desenvolvimento indubitável dentre os mais relevantes e caracterizadores do último pós-guerra. Certamente, este formidável crescimento do papel do Judiciário, este seu emergir como “terceiro gigante”, tendo a função não mais somente a de solucionar lides, substancialmente, entre os particulares, mas a de controlar Parlamentos e Administrações Públicas, não é, por si só, um acontecimento privado de incógnitas e de perigos. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 10-11.)

¹⁷⁵EGAÑA, José Luiz Cea. *Presente y Futuro del Estado Social de Derecho*. Una visión Latinoamericana. In: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 213-214.

¹⁷⁶Instituiu-se a fé em um novo Deus, sentado num trono diverso daquele outro tradicional – o da neutralidade e excelência do saber científico e da irrecusabilidade de suas conclusões, em contraposição ao irracional das paixões humanas, presente, predominantemente, no processo político liberal. (PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 91.

¹⁷⁷Esta legislação promocional – que, por outro tanto, frequentemente exprime ou integra-se mediante intervenções da Administração Pública – consiste em preceitos amiúde redigidos em termos assaz gerais, que detenham planos, inevitavelmente, mais ou menos vagos de desenvolvimento e transformações, para serem gradualmente promovidos no futuro. Onde, significativamente, várias vezes os direitos sociais e os direitos coletivos e difusos, típicas criaturas da legislação do welfare, para a sua atuação requerem uma ativa intervenção, que tantas vezes protraí-se no tempo, por parte do Estado. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 9.)

também segue a concepção de Estado de Direito material, pois no Direito deposita-se um conteúdo social, axiológico é político, o qual passa a acolher destes, os seus valores jurídicos-políticos modernos impulsionados pelas transformações sociais.

A crítica socialista atada o conceito formal de Estado de Direito, porque havia consolidada e reforçado a posição econômica da burguesia. Desde suas consequências práticas, como foi visto, seu caráter foral não representa uma forma vaia, sim uma conformação e objetivação da segurança pela liberdade e propriedade.¹⁷⁸

O *Estado de Direito Material* visa preencher um vazio por meio de referências matérias que passa a ter como elementos, a democrático social, a nova dogmática Constitucional erigida por Direitos Fundamentais de primeira (Direitos Individuais) e de segunda (direitos sociais e econômicos) e por que por meio destes elementos pretende realizar a justiça social.

A crítica se volta contra o vazio de conteúdo e a formalização do conceito de lei, aonde a referencias material e a força legitimadora do princípio do império da lei do Estado de Direito e seu desenvolvimento se haviam formulado reduzindo-se a mera função técnica pela garantia da segurança e calculabilidade jurídicas. Desta forma a legitimidade do Estado de Direito se apresentava como incapaz de substituir a legitimidade.

Este vazio de legitimidade provoca por outra parte que surjam novas definições materiais do Estado de Direito que sem dúvida refletem as ideias de justiça que estão por detrás de cada uma das ideologias políticas. É, a cara do pluralismo ético-espiritual e político, deixou de ser possível o recurso a uma tradição racional comum, como ocorreu no conceito temprano do Estado de Direito orientado pelo individualismo.¹⁷⁹

No que se diz respeito ao seu elemento democrático social, que traduz-se pela superação do agnosticismo axiológico e do formalismo positivista ao impor ao Estado a realização de determinados fins materiais, que contribuam a uma reforma social e economicamente justa, em termos de justiça social, das condições de convivência¹⁸⁰.

Com a positivação dos Direitos Fundamentais de Primeira e Segunda Gerações, cidadãos por meio deles, participam do produto social, em todas as ordens, a fim de lhes ser

¹⁷⁸BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. P. 33.)

¹⁷⁹BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. P. 32.

¹⁸⁰PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª Ed..Madrid: Tecnos, 2005. P. 223-224.

possível o real exercício da sua liberdade, cuja afirmação é figura de retórica, se desacompanhada dos meios mínimos para efetivá-la¹⁸¹.

O direito, independentemente da definição conceitual de Estado de Direito Formal ou Material, abastece de categorias dando-lhes uma incandescente fluidez dos direitos sociais e econômicos, pois com a consciência sempre viva de que estas categorias dão forma e figura a um saber encarnado, uma história viva detentora da realidade¹⁸², o constitucionalismo social se habilita desta realidade viva, precisamente, para adotar um caráter operativo, frente à legalidade que se submetem os atos de governo, assim modificado suas relações com a sociedade, com a finalidade de com seus atos atinja os direitos fundamentais que expressam-se como institutos de proteção ao cidadão¹⁸³. Assim, vê-se por um fluxo contínuo do direito, tanto o Estado de Direito material quanto o formal se fluírem por ora e se defluírem por outra.

Veja-se que o Estado Social de Direito transforma-se em estado material de direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social¹⁸⁴, em que encontra na expressão *social* sinaliza para o propósito de *corrigir/superar* o individualismo clássico de caráter liberal pela afirmação dos *direitos sociais*, com a conseqüente realização¹⁸⁵.

¹⁸¹DOBROWOSKI, Sílvio. *A Expansão do Poder no Estado Social* - Aspectos. Ideias para contê-la. In: Revista Informe Legislativo. Brasília a. 22 nº 86 abr./jun. 1985. P. 108 - 109.

¹⁸²*El derecho – y menos aún el derecho moderno – no puede abdicar de su dimensión formal, abasteciendo de categorías la incandescente fluidez de los hechos sociales y económicos, pero con la conciencia siempre viva de que esas categorías dan forma y figura a un saber encarnado, a una historia viva. En suma, siempre se debe tratar de categorías ordenadoras, que pesquen dentro de la realidad – que no floten sobre lla realidad – como es propio de todo fenómeno auténtica y no ficticiamente ordenador. Ser y deber ser necesariamente se mezclan condenado las teorías puras entre los admirables ejercicios retóricos de ingeniosos juristas.* (GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. P. 64.)

¹⁸³*La acción en la legalidad no se opone a que, en esta nueva dimensión, el Estado no esté solamente recluso en un sistema jurídico dominado por las leyes de carácter general. El constitucionalismo social lo habilita, precisamente, para adoptar una dimensión operacional, y con ello equiparse, además de ese tipo de legislación abstracta, con otra que la desarrolla y-o complemente mediante decretos, ordenanzas, reglamentos e inclusive proyectos que resultan insertos en las leyes en los reglamentos. Es decir, por objetivos que deben cumplimentarse a fin de satisfacer el mandato global y que, tanto éste ofrezca la suficiente precisión y razonabilidad, descarta el uso arbitrario o caprichoso de las competencias pertinentes. No está de más tener presente que esta nueva característica de la legalidad del Estado social, donde el carácter operativo de los actos del gobierno viene a modificar sus relaciones con la sociedad, con la perspectiva de afectar los derechos fundamentales, ha impuesto que tomaran forma expresa institutos de protección al ciudadano que se tipifican con amparos y sus variantes. En el mismo proceso se puede comprobar el notorio crecimiento del espacio por el Derecho Administrativo, dirigido precisamente a regular y-o normalizar la conexión del sistema de servicios (administración) con la actividad y los derechos de las personas y entidades.* (VALDEZ, Carlos Hugo. *El Estado Social de Derecho*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 241 e segs.)

¹⁸⁴O Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do direito. O estado de direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transforma-se em estado material de direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19º ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 115.)

¹⁸⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed, ver. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. P. 69.

Não só, se esta compelido ao atual marco da estrita legalidade, sendo que, é como algo distinto de seus antecessores, pois este passa a ser um executor de normas jurídicas, ou seja dos mandatos que recebe do texto Constitucional para operar como uma organização ativa, com a finalidade efetivar-se na realidade os valores das ordens sócio e econômica¹⁸⁶.

O ora modelo de Estado em óbice, gera uma profunda transformação, em que esta não se dá, assim, apenas no seu conteúdo finalístico, mas, também, na reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação, a lei, ou seja, à lei é legitimamente estabelecida com respeito ao texto e às práticas constitucionais indiferentemente de seu caráter formal ou material¹⁸⁷.

Este Estado deve ter como norte, o que se chama de técnica promocional, ela visa o controle social, consistindo na prescrição de programas e desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes ainda sua execução gradual, e quando esta criar sua legislação, esta deve ser uma legislação social, que trate mais de direitos sociais do que meramente individuais¹⁸⁸. O direito deve sim atingir fins universaliscos nas formas extremas das teocracias e da ditadura do trabalho, e quando o corporativo¹⁸⁹.

Esta é uma estrutura jurídica-política, organizada socialmente por uma democracia social, tem como tarefa do Estado velar por um equilíbrio adequado entre os poderes sociais, reagir contra os processos de concentração, impedir abusos de posição de poder, ou seja, controlar de forma mais adequada as arbitrariedades, ficando sob a proteção e guarda das garantias institucionalizadas pelas Constituições¹⁹⁰, que assim harmonizarão de forma adequada dos interesses conflituantes, e ainda proteger o sistema econômico contra crises e

¹⁸⁶VALDEZ, Carlos Hugo. *El Estado Social de Derecho*. . Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 241 e segs..

¹⁸⁷STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed .. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 96–97.

¹⁸⁸CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 41.

¹⁸⁹Não é possível reduzir o Direito ao Direito individualístico, ao Direito em que o Estado só se justifica para assegurar a posse de cada um, considerado como Unidade, ainda que esta posse seja a concreta submissão de Outro, ou de Muitos. Tanto é Direito, este, quanto o universalístico, nas formas extremas das teocracias e da ditadura do trabalho, e quando o corporativo. (MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 99-100.)

¹⁹⁰*Por el contrario, el paradigma social reconoce un mayor ámbito de actuación a la potestad reglamentaria del Gobierno. El orden de prelación del análisis es: (1) Competencia para dictar reglamentos; (2) Jerarquía normativa; (3) Reserva de ley, y (4) Principio de legalidad. Este paradigma parte de que es la Constitución la norma que atribuye potestad reglamentaria al Gobierno. Se niega la existencia de una reserva de ley genérica, ya que la Constitución sólo reserva a la ley materias concretas señaladas expresamente; lo que no impide que la ley pueda regular cualquier materia. El principio de legalidad se limita a la jerarquía superior de la ley y a la reserva de ley. Los reglamentos independientes pueden dictarse en las materias no reservadas, sin necesidad de autorización específica. Y los Ministros, pueden aprobar reglamentos independientes que afecten a los ciudadanos, en las materias propias de su departamento.* (MELERO ALONSO, Eduardo. *La dogmática jurídica es política*. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas: un acercamiento desde el derecho público. P. 24.)

danos, implementando uma política econômica conjuntural e promovendo a regulação ao controle dos sistema monetário e de crédito¹⁹¹.

No centro de tudo se encontra o ser humano, e não o Estado. O Estado existe em função do ser humano, e não o ser humano em função do Estado. Mas abe ao Estado tornar providencias necessárias para que o ser humano possa desenvolver suas próprias forças.¹⁹²

Conclua-se que neste modelo de Estado concentrou-se, em meio a um turbilhão de ideologias opostas e divergentes dotadas de transformações as quais encontram como o centro de tudo o ser humano¹⁹³ abordando um acerto de contas com o liberalismo tradicional e elitista, ou seja, de qualquer modo, o Estado de Direito Social expressará o respeito à dignidade do ser humano pelas garantias e cumprimento dos direitos sociais.

Todas as transformações vieram a gerar uma profunda crise no modelo de Estado Social de Direito, uma delas se refere à crise de representação e a outra diz respeito a uma crise política¹⁹⁴. Assim emerge um novo modelo de Estado de Direito.

¹⁹¹ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997. P. 462-463.

¹⁹²VOGEL, Bernhard. *Economia Social de Mercado e crise dos Bancos*. In: Cadernos Adenauer X (2009), n. 3. *Sair da crise: Economia Social de Mercado e Justiça Social*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. P. 11.

¹⁹³VOGEL, Bernhard. *Economia Social de Mercado e crise dos Bancos*. In: Cadernos Adenauer X (2009), n. 3. *Sair da crise: Economia Social de Mercado e Justiça Social*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. P. 11.

¹⁹⁴**A crise do Estado-Providência se desenvolveu em dois tempos.** Primeiramente, **uma crise das representações**. Assiste-se nos anos 1970 à erosão do sistema de representação sobre o qual o Estado havia ao longo do século XX, construído a sua legitimidade. Então, reaparece o tema da ineficiência do Estado, abafado durante as horas de glória do Estado-Providência: o intervencionismo econômico provocaria a desorganização de mecanismos delicados da economia de mercado, retardando as adaptações necessárias e criando rigorismos insuportáveis; quanto às políticas sociais, elas não permitiram reduzir as injustiças e as desigualdades e produziram efeitos perversos. Mas o Estado também foi percebido como opressivo: a presença cada vez mais invasiva dos aparelhos de gestão pública é analisada como uma opressão, reduzindo de maneira crescente a margem de liberdade individual e transformando pouco a pouco os cidadãos em assistidos passivos e irresponsáveis. Em seguida, **uma crise política**. A crítica do Estado-Providência conduzirá, ao longo dos anos 1980, a um conjunto de medidas concretas visando a dar um golpe de contenção no processo de crescimento estatal. O movimento foi lançado no Reino Unido em maio de 1979 com a chegada de Margaret Thatcher ao poder, que se atribui como missão histórica modificar completamente os hábitos de uma nação anestesiada por 30 anos de *Welfare State*, depois nos Estados Unidos em novembro de 1980, com a eleição de Ronald Reagan, para quem as intervenções e regulamentações governamentais exageradas, desordenadas, ineficazes são a fonte de todos os males de que sofre a sociedade americana; esse movimento ganhará, na sequência e progressivamente, o conjunto dos países ocidentais - mesmo a França, onde a esquerda havia primeiramente buscado em 1981 a relançar a dinâmica do Estado-Providência, e mais tardiamente a Suécia, o qual o modelo social-democrata acabou por se erodir. Esse movimento prosseguiu ao longo da década seguinte. Sem dúvida, o contexto ideológico mudou: o ultraliberalismo, que tendia a fazer do desengajamento do Estado a panaceia, não faz mais sucesso; a tônica é colocada, em todos os países liberais e mesmo naqueles que haviam caminhado mais longe dessa via (Nova Zelândia, Grã-Bretanha), sobre o papel indispensável do Estado. Entretanto, a adaptação do Estado-Providência permanece inscrita entre as prioridades políticas, qualquer que seja a maioria no poder, o que mostra bem que se trata de um movimento estrutural, independente da conjuntura política. (CHEVALLIER. Jaques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 30-31.)

2.3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO^{195,196}

Tenemos la más firme convicción de que, para la vigencia de un Estado Democrático de Derecho es indispensable una consciencia cultural que afirme el principio de que el punto de partida fundamental y la meta de todo quehacer de la cultura y el Estado son el hombre y la sociedad.¹⁹⁷

As transformações apresentadas são somatizadas¹⁹⁸, tendo *seu* reconhecimento e realização que constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica do chamado Estado Democrático de Direito, veja que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social, aparecendo como um *superconceito*, do qual se extraem — por derivação, inferência ou implicação¹⁹⁹.

As ideias de democracia imposta pelas Revoluções Inglesa e Francesa ligaram o governo do povo no sentido de interesse geral²⁰⁰, em que todos devem escolher a fórmula ou processo pelo qual todos sejam conduzidos aos resultados (condução voluntária, porque todos quiseram a forma ou processo), de modo que a parte vencida nos resultados fique obrigada a respeitar a decisão da maioria. Saliente-se que a tendência, na atualidade, é para que se

¹⁹⁵En una palabra, *una de las muchas posibilidades de interpretación del estado democrático es la que lo representa como una casa de cristal en la que ya no hay amnesias y ni siquiera son posibles los arcanos imperii característicos del estado autocrático, de ese estado en el que es válida la máxima «Si los secretos del reino los sabe la plebe / es que no han sido bien cometidos» político democrático es uno que habla en público y al público y, por tanto, debe ser visible en cada instante (eón una visibilidad que, con la difusión de los medios de comunicación de la imagen a distancia, ya no es ni siquiera una metáfora)*. (BOBBIO, Norberto. *La crisis de la democracia y la lección de los Clásicos*. In: BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. (orgs.). *Crisis de la Democracia*. 2º Edição. Barcelona: Editorial Ariel, 1985. P. 21.)

¹⁹⁶Com o estudo do Estado que se organizou para ser democrático, surgindo aqui à noção de Estado Constitucional, com todas as teorias que vêm informando as Constituições quanto às formas de Estado e de governo. Só depois disso é que se poderá chegar à idéia atual de Estado Democrático. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. atual., São Paulo: Editora Saraiva, 1998. P. 54.)

¹⁹⁷HARO, Ricardo. *Algunas Reflexiones sobre el Estado Social y Democrático de Derecho*. Una visión Latinoamericana. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 223.

¹⁹⁸Poder-se-á acrescentar que o adjetivo Democrático pode também indicar o proposito de passar-se de um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos equivalentes, em última análise, a Estado de Direito e de Justiça Social. (REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. 3. Ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. P. 2.)

¹⁹⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed, ver. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. P. 66 e 171.

²⁰⁰O povo soberano, impossibilitado do exercício direto do seu poder, escolhe (elege) representantes seus que, como mandatários, vão exercer, em nome do povo, o poder que a ele povo unicamente pertence. (PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 90.)

assegurem e garantam interesses, que são das minorias, demonstrando-se que estes são elementos representados insuficientemente resguardados.²⁰¹

É correto afirmar que carrega *intrinsecamente* caráter transformador²⁰² de seu *status quo*, que se encontra na *vocação democrática do mundo moderno*²⁰³ nascida e comprometida com o pensamento filosófico²⁰⁴, tendo suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores, deste modo, as grandes transformações e os grandes debates sobre ele (Estado), nos dois últimos séculos (sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX)²⁰⁵ acabaram por embasar uma nova compreensão de mundo e do homem que necessariamente desenvolvem-se das expectativas econômicas, políticas, e do direito, que demonstram-se indissociáveis, interagindo entre si, determinando uma realidade única: a de convivência humana politicamente e organizada²⁰⁶.

... já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também

²⁰¹MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 418 e 83.

²⁰²RAATZ, Igor. *A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado*: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. P. 25.

²⁰³Em resumo: a democracia direta assenta no convencimento de que todo e qualquer poder, entregue a si mesmo, livre de controles ou fragilmente controlado, degenera, aliena-se, distancia-se, oprime e desserve.

Nesses termos, é essencial à democracia participativa institucionalizar controles, pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico. Não a ponto de paralisá-los, fazendo-os inoperantes, mas suficientes para detê-los, quando tornados ameaçadores.(PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 93.)

²⁰⁴A solução institucional pensada para a democracia liberal (democratização do Estado) não responde satisfatoriamente às exigências postas pelo processo de democratização da sociedade. Expandindo-se a esfera de atuação do Estado, para atendimento, tornando prioritário, das demandas dos novos sujeitos políticos, surgidos com a ampliação da cidadania, restringiu-se, correspectivamente, a esfera da liberdade dos cidadãos. O desafio de hoje, portanto, é tornar realidade a democratização da sociedade, sem prejuízo da democratização do Estado. Em outros termos – conserva-se a prioridade do bem-estar social, mas sem restrição ao sacrifício da esfera da liberdade. Para que isso se faça realidade, urge pensar e implementar os instrumentos adequados, plasmar as novas instituições, enfim definir todo o necessário à consecução desse objetivo. E tudo aponta seja esse caminho o da chamada democracia participativa. (PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 92.)

²⁰⁵A afirmação desse ponto de partida é indispensável para a compreensão dos conflitos sobre os objetivos do Estado e a participação popular, explicando também, em boa medida, a extrema dificuldade que se tem encontrado para ajustar a idéia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. atual., São Paulo: Editora Saraiva, 1998. P. 54.)

²⁰⁶PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 87 e 86.

e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.²⁰⁷

Veja-se, que os conceitos de Estado de Direito e Democracia apresentam-se opostos, sendo que, de um lado o Estado de Direito pode existir onde o *poder* de governar não tenha sido democratizado até então, ou melhor, o seu governo político é sempre exercido na forma jurídica, o sistema legal pode existir onde a força política não foi ainda domesticada por instituições constitucionalizadas democraticamente. Em resumo: o Estado de Direito como se viu nos seus demais modelos adjetivados, pode existir sem Democracia.²⁰⁸

A democracia contemporânea reclama outra *técnica* e que esta seja contemplativa²⁰⁹ edificando-se como forma de Estado e de Governo²¹⁰, não podendo ignorar-se que um dos signos dos tempos é a irrefreável vocação dos povos a uma maior participação do poder²¹¹ gerando o domínio dos homens sobre homens²¹², percebe-se assim, heterogenia dos reclamos e nas coincidências das vontades, a oportunidade dos passos além na integração do Estado e na solução harmônica dos problemas da vida, impulsionando maior adequação entre os corpos governantes e as varias tendências perceptíveis ou, melhor, captáveis (porque as tendências individuais não o são), que fazem parte (partidos, profissões, unidades politico-territoriais) do cosmo dos valores.²¹³

Assim, o Estado de Direito e Democracia situam-se numa correlação dialética e formam uma «simbiose viva»²¹⁴, encontra na laboriosa presença dos costumes²¹⁵ fazendo com

²⁰⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed, ver. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. P. 171.

²⁰⁸Há boas razões para isso. Porque o governo político é sempre exercido na forma jurídica, o sistema legal pode existir onde a força política não foi ainda domesticada pelo Estado de 'Direito. E o Estado de Direito existe onde o poder de governar não foi ainda democratizado. Enfim, há governos ordenados legalmente sem as instituições de Estado de Direito sem constituição democrática. Naturalmente, esses fundamentos empíricos para a divisão do trabalho no tratamento acadêmico dos dois assuntos não implica que, de um ponto de vista normativo, o Estado de Direito possa Existir sem Democracia. (DUTRA, Dolmar José Volpato. **A Legalidade como Forma do Estado de Direito**. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/kr/v45n109/v45n109a04.pdf>. Acessado em: 30-12-2013.)

²⁰⁹MIRANDA, Pontes. **Fundamentos Actuales do Direito Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 315.

²¹⁰BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. P. 53.)

²¹¹HARO, Ricardo. **Algunas Reflexiones sobre el Estado Social y Democrático de Derecho**. Una visión Latinoamericana. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. P. 223.

²¹²BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. P. 53.)

²¹³MIRANDA, Pontes. **Fundamentos Actuales do Direito Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 315.

²¹⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da constituição**. 6ª Edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. P. 288.

²¹⁵CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 86-87 e 56.

que se incorpore um componente revolucionário de transformação do *status quo*, evidentemente não corresponde a uma simples reunião formal dos respectivos elementos²¹⁶, perpassa-se a mera formalidade dando assim razão (vida) aos preceitos de uma Constituição Democrática²¹⁷.

Para que haja correlação entre o *Estado de Direito e a Democracia*, deve-se instituir esta por meio de um ordenamento democrático, em que a lei expressa (ou deveria expressar) uma exigência popular que vive na consciência de todos os integrantes de uma sociedade, portanto, a salvação nos regimes democráticos radica na circunstancia de que para fazer viva uma democracia não é suficiente razão codificada por preceitos de uma Constituição Democrática, sim o que se requer por detrás da Lei Fundamental se encontra na laboriosa presença dos costumes²¹⁸ democráticos com as que se pretenda e se seja traduzida, dia-a-dia, em uma concreta, razoada e razoável realidade²¹⁹.²²⁰

E da correlação dialética entre Democracia e Estado, vale buscar sua definição, retomando os princípios básicos que o envolvem e que estão relacionados entre si. Para que se tenha uma compreensão fiel deste modelo, importante, aqui, que se apresentem os princípios deste Regime Político que ganha espaço por meio de sua Constitucionalização. Os princípios do Estado Democrático de Direito, são os seguintes:

- 1 – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- 2 – Organização Democrática da Sociedade;
- 3 – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- 4 – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;

²¹⁶SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Ed., revis. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 112.

²¹⁷CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 86-87.

²¹⁸*En estos últimos decenios ha surgido en la doctrina constitucional, especialmente en Francia, un claro retorno a la idea de que en el orden de las fuentes del derecho constitucional, el primer lugar corresponde a las costumbres, y mientras que con anterioridad apeas se le reconocía a la costumbre una eficacia simplemente integradora de la ley escrita, actualmente se vuelve a repetir que: “sur le terrain du mécanisme politique, la coutume est presque tout”.* (CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 40.)

²¹⁹CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 86-87 e 56.

²²⁰*La Costituzione non è soltanto la legge fondamentale di un paese; è il patto con cui si stipula la condivisione di un insieme di valori, di principi, di regole essenziali che tutti devono osservare ed impegnarsi a realizzare, quale che sia il programma delle forze che- assumendolo come cornice e punto di riferimento della propria attività politica- si confrontano e si scontrano democraticamente per chiedere e ottenere il consenso dei cittadini.* (GALLO, Domenico. IPPOLITO, Franco (Cura). *Salviamo la Costituzione*. Milano: Chimienti Editore, 2005. P. 7.)

- 5 – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- 6 – Divisão dos Poderes ou de Funções;
- 7 – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
- 8 – Segurança e Certeza Jurídicas.²²¹

Ao lado da Supremacia das Constituições²²² que se difundiu para garantir os direitos amealhados nesta, estão: a democracia e os direitos fundamentais dos homens, que esse modelo de Estado de Direito se funda diante da Democracia.

Desta análise, vê-se que ambos os princípios arrolados regem o Estado Democrático de Direito e tem como tarefa fundamental, “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.”²²³ Assim, por obviedade ultrapassou as formulações “do Estado Liberal de Direito, como também o Estado Social de Direito vinculado ao *Welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e a atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é o *plus* normativo em relação as formulações anteriores.”²²⁴

Representa este modelo de Estado o advento estabelecido pela modernidade, sendo orientado pela “noção de governo do povo”²²⁵, que lapidou-se nas Constituições Modernas organizando-se pelo complexo entre o poder em torno das instituições públicas, administrativas e políticas, sob a égide da cidadania democrática, do princípio da supremacia constitucional, e na vigência plena das garantias e das liberdades, dos direitos individuais e sociais, que vem a estabelecer o *bem comum*, ou seja, o *ethos público*, em determinado território, e de acordo com os preceitos da justiça social, da soberania popular em consoante com a integralidade do conjunto orgânico dos direitos humanos, no tocante ao conhecimento e a defesa e promoção destes mesmos valores humanos.

²²¹STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 98–99.

²²²*La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.* (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. Torino: Edirotia Trotta, 2002. P. 40.)

²²³SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19º ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 126

²²⁴STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 99.

²²⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. atual., São Paulo: Editora Saraiva, 1998. P. 54.

A organização política do Estado de acordo com os princípios democráticos é assim despertada como pelas garantias de direitos²²⁶ consagradas nas Constituições Modernas que formando um conjunto orgânico dos direitos fundamentais que fundamentam-se basicamente pelas *liberdades variadas* e a pela *igualdade*, ambas passaram a serem considerados elementos essenciais do conceito de *dignidade da pessoa humana*, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.²²⁷

*La organización política del Estado de acuerdo a los principios democráticos es así acordada en garantía de los derechos de participación política igual: de los ciudadanos y de la libertad que exige que las decisiones que vinculen a la comunidad provengan de ella misma: la opción por el Estado democrático forma también parte del núcleo del pacto por el Estado de derecho porque la democracia responde a las exigencias de la relatividad y pluralidad de los valores existentes en el entorno social y en la propia constitución o a la pluralidad de puntos de vista externos.*²²⁸

O Estado de Direito e democracia faz com que ocorra a cisão da *liberdade* em dois modos, onde de um lado é chamada de *liberdade negativa* ou liberal que se constrói com o Estado Liberal, em uma liberdade²²⁹ construída como o palácio da independência individual fazendo-se distanciar do Estado, sendo que a democracia é entendida como um procedimento que limita a arbitrariedade do poder²³⁰, onde se *curva ao poder*; já de outro lado a liberdade pode ser vista como uma *liberdade positiva* ou democrática entendida como um efeito material do exercício que *legitima o poder*, isto é, como uma certa igualdade social conseguida graças a ação estatal que define-se na participação dos destinos coletivos da ordem política, refletindo-se diretamente nas instituições e a formação da vontade política (idealizando-se pelo Estado Social) no Estado Democrático²³¹, sendo que, tudo isso corresponde na realização

²²⁶PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Colección Estructuras y Procesos. Madrid: Editorial Trotta, 1997. P. 66.

²²⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed, ver. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. P. 402.

²²⁸PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Colección Estructuras y Procesos. Madrid: Editorial Trotta, 1997. P. 66.

²²⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993. P. 67-28.

²³⁰... que recoge las aspiraciones del Estado de derecho clásico del Siglo XIX. Según esta filosofía, lo importante es el control al Estado a fin de limitarlo, por mecanismos como la división de poderes y el control constitucional. Prima entonces la protección de las llamadas libertades contra el Estado, por lo cual la democracia es entendida ante todo como un procedimiento que limita la arbitrariedad del poder para asegurar esos derechos de las personas. (YEPES, Rodrigo Uprimy. *Estado Social de Derecho y decisión Judicial Correcta*: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. In: *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. Primera Edición. Bogotá, 1997. P. 116-117.)

²³¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993. P. 67-28.

da soberania popular, que repousa assim diretamente na igualdade das pessoas pensada ante todo como una igualdade política²³², como se vê, ambas *liberdades* apresentam *logicidade* destoante, apresentam atitudes divergentes e irreconciliáveis, *sacrificando-se a dimensão de juridicidade estatal* (regra do direito) *por amor à democracia* (vontade do povo).²³³

Reflexione-se que quanto à igualdade que se propõe, é a igualdade formal diante da lei, isto é, uma igualdade a serviço das liberdades, posto que as liberdades de todos os cidadãos são igualmente protegidas.²³⁴ Superam-se os elementos da liberdade e igualdade fundamentados somente pelo formalismo, adotando-se via construção de ambos por meio de postulados ético-morais aos *valores materiais*, seja que os valores como tais não são suscetíveis de uma fundamentação racional mediada intersubjetivamente, se apoiam em evidencias, no sentimento, em vivencias, e com ele se retrotraem a convicções compartilhadas e abrem a porta de par em par a opiniões e atitudes pessoais (ideológicas), a um positivismo de valorações cotidianas.²³⁵

Diante disto, é correto afirmar, que, com o Estado Democrático veio a se superar o famigerado princípio da legalidade apregoado ao exagero formalista, acaba por desprender-se de sua fundamentação clássica, agregando conteúdo material frente à igualdade para que se

²³²*De otro lado, es un Estado democrático que reposa en la soberanía popular, esto es, en la igualdad de las personas en el diseño de las instituciones y en la formación de la voluntad política. Lo importante desde esta perspectiva es el origen de las decisiones jurídicas y políticas, por lo cual la democracia, conforme a las clásicas enseñanzas de Rousseau, es entendida como un procedimiento igualitario de formación del poder con base en el predominio del principio de mayoría. La libertad entonces definida como la participación en los destinos colectivos del orden político, pues es libre aquél que sigue la norma que él mismo se ha dado, por lo cual la igualdad es pensada ante todo como una igualdad política. Finalmente es un Estado social, que reposa en la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima: lo importante es entonces el resultado de la acción pública, de suerte que la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal. Esta concepción está asociada entonces a la llamada **libertad positiva**, esto es, aquella que deriva de la existencia de prestaciones positivas de parte del Estado.*(YEPES, Rodrigo Uprimy. *Estado Social de Derecho y Decisión Judicial Correcta*: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. In: *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. Primera Edición. Bogotá, 1997. P. 116-117.)

²³³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993. P. 67-28.

²³⁴YEPES, Rodrigo Uprimy. *Estado Social de Derecho y Decisión Judicial Correcta*: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. In: *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. Primera Edición. Bogotá, 1997. P. 116-117.

²³⁵*Crea vínculos en postulados ético-morales o a los valores materiales de una vinculatividad jurídica que va más allá de la garantía de la libertad y igualdad de todos y de las exigencias fundamentales de una vida igual de todos y de las exigencias fundamentales de una vida en común ordenada, se llega inevitablemente a una socialización de la libertad y de la autonomía individuales. Estas quedan sometidas al dominio de los que ejerce al dominio de los que ejercen el monopolio de la interpretación de estos postulados o valores, o que se lo apropian. Y esto vale también de un modo especial para la apreciación a los valores materiales, ya que los valores como tales no son susceptibles de una fundamentación racional mediada intersubjetivamente. En último extremo se apoyan más bien en vivencias, en el sentimiento, en evidencias, y con ello se retrotraen a convicciones compartidas y abren la puerta de par en par a opiniones y actitudes personales (ideológicas), a un positivismo de las valoraciones cotidianas, pues además no hay un sistema racionalmente fundado para resolver conflictos entre esos valores.* (BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. P. 42-43.)

alcance realmente sua concretização, que se dá não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade.²³⁶

Neste mesmo sentido, fala-se que a *lei e produzida pela vontade popular, desencadeada aos fins sociais dos cidadãos representados* diante de um “crescente processo de democratização que força a mudança *perfil da lei*”²³⁷.

Neste sentido aponta Celso Ribeiro de Bastos: transformam o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, onde além da mera submissão à lei deveria haver submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Assim, o conceito de *Estado Democrático não é um conceito formal, técnico, onde se dispõe de um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos*²³⁸.

De outro modo, o princípio do Estado de Direito é um elemento essencial da Constituição, haja vista, o Estado de Direito Democrático só poderá ser compreendido como «princípio de forma política» que ocorre a tendência a submissão da vontade popular que se insere da uma ordem constitucional democrática²³⁹ que plasma-se em seu texto suas missões, que servem de pressuposto para uma série de tarefas políticas, sociais, econômicas, culturais, traduzidas por normas tarefas e normas fins, que se expressam através do que tradicionalmente chamamos de normas programáticas²⁴⁰.

Com as Constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo uno precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.²⁴¹

Passar-se-á a fazer a construção de qual dos conceitos *de Estado de Direito Formal* ou *Material* veio a emergir junto à adjetivação democrática, afirme-se, nesta senda, que com as

²³⁶STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed .. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 97.

²³⁷CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª Ed., rev., atual. e ampl... São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 49.

²³⁸BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 164.

²³⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. 6ª Edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. P. 288-289.

²⁴⁰ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Jurisdição Constitucional Estadual*. Revista Direito Publico. pág. 383 – 384. Disponível em: <<http://201.38.128.50/ojs/index.php/direitopublico/article/view/86>>. Acessado em: 11-12-2012.

²⁴¹STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002. P. 99.

Constituições Democráticas²⁴² atuais não deve se limitar a uma mera abstração, de sentidos vagos, simplesmente apoiados em um formalismo asubstancial, pois a organização constitucional só alcançará dignidade material quando superar definitivamente estas sequelas que a remetem a um puro descrédito²⁴³, esta ordem deve fundamentar-se materialmente, assim a mesma tem de ser viva, palpável, normativa, assim para interesses como para legislações, que dentro devam de viver²⁴⁴.

Veja que o fenômeno do Estado de Direito formal ditou a tendência reconhecendo a sua tentativa em aprisionar a vida política de um país em uma rígida armadura de normas racionais consignadas pelas Constituições que surgiram após a segunda grande guerra mundial, constitui essa tentativa em uma ilusão, ou ainda em uma utopia²⁴⁵.

Nas recentes Constituições tentou-se por fim e do mesmo modo superar o exagerado apego ao formalismo estatal, que por muito tempo foi considerado como se uma religião apegada à dogmática fosse, tenta escapar de toda essa rigorosa geometria sistemática engessadora do sistema em que se constrói o Estado em óbice, haja vista, que este veio a introduzir notáveis transformações, que implicam estas na exclusão que aqui faz eclodir pela ditadura Parlamentarariana que se forma pelo império da lei, que constrói um Direito sem legitimidade, podendo-se dizer que, nessa perspectiva, não é pelo Direito que o Estado se legitima, reduzindo-o a mera formalidade, não ligando a expressão Estado de Direito a um conteúdo ético, político e social, risco dessa posição é a aceitação ou a promoção de qualquer

²⁴²*Distinguerò due classi di condizioni o principi idonei a connotare una costituzione come 'democratica': a) quelli di carattere formale; b) quelli di carattere sostanziale: intesi 'formale' e 'sostanziale', giova precisare, non già in senso metateorico (nel quale, come si è detto fin dall'Introduzione, tutte le nozioni teoriche sono formali), bensì nel senso teorico in cui parliamo di norme 'formali' e 'sostanziali' sulla produzione, di validità o di invalidità 'formale' e 'sostanziale', di applicazione 'formale' o 'sostanziale'. Precisamente, le condizioni (e le norme) formali possono essere identificate con l'insieme delle norme di competenza che predispongono: aa) la produzione di norme e/o di atti di governo, direttamente o per il tramite di rappresentanti, da parte dei medesimi soggetti che ne sono i destinatari; ab) la distribuzione dei pubblici poteri, quale risulta da un lato dalla divisione di ciascun potere tra soggetti diversi, dall'altro dalla separazione tra quelle che chiamerò 'funzioni di governo' e quelle che chiamerò 'funzioni di garanzia'. A loro volta le condizioni (e le norme) sostanziali sono: ba) le garanzie dell'insieme dei diritti fondamentali – politici, civili, di libertà e sociali – idonei a connotare, come vedremo analiticamente nella parte quarta, altrettante dimensioni – quella politica, quella civile, quella liberale e quella sociale – della democrazia costituzionale; bb) la garanzia della pace, la quale a sua volta, come vedremo, è connessa da un rapporto di reciproca implicazione e connotazione a quella dei diritti fondamentali. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1 Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 861.)*

²⁴³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001. P. 151.

²⁴⁴MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 29.

²⁴⁵CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 39.

Direito, por meio das quais o Estado desenvolve suas atividades, não importando se para promover a dignidade humana ou para praticar injustiças e garantir privilégios.²⁴⁶

A lei, como é sabido perdeu o seu posto de supremacia, e hoje é subordinada à Constituição, assim ganha o princípio da legalidade nova feição²⁴⁷ que lhe é devida por uma derivação da soberania popular²⁴⁸, compreendendo-se que, se antes esse princípio era formal agora ele tem **conteúdo substancial**, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais²⁴⁹ do cidadão, não deixado com que estes sejam subtraídos ao arbítrio do Parlamento.

Saliente-se que neste modelo de Estado, dadas todas as transformações que lhes foram introduzidas, encontram-se todos os seus entes, ou melhor, poderes politicamente institucionalizados, dada a superação do rígido formalismo pelo qual fundou o Estado Moderno submetidos ao Direito.²⁵⁰

A democracia tem como atitudes hierárquicas, que se acrescenta em um perfil mutante, do conteúdo das normas, em que se acrescenta a estas conteúdos: ético, político e social, intervindo o novo em um fluxo constantemente, portanto, “não pode significar a aprisionamento, o congelamento, de uma vez por todas, de seu conteúdo. Não pode significar o fim da democracia.”²⁵¹

*E ainda, manteve-se, com este modelo de Estado de Direito não somente a sua conceituação **substancialista**, mas também sua conceituação **procedimentalista**, a qual incide diretamente para com a tarefa política na produção legislativa que tem:*

...como crivo de universalidade enquanto aceitabilidade generalizada por que têm que passar as normas a serem genérica e abstratamente adotadas, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre os discursos de justificação e

²⁴⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado de Direito e Cidadania*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (orgs.). *Direito Constitucional* Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. P. 197.

²⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/2174>>. Acessado em: 12-12-2012.

²⁴⁸COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2006. P. 265,

²⁴⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/2174>>. Acessado em: 12-12-2012.

²⁵⁰*La superación de la forma liberal o legislativa del Estado supone afirmar que el poder público está limitado en sus posibilidades de decisión políticas y disposición normativa. El punto de mayor intensidad y, a la vez, conflictividad de esta afirmación es aquel que hace referencia al poder legislativo. Si en el modelo de Estado liberal este poder era considerado poder soberano en tanto que representante de la voluntad general, en el Estado constitucional queda sometido a derecho, al igual que el resto de los poderes del Estado.* (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Colección Estructuras y Procesos. Madrid: Editorial Trotta, 1997. P. 64.)

²⁵¹STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª Ed .. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 126-127.

discursos de aplicação através da qual revela ao máximo o postulado de Ronald Dworkin da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do Direito.²⁵²

Quanto ao seu *conceito substancialista*²⁵³, se torna importante salientar, que, este se assenta em dois pilares que apresentam alto grau de importância, e que também são muito debatidos na época presente, sendo eles, a democracia e os direitos fundamentais, e nesta linha de raciocínio que Lênio Streck, discorre sobre os mesmos, que:

Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há, assim, uma co-pertença entre ambos. *O contemporâneo constitucionalismo pensou nessa necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos direitos fundamentais, previstos nas Constituições.*²⁵⁴(g. n.)

O Estado de Direito Democrático, dada a sua *substancialidade*, para além de seu *formalismo*, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática – formal²⁵⁵, versando assim à “criação de um novo conceito, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”²⁵⁶

Pelo exposto, é correto afirmar que as Constituições democráticas apresentam *alto grau de substancialidade*, assim, diz-se que o direito (poder) emana do povo, é este, por todos os componentes da sociedade jurídica, construtor do fundamento de *confirmação*

²⁵²STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 155.

²⁵³*La legittimazione sostanziale riguarda invece i limiti e i vincoli imposti ai contenuti della produzione giuridica. I problemi da essa sollevati sono a loro volta due: che cosa non può e che cosa non può non essere deciso, a tutela di tutti, pur nelle forme legittime di autodeterminazione della democrazia formale. Entro il paradigma della democrazia costituzionale, i limiti fondamentali imposti all'autonomia, sia privata che politica, quali condizioni di quella che chiamerò legittimazione sostanziale negativa, sono i divieti richiesti a garanzia dei diritti individuali di libertà e di autonomia: il cui esercizio da parte di ciascuno, secondo il classico principio liberale formulato da Kant, deve poter convivere (cioè non interferire) con gli uguali diritti di autonomia e di libertà degli altri. I vincoli fondamentali, parimenti imposti all'autonomia quali condizioni di quella che chiamerò legittimazione sostanziale positiva, sono invece gli obblighi richiesti a garanzia dei diritti sociali: i quali impongono prestazioni positive a carico della sfera pubblica idonee a soddisfare bisogni vitali e livelli minimi di uguaglianza, a loro volta essenziali alla sopravvivenza e alla stessa pratica dei diritti di libertà e di autonomia.* (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 2 Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 25-26.)

²⁵⁴STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 104.

²⁵⁵STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. P. 105.

²⁵⁶LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. P. 125-133.

legitimante do direito no espaço *procedimental* garantido pelo devido processo constitucional²⁵⁷.

Ocorre desta forma, uma reviravolta paradigmática ao compatibilizar a democracia (como direito e como processo) com a Constituição, voltada a assegurar direitos e deveres, sem a efetividade dos quais a democracia não prospera.^{258, 259}

Quanto ao seu *conceito procedimentalista* parece lícito afirmar que sem a sua ampla garantia, não se vive num Estado de Direito²⁶⁰, dada sua importância, este ainda passa a garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei²⁶¹, ou seja, através da ordem Constitucional este vem a garantir o acesso aos meios democráticos de participação das sociedades, sendo de importante relevância, que se faça valer pelos valores plenamente substantivos. Conclui-se: que com a defesa dos direitos, esta repousa sobre um conjunto de garantias processuais e procedimentais, que faz delas uma das manifestáveis mais conhecidas do Estado de Direito²⁶².

²⁵⁷LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2002. P. 171-172.

²⁵⁸FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V.. *Direito à Democracia: Ensaio Transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P. 12.

²⁵⁹O conceito de lei tem um significado central para a conformação e concreção ulterior de este conceito de Estado de Direito. É o ele da constituição de Estado de Direito. E o conceito de lei próprio de Estado de Direito tampouco permite diferenciar entre um conceito material e forma da lei, sendo que é uma categoria unitária. *Nela se vincula um aspecto material o de conteúdo com um aspecto formal o procedimental em uma unidade inseparável*: a lei é uma regra geral (norma geral) que surge com o assentimento da representação do povo em um procedimento caracterizado pela discussão e pela publicidade. Todos os princípios essenciais para o Estado de Direito estão incluídos institucionalmente neste conceito de lei, que lhes recebem em sua forma. O assentimento da representação do povo garante o princípio da liberdade e a posição do sujeito de cidadã; a generalidade da lei impede ingerências no âmbito da liberdade civil e da sociedade mais além de suas limitações ou delimitações de caráter geral, isto é, válidas para todos por igual; o procedimento determinado pela discussão e a publicidade garante a medida de racionalidade que o conteúdo da lei pode humanamente alcançar. (BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. P. 23.)

²⁶⁰Os exemplos poderiam multiplicar-se. Quer se trate de regras ou princípios a observar nos processo em tribunal (garantias processuais), quer se trate de regras ou princípios a observar nos procedimentos administrativos (garantias procedimentais), parece lícito dizer que sem **garantias processuais e procedimentais** não se vive num Estado de Direito. Muitas vezes, só quando estas garantias desaparecem do nosso quotidiano, ou porque o Estado é fraco, ou porque o Estado é forte e até demasiado forte, nos damos conta da importância delas para se respirar a liberdade a segurança individual e coletiva. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993. P. 72.)

²⁶¹HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: A necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo"**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=1137025&dou=1>. Acessado em: 28-12-2012.

²⁶²A defesa dos direitos repousa sobre um conjunto de garantias processuais e procedimentais que faz delas uma das manifestáveis mais conhecidas do Estado de Direito. Nem sempre estas garantias são compreendidas, acusando-se os juristas de, por amor à forma, desprezarem o conteúdo do direito e a realidade das coisas. Há muito que foi resolvido aos críticos do formalismo que a forma, no Estado de Direito, é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade. Talvez a melhor maneira de convencer os nossos interlocutores sobre a bondade material das garantias processuais e procedimentais seja a de as indicar de um modo mais explícito, embora sem pretensões de exaustividade. Ninguém hoje admitiria discutir em tribunal os seus direitos sem a garantia de um juiz legal, independente. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993. P. 70.)

O cerne do atual relevo atribuído ao Poder Judiciário, veja-se os dois planos que o remeteram a isto, de um lado se tem a superação do *formalismo*²⁶³ quem nos impõe apego exagerado ao império da lei superado pelo *materialismo* conteudista, e do outro lado tem-se que o atual *procedimentalismo*²⁶⁴, legitimado democraticamente²⁶⁵ e testificado nas Constituições impera frente aos poderes políticos instituídos, vê-se ele engessou-se diante do procedimento Parlamentar, por diversas razões a serem explanadas, já como se viu, o procedimento dado ao Judiciário tende e historicamente nos apresenta melhores respostas, ainda mais no que se refere à proteção dos princípios basilares e fundadores do Estado Democrático de Direito que desde a pureza do Estado clássico apresenta várias transformações, no que diz respeito à relação Sociedade, Estado e Direito, neste sentido, aponte-se que a *substancialialidade* lhe é somada a tudo isso, tendo como fundamento o direito que emana do povo. Tira-se como a conclusão da conclusão que: em um Estado Democrático de Direito pertence aos tribunais, através de juízes independentes, dizer o direito em nome do povo²⁶⁶.

²⁶³La legittimazione formale riguarda i soggetti e le procedure dell'attività di produzione giuridica. I problemi posti da questo tipo di legittimazione sono due: chi è legittimato ad agire, cioè a compiere atti giuridici produttivi di effetti prescrittivi? Quali sono, conseguentemente, le forme, e quindi le norme di riconoscimento che consentono di meglio riconoscere in tali atti la volontà, e perciò il potere, del soggetto ad essi legittimato? È chiaro che in democrazia ciò che legittima tale potere e gli atti che ne sono esercizio è l'auto-nomia, cioè la massima identità possibile, assicurata dai diritti secondari, tra i soggetti che decidono e quelli che delle decisioni sono i destinatari: un'identità effettiva nella sfera privata, ove è assicurata dai diritti civili o di autonomia privata e dalla forma negoziale degli atti che ne sono esercizio; un'identità convenzionalmente presunta nella sfera politica, ove è assicurata dai diritti politici o di autonomia politica e perciò dalla forma rappresentativa e maggioritaria degli organi e delle attività di governo. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 2 Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 25-26.)

²⁶⁴Os procedimentos legislativo e judiciário distinguem-se entre si, não porque um seja e o outro não seja criativo – não, portanto, para o resultado deles no plano da criatividade substancial -, mas, isto sim, pelo modo diverso de cada um, como também pela profunda diferença no plano procedimental ou formal – estrutural. Aquilo que faz com que uma Corte opere, efetivamente, como Tribunal de Justiça não é a sua criatividade, ou falta de influência de sua atividade sobre a evolução do Direito, mas a forma ou modo do procedimento jurisdicional que, como ensinava Francesco Carnelutti, deve ser atuada “em regime de soberania vinculada”, ou seja, como mais concretamente dizem os americanos: em conexão com *cases and controversies*. Se uma parte deseja levar uma controvérsia à Corte (*nemo iudex sine actore*) e a Corte, por sua vez, deve ser estruturalmente estranha à relação ou *status* deduzido em juízo pelas partes, o juiz há de ser, portanto, um *tertius super partes*, levando a decidir no âmbito do pedido e, mais precisamente, no âmbito da controvérsia como fora definida pelas partes (*ne eat iudex ultra petita a partibus*), garantindo às próprias partes o Direito de defesa (*audiatur et altera pars*). Estas são as antigas mas sempre válidas essenciais características, de ordem modal ou estrutural – formal, que diferenciam, profundamente, o processo jurisdicional do processo legislativo. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 16-17.)

²⁶⁵Por lo tanto el diseño de los procedimientos es sensible a las variaciones particulares de la ideología imperante, especialmente las oscilaciones entre individualista y colectivista, liberal y autoritaria, u otras posiciones con ese tipo de etiquetas. En el proceso civil, se ha argumentado, estas variaciones tienen un impacto directo en cuanto al poder real de las partes privadas para dirigir el curso de los juicios indudablemente un tema importante en la elección de la forma de procedimiento. (DAMASKA, Mirjan R.. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. P. 21-22.)

²⁶⁶MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 393.

O direito dimensionado aos juízes como se avalia, garante-os a efetivamente os fins pelos quais se propõe este modelo de Estado, que passa a servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais²⁶⁷ protegendo assim o sistema político-jurídico em que vincula a vontade geral, já os parlamentares democráticos pelo contrário, são vistos estes como tecnocratas politicamente irresponsáveis, emitem caoticamente comandos específicos pelos quais caracterizam a sua atividade legislativa²⁶⁸, e ainda, no que diz respeito à eficácia de textos por eles produzido é perturbada pelo jogo de alianças e de coalizões²⁶⁹, calcados em suas próprios interesses ideológicos²⁷⁰, o qual faz com que a lei deixe de ser expressão da vontade geral, para transformar-se na subtração de múltiplas negações²⁷¹, criando assim alto grau de incerteza e ingovernabilidade de todo o sistema político-jurídico.²⁷² Sendo também correto afirmar que o Legislativo por natural de sua atividade não teria como prever tudo, dado que não tem o dom da premonição perfeita.²⁷³

Pode-se afirmar deste modo que o Poder Judiciário frente aos demais poderes instituídos ganha tónus que se justifica pelo sensível deslocamento do centro de decisões devido às inércias do executivo e a falta de atuação do legislativo, que passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais/constitucionais podem ser expungidos do texto magno.²⁷⁴

²⁶⁷STRECK, Lenio Luiz. *A necessária Constitucionalização do Direito o Óbvio a ser Desvelado*. Revista: Direito, Santa Cruz do Sul, n.9/10, pág. 51-67, Janeiro/Dezembro 1998. P. 59

²⁶⁸COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2006. P. 75.

²⁶⁹GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. P. 41.

²⁷⁰WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 191.

²⁷¹GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. P. 41.

²⁷²COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2006. P. 439 – 440.

²⁷³O legislador, por arguto que fosse, não teria como prever tudo, dado que não tem o dom da premonição perfeita. Ainda que o tivesse, é claro que lhe seria impossível fazer com que nas leis coubessem todas as condutas, os mais mínimos gestos, as reações humanas mais desusadas e as inovações mais insuspeitadas. Se tal ocorresse, argumentando por absurdo, mesmo assim haveria, isto é claro, impossibilidade prática, pois não mais teríamos leis, porém oceanos imensos de textos legislativos, constantemente se desatualizando, por força da presença de novas exigências da normal evolução da sociedade e do homem. Bastaria citar a liberdade do querer e os avanços científicos, assim como as mutações sociais. Novos fatos e situações, imprevisíveis, sequer imagináveis num dado tempo, de um instante para outro rebentam com a potência dos grandes convencimentos e dos mais poderosos estímulos à conduta. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 159-160.)

²⁷⁴STRECK, Lenio Luiz. *A necessária Constitucionalização do Direito o Óbvio a ser Desvelado*. Revista: Direito, Santa Cruz do Sul, n.9/10, pág. 51-67, Janeiro/Dezembro 1998. P. 58-59

Portanto, a atividade jurisdicional significa garantia de efetivação e manutenção do Estado Democrático de Direito²⁷⁵ e dos princípios que nele construíram-se, pois este poder constitucionalmente assume independência frente aos demais poderes instituídos politicamente, assume devido a estes fatores papel central no funcionamento desse sistema político-jurídico, provendo o conceito de *regime democrático*²⁷⁶, fazendo com que se respeitem fielmente os direitos fundamentais e também os demais princípios que se arquitetaram neste Estado, vistos como pilares estes das atuais sociedades. Alente-se que a independência que os juízes dotam-se assume pleno significado nas democracias que se apoiam especialmente na divisão dos poderes²⁷⁷.

Note-se que como aponta Pontes de Miranda a técnica da justiça enfrenta quanto ao dilema que se criou: entre a independência dos juízes contrapondo-se a subordinação dos mesas ao apego imperial da lei que os transformaria em meros autômatos. Veja ainda que pelo que foi construído na atualidade dá-se o ensejo de ver que ***a subordinação é ao direito, e não a lei***, pois esta apresenta grande insubsistência intrínseca incompatíveis com princípios imanescentes à ordem jurídica, por obvio a lei se torna um assombro contra o direito.²⁷⁸ Aponta-se que a subordinação pelo direito é a luta “, *más modesta y más próxima a la tierra, se puede contribuir a hacer menos ásperas las miserias humanas y a defende la civilidad.*”²⁷⁹

Por fim, o juiz deve quando possível dominar e dar vida a esse novo sistema político-jurídico, ***sentir sua unidade espiritual***, desde as premissas remotas e tácitas até aos preceitos mais insignificantes, como se fosse autor de todo²⁸⁰ ordenamento jurídico delineado pelas tendências de *plus* democrático.

²⁷⁵JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional*: exigência democrática. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999. P. 77-78.

²⁷⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed, ver. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. P. 1285 e 1289.

²⁷⁷CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 87.

²⁷⁸MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 393.

²⁷⁹CALAMANDREI, Piero. *Los Estudios de Derecho Procesal en Italia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956. P. 111.

²⁸⁰DEL VECCHIO, G.. *Los Principios Generales del Derecho*. Barcelona: Librería Bosch, 1933. P. 18.

3 - DA SEPARAÇÃO À DIVISÃO DOS PODERES: O CONTEXTO HERMENÊUTICO DA FUNÇÃO JUDICIAL

... as três funções procedem de um tronco comum, e não são mais que manifestações parciais da atividade setorial do gigantesco ser que chama-se Estado...²⁸¹

Tratar-se-á de um dos pontos mais cruciais para com a discussão de que se refere ao Ativismo Judicial, sendo a “separação que se transforma-evoluciona em divisão dos poderes” engendrada por Locke^{282,283} (Revolução Gloriosa - Inglaterra) e sustentada por Montesquieu^{284, 285} (França) voltava-se para um Poder Judiciário incumbido pela função jurisdicional, que em sua função somente lhe caberia dizer a Lei.

²⁸¹MÉNDEZ, Ramos Francisco. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Librería Bosch, 1979. P. 116.

²⁸²vide LOCKE. *Two Treatises of Civil Government* (Segundo tratado do governo civil). London : Every-man's Library, 1966. (P. 117-241).

²⁸³**Análise de Bobbio quanto a John Locke** – en sus escritos - había mencionado tres poderes “el ejecutivo, el legislativo y el federativo”, dejando de lado al poder judicial como parte de su muy característica división de poderes. No obstante al leer a Locke margina de su clasificación al poder judicial de manera forzada, ya que como señala Norberto Bobbio es una falta de coherencia de Locke al no incluir al judicial entre los tres poderes. Esta observación de Bobbio la hace partiendo del análisis Lockeano sobre el estado de naturaleza del hombre. Cuando Locke menciona las insuficiencias del estado de naturaleza en la vida cotidiana del hombre menciona tres: **1) la falta de una ley preestablecida, fija y conocida; 2) la falta de un juez imparcial; 3) la falta de una fuerza organizada capaz de hacer cumplir la sentencia del juez.** (Frente a tal análisis consultar: Norberto Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Turín, Giappichelli, 1963, p. 265 y s.s. Comentado por Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, Edicions Alfons El Magnanim, Generalitat Valenciana, Valencia, 1997, p. 44.; conforme o arrolado por BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia*: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 1)

²⁸⁴vide MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Livro XI, Cap. VI).

²⁸⁵*El dogma fundamental de la separación de los poderes que la Asamblea, aceptándolo directamente de los escritos de MONTESQUIEU introdujo también en la Déclaration des droits, cuyo art. 16 proclamaba que toute société darts laquelle la gara'ntie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution, tuvo influjo sobre la creación del Tribunal de Casación de un doble modo: por una parte, confirmando con razones filosóficas la necesidad, ya demostrada por la experiencia histórica (véase, anteriormente, u. 141), de impedir que el poder judicial invadiese el campo del poder legislativo; por otra, excluyendo que la función de control dirigida a impedir tal invasión, continuase estando, como lo había estado, bajo el anejen régime, confiada al poder ejecutivo. MONTESQUIEU, quien al sustituir el principio de la bipartición de los poderes por el de tripartición, afirmaba por primera vez la necesidad de que el poder judicial fuese independiente del poder legislativo y del ejecutivo, ponía por otra parte en claro todos los peligros que podían derivar para el recto funcionamiento del Estado de una usurpación de las funciones legislativas cometida por el poder judicial. Partiendo del principio de que “un y a point de liberté si la puis sanee de juger n'est pas séparée de la puissance legislat'ive el de l'exé cutrice, observaba que, donde la función jurisdiccional no hubiese sido separada netamente de la función legislativa, quedarían a merced de la arbitrariedad la vida y la libertad de los ciudadanos, ya que el juez, al no estar obligado a la estricta observancia de la ley, se transformaría en legislador omnipotente; y en varios lugares de su Esprit des bis volvía a afirmar que los jueces deben en sus sentencias observar rigurosamente la letra de la ley, sin poder en modo alguno se pararse de ella. “Plus le gouvernement approche de la république, observa MONTESQUIEU, plus la manière de juger devient fixe.. . Dans le gow vernen'vent républicain, ji est de la nature de la constitut ion que les juges suivent la lettre de la loi. . Y en otro pasaje:”... les jugemens doivent être fixes d un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi”. La Asamblea nacional, que, por una parte, siguió las enseñanzas de MONTESQUIEU, hacer del poder judicial un tercer poder independien de los otros dos, trató, por otra parte, de impedir por todos*

E ainda, atribui quanto a “separação dos poderes” *Hoffe* rol de teóricos diferenciado quanto à apresentada correntemente, parecendo esta mais ampla, por talvez ser de uma Corrente Norte-Americana²⁸⁶.

Quanto a Montesquieu²⁸⁷ este construiu engenhosamente em seu tempo a separação dos poderes (ou melhor, a distribuição das funções exercidas pelos Poderes), dimensionando ao Legislativo (na figura do Parlamento) papel de destaque. Tal papel de destaque vendido ao Povo era de que o Parlamento tinha como desafio: controlar os abusos por parte dos Governantes que comandavam o Poder Executivo (pois tal poder instituiu-se nas mãos dos Monarcas, e com medo de retaliações, a Burguesia arquitetou a preponderância de carga ao Legislativo) e o Poder Judiciário (também tinha o Legislativo à preocupação da execução de penas cíveis e penais, justamente por terem instituído uma nova era, a era das Luzes).

Parece nitidamente que com a separação dos poderes “ser” uma forma de reação voltada contra a arbitrariedade judicial²⁸⁸, pois o Judiciário era encarregado pela aplicação do Direito até então, e com a égide da formatação do Estado Moderno foram tolhidos a aplicação

*los medios que el mismo poder judicial, que MONTESQUIEU había llamado “si terrible parmj les hommes” , se saliese del campo que se le había asignado para ingerirse en la función legislativa, y expresamente proclamó que “les tribunaux ne peuvent s’imniscer dans l’exercice du pouvoir législatif Insistiré en seguida sobre este punto para poner de manifiesto las providencias prácticas que la Asamblea escogió al objeto de impedir que el poder judicial traspasase los límites que lo separan del poder legislativo (véase, más adelante, u. 148); pero ya desde ahora se puede entrever el influjo que tuvieron sobre el nacimiento del Tribunal de cassation las enseñanzas de MONTESQUIEU, en virtud de las cuales los reformadores se vieron impulsados a instituir en la nueva Constitución un órgano de control, que, impidiendo a ks jueces considerarse superiores a la ley, mantuviesen también en las relaciones entre los institutos judiciales y legislativos el dogma fundamental de la separación de los poderes. Desde un segundo punto de vista, como he anunciado. (CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1945. P. 29-30).*

²⁸⁶À luz da História das idéias, costuma-se atribuir a divisão dos poderes a Milton (cf. Geisst, 1984), além de Locke (Segundo tratado do governo civil, 107, 138, 143, 194 ss.) Montesquieu (“il faut que le pouvoir arrête le pouvoir”: O espírito das leis, XI, cap. 4), Hume (The Origino f Government, in: Essayz, 40f) e O federelista (p. ex., nº 47: Madson), brm como a Kant (À paz perpétua, 2º cap., 2º artigo definitivo; A Doutrina do Direito, 45). Na realidade, existem precursores, por exemplo, no século XVI, Donaldo Gianotti, o último grande nome da República de Florença na área de Teoria do Estado. (HOFFE, Otfried. **A democracia no Mundo de Hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 118)

²⁸⁷Allorché si parla di «*separazione*» si allude soprattutto alla classica dottrina di Montesquieu della separazione tra potere legislativo, potere giudiziario e potere esecutivo, *concepita con riferimento a sistemi politici incomparabilmente più semplici di quelli odierni*. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872.)

²⁸⁸*La teoría de Montesquieu, parece más bien una reacción contra la arbitrariedad judicial de su tiempo, que ya preparaba el estallido de la Revolución. Él más que nadie, que formó parte de un Parlamento, o Tribunal Real, pudo percibir con su admirable agudeza de espíritu y su sutil ironía, que aquel régimen que venía desde la Edad Media, poco tenía que ver con la justicia. Su teoría de la absoluta fidelidad a la ley, de la simple relación matemática, fué la teoría del siglo XVIII para la justicia del siglo XVIII. Esa teoría ha cumplido admirablemente sus fines políticos. No sería difícil que en Alemania, luego de la experiencia nacionalsocialista, surgieran nuevos teorizadores que volvieran a Montesquieu.*

Pero con relación al sistema institucional en que este estudio se apoya, dicha teoría puede, por ahora, dar por cumplida su misión. (COUTUE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963. P. 83.)

da lei, assim ocorre à cisão entre Direito e Lei, e por consequência lógica o fortalecimento do Princípio da Legalidade que forma assim as novas formas de funcionamento do Estado frente as suas atribuições.

Tanto no Estado de Direito Liberal como no modelo de Estado Social de Direito, ambos encontram-se dispostos pelos mesmos moldes idealizados na Revolução Francesa quanto à teoria da separação dos poderes. Já no que se refere ao Estado Democrático de Direito, este demonstra determinada evolução diante e tal teoria, chegando-se assim dizer que aporta na teoria da divisão dos poderes. Apesar de este ultimo modelo de Estado apontado, nele existem resquícios de um apego em exagerado ao modelo tradicional.

Deve-se perguntar se determinada técnica de organização Estatal correspondem as novas mecânicas sociais?

Vistas tais explanações ocorre que evolução-transformação da teoria da separação dos poderes e a sua passagem para a divisão de poderes, separando assim em dois momentos distintos a tripartição de poderes. Assim, em um primeiro momento adequar-se-á a separação dos poderes frente às primeiras técnicas Constitucionais, e logo após demonstrar-se-á a divisão de poderes diante das atuais Constituições. Portanto, como alude Ferrajoli: “(*con-*)*divisione del potere*’ e *separazione dei poteri*’ sono principi organizzativi non solo diversi ma tendenzialmente opposti”²⁸⁹.

Observe-se que com o advento das primeiras formulações Constitucionais utilizou-se o termo “separação dos poderes” para a técnica da organização Estatal que fundou-se juntamente com o Estado Liberal e fora mantido pelo Estado Social. Depois de muitas crises e rupturas passadas nos ora modelos de Estado, chega-se a formulação da “divisão dos poderes”, que também pode ser chamada de *check and balances* introduziu-se essa técnica sob as Constituições Contemporâneas do Pós-Guerra levantando-se sob o modelo de Estado Democrático de Direito.

A cisão entre separação dos poderes e divisão dos poderes parece mais didática para melhor compreender-se o tema a ser tratado, *Guastini* neste sentido, ensina, que:

En la historia de las doctrinas constitucionales, la expresión “separación (o división) de los poderes” denota no ya una, sino dos técnicas diferentes de organización del poder político, que se supone que funcionan con el objeto de evitar el despotismo y garantizar (tutelar, proteger) la libertad de los ciudadanos (y del mismo modo son valoradas).²⁹⁰

²⁸⁹FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872.

²⁹⁰Para evitar confusiones, de ahora en adelante, usaré la expresión “separación de los poderes” (en sentido estricto) para referirme a la primera técnica constitucional, mientras que usaré la expresión “división del

Da diferença existente entre as técnicas Constitucionais, as mesmas representam diferentes técnicas de organização do Poder Político, e da diferença entre separação e divisão dos poderes, faz com que identifique a divergência de significação do Poder, no qual para a separação de poderes, a palavra poder é usado no plural e designa função diversa da atribuída a instituição diversa, já no que diz respeito à divisão dos poderes, a palavra poder, usada no plural, designa função diversa a atribuída a instituição diversa, e significa distribuição, e a palavra poder é usada no singular, designando a *medesima* função atribuída geralmente a uma *medesima* instituição²⁹¹.

O texto Constitucional incorpora o paradigma da separação dos poderes fazendo com que este venha a assegurar a liberdade dos indivíduos atribuindo o exercício do Estado a vários órgãos, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o de maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições²⁹².

A separação de poderes em sua fase inicial imposta pelas Constituições apresenta definição formal, sem que se precise à natureza pela qual se justifica a separação²⁹³ passando a formar uma teoria cognoscitiva bem que não empírica, mas analítica, da função do Estado: na locução separação do poder, que, poder é usado no senso de função, e separação no senso de distinção²⁹⁴.

Surge tácitamente a teoria da separação dos poderes para assim evitar a tirania e assegurar à liberdade do súdito, idealiza-se como uma necessidade Constitucional²⁹⁵ que resulta em simples binômio: autoridade-liberdade. De um lado, a autoridade e representada

poder” para referir-me a la segunda. (GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Primera edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001. P. 59).

²⁹¹FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 864.

²⁹²DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 216.

²⁹³... *la prima* consiste nel separare i poteri in capo a istituzioni e ad organi indipendenti affinché ognuno di essi, proprio perché non condiviso con gli organi che sono titolari di altri poteri, sia a questi di «freno» secondo la classica formula di Montesquieu. Anche di queste figure offrirò peraltro definizioni formali, senza in esse precisare la natura delle funzioni delle quali si giustifica la divisione e/o la separazione. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 864.)

²⁹⁴BARBERIS, Mauro. *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*. In: *Analisi e Diritto* 2004, a cura di P. Comaducci e R. Guastini. Torino, 2014. P. 3

²⁹⁵A teoria da separação de poderes foi concebida, ou melhor, idealizada como uma necessidade Constitucional, sendo que, foi consagrada pela Assembleia Constituinte, em seu artigo 16, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. É, portador, deste modo de ambiguidades fortemente carregadas de ideologia no princípio da separação das funções do Estado, que envolve a priorização e mantém a primazia do Poder de Legislativo sobre os demais Poderes, fazendo com que estes venham cumprir a lei. Ele se dissocia do Poder Judiciário e do Poder Executivo, pois ambos encontram-se em desvantagem no que diz respeito à vontade geral. (COLSON, Renaud. *La Fonction de Juger. Étude historique et positive*. Volume n. 29. Version 1. Presses Páris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 51.)

pelo poder²⁹⁶, intentando-se cada vez mais esferas. E de outro lado, a liberdade é representada pela participação, aqui o indivíduo reivindica mais liberdades. Naturalmente perpetua-se da derivação do binômio: autoridade-liberdade uma tensão de forças contraditórias, forçando deste modo, um encaixe adequado ao funcionamento sócio-político²⁹⁷.

Além de consagrar à rígida separação dos poderes²⁹⁸ em sua forma inicial também *afirmou-se* pela superioridade do Sistema Parlamentar²⁹⁹, dotando assim o Parlamento com a

²⁹⁶No Ocidente, a distinção entre o *poder e a autoridade* tem uma longa história. Em Direito Romano, "a potestas é a faculdade de agir e a auctoritas, a faculdade de fundar a ação de uma outra pessoa". Depois do advento do cristianismo, a distinção alimentou o debate sobre as respectivas prerrogativas do papa e do imperador. Esse debate foi encerrado de certa maneira pela laicização do Estado, que reuniu em suas mãos poder e autoridade, à custa, é verdade, da separação em seu seio dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Desde então, a distinção entre o poder e a autoridade desapareceu e deixou lugar a outras oposições – entre Estado e Nação, Estado e Sociedade civil, Estado e Mercado - que alimentaram o debate institucional. Mas ela volta à superfície hoje com a "regulação", que leva a distinguir as funções de "operador" (que tem o poder de agir) e de "regulador" (que tem autoridade sobre esse poder). Essa distinção repousa numa ideia simples: o Estado providência herdou a função de grande Regulador dos mercados; mas é também um operador econômico suscetível de infringir impunemente as leis do Mercado ou de modificá-las a seu favor (assim como, aliás, outras liberdades, como a liberdade de informação); quando existe esse risco de confusão, conviria, portanto, privá-lo de uma ou outra dessas funções (até mesmo das duas, nas versões mais radicais dessa tese). A função de regulação será então confiada a uma Autoridade criada especialmente para isso. Esse *recrudescimento de "Autoridades"* não deixa de lembrar a grande questão que deu origem na França, no final dos anos 1930, ao próprio conceito de Direito Social. Os juristas que pensaram esse Direito tinham tomado consciência do fato de que um conflito social não pode depender dos métodos judiciários habituais, consistentes em reportar um litígio a uma regra já definida (esteja essa regra contida numa lei ou num precedente judiciário). De fato, o conflito social a maior parte do tempo tem como objeto a adoção de uma regra nova. É por isso que esses juristas tinham depositado tanta esperança na criação de uma magistratura social, dotada de grandes competências socioeconômicas e capaz, através da arbitragem desses conflitos, de edificar um Direito Social, realmente indexado à evolução do mundo do trabalho e não à relação das forças econômicas ou políticas. Paradoxalmente, não é na área social, mas na área econômica que essa ideia está prosperando hoje. Daí um desequilíbrio entre uma esfera econômica, sede de Autoridades, e uma esfera social despojada de Autoridades, que faz que ocorram, em oposição do econômico e do social, todos os seus efeitos perversos. As Autoridades incumbidas dos mercados estimam, de fato, não ter de levar em consideração a dimensão social dos problemas com que lidam. Isto não quer dizer que essa dimensão não exista, mas que nenhuma instância está habilitada para autorizar os Estados a excepcionar considerações sociais para limitar o funcionamento do Direito da Concorrência. Isso leva a decisões suscetíveis de destruir com uma só penada as condições materiais de existência de sociedades inteiras, sobretudo as mais pobres. (SUIOT, Alain. *Homo juridicus*: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. 1ª Edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 193-195 e 197-198.)

²⁹⁷VANNEY, María Alejandra. *Liberté y Estado*. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009. P. 370-372.

²⁹⁸*Cada uno de estos tres Poderes debía aparecer separado de los otros dos y con su propio titular. De otro modo, no estando separados estos Poderes, sino unidos en la misma persona o bajo el mismo órgano de autoridad, no podría existir a libertad política de ciudadano. Así ocurre, sobre todo, cuando el Poder Judicial no aparece separado del Poder Legislativo y Ejecutivo: Si se confundiese con el Poder Legislativo, la vida y la libertad de los ciudadanos se hallarían regidas por la arbitrariedad, pues el juez sería legislador. Y si se confundiese con el Poder Ejecutivo, el Juez podría convertirse en opresor.* (STAMMELER, R.. *El Juez*. Habana: Cultural S.A., 1941. P. 95.)

²⁹⁹*È chiaro che per rispondere a questi interrogativi occorre procedere a un'analisi della diversa natura delle funzioni pubbliche, onde connettere ad esse quelle che sono le due fonti, tra loro alternative, di legittimazione metagiuridica: la rappresentanza politica oppure la rigida soggezione alla legge. In una prima approssimazione si può sostenere che i pubblici poteri, ove in ragione della diversità delle funzioni siano fondati su fonti di legittimazione a loro volta diverse, devono essere (o si giustifica che siano) separati, ossia attribuiti a organi tra loro indipendenti; mentre devono essere (o si giustifica che siano) divisi qualora, al contrario, svolgano le medesime funzioni o comunque sia identica la loro fonte di legittimazione. Inversamente, si può affermare che, ove in ragione della diversità delle funzioni tra due poteri si giustifichi la separazione, allora*

máxima atribuição do Estado, pois é o poder no qual o Povo se encontra representado³⁰⁰ sustentando assim como tese, a impossibilidade de existência da democracia sem aquela separação³⁰¹. Ideologia jurídica está, assumida desde o início “dell'Ottocento”³⁰².

As metamorfoses contemporâneas do Estado fazem ressurgir a velha distinção entre o poder e a autoridade e fazem com que o Legislador perca sua soberania³⁰³ pondo abaixo a ideologia da representatividade do povo via democracia representativa, a qual demonstra ser nada mais que um mito³⁰⁴.

El *legislador francés* ciertamente *quiso tomar las medidas necesarias para el Poder Judicial no se considere como legislador*; y, así, *el Código Civil* prohíbe a los tribunales el regular por vía de disposición reglamentaria (art. 5); y además limitala autoridad de la cosa juzgada a quienes fueren partes en el pleito, y al objeto y la causa de éste (art. 1651). Pero, por otra parte, el Código Civil ordena al juez fallar, bajo pena por denegación de justicia puesto que no lo autoriza a justificar una abstención fundada en la oscuridad o insuficiencia de la ley (art. 4). De esto se sigue inevitablemente que el poder del juez no depende del hecho de que haya una ley aplicable al caso, ni queda limitado por la circunstancia de que tal ley no exista. Si el texto de la ley es oscuro, entonces es necesario precisar su sentido. A comienzos del siglo XI el legislador había estima o que él era el único autorizado para interpretar la ley. Pero tal idea no pudo ser llevada a la práctica, y al fin tuvo que reconocerse la facultad de interpretación a la Corte de Casación.³⁰⁵

Com o advento das primeiras técnicas Constitucionais que formularam-se com a desenvolvimento do Estado Moderno e mais especificamente nos modelos de Estado Liberal e

devono essere (o si giustifica che siano) diverse le loro fonti di legittimazione; ove invece tra essi si giustifichi la con-divisione, allora devono avere (o si giustifica che abbiano) in comune la fonte di legittimazione. Nei sistemi parlamentari, per esempio, mentre tra potere legislativo e potere esecutivo si giustifica la con-divisione, avendo questi poteri un'unica fonte di legittimazione che è la rappresentanza popolare, la separazione tra potere legislativo e potere esecutivo da un lato e potere giudiziario dall'altro esclude la con-divisione delle relative funzioni tra gli organi che ne sono titolari, essendo diverse le loro fonti di legittimazione: per i primi due la rappresentanza politica in funzione di interessi generali, per il terzo la rigida soggezione alla legge tramite la sua applicazione (anche) 'sostanziale' ai casi particolari. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872.)

³⁰⁰LÓPEZ, Carlos Fuentes. *El racionalismo jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. P. 232–233.

³⁰¹DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 218.

³⁰²COMADUCI, Paolo. *L'interpretazione delle norme giuridiche*. La problemática attuale. In: Interpretazione e diritto giudiziale. Vol 1. Regole, metodi, modelli. Ed. M. Bessone. P. 1-20.

³⁰³SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 189.

³⁰⁴*No cabe duda que a participación ha pasado a ser un expediente para justificar el consenso. Por ello, si el ciudadano desea expresar su disenso ¿qué puede hacer? Si vota en contra del partido mayoritario, su voto no tendrá efecto alguno; si se abstiene de votar, no está siendo reconocido como ciudadano; por ello, si no opta por una manifestación de tipo violento, su comportamiento – de acuerdo con la teoría del consentimiento tácito de LOCKE – acabará siendo interpretado como de total aquiescencia. En definitiva, no cabe más que aceptar la realidad de que este elemento configura un elemento más del mito de la democracia.* (VANNEY, María Alejandra. *Liberté y Estado*. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009. P. 375.)

³⁰⁵SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Segunda Edición. México:Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 314-315

Social, delimitando a rígida separação das funções do Estado. No qual se subalternizava de um lado os órgãos Executivos e Judiciais, e de outro dotavam o Legislativo³⁰⁶ que detinha e até a contemporaneidade detém sob sua posse a democracia representativa, que coloca mais alto o Estado de frente ao cidadão, isto é, a que marca a maior distância entre este e aquele³⁰⁷.

A produção legislativa do direito resolve-se em uma contraposição nítida entre o *conditor* e o *subditus iuris*, ou seja, entre o legislador e as partes: o primeiro, enquanto comanda, fala (donde o nome de lei) e as partes escutam. Esta idéia do dizer, na qual se exprime o comandar, encontram-se também na palavra ditador, que tem um significado diferente mas próximo do de legislador.

A característica da legislação é, pois, a soberania do legislador e a sujeição das partes; o primeiro não faz mais que falar, e estas não têm mais que escutar; o primeiro é o único sujeito ativo do comando, enquanto estas não são mais que passivas ou pacientes relativamente àquele. Ita lex esto. O direito legislativo produz-se super partes, não tanto no sentido de que o legislador está sobre as partes, como no de que as partes não intervêm, seja de que maneira for, na sua formação.

A *função legislativa* é, por isso, a mais alta função do Estado, pois é verdadeiramente a que coloca mais alto o Estado de frente ao cidadão, isto é, a que marca a maior distância entre este e aquele. É uma função puramente jurídica, no sentido de que não se realiza de outro modo que não seja produzindo direito.³⁰⁸

Justifica-se à baliza quanto à atividade dos Juízes frente ao Decreto 16-24 de agosto de 1790 editado na França, pois foi elaborado pela Assembleia Legislativa com o intuito de assegurar o respeito à Lei. Deixava clara a proposta que os Juízes deveriam aplicar estritamente a Lei, assim não deveriam adentrar em questões de aspecto Legislativo, limitando desta fora a interpretação judicial. Embora parecer a proposta do Decreto atual naquela época, as limitações e restrições já encontravam-se nas Compilações Romanas, pois às Grandes Codificações mantiveram-nas³⁰⁹.

³⁰⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Editora, 1987. P. 36.

³⁰⁷CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1942 P. 129-130

³⁰⁸CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1942 P. 129-130.

³⁰⁹*Pero antes deseo recordar que aquel pensamiento, independientemente de las condiciones y factores específicos que lo enmarcaron en el siglo XIX, ha solido presentarse a raíz de las grandes codificaciones, incluso también después de las grandes compilaciones. Así, por ejemplo, algunas de las Constituciones de Justiniano declaraban que la obra legislativa de este emperador era perfecta, prohibían todo comentario privado y reducían la función del juez a términos casi mecánicos, reservando sólo al emperador la interpretación y resolución de las dudas que pudiera suscitar el sentido de la ley. En Prusia, en ocasión de la publicación del Allgemeines Landrecht, Federico II dictó ordenanzas análogas a las de Justiniano, las cuales fueron después repducidas en esa codificación. Tales disposiciones restringían las facultades de los jueces. En Austria, el emperador José II dictó en 1786 una disposición análoga. En Francia el decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790 trató de evitar que el Poder Judicial invadiese la esfera que se consideraba propia del Poder Legislativo y que se apartara en la más mínimo de la estricta aplicación literal de la ley. Con tal finalidad, reservaba celosamente a la Asamblea Legislativa el derecho de interpretar la ley, limitando de ese modo lo libertad de la interpretación judicial. Dicho decreto, para servir a tales propósitos, creaba además la institución del réferi, legislativo, no sólo facultando a los jueces para remitir al legislador la resolución de una cuestión jurídica, que apareciese dudosa desde el punto de vista de los textos legales, sino además exigiendo que así lo hicieran en ciertos casos, cuando por causa de la existencia de contradicciones entre diferentes sentencias sobre el mismo tema, surgiese una grave duda. Todo eso se hacia cuando aún no había un Derecho codificado, pero a la vista de una codificación que ya se veía inminente para el próximo*

O Legislador tomou tal medida, sim para evitar que o Judiciário não venha a legislar³¹⁰ negativamente, junto com o referido Decreto elaborou também junto a Assembleia Legislativa a Reforma Judicial, assim organizando o Tribunal de Cassação, pelas leis de 27 de novembro e de 1º de dezembro de 1790³¹¹.

Demonstra-se ainda, que nos primeiros textos Constitucionais Franceses que datam de: 1791, 1814 e 1958, não evoluem nem ressignificam o paradigma da separação dos poderes, pois mantiveram tais textos o termo Poder Judicial, apresentando este como um fator histórico altamente relevante, pois antes disso, o Órgão era apenas chamado de Ordem Judiciária, Função Judiciária e Autoridade Judiciária, que por fim, não passavam a real importância que detém tal Poder.

Já no que tange a denominação “juiz” vem a surgir do apelo popular ocorrido em 1799, sendo que, o primeiro que utilizou tal denominação foi Napoleão. Esta questão é tão sensível, que alguns historiadores dizem que o fato mencionado serviu de elemento propulsor, fazendo com que viesse ocorrer o apoderamento dos Juizes pelo Poder Executivo³¹².

Pela pequena amostra evolutiva, em que em determinado momento considerou tratar o Judiciário como assim fossem um Poder instituído sob o manto Constitucional, mas mesmo considerado como Poder, muitos continuavam o chamando de Órgão de Justiça, sendo que, se considerado Órgão de Justiça, este demonstra-se como um sentido pejorante de que assim fosse um local de descanso do Poder, da Religião ou dos Costumes, tendo assim, a sua função

futuro. (SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 190-191.)

³¹⁰SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 314-315.

³¹¹*La Asamblea constituyente francesa, con el fin de asegurar el respeto a la ley, mediante una superior fiscalización, completó la reforma judicial organizando el Tribunal de Casación, por las leyes del 27 de noviembre y de 1º de diciembre de 1790. La función del tribunal de Casación consistía meramente en la vigilancia estricta y severa del mecanismo judicial en aplicación de las leyes. El artículo 1º decía: se establecerá un Tribunal de Casación cerca del Cuerpo Legislativo. Es decir, se intentaba que el Tribunal de Casación no formase parte propiamente del Poder Judicial, sino que fuera algo separado de éste y con un rango superior a éste, algo así como una prolongación del Poder Legislativo, del cual recibía un mandato para vigilar, fiscalizar o inspeccionar la aplicación de la ley. Aparte de otras cuestiones de importancia menor, la misión principal del Tribunal de Casación era la de anular toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley. Se prohibía formalmente al Tribunal de Casación conocer del fondo del asunto; y se especificaba que no debía casar, anular una sentencia, nada más que cuando ésta contuviese una infracción flagrante de la ley.* (SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 191-192.)

³¹²BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia*: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 3

simbólica pouco solicitada. Este papel está adormecido numa sociedade saturada de sentidos como a sociedade tradicional, na qual a justiça se limita a apaziguar os conflitos³¹³.

Somado isso a Revolução Francesa de 1798, que havia proclamado o ideal de uma separação rígida dos poderes estatais (*la teoría visa sustituir el equilibrio de autoridad y potestad por medio de la separación del poderes*³¹⁴), um ideal profundamente diferente daquele da teoria³¹⁵ elaborada pelos Norte-Americanos, que usam-se da separação dos poderes chame-se de divisão dos poderes, formulada com as primeiras Constituições que nasceram com o ideário iluminista, mas os mesmos por serem “utilitaristas” no sentido de serem mais práticos, calcados em um direito costumeiro reformulam a técnica, chamando-a de *check and balances*.

Cappelletti aproxima a separação e a divisão de poderes, dizendo, que: A França forneceu, provavelmente, o exemplo mais influente e antigo deste desenvolvimento, exemplo que remonta já a segunda metade do século passado. É sabido que a Revolução Francesa havia proclamado o ideal da rígida separação dos poderes, ideal cuja profunda diferença, em relação à doutrina americana de *check and balances*, nunca se poderá sublinhar suficientemente³¹⁶.

Importante destacar que a Suprema Corte³¹⁷ existiu diante do ordenamento Americano, desde a fundação de sua Confederação, sendo atribuído à função de controlar a constitucionalidade das leis, e de acolher as reclamações dos particulares lesionados por lei(s) inconstitucional(is).

³¹³GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 209.

³¹⁴*En la teoría política de la Edad Moderna, que parte del Estado como una realidad insoslayable, ya se encuentra confusamente sintetizados los conceptos de potestad y autoridad. Para resolver el problema que ello produce, la teoría política ha pretendido sustituir el equilibrio de autoridad y potestad por medio de la división de poderes: contraponen poderes entre si, para que cada uno sirva de freno al otro. Evidentemente, la necesidad de una moderación del poder está en la misma naturaleza de las cosas; sin embargo, los poderes divididos artificialmente no pueden actuar como moderadores independientes por la simple razón de que se trata de un mismo poder que existe dividido sólo teóricamente y de modo abstracto, y no de diferentes poderes que se limitan. D'ORS considera que con este método se intenta constituir una colegiabilidad en la potesta.* (VANNEY, María Alejandra. *Liberté y Estado*. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Aranzandi S.A., 2009. P. 107.)

³¹⁵CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 231.

³¹⁶CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Frabris, 1993. P. 48.

³¹⁷Quanto ao tema referente à Suprema Corte Norte-Americana em análise juntamente com a Brasileira faz importante pesquisa Jobim, ver: JOBIN, Marco Félix. *O que Marbury v. Madson tem a ver com o Controle de Constitucionalidade de leis na Constituição da República Federativa do Brasil?*. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIN, Marco Félix. *Controvérsias Constitucionais Atuais*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2014. e JOBIN, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013.

Compreende-se que a competência que era atribuída a Suprema Corte sobre a conformidade das leis com os princípios fundamentais do Estado, não tem nada em comum com a função própria do Tribunal de Cassação, que consistia em controlar o modo com que as leis são observadas e aplicadas pelos juízes³¹⁸.

*... nell'esperienza americana, sia statunitense che latino-americana, la rappresentatività politica, diretta o indiretta, è tendenzialmente un connotato di tutti i poteri, incluso quello giudiziario; in essa inoltre, mentre il potere legislativo e quello esecutivo sono tra loro separati, non potendo l'uno sfiduciare o sciogliere l'altro, il potere giudiziario – in contrasto con la classica separazione montesquieviana – è condiviso organicamente con altri poteri nella misura in cui giudici o pubblici ministeri sono eletti dal medesimo elettorato da cui sono eletti i membri degli organi legislativi o di governo, oppure sono da questi direttamente nominati.*³¹⁹

A separação de poderes idealizada e cunhada nas primeiras técnicas Constitucionais como limitação dos poderes encontra-se proficuamente arquitetada com a primeira Constituição Francesa, assentando-se em uma rigidez incalculável, formando assim uma conceituação negativa, orgânica, abstrata e formal do Poder Judicial, no sentido em que os atos são aí definidos não pelo seu conteúdo, carácter ou matéria sobre a qual incidem, mas principalmente pela forma através da qual são exercidos e pelo órgão do qual emanam³²⁰.

... nelle forme di governo parlamentare, come per esempio quella italiana, tra potere legislativo e potere di governo – in contrasto di nuovo con la dottrina di Montesquieu – c'è piuttosto con-divisione sia organica che funzionale che non separazione, essendo il governo sottoposto alla fiducia e al controllo del parlamento, che può esprimergli la sfiducia, e il parlamento al potere di indirizzo politico del governo e a quello di scioglimento, condiviso a sua volta dal presidente della

³¹⁸Concediendo una extraordinaria transcendencia a esta analogía absolutamente exterior entre un instituto inglés y el instituto creado por la Revolución francesa alguien afirmó de una manera terminante que el Tribunal de Casación debe su origen al ordenamiento judicial de Inglaterra, puesto que, correspondiendo a la Cámara de los Lordes juzgar en última instancia de los recursos contra las sentencias de los tribunales inferiores, basadas sobre un error in law (véase, más adelante, cap. XXVIII), se encuentra en ello el primer ejemplo típico de un control ejercido por el poder legislativo sobre el poder judicial, al objeto de impedir que los jueces se salgan de la órbita de su oficio. Pero, en realidad, el recurso de casación del ordenamiento francés, desde su nacimiento, nada tuvo de común con la appeal inglesa a la Cámara de los Lores, en la cual no se encuentra ni siquiera la huella de aquella finalidad Política de nomofilaquia que constituyó en Francia la razón de ser del instituto: en efecto, el oficio de tribunal supremo se atribuye en Inglaterra a la Cámara de los Lores, no en cuanto la misma es un órgano legislativo, sino en cuanto constituía históricamente el greit covncil dei soberano, al cual corresponde, como a juez supremo, dictar la última sentencia sobre las controversias ya decididas por los jueces inferiores y la appeal a la Cámara de los Lores no es un recurso al órgano legislativo para advertirle que el poder judicial se ha negado a obedecer la ley, sino que es simplemente, como demuestran también las fórmulas que el recurrente debe emplear ante este consejo una reclamación dirigida, en el puro interés de la justicia, al soberano, fuente de toda jurisdicción. (CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial biblogáfica Argentina, 1945. P. 32-33).

³¹⁹FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872.

³²⁰GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas*: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 188-189.

Repubblica e dal presidente del Consiglio; laddove il *potere giudiziario è separato dagli altri poteri, essendo i giudici titolari in via esclusiva della funzione giudiziaria*, nominati per concorso e sottoposti soltanto alla legge nonché, per quanto concerne la loro carriera, a un organo di autogoverno. Senza contare le soluzioni intermedie e le innumerevoli varianti che nei diversi sistemi contrassegnano le forme così della rappresentanza politica come della divisione e della separazione.³²¹

Crucial alertar que pelo instituído nos primeiros modelos de Estado de Direito e por derradeiro em seus textos Constitucionais (Liberal e Social) a Jurisdição foi neutralizada politicamente³²², exclui-se desta forma a participação do juiz para com a produção do direito, sendo mais específico, pela produção da legislação³²³. Isso não significa que a atividade de criação judicial estivesse condenada à ineficácia em questões de transformação do Direito, sobretudo em áreas nas quais o Poder Legislador demonstra ser relativamente inativo³²⁴ o Poder Judiciário toma espaço e torna-se ativo.

De tudo isso, resta comprovado que por não poderem ser *responsabilizados politicamente* pelas consequências refletidas por suas decisões, os Juízes-Tribunais ficam excluídos da participação na ação política que é totalmente direcionada à formação da legislação, mas por consequência lógica encontram-se favorecidos pela sua ativa participação na transformação do Direito³²⁵.

O problema essencial do poder está radicado em sua separação, mais especificamente se ela incide em somente um, ou em dois destes poderes, assim podendo controlar as excessivas usurpações do terceiro. Pois, seja qual for o poder - não é apenas o que se é como poder constituído, mas também uma autoridade sobre os poderes vizinhos que pretendem

³²¹FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 869-872.

³²²LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. In: Revista Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. P. 152.

³²³È dunque solo la terza tesi, la dottrina della separazione dei poteri in senso stretto – beninteso, in combinazione con la prima, la teoria della distinzione dei poteri – a escludere la partecipazione dei giudici alla legislazione: a escluderla, beninteso, come dottrina (normativa), come tesi che afferma – non che i giudici non producano diritto, bensì – che i giudici non debbano produrlo. È questa dottrina della separazione dei poteri in senso stretto che, nella sezione conclusiva di questo lavoro, verrà confrontata con la teoria giusrealista della produzione giudiziale di diritto, al fine di avviare a soluzione la nostra contraddizione fondamentale. Prima di procedere a tale confronto, peraltro, occorre esaminare l'altro corno del dilemma: appunto, la teoria giusrealista dell'interpretazione. (BARBERIS, Mauro. *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*. In: Analisi e Diritto 2004, a cura di P. Comaducci e R. Guastini. Torino, 2014. P. 4-5)

³²⁴LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. In: Revista Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. P. 152.

³²⁵LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. In: Revista Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. P. 152.

julgar via decisão política. É justamente o que não vem a ser natural para qualquer poder, é que este pretenda se constituir em autoridade³²⁶.

Demonstra-se em um primeiro momento a separação dos poderes, assim *transacionando-se* para com a divisão de poderes, note-se que das teorias de organização dos poderes: a separação de poder é uma figura organizativa oposta aquela de divisão de poderes, é aquela excludente desta última³²⁷.

Para, que assim possa-se adentrar mais que especificamente no que se refere à divisão de poderes em que anteriormente demonstrou que tem como seu nascedouro os Estados Unidos da América pela ampla influência da Inglaterra. Ocorre a partir desta análise um forte deslocamento em benefício ao Poder Judiciário por diversos fatores³²⁸.

Diante das Constituições Democráticas Contemporâneas erigidas pelo Estado Democrático de Direito que encontram como norma de reconhecimento a representação política^{329, 330} fortalecendo a teoria da divisão dos poderes construída pelo modelo Norte

³²⁶ *La teoría de la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, surgió como tácita para evitar la tiranía y asegurar la libertad del súbdito; sin embargo, dice D'ORS, nunca ha funcionado. Su problema radica en que si el poder está dividido para que uno o dos de esos poderes puedan controlar las excesivas usurpaciones del tercero, dicho poder – el que sea – es no sólo lo que es como poder constituido sino, además, una autoridad sobre los poderes vecinos que pretende juzgar. Y, justamente, lo innatural de cualquier poder es que pretenda constituirse en autoridad.* (VANNEY, María Alejandra. *Libertad y Estado*. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009. P. 370-372.)

³²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 867.

³²⁸ Entrementes, as relações de poder sofreram um deslocamento fundamental e duradouro em benefício do Poder Judiciário. *Um primeiro* fortalecimento está contido no aperfeiçoamento imanente do Estado de direito em Estado judicial e de recursos processuais. Hoje, os tribunais, por assim dizer, têm competência para quase qualquer ação. Na condição de tribunais de contenciosos administrativos, previdenciários e fazendários, eles também têm competência para o Poder Executivo. *Um segundo* fortalecimento é devido ao desenvolvimento do Estado de bem-estar social. Como o Executivo não aparece aqui armado com a espada, mas com a cornucópia, ou seja, com os recursos do erário público, ficando sujeito a regras detalhadas nas suas prestações de serviço, viu-se consideravelmente reduzido o poder do Executivo de moldar a sociedade. *Em terceiro lugar*, "o poder de comando no erário público" perdeu o seu poder de moldar, em parte devido aos custos salariais e previdenciários, juridicamente vinculantes, em parte por causa do elevado nível da dívida pública, *não em último lugar* em virtude do fato de a cota de participação do Estado no Produto Social Bruto ser muito elevada. E o poder do Judiciário aumenta onde o poder do Executivo e do Legislativo diminui. Na medida em que tais fortalecimentos do poder do Judiciário servem ao Estado de direito, resulta um quarto fortalecimento de uma timidez que o legislador manifesta na regulamentação de determinadas áreas e por meio da qual ele se enfraquece desnecessariamente. Especialmente no direito trabalhista o Judiciário se converteu, por assim dizer, em legislador supletivo. *Um quinto* fortalecimento do poder, desejável em termos de teoria da justiça, reside no direito do indivíduo de recorrer contra intervenções inconstitucionais do poder estatal ao tribunal constitucional ou ao Superior Tribunal Federal, e.g., apresentando recursos de inconstitucionalidade. No entanto, *um sexto acréscimo* de poder, especialmente relevante, não é destituído de problemas: refiro-me ao direito de um tribunal constitucional ao controle abstrato das normas, rejeitado por sociedades democráticas, como a da Grã-Bretanha, da Suécia e da Suíça. Mesmo onde um tribunal é investido da competência de decidir sobre a compatibilidade de leis com disposições constitucionais, ele deve submeter-se ao "etos da autovinculação" e restringir-se a uma segunda interpretação controladora. Não tendo competência para decidir acerca de inovações políticas, ao tribunal constitucional só pertence averiguar se o legislador se atém à Constituição. (HOFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: Edipuc, 2003. P. 69-70).

³²⁹ *Diremo quindi che una costituzione democratica ha come norme di riconoscimento la rappresentanza politica, la divisione e la separazione dei poteri istituiti dalle sue norme formali, nonché l'autodeterminazione*

Americano, que com o passar das décadas ganhou nova (re)significação, desprendendo-se do modelo tradicional e rearticulando-se pelo desenvolvimento de uma função substancialmente política, impulsionada por renovadas relações entre o Poder Judiciário e os outros Sujeitos e Poderes Institucionais, colocando-se em uma posição naturalmente subordinada em relação aos Poderes Representativos³³¹.

Dos órgãos de soberania que compõe o poder do Estado, o mais vulnerável, o mais exposto às vicissitudes e franquear da organização política, o mais sujeito a reparos, nem sempre justos, é, por sem dúvida, o Poder Judiciário.

Chave de todos os equilíbrios sociais suscetíveis de afiançar a estrutura de uma sociedade livre, aberta e democrática, acha-se ele, todavia, no centro de umas das piores crises que estão a convelir o principio da separação de poderes.³³²

Concluí-se, que: *el juez vive sumergido en la política*^{333, 334, 335}.

delle situazioni disponibili della sfera privata; mentre ha come ragione sociale la garanzia dei diritti di libertà e dei diritti sociali stipulati come vitali dalle sue norme sostanziali. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 894.)

³³⁰ *Constituye éste un tema clásicamente orsiano, pues la juridificación de lo político tiene lugar cuando la potestas asume la auctoritas, sea de modo directo o indirecto, pero con un idéntico fin: conseguir que la administración de justicia actúe bajo los dictados de quien ostenta el poder político, de que el que sabe se ponga al servicio de quien manda dando lugar a una tecnocracia.* (VANNEY, María Alejandra. **Libertd y Estado**. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009. P. 133.)

³³¹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P.32.

³³² BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. P. 73

³³³ ***En el sistema de la creación judicial, el pasaje de la política a la sentencia es inmediato y directo; el juez vive sumergido en la política.*** *En el sistema de la creación legislativa, o de la "legalidad", entre la política y el juez está de por medio la ley. También en este caso el derecho es un producto depurado y, por así decirlo, cristalizado, de la política, pero este proceso de depuración se desarrolla en dos tiempos: la primera fase es legislativa, y posteriormente viene la judicial. Las fuerzas políticas desembocan todas, como un torrente impetuoso que presiona la rueda de un molino, sobre los engranajes de los órganos legislativos; es en el Parlamento donde el choque de la política se aquieta en las leyes. En su trabajo de transformación de la política en derecho, el legislador no toma en consideración el caso particular, la lite ya surgida y preanunciada, el acto del conflicto individual, sino que se coloca en un plano más alto que el de los episodios individuales, apreciando a distancia los intereses colectivos siguiendo desde lo alto, como en un panorama, la dirección y el movimiento progresivo de las corrientes sociales. (...) Por tanto, se observa cómo en esta configuración todo el trabajo del juez es puro y tranquilo. Es juez no tiene contacto directo con la política; entre él juez y la política está de por medio la muralla sin ventanas de la ley. Todas las escorias de la política, todo lo que la política tiene de impuro y desagradable, no llega a las manos del juez, que encuentra sobre su escritorio las pequeñas obras de orfebrería lógica formuladas por las leyes, pulidas y depuradas, ignorando el fango que ha sido necesario remover para encontrar el metal y el fuego indispensable para fundirlo en el crisol.* (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 69-70 e 72).

³³⁴ *D'altro canto è puramente convenzionale e largamente approssimativo, il carattere politicamente rappresentativo delle funzioni di governo. Altrettanto si dica del carattere cognitivo delle funzioni di garanzia sul quale si fonda la loro separazione e indipendenza dalle funzioni di governo. Né tanto meno può parlarsi di chiare ed effettive garanzie per tutti i diritti fondamentali stipulati come vitali. Questo vuol dire che se assumiamo come parametro la nostra definizione, dovremo sempre parlare, a proposito dei concreti ordinamenti, anziché di 'democraticità', di grado di democraticità, con riguardo al grado di separazione, di divisione e di rappresentatività delle pubbliche funzioni, nonché alla quantità, alla qualità e al grado di effettività dei diritti vitali costituzionalmente stipulati. È in questo insieme di diritti che può in ogni caso identificarsi la sfera pubblica nel senso qui definito, disegmata e prodotta dalle norme sostanziali di una*

Somado a isso, apresentará às dimensões formal e substancial da democracia, sendo que o sua dimensão material encontra-se sujeita à ordem normativa, e em especial nas Constituições Democráticas^{336, 337}, e tem como consequência, em seu papel de garante dos direitos fundamentais estabelecidos normativamente, em que é expressada por sua razão social refletida na garantia de justiça³³⁸, apresentando como fundamentos: de legitimação da jurisdição e de independência do Poder Judicial, frente aos demais poderes: legislativo e executivo³³⁹.

costituzione democratica. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris.** Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 894-894.)

³³⁵*El primer resorte para que el juez replantee su labor es que abandone el falso punto de referencia de una tarea técnica, y tenga lucidez y el arrojo de enmarcarse en el espejo de la función política que su tarea cumple; para ser consciente de ella y, en su caso, someterla a crítica. Esto necesita de apoyo de una tarea de crítica teórica del legalismo, que está e buena parte por hacer.* (OLLERO, Andres. **Interpretacion del Derecho y Positivismo Legalista.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 188.)

³³⁶*Se la dimensione formale della democrazia costituzionale è espressa dalle sue norme di riconoscimento, la dimensione sostanziale è espressa dalla sua ragione sociale: la quale, al pari della ragione sociale dettata dallo statuto di qualunque altra istituzione, è un insieme di meta-norme sostanziali poste a garanzia di aspettative stipulate a loro volta da norme sostanziali. Nella democrazia costituzionale, si è visto, queste aspettative sono i diritti fondamentali: i diritti di libertà, nella cui garanzia risiede la dimensione liberale, e i diritti sociali, nella cui garanzia risiede la dimensione sociale della democrazia. «La dichiarazione dei diritti contiene le obbligazioni dei legislatori», dice l'art. 1 della seconda parte della Costituzione francese del 1795, qui formalizzato dalle tesi. E queste obbligazioni altro non sono che i limiti e i vincoli fondamentali nei quali consistono, rispettivamente, le garanzie dei diritti di libertà e quelle dei diritti sociali.* (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris.** Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 926.)

³³⁷*In tutte le costituzioni democratiche moderne è proclamata, coe essenziale garanzia di giustizia, la indipendenza dei giudici e della magistratura. Nei regimi totalitari il giudice non è indipendente: è un organo politico, è uno strumentum regni. L'indipendenza del giudice può assumere il suo pieno significato soltanto nelle democrazie fundante sul principio della separazione dei poteri.* (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche.** Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 651.)

³³⁸*La più classica e importante delle funzioni di garanzia è certamente quella giurisdizionale, che svolge un ruolo centrale, quale funzione di garanzia secondaria, nella vita del diritto. Si tratta infatti di una pubblica funzione, la cui previsione e organizzazione appartengono a quella che più oltre chiamerò la «dimensione formale» della democrazia costituzionale, ma che al tempo stesso, consistendo nella garanzia secondaria dei diritti fondamentali in essa stabiliti, è il principale fattore dell'effettività di quella che chiamerò la sua «dimensione sostanziale». Della giurisdizione è ora possibile formulare una definizione sufficientemente esplicativa. Disponiamo infatti di tutti i concetti a tal fine necessari: funzione giudiziaria, garanzia secondaria, accertamento, annullabilità e annullamento di atti invalidi, responsabilità, condanna e sanzione di atti illeciti e, per altro verso, applicazione formale e sostanziale, conformità e sussunzione, interpretazione operativa e prova. Sappiamo inoltre che la funzione giudiziaria consiste nella garanzia secondaria dell'annullabilità degli atti invalidi e della responsabilità degli atti illeciti, ossia nell'obbligo in capo ai giudici di pronunciare l'annullamento dei primi e la condanna per i secondi. Possiamo perciò identificare la giurisdizione con l'esercizio di tale funzione. Precisamente, possiamo definirla come l'esercizio della funzione giudiziaria che, ove accerti un atto invalido o un atto illecito, consiste nell'annullamento del primo o nella condanna del secondo in applicazione, quali norme secondarie sulla sua produzione, delle stesse norme da essi violate.* (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris.** Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 879-880.)

³³⁹*Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos.* (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías:** La Ley del más débil. 4ª Edición. Editorial Trotta, 2004, pág. 26-27.)

Pois tal aspecto aludido refere-se a dimensão material da democracia, veja-se que de outro lado, demonstrar-se-á a dimensão formal da política, que cinge-se em duas formas, a primeira é a política, que corresponde è assicurata “*dalla legittimazione rappresentativa delle funzioni di governo, affidate asoggetti eletti tramite l’esercizio di quei diritti fondamentali che sono i diritti politici, non ché dalla loro interna divisione e dalla loro separazione dalle funzioni di garanzia, legittimate invece dalla rigida applicazione, non solo formale ma anche sostanziale, della legge*”, e a segunda é cível, que “*è invece assicurata dall’affidamento al solo esercizio dei diritti civili di autonomia della disponibilità delle situazioni appartenenti alla sfera privata*”³⁴⁰. E ainda, tal legitimação também se encontra em sua confiabilidade³⁴¹. Faz-se a cisão entre dois tipos de divisão: sendo uma, a divisão orgânica, e a outra a funcional³⁴², pois não se adentra ao mérito das mesmas.

³⁴⁰*La dimensione politica è assicurata dalla legittimazione rappresentativa delle funzioni di governo, affidate asoggetti eletti tramite l’esercizio di quei diritti fondamentali che sono i diritti politici, non ché dalla loro interna divisione e dalla loro separazione dalle funzioni di garanzia, legittimate invece dalla rigida applicazione, non solo formale ma anche sostanziale, della legge. La dimensione civile è invece assicurata dall’affidamento al solo esercizio dei diritti civili di autonomia della disponibilità delle situazioni appartenenti alla sfera privata.* (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 926.)

³⁴¹*Et si les parlementaires tiennent leur légitimité du suffrage, les juges, eux, tiennent leur légitimité du respect et de la confiance que suscitent leur indépendance, leur courage, et la fermeté et la dignité de leur attitude. Un parlementaire qui cesserait d’être élu perdrait sa légitimité de législateur ; un magistrat qui cesserait de susciter le respect et la confiance ensuite de la perte de son indépendance, de son courage ou de la fermeté et de la dignité de son attitude perdrait sa légitimité de juge. Raymond de Ryckère a tiré de cette théorie des conclusions pratiques du plus haut intérêt pour le droit constitutionnel et pour le droit des relations entre l’ordre juridique de la Puissance occupante et celui de l’État occupé.* (CANIVET, Guy. **Activisme judiciaire et prudence interprétative**. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/publications_2201/prudence_interpretative_9936.html>. Acessado em: 25-03-2013.)

³⁴²*La seconda norma di riconoscimento della democrazia costituzionale, dopo il principio della rappresentanza politica, è dunque quella specifica forma di distribuzione che è la divisione del potere, non a caso esclusa, non meno della soggezione del sovrano alla legge, dalla dottrina hobbesiana dello stato assoluto. Come si ricorderà, ho a suo tempo distinto due tipi di divisione: la divisione organica, consistente nel fatto che i titolari di una pubblica funzione sono designati da altri funzionari, e la divisione funzionale, consistente nel fatto che gli atti precettivi con cui la funzione è esercitata sono commessi collettivamente da più funzionari e/o da funzionari diversi da quelli che compiono uno o più atti ad essi strumentali. È chiaro che ambedue questi tipi di divisione generano una forma di interdipendenza tra i soggetti titolari di una medesima funzione. La divisione organica determina gradi più o meno intensi di dipendenza soggettiva a seconda che comporti o meno, in capo a taluno dei funzionari tra i quali la funzione è divisa, il potere di revoca oltre che di nomina degli altri. La divisione funzionale, cui può aggiungersi o meno quella organica, consiste a sua volta in gradi diversi di interdipendenza oggettiva, a seconda che consista nel concorso di più persone nell’esercizio de medesimo potere o nel potere di un funzionario di autorizzare, oppure di istruire, oppure di approvare, oppure di riformare il provvedimento di un altro. Tutti i poteri pubblici – possiamo ben affermare – sono almeno funzionalmente divisi, se non altro grazie alla forma del procedimento (legislativo, o amministrativo o giudiziario) illustrata nel § 9.5 e richiesta di solito dalle norme formali sulla produzione degli atti precettivi che ne sono esercizio. In tutti i casi la divisione del potere, sia essa organica o funzionale, è finalizzata al controllo, formale o sostanziale, della validità o dell’opportunità dei provvedimenti con cui le funzioni divise sono esercitate.* (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 2 Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 194-196.)

Na atualidade o balanceamento de poderes³⁴³ (*check and balances*) entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário, não somente são compatíveis com a produção judiciária do direito, mas sim, exige, a rigor, a participação de juízes para com a função legislativa. A participação especificamente no que diz respeito à legislação negativa por parte das funções judiciais foi registrada quando da possibilidade da interpretação judiciária como fonte supletiva da lei (não do Direito), que surgiu na Inglaterra, com o *commow law* e, em seguida, nos Estados Unidos, mesmo com à revisão judicial³⁴⁴.

Este marco histórico fez com que houvesse uma crescente intervenção dos órgãos do Poder Judiciário no processo legislativo poder-se-ia denominar de ativismo dos órgãos jurisdicionais³⁴⁵.

A divisão dos poderes³⁴⁶ abrange todos os aspectos de interesse público³⁴⁷, sejam tais: interesses de governo ou de garantia, e respondem ainda a exigência de que todo ato de poder

³⁴³*Strutturalmente diversa, perché affidata alla forma del procedimento, è la divisione del potere inter-organica, cioè tra organi diversi, taluno dei quali è competente all'emanazione dell'atto precettivo o decisionale, mentre altri sono competenti all'emanazione dei suoi atti strumentali, come l'autorizzazione, il nulla osta, i pareri, la ratifica, l'approvazione, la conferma, l'annullamento e simili. Qui le ragioni della divisione funzionale sono le più diverse: non solo quelle del controllo, sia esso di forma o di sostanza, preventivo o successivo, dell'operato di un organo da parte di un altro, ma anche quelle della valutazione, o dell'ausilio o dell'avallo tecnico, oppure del coinvolgimento e del bilanciamento di interessi pubblici diversi.* (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 2 Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 197-198.)

³⁴⁴*La seconda tesi, la dottrina (normativa) del bilanciamento fra organi legislativo, esecutivo e giudiziario, non solo è compatibile con la produzione giudiziale di diritto, ma richiederebbe, a rigore, la partecipazione dei giudici alla funzione legislativa. Tale partecipazione, del resto, si era data più volte prima di Montesquieu, e continuerà a darsi anche dopo: sul Continente, con la registrazione delle leggi da parte dei Parlaments e con l'interpretatio giudiziale come fonte suppletiva della lex; in Inghilterra, con il common law e poi, negli Stati Uniti, anche con il judicial review of legislation. Va appena notato che il controllo di legittimità costituzionale ha avuto origine proprio negli Stati Uniti: ossia proprio nel sistema costituzionale che più direttamente si è ispirato alla dottrina montesquiviana del bilanciamento dei poteri.* (BARBERIS, Mauro. *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*. In: *Analisi e Diritto* 2004, a cura di P. Comaducci e R. Guastini. Torino, 2014. P. 4-5)

³⁴⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. *Judicialização da Política*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>>. Acessado em: 26-05-2008.

³⁴⁶*La division de poderes significa, en primer lugar, una diversificacion de funciones. El Régimen se diversifica según que dé ordenanzas generales o aun concretas (órdenes) y las eecute o que, por último, las interprete y aplique a fin de resolver controversias. La division de poderes, dentro del Régimen único, significa, en segundo lugar, una independencia relativa del contenido de cada uno de ellos del los otros dos. Los mandamientos del poder legislativo no determinan con univocidad su especificacion y ejecucion por el poder administrativo, ni tampoco su interpretacion y aplicacion em atencion a controversias por el poder judicial. El juez no es meramente "la boca de la ley", coforme opinaba Montesquieu, ni es tampoco la administracion, meramente su brazi. Se trata más bien de trizillizos siameses que, aunque indisolublemente unidos entre si, poseen, sin embargo, personalidades independientes. La division de poderes, en tercer lugar, postula la mutua independencia de los tres grupos de personas (legisladores, administradores y jueces) que los encarnan. La division de poderes, com especial consideracion del poder administrativo, lo somete, pues, tanto a la legislacion (principio de la legalidad de la administracion) como a los tribunales, sea a los tribunales ordinarios, sea a tribunales especiales de lo contencioso-administrativo. En este último aspecto recordamos la reciente ley espanola de la urisdiccion contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. Tambien urge destacar que la division de poderes exige el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Este reconocimiento se ha abierto brecha paulatinamente contra doctrinas adversas, como la anglojasona, condensa en e adagio: The king can do no wrong. Menionamos, en Francia, el Arrél Blanc de 1873; en Alemania, el art.*

esta sujeito a cooperação e ao controle, ou a revisão, e a revogação ou recurso ou anulação em razão da (il-)legitimidade ou (in-)oportunidades. Portanto, a divisão (mesmo) poder entre indivíduos diversos, tem o fim de assegurar o controle e - ou a cooperação mútua. Pode-se afirmar que a articulação do poder, em virtude do qual, graças aos controles recíprocos e dos contrapesos e do balanceamento, a competência entre uma única e mesma função é dividida entre instituições ou organismos e-ou diferentes funcionários, a fim de delimitar o poder de um para o outro³⁴⁸.

Destaque-se, que as técnicas Constitucionais Contemporâneas que se instituem na atualidade sob o manto ideológico do Estado Democrático de Direito exigem deste um maior esforço, forçando assim que tenham um caráter Ativo, superando assim aquele Estado de Direito, tanto Liberal quanto Social, ambos nascidos sobre postulados do contrato social, que dimensiona a política na democracia representativa, já superada por uma democracia participativa, pois tal, encontra como guarida a Jurisdição, pois nasce com este advento, três legisladores, sendo o mais relevante, o legislador de terceiro grau, que é aquele mesmo juiz legislador.

Neste norte, Bonavides engenha tal ideário conceituando os três legisladores, em: legislador de primeiro, segundo e terceiro grau, melhor ensina, que:

Um *legislador de primeiro grau* que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima.

A seguir, deparar-se-nos, em escala de verticalidade, o *legislador de segundo grau*, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar esse múnus constitucional recense a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares.

Têm estas, porém, o poder de reeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante.

*131 de la Constitución de Weimar; y en España, el art. 121 de la ley sobre expropiación del 16 de diciembre de 1954 y los arts. 40 e 41, Ley de régimen de la Administración del Estado de 1957. En la Argentina se inició la buena tesis por la Corte Suprema a partir del caso Devoto, Tomás (S. 22, IX, 1933, en ur. Arg. T, 43, pags. 416 a 420). (GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción al Derecho** (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar. P. 128-129.)*

³⁴⁷O Interesse Público: são todos os valores pelos quais a sociedade se assenta. GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes em Derecho Privado Positivo*. 2ª Ed.. Madrid: Editora Reus SA., 1925.

³⁴⁸FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. P. 194-196 e 864.

Enfim, deparar-se-nos o *legislador de terceiro grau*, no estreitamento do funil normativo, a sabe, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes.³⁴⁹

A sociedade pela sua natural evolução-transformação busca a superação da rígida separação dos poderes, colocando assim o Poder Judiciário no “*loco*” ou “centro” da discussão democrática.

Deste modo, ressignifica-se o Poder Judiciário institucionalizado pelo Pacto Constituinte para que este venha a fazer *jus* ao termo “Poder”, frente à organização Estatal, pois da procura pelo Jurisdicional, ocorre o deslocamento, que gera uma crise estatal que: “*significa básicamente crisis de la soberanía estatal, que se manifiesta en la dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales*”³⁵⁰.

Neste contexto, ocorre um processo gradual e visível de condução da Legitimidade do Estado³⁵¹ que vem a revelar especialmente em seus movimentos e transformações entre às figuras discursivas da Instituição da Lei e da implementação do Direito³⁵² pelo Poder Judiciário que cria assim um ambiente de expectativas positivas elevadas à seu respeito, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver³⁵³. do Juiz-Tribunal Juiz-Tribunal.³⁵⁴

Aparece o Juiz-Tribunal como autentico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico³⁵⁵, pois diante do representante jurisdicional encontra diante de si o homem vivo, enquanto que o homem do legislador, infelizmente é uma marionete. É somente com o

³⁴⁹BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editora, 2001. P. 21

³⁵⁰FERRAJOLI, Luigi. *Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en las crisis del Estado Nacional*. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 110

³⁵¹SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 18.

³⁵²COLSON, Renaud. *La Fonction de Juger. Étude historique et positive*. Volume n. 29. Version 1. Presses Páris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 246.

³⁵³SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 18.

³⁵⁴*A la jonction de l'histoire de la justice et de la science du droit, cette recherche s'inscrit dans une démarche herméneutique qui vise à rendre compte du sens de l'office du juge en observant cet objet de discours savants dans une perspective diachronique. Des dogmes établis par la science juridique médiévale aux problématiques posées par la doctrine contemporaine, la fonction de juger a été objet de multiples théories. Leur étude pouvait laisser présager un affinement des concepts. Notre cheminement dans l'archive juridique révèle surtout leurs déplacements et leurs transformations dans l'entre-deux qui sépare les figures discursives de l'institution du juge par la loi et de la réalisation du droit par le juge.* (COLSON, Renaud. *La Fonction de Juger. Étude historique et positive*. Volume n. 29. Version 1. Presses Páris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 246.)

³⁵⁵DINAMARCO, Cândido R.. *Instrumentalidade do Processo*. 14ª Ed.. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. p. 232-233.

contato direto com o homem vivo e autêntico, com suas forças e debilidade, com suas alegrias e seus sofrimentos, com seu bem e com seu mal, podem inspirar essa visão suprema que é o Poder Judiciário³⁵⁶.

Para findar-se, note-se que a o Poder Judiciário firmou-se na sociedade justamente no que se refere às Constituições Democráticas, que refundaram o próprio conceito de democracia sem mesmo ter como intenção refunda-la, pois com a nova engenharia política definida pela democracia que serve esta última de elemento propulsor para com as instituições jurídicas que se renovam frente à contemporaneidade.

A democracia entendida como discurso transferencial (diálogo) revela o valor emancipatório da alteridade, mostra um sentido da autonomia como inscrição dos ideais de temporalidade e superação dos condicionantes de alienação. A autonomia como possibilidade de investir no tempo e na diferença (categorias hermenêuticas)³⁵⁷.

³⁵⁶SICHES, Luis Recásens. *Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable*. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 488.

³⁵⁷WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. P. 28-29.

3.1 - *JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL*^{358,359}: *REFLEXÕES HISTÓRICAS*

Motivo pelo qual dimensiona-se ao estudo em específico da Jurisdição Constitucional: *Si, en los primeros años de vida de la Constitución parecía indispensable poder disponer de un juez especial para el legislador, y era muy fuerte la desconfianza hacia la sensibilidad constitucional de los jueces comunes, hoy es justamente el juez especial, la Corte Constitucional, quien vuelve a llamar al juego a los jueces comunes, reconociéndoles una posición bastante más relevante que la diseñada por el modelo normativo.*³⁶⁰

A crise institucional política desloca as tensões mais sensíveis e complexas ao Poder Judicial, pois este passa a investir-se das funções de seu Poder, fortalecido pela Jurisdição Constitucional³⁶¹ que se seguem dois modelos, o Norte-Americano e o Europeu de controle de constitucionalidade³⁶².

Ambos nascem com a finalidade de manter a Supremacia Constitucional, vista como o ápice do ordenamento jurídico estatal³⁶³. Mas além da Jurisdição Constitucional ter como

³⁵⁸*No obstante que, en el origen, existen relevantes distancias entre los sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: judicial review o justicia constitucional; tradiciones de common o de civil law; control abstracto o concreto, preventivo o sucesivo; tutela de los derechos constitucionales o control de conformidad constitucional de las leyes. El Estado de derecho no es siempre la misma cosa que Etat de droit, Rechtsstaat o Rule of law. El Estado constitucional, en consecuencia, no coincide en todas partes. La propia Constitución no es norma suprema en la misma medida, cuando cambian las relaciones entre cortes y poderes legislativos. Pero justamente por esto es que resaltan las convergencias prácticas que se encuentran en el "juzgar en derecho constitucional". (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Jueces Constitucionales**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/inf/inf11.htm>>. Acessado: 20-08-2013.)*

³⁵⁹*Es obvio que si la distinción entre los diferentes órdenes jurisdiccionales se establece en función de la naturaleza de la norma que fundamenta la pretensión y la decisión, la jurisdicción constitucional no es ejercida sólo en Europa por los Tribunales Constitucionales ni es jurisdicción constitucional toda la actividad que éstos llevan a cabo en ejercicio de sus competencias. Por comodidad de la exposición, una vez acotado el concepto que aquí utilizamos de jurisdicción constitucional, llamamos jurisdicción ordinaria a la desarrollada en todos los demás órdenes. (LLORENTE, Francisco Rubio. **La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho**. In: *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 8, Nº 22, 1988, págs. 9-52. P. 11.)*

³⁶⁰GROPPI, Tania. *¿Hacia una Justicia Constitucional "Dúctil"?* Tendencias Recientes de las Relaciones Entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>>. Acessado em: 28-03-2013.

³⁶¹*Para Peter Haberle, está é e Primeira fase do que se refere a Jurisdição Constitucional. HÄBERLE, Peter. **La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale**. Trad. it. non rivista di J. Luther. P. 4.)*

³⁶²Consultar a obra que apresenta grande profundidade a cerca do tema: controle de constitucionalidade: CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984; E ainda, LLORENTE, Francisco Rubio. *La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho*. In: *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 8, Nº 22, 1988.

³⁶³*Ambos modelos son tipos de igual valor de jurisdicción constitucional material, puesto que los dos cumplen en la práctica el postulado de la "primacía de la Constitución" y aplican el derecho judicial de examen. Ya hic et nunc se puede decir que ambos son una verdadera jurisdicción característica de la "sociedad abierta",*

finalidade a Supremacia Constitucional ao mesmo tempo: “a) incidir lo mínimo sobre las opciones políticas ya decididas por el legislador, en el pasado más o menos próximo; b) limitar al mínimo las opciones futuras del legislador”³⁶⁴.

Incipientemente a Jurisdição Constitucional é uma dentre as grandes manifestações da Jurisdição.

Revela-se antes do embate teórico levantado e amplamente discutido por Kelsen³⁶⁵ e Schmitt³⁶⁶ no que se refere à Jurisdição Constitucional vivenciado pelo modelo de controle de constitucionalidade concentrado ou Europeu (Austriaco–Alemão³⁶⁷), que por meio de um órgão especializado, ou seja, de uma Corte especializada que se situa fora do Poder Judiciário, em que apenas ela tem a competência para exercer o controle de constitucionalidade³⁶⁸ (1920). No modelo Europeu de controle de constitucionalidade, o poder de tal controle, é regido por um Órgão Judiciário³⁶⁹.

Já nos Estados Unidos da América a Jurisdição Constitucional emerge com caso emblemático *Marbury v. Madson* 1803^{370, 371, 372}, pois o caso demonstrou grande preocupação

independiente. (HÄBERLE, Peter *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In: Direito Público, Vol. 1, No 25. Jan-Fev/2009 – Doutrina Estrangeira. P. 195.)

³⁶⁴GROPPI, Tania. *¿Hacia una Justicia Constitucional "Dúctil"?* Tendencias Recientes de las Relaciones Entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana. Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>>. Acessado em: 28-03-2013.

³⁶⁵KELSEN. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁶⁶SCHMITT. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1983.

³⁶⁷“Los constituyentes alemanes del llamado Consejo Parlamentario, reunidos en Bonn en 1948, e- sus debates se referían comúnmente a la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin dedicar atención especial al país vecino de la misma lengua y parte de Alemania, no solamente durante seis años bajo el régimen nacional socialista, sino durante muchos siglos, cuando los emperadores alemanes vinieron de Austria. En Austria, la Corte Constitucional, según la Constitución de 1920, fue el primer tribunal constitucional especializado, no como corte suprema competente también por la justicia general de la manera estadounidense, que ya en 1945 había sido establecida. El descuido obvio de regulaciones austriacas en el campo del control judicial se explica también por el rechazo entonces divulgado de las doctrinas de Hans Kelsen, el padre de la Corte Constitucional austriaco. (...) Además, las normas constitucionales y legales de Austria – especialmente antes de la reforma de 1929 – apenas habían posibilitado una jurisdicción de una extensión más grande. Cuando el Tribunal Constitucional de la Federación establecido según la Ley Fundamental de Bonn, como se nombró la Constitución para destacar su índole provisional dentro de Alemania dividida, llegó a la convicción de que una regulación es inconstitucional, declaró su nulidad.” (HORN, Hans-Rudolf. *Intervenciones Judiciales en Controversias Políticas*. In: HABERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo García. (Coords.). *El Control del Poder Homenaje a Diego Valadés*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 267-268.)

³⁶⁸BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 116.

³⁶⁹FERREIRA, Pinto. *Jurisdição Constitucional*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 197.

³⁷⁰Desde o caso emblemático *Madson v. Marbury*, “permaneció inédito durante 54 años el veredicto de mala fama *Dret Scott versus Stanford* decirló inconstitucional la Missouri Act, que fue un ensayo de restringir la expansión de la esclavitud. Al fin del siglo XIX la desigualdad y la segregación de las razas todavía fueron sostenidas por la jurisdicción de la Corte Suprema, camuflada bajo la formula de la separate but equal hata la mitad del siglo.” (HORN, Hans-Rudolf. *Inntervenciones Judiciales en Controversias Políticas*. In: HABERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo García. (Coords.). *El Control del Poder Homenaje a Diego Valadés*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 260.)

e influência ao controle de constitucional difuso que não surge da propriamente de disposições da Constituição Federal Americana de 1787, mas sim, dos primeiros conflitos suscitado pela prática política e constitucional.”³⁷³

Para a Jurisdição Constitucional Norte-Americana um dos elementos mais importantes ao controle de constitucionalidade foi o *judicial review of legislation*³⁷⁴ inaugurado pelo julgamento *Marbury v. Madson*³⁷⁵ que impulsiona rumo a uma nova forma estrutural à separação dos poderes, chegando-se à divisão dos poderes, ou ao *check and balances*, o qual o controle de constitucionalidade está profundamente ligado à formulação do Estado Federal Americano. Ele não provém de disposições da Constituição Federal de 1787, mas dos primeiros conflitos suscitados pela pratica política e constitucional³⁷⁶. Ou melhor, político-jurídica³⁷⁷.

³⁷¹Ver ainda o estudo profundo realizado pelo Professor Marco Félix Jobin e complementando-se a este, indica-se artigo de Carlos Niño: JOBIN, Marco Félix. *O que Marbury v. Madson tem a ver com o Controle de Constitucionalidade de leis na Constituição da República Federativa do Brasil?*. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIN, Marco Félix. *Controvérsias Constitucionais Atuais*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2014.; e em sua o magnífica obra JOBIN, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013; NIÑO, Carlos S.. *La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989.

³⁷²O caso *Marbury v. Madison*, não é o primeiro a inaugurar o judicial review, mas sim, foi o que mais destaque teve, e ainda o caso que parmatizou-se frente aos demais, assim ensina Jobim. Apontando diversas obras que apontas outros casos como sendo antecedentes ao mencionado, sendo elas: TUSHNET, Mark. *Arguin Marbury v. Madison* SHERRY, Suzanna. *The intelectual background of Marbury v. Madison*; SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Suprem Court*; RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. LEAL, Roger Stiefelmann. *O exercício da Jurisdição Constitucional pelo Pode Judiciário*; PEIXOTO, Damaceno. *Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros*; citados ambos autores na obra de: JOBIN, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013.

³⁷³BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Heremênutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 96.

³⁷⁴... e, portanto, daquilo que foi chamado supremacia do poder judiciário, ou também, o governo dos juízes, tenha sido o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a supremacia do Parlamento na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada supremacia dos juízes nos Estados Unidos da América! (CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. P. 57-58.)

³⁷⁵Este é o nascedouro de um dos temas mais debatidos da atualidade que é o controle de constitucionalidade das leis, tendo em vista a forte ingerência que tem havido por parte do Supremo Tribunal Federal em áreas que, na teoria, não seria de sua competência, mas que acabam, na prática, acontecendo. (JOBIN, Marco Félix. *O que Marbury v. Madson tem a ver com o Controle de Constitucionalidade de leis na Constituição da República Federativa do Brasil?*. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIN, Marco Félix. *Controvérsias Constitucionais Atuais*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2014. P. 169.)

³⁷⁶BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Heremênutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 96.

³⁷⁷*La giurisdizione costituzionale viene elevata al piano di attenzione con cui si segue la politica, e anche la selezione e lo status dei giudici vengono curati in maniera particolare. Tale giurisdizione diviene con ciò un po' più politica, ma viene al tempo steso neutralizzata per via istituzionale rispetto alla pressione esercitata da altri organi costituzionali. Ciò è del tutto chiaro nel caso della Supreme Court negli USA, ma vale anche per il*

Assim, o sistema Norte-Americano, o poder de controle de constitucionalidade é atribuído a todos os órgãos jurisdicionais, que resolvem o ponto constitucional incidentalmente quando do momento da decisão da lide³⁷⁸.

... cento e noventa anos passados sobre a célebre sentença do Supremo Tribunal dos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison* (1803), que inaugurou a *judicial review* da constitucionalidade das leis; mais de setenta anos decorridos desde a criação do Tribunal Constitucional Austríaco (1920), que introduziu o sistema de fiscalização concentrada de constitucionalidade (...).³⁷⁹

O ideário Americano de Jurisdição Constitucional tem como objetivo *frear* as paixões democráticas e revolucionárias que se encontram na gênese da formação do poder legislativo e executivo, sendo assim, o Poder Judiciário Americano se mostra conservador frente às utopias e despotismos dos demais Poderes, demonstrando assim fazer, uma nova leitura da separação dos poderes, chegando à divisão dos poderes, sendo este último, visto como o *check and balances*, que se deu pela Supremacia Constitucional³⁸⁰.

Ou seja, aqui encontra-se um dos cerne da crise estatal, fazendo com que ocorra a ruptura do “governo das leis” engendrada pelo francês Montesquieu, chegando ao “governo dos juízes” de Lambert, ganhando assim o Poder Judiciário uma nova e importante função. Neste mesmo sentido, ensina Baracho, que:

O poder judiciário americano, freando as paixões democráticas e revolucionárias que afetam os dois poderes, realizam uma obra conservadora. No exame da estrutura do poder judiciário preocupa-se com os seus excessos. Lembra Jean Marcou que os juristas franceses entendiam como excessiva e perigosa a valorização do judiciário. ***Depois da revolução francesa, fez-se uma nova leitura da teoria da separação dos poderes.*** Existem discussões dos juristas franceses sobre a concepção do poder judiciário. É nesse sentido que é lembrada a obra de Édouard Lambert de 1921 (*Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*), consagrada a Corte Suprema onde ressalta a presença de um verdadeiro governo dos juízes.³⁸¹ (grifo nosso)

Bundesverfassungsgericht. (MEZZETTI, Luca. *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale.* Chile, Talca: Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1, 2010. P. 311)

³⁷⁸ FERREIRA, Pinto. *Jurisdição Constitucional.* In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994. P. 197.

³⁷⁹ MOREIR, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional e Princípio Majoritário.* In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Pags.. 177 e 185-186.

³⁸⁰ *Esta doctrina de la supremacía normativa de la Constitución fundamentó la instrumentación en su favor de la judicial review, que reconoció el poder de los tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación en cada caso concreto.* (FÍX-ZAMUDIO, Héctor. *La Legitimación democrática del Juez Constitucional.* In: FERRER MAC-GRECOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI.* Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. P. 144-145.)

³⁸¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional.* In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 104.

A concepção americana de “divisão dos poderes” quanto à Jurisdição Constitucional tem sustentação e o fortalecimento histórico nos fins do século XIX, e em meados do século XX, onde a Corte Constitucional surge como uma instituição particularmente conservadora, que gerará profundas modificações com o governo *Roosevelt*³⁸² que tem refletida algumas questões de governo no *New Deal*³⁸³.

A *função* da Justiça Constitucional no sistema político-jurídico dos Estados Unidos acende diversas discussões, que partem da posição elevada da separação de poderes, no qual o sistema americano de Justiça constitucional confere ao Poder Judiciário posição eminente³⁸⁴.

Posição eminente que se encontra dotada de legitimidade constitucional das leis, partindo da dúlice premissa do caráter rígido da Constituição estadunidense e do poder-dever – a chamada *Supremacy Clause* presente na Constituição dos EUA, art. 6 parágrafo 2º - que todo o juiz tem de interpretar e aplicar tanto a lei quanto a Constituição. A *Supremacy Clause* impulsiona o Juiz no exercício de sua função, tendo como finalidade em caso da necessidade de aplicar uma lei a um caso concreto, deve verificar preliminarmente se tal lei não está em conflito com a Constituição³⁸⁵.

Portanto, a Constituição Norte-Americana de 1787 não previa qualquer tipo de controle de legitimidade constitucional das leis, com a ausência de previsão normativa sobre o tema, permitiu-se e, antes disso, obrigou os juízes estadunidenses a inventar um mecanismo, por assim dizer, autossuficiente, de controle de legitimidade constitucional das leis³⁸⁶.

Dentre os países anglo-saxões que aportam no sistema jurídico da *common law*, os Estados Unidos supera as primeiras técnicas constitucionais da “separação dos poderes” desenvolvendo assim releitura dos poderes políticos institucionalizados, focando em uma divisão de poderes (*check and balances*) – teoria dos freios e contrapesos, o qual frente a crise

³⁸²Momento histórico que se deu no que se refere aos “*instrumentos legislativos fueron cancelados por una cadena de doce sentencias, sin tornar en cuenta que se trató de leyes sociales urgentes después de la crisis económica mundial de finales de 1928.*” (HORN, Hans-Rudolf. *Inntervenciones Judiciales en Controversias Políticas*. In: HABERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo García. (Coords.). *El Control del Poder Homenaje a Diego Valadés*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 260.)

³⁸³Ver: NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. e ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

³⁸⁴BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 105.

³⁸⁵CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P. 265.

³⁸⁶CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P. 266.

institucional e social voltou-se ao “governo dos juízes” por meio da Jurisdição Constitucional que é chamada de *judicial review*³⁸⁷, sendo ela, a “maior inovação” da tradição Inglesa.

Enquanto que na Inglaterra segue-se com a rigidez fundada pelo Estado Moderno com a separação dos poderes, erigido pelo governo das leis em que impera a Supremacia do Parlamento, elevando o dogma imposto pela Revolução Gloriosa de 1688³⁸⁸ que é utilizado ainda frente a contemporaneidade. Do mesmo modo a França também segue a risca a tradição do governo das leis.

... sem embargo, foi o já hoje quase bicentenário *judicial review of legislation* a mais significativa inovação americana em relação à tradição inglesa. Representou ele, na prática, a superação do princípio da supremacia do parlamento – elevando à condição de dogma no Reino Unido desde a Revolução Gloriosa, e lá ainda vigente – pela supremacia normativa da Constituição. Ao Judiciário caberia exercer a guarda de tal supremacia, ainda que isso importasse na invalidação de atos do Legislativo.³⁸⁹

³⁸⁷ *Considerase que si bien es cierto que antes de la judicial review (of the constitutionality of legislation) derivada de la famosa resolución del chief justice John Marshall, en Marbury vs. Madison de 1803, no existió en Europa un tipo de control de esa naturaleza, también lo es que en otros y más antiguos sistemas jurídicos existía una especie de supremacía constitucional de ley o de conjunto de leyes, que con la terminología moderna pueden llamarse "constitucionales" o "fundamentales" respecto de las otras leyes "ordinarias". De esta forma, Cappelletti estudia tres antecedentes en la historia antigua, en la época medieval y en la moderna. En la primera se refiere al precedente ateniense, de la superioridad y rigidez del nómas (ley constitucional) con respecto del pséfisma (decreto), debiendo éste ajustarse a aquél para que fuera legal. El efecto del pséfisma contrario al nómas consistía en una responsabilidad penal de quien había propuesto el decreto a través de una acción pública de un año denominada grafé paranónon, además de derivarse, por fuerza de principio, la invalidez del decreto ilegal, es decir, contrario al nómas. El segundo precedente lo encuentra en la Edad Media, especialmente en la forma en que se concebía el derecho y la justicia derivada de la escuela iusnaturalista de los siglos XVII-XVIII. Así lo advertía, por ejemplo, de la doctrina de la Hereuse impuissance del rey de violar las lois fondamentales du royaume. La concepción del jus naturale ligada con el pensamiento de Platón y Aristóteles, y particularmente de la doctrina tomística, los filósofos estoicos y a Cicerón, de alguna forma constituía un precedente valioso de lo que siglos después se consolidó en el control de la constitucionalidad de las leyes. Cappelletti, sin embargo, se preguntaba: ¿cuál ha sido el precedente inmediato, el que más pudo haber influido en la institución estadounidense? Para el jurista italiano lo fue la batalla de Lord Edward Coke por la supremacía del common law, verificada por los jueces sobre el rey y el Parlamento. Menciona el célebre Bonham's Case y no obstante la doctrina de Coke emanada de este caso y entendida como instrumento de lucha contra el absolutismo del rey o del Parlamento, en Inglaterra se consolidó la supremacía del Parlamento a partir de la revolución de 1688. Esta paradoja la pone de manifiesto Cappelletti, al advertir que la supremacía del Parlamento inglés no se instauró en los Estados Unidos, como sí sucedió con la doctrina de Lord Coke. De esta forma estima que el antecedente directo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se debe a la doctrina de Edward Coke, que se instaló en los Estados Unidos y paradójicamente en Inglaterra y ahora en sus ex colonias ha prevalecido la "supremacía del Parlamento" y no la de los jueces. Este temor del "gobierno de los jueces" se acentuó también en Francia. (Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponible em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/rb/rb22.htm>>. Acessado em: 60-08-2013.)*

³⁸⁸ Eis, em outras palavras, explicado o aparente paradoxo, ou seja, como, então, o princípio inglês da incontrolada supremacia do poder legislativo tenha podido contribuir, antes de ser um obstáculo, para a formação, na América (e, decênios ou séculos depois, também em outras ex-colônias que alcançaram a independência: no Canadá, na Austrália, na Índia e em outras partes, do oposto sistema em razão do que também as leis do Parlamento são sujeitas a um controle de validade por parte de todos os juízes. (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. P. 61-62)

³⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2ª Ed. Rev. e Atual.. São Paulo: Editora Renovar, 2004. P. 25.

Logo, a influência moderna da divisão dos poderes (*check and balances*) demonstra-se mais adequada a contemporaneidade, desenvolveu-se nos Estados Unidos expandiu-se em países da América Latina, que, lhes adotaram tal sistema de controle de constitucionalidade, por meio, de suas Constituições Nacionais, fazendo assim “uma transposição do controle difuso de constitucionalidade praticado nos Estados Unidos, no México em 1847, na Argentina em 1860 e no Brasil em 1891”³⁹⁰.

Superado neste primeiro momento o modelo de Jurisdição Constitucional Americano do sistema jurídico da *commow law*, passa-se a analisar a Jurisdição Constitucional do sistema *civil law*, que, usa-se da teoria da “separação dos poderes” Francesa, que, por fim chega-se a “divisão dos poderes” influenciado este pelas reformulações Austríaco-Alemã.

Ocorre de uma grande crise estatal a resolução do problema de quem deveria prestar a defesa da constituição, qual dos órgãos estatais arquitetados-engenhados pelas Constituições³⁹¹ deve ser o “guardião da constituição”.

No entanto na Europa surge o embate quanto: quem deveria ser o guardião-defensor da Constituição introduzido este pela guerra doutrinária travada pelos maiores juristas daquela época, *Kelsen e Shmitt*.

De um lado Kelsen defende ser o Poder Judiciário responsável pelo controle de constitucionalidade das leis pela via concentrada, passando assim a ser o guardião da constituição. Já de outro lado *Shmitt* defendia que o defensor-guardião deveria ser o Presidente do Reich, ocorre que a teoria de Schmidt não foi bem recebida, pois vivenciava-se a Segunda Grande Guerra Mundial, onde o Presidente do Reich imoderadamente usava de seus poderes com finalidade de manter a guerra.

O embate entre Kelsen e Schmitt teve como cenário a Constituição de Weimar, que a partir dela ocorre uma verdadeira revolução constitucional. Ocorre assim, a chamada “revolução constitucional” que teve como objetivo superar a crise que era imposta por largos

³⁹⁰BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 115.

³⁹¹Enquanto, as “... *Constituciones liberales europeas expedidas a fine del siglo XVIII y principios del XIX, debido al peso del pensamiento del filosofo Rosseau sobre la ley como espresipn de la vonluntad general, se otorgó al citado principio de supremacia constitucional de carácter eminentemente político, que sólo podía ser aplicado por los órganos políticos del Estado, y se estableció la prohibición terminante a los jueces y tribunales para conover de las cuestiones de incostitucionalidad de los actos y de las disposiciones legislativas.* (FÍX-ZAMUDIO, Héctor. *La Legitimación democrática del Juez Constitucional*. In: FERRER MAC-GRECOS, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. P. 144.)

e dolorosos períodos autoritários vivenciados entre as duas Grandes Guerras Mundiais, que, se seguido o ideário de Schmitt talvez às Guerras nunca mais terminassem.

El problema de la defensa constitucional siempre aparece cuando la Constitución está en crisis. Y al salir de largos y dolorosos periodos autoritarios, se produce auténtica “revolución constitucional” que arriba a la conclusión que las declaraciones constitucionales de los derechos, necesitan de un sistema judicial para hacerlas efectivas. Un sistema de justicia constitucional, resulta ser el mejor instrumento para luchar contra los demonios pasados. Así sucesión en Europa. En Alemania, Italia, Portugal y España, se crean los tribunales constitucionales al salir de largas y férreas dictaduras.³⁹²

Portanto, a teoria elaborada por *Kelsen*³⁹³ foi difundida como, a mais adequada, motivo pelo qual outros ordenamentos jurídicos da Europa adotaram-no. Assim, a guarda da constituição foi delegada as Cortes Constitucionais revestidas pela Jurisdição Constitucional, sendo assim, vem a superar o modelo tradicional de separação de poderes, chegando à divisão de poderes, por meio do controle de constitucionalidade concentrado, pois o Estado por meio da Jurisdição Constitucional controlará e limitará os demais poderes³⁹⁴ (Legislativo e Executivo). Desta feita, ocorre a chamada “revolução constitucional”.

Alude-se ainda, que, *Kelsen*³⁹⁵ foi influenciado pelos ideários iluministas-burgueses, tomando por base algumas das formulações e ideais doutrinários engendrados pelo juiz

³⁹²*Justicia Constitucional Comparada*. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1993. P. 8.

³⁹³Ver Sanchís que memoravelmente explica os motivos e os contextos que levaram a Kelsen a elaborar sua teoria do controle de leis. SANCHÍS, Luis Prieto. *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*. In: DOXA - 2000, N. 23.

³⁹⁴*En la Europa continental, en donde la separación de poderes no fue nunca entendida como equiparación entre ellos, el poder judicial no es ideal mente otra cosa que «la puissance exécutive des choses qui dependent du droit civil». El juez está sujeto a la ley, a la que, en consecuencia, no puede juzgar, y con la que no puede competir. La decisión judicial, que no «revestirá nunca la forma de regla general», limita sus efectos a quienes han sido parte en el proceso y no tiene otra fuerza que la propia de la res judicata. Es cierto que esta concepción de la jurisdicción es puramente ideológica, en cuanto no plenamente concorde con la realidad y que incluso como simple ideología se ha visto sometida, al menos desde comienzos de siglo y muy acentuadamente desde mediados de éste, a una profunda revisión. Ni la realidad incontestable de la eficacia general, aunque meramente «persuasiva, que en la práctica alcanzan las decisiones de los Tribunales Supremos (que son, por lo demás, en Europa, Tribunales de casación, aunque también en este punto teoría y realidad difieren no poco), ni el esfuerzo generalizado por construir una teoría de la jurisdicción que se acomode más exactamente que la del «juez autómata» a su verdadera naturaleza, cuyo momento creador se acentúa, han sido suficientes por sí solas para romper con los viejos dogmas que derivan de la concepción romanista del Derecho. La introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución. (LLORENTE, Francisco Rubio. *La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho*. In: *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 8, Nº 22, 1988, págs. 9-52. P. 20-21.)*

³⁹⁵*Influençant durablement la doctrine française par sa méthode positive, il résout, comme son contemporain Kelsen, la question du fondement de l'ordre judiciaire par une référence à la loi fondamentale. Les publicistes de son époque peuvent affirmer en toute rigueur que, « dans la nature des choses, il n'y a pas de pouvoir judiciaire », celui-ci n'existant que « si la constitution le crée ». Une telle affirmation laisse cependant entière la question qui taraude la pensée politique et la doctrine juridique depuis la publication de l'esprit des lois et qui a trait à la place occupée par le pouvoir de juger au sein de la puissance souveraine et aux rapports qu'il entretient avec*

francês Montesquieu. Pois essa nova roupagem que ganha a Jurisdição Constitucional foi um dos “desenvolveu-se a partir dos *Hauptprobleme* de 1911 e da profunda revisão da teoria e dogmática *juspublicísta* alemã que está em sua base”³⁹⁶.

Muitos países foram e seguem influenciados pelo modelo de Jurisdição Constitucional elaborado por Kelsen, sendo eles, “Áustria (1920), Tchecoslováquia (1920), Espanha (1931) posteriormente adotou-se na Alemanha, em sua Lei Fundamental do Bonn (1949), Portugal (1976), e Espanha (1978)”^{397, 398}.

Conseqüentemente a Jurisdição Constitucional ganha força através da “divisão de poderes”, pelo qual se representa ,ou funda-se pela Corte (ou) Tribunal Constitucional, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário, tem como sua fórmula a busca pelo equilíbrio entre os demais poderes. *Cappelletti*, corrobora, que os sistemas jurídicos atuais rumam para:

... esta direção, partindo do sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos. Sistema, este último, no qual o “crescimento” do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes. Podem ser vistos exatamente a essa luz o nascimento e crescente importância adquirida pelos tribunais administrativos e constitucionais na Europa (e não apenas na Europa).³⁹⁹

Saliente-se, que, com a “crise estatal” nova “divisão dos poderes” introduzida pelo sistema jurídico da *common law* Norte-Americana e pelo sistema jurídico romano-germânico Europeu, passaram ambos a influenciar profundamente em uma refundação-reformulação dos sistemas políticos, por meio, do incontestado e necessário desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, passando o órgão a ter o controle efetivo da Constituição, detendo a guarda desta, pelo respeito a sua supremacia.

Contudo o seu controle efetivo se dá pela expulsão de normas que atentassem contra os seus comandos, e assegurando a sua permanência, por meio de adaptações de seu texto a contextos sociais e políticos cambiantes⁴⁰⁰.

les autres attributs de cette dernière. (COLSON, Renaud. *La Fonction de Juge. Étude historique et positive.* Volume n. 29. Version 1. Presses Paris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 37.)

³⁹⁶COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito.* História, teoria, crítica. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo 2006. P. 380.

³⁹⁷FERREIRA, Pinto. *Jurisdição Constitucional.* In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994. P. 197.

³⁹⁸LLORENTE, Francisco Rubio. *Once Tesis Sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa.* In: FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes (compilador). *Tendencias Actuales del Derecho.* Segunda Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México Fondo de Cultura Económica, 2001.

³⁹⁹CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 55.

⁴⁰⁰SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. IX.

A refundação dos poderes (das instituições políticas) dado pelas “revoluções constitucionais” faz com que a jurisdição constitucional se torne parte da administração da Justiça que tem como *objetivo específico* à matéria jurídico-constitucional de um Estado⁴⁰¹.

Tal objetivo específico se dá pelo controle de constitucionalidade que visa “verifica se as normas de hierarquia inferior estão de acordo com a Constituição e a Lei Fundamental, e, se as contradizem, devem ser declaradas inconstitucionais, sendo, por conseguinte, inaplicáveis⁴⁰².”

Conclui-se que não é de se estranhar assim que ao controle de constitucionalidade lhes seja denominado como expressão sinónima de controle de legitimidade, de legitimidade constitucional, se compreende⁴⁰³.

Com o advento do Pós-Guerra (após 1945)⁴⁰⁴, o Direito Judicial passou a desenvolver-se pelo advento das “revoluções Constitucionais”, antes disso, frente ao Estado Liberal de Direito, o Juiz guiava-se pelo Direito Legal, buscando sempre a segurança jurídica da Lei, sendo considerado como a “mera boca da lei” caracterizando-se como “uma justiça formal e exclusivista”⁴⁰⁵, no qual é visto como um “técnico que mecanicamente aplica a lei”⁴⁰⁶, no que tange ao Estado Social de Direito o Juiz teve grande importância para com caracteriza-se por “uma justiça terapêutica e distribuidora sob o Estado providência, deveria ser simultaneamente simbólica e reintegradora numa sociedade em que a exclusão é o maior problema”⁴⁰⁷.

Importante destacar, que junto com as “revoluções constitucionais”⁴⁰⁸ e com o advento do Estado Democrático de Direito, o Juiz passa a ser “uma verdadeira força de

⁴⁰¹FERREIRA, Pinto. *Jurisdição Constitucional*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 197.

⁴⁰²FERREIRA, Pinto. *Jurisdição Constitucional*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 197.

⁴⁰³USERA, Raúl Canosa. *La interpretación Constitucional como modalidad del Control del Poder*. In: HABERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo García. (Coords.). *El Control del Poder Homenaje a Diego Valadés*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 237.

⁴⁰⁴*Segunda fase pela qual passa a Jurisdição Constitucional*, aponta neste sentido, Haberle, que: *Il secondo periodo inizia non a caso dopo il 1945. Il distacco dalle forme di stato totalitarie ed autoritarie in Europa e la costruzione di stati costituzionali democratici fece percepire le potenzialità di una giustizia costituzionale dalle forme molteplici. Sul vecchio continente di allora cominciarono a sfavillare le stelle della giustizia costituzionale.* (HÄBERLE, Peter. *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*. Trad. it. non rivista di J. Luther. p. 4.)

⁴⁰⁵GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 219.

⁴⁰⁶WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4º ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 188.

⁴⁰⁷GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 219.

⁴⁰⁸As Constituintes revolucionárias não se enganaram ao empregar o termo «poder judicial» para minorar o papel da justiça. Utilizando o termo «poder», Montesquieu queria manifestar que o judicial se tornava uma

expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar fissuras⁴⁰⁹ que encontram suporte nas conjunturas político-jurídicas construídas pela democracia e pelos direitos humanos.

A refundação dos preceitos Estamentais são nítidos e foram construídos pelos textos das Constituições do Pós-Grande(s)-Guerra(s), chega-se ao Estado Democrático de Direito, repousando assim uma tangencial “*espansione della giustizia costituzionale si è assistito anche, in misura crescente, alla ibridazione dei modelli o, detto con altri termini, ad un loro progressivo avvicinamento*”⁴¹⁰.

Ambos os modelos de Justiça Constitucional, o da *common law* e *civil law* apresentam um centro gravitacional em comum: “*i) El perfil "subjetivo", referido a los órganos a que corresponde el poder de control; ii) el perfil "modal", relativo al modo como la cuestión de constitucionalidad es planteada y resuelta; y iii) el perfil "funcional", que se dirige a los efectos de la decisión judicial de la cuestión de constitucionalidad, en un doble aspecto: sea respecto a la ley sometida al control o sea respecto al caso concreto en el cual la cuestión de constitucionalidad se haya presentado eventualmente*”⁴¹¹. Diante de tal contexto de aproximação ocorre ainda a hibridização de um sistema jurídico para outro.

A Jurisdição Constitucional é também chamada de “justiça constitucional das liberdades⁴¹²,” cunhado por Cappelletti, pois com este modelo de Jurisdição Constitucional passa a ser “um dos mais potentes instrumentos de evolução” redefinindo assim sua “função” que veio a se fixar tanto em países que adotam o sistema Norte-Americano quanto aos que adotam o sistema Europeu, encontrando-se nas mais diversas variantes de forma, sendo que, nasce com o sistema da *common law* Americano (*Bill of Rights*) que ganhou força tangencial, ainda mais no que se refere a tutela, efetivação e defesa dos Direitos Fundamentais Constitucionalmente normatizados.

prerrogativa do Estado, na mesma situação que o executivo e o legislativo. As Constituintes retomaram esta inversão terminológica para demonstrar bem a reconciliação da justiça no seio da soberania estatal. (GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 189.)

⁴⁰⁹WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 188.

⁴¹⁰Vide: L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (Appunti di ricerca)*, in *Quad. cost.*, 1984, 8; di recente L. MEZZETTI (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2009. Specificamente sull'avvicinamento del sistema francese agli altri sistemi europei v. già M. VOLPI, *Il ruolo del Conseil constitutionnel nella forma di governo francese*, in *Diritto e società*, 1983, 496; G. ZAGREBELSKY, *Il controllo di costituzionalità delle leggi in Francia (a priori) e in Italia (a posteriori): alcuni aspetti a confronto*, in *Giur. cost.*, 1991, 31 ss.; conforme aponta GROPPi, Tania. *Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?* Rassegna Parlamentare. Anno: 2010 - Volume: 52 - Fascicolo: 1. P. 39.

⁴¹¹*Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/rb/rb22.htm>>. Acessado em: 60-08-2013.

⁴¹²CAPPELLETTI, Mauro. *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=>>>. Acessado em: 15-05-2013.

A Justiça Constitucional das liberdades é algo tão importante que refunda a jurisdição por si mesma, fazendo com que vários países indiferente do modelo de Justiça Constitucional que adote venha a se utilizar deste instrumento de evolução que parece tão relevante. Cappelletti, alude que:

... a chamada “justiça constitucional das liberdades” ou Grundrechtsgerichtsbarkeit”, ou seja, a proteção jurisdicional do fenômeno da justiça constitucional, que passou a se impor nos países integrantes da arena principal dos mencionados abusos: a Alemanha Federal, Itália, Austrália e também o Japão, embora de forma diversa e em tom menor, mas também lá em significado crescendo. O fenômeno, porém não ficou limitado a esses países. Com muitas variantes de forma, de extensão e influencia prática alcançou outros do continente europeu, inclusive a França (especialmente desde 1971) e até a Iugoslávia (especialmente desde 1963). Quando o mundo do Commow Law, é bem conhecido como a parte assumida pelo Bill of Rights, no âmbito da justiça constitucional dos Estados Unidos, veio a assumir proporções de grande relevo, sobretudo depois do último pós-guerra, embora antes não fosse desprezível. Outras nações de Common Law parecem estar se movendo, gradualmente, na mesma direção ainda que com impacto prático certamente menos relevante do que nos Estados Unidos, onde a justiça constitucional, em tema de direitos fundamentais, *tornou-se um dos mais potentes instrumentos de evolução*.⁴¹³

O juiz se encontrou, assim, no centro do debate institucional⁴¹⁴, revestido pela Jurisdição Constitucional que passa a ser um importante e um dos mais potentes instrumentos de evoluções que transcende, ocorrendo assim as invasões de campo, tensões e conflitos, particularmente entre o sistema político e o sistema judiciário⁴¹⁵.

Incide na *invasão do sistema politico*, por meio, de um ordenamento jurídico que lhe garante esta invasão, tem assim se fundamentando sua função pelo “*rapporti sociali; la funzione normativa di tutela dela libertà è riconducibile agli elementi del concetto generale di libertà, apportati in linea di principio dal consenso costituzionale materiale; il consenso, che da una parte presuppone la funzione di integrazione, ma dall'altra è finalizzato a garantire, concerne un ulteriore meta-livello connotato dall'obiettivo di garantire ed attuare il compromesso sociale formatosi in sede costituente*”⁴¹⁶.

Portanto, somente invadirá a senda do que se refere ao processo político como senhor do direito por ter autonomia Constitucionalmente prevista para que assim seja, respeitada a

⁴¹³CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 62.

⁴¹⁴PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 28-29.

⁴¹⁵Ver: PICARDI, “Alle radici del conflitto tra magistratura e politica”, in *Il giusto processo*, 2002, pp. 9 e ss.; aponta PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 28-29.

⁴¹⁶MEZZETTI, Luca. *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*. Chile, Talca: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010. P. 325

*“ordini sociali e alle diverse condizioni del possesso; lo delimita mediante le garanzie e le finalità dei diritti fondamentali, che assicurano la connessione del processo politico con le datità sociali”*⁴¹⁷.

A Jurisdição Constitucional não é apenas uma defesa da Constituição contra o Estado, mas é, principalmente, a garantia dos indivíduos contra os abusos do poder estatais violadores dos Direitos Fundamentais e da Democracia, por isto se fala que a Jurisdição Constitucional é de toda a sociedade⁴¹⁸.

A própria densidade da regulação Constitucional das instituições e da vida política foi-se intensificando com as novas constituições⁴¹⁹, num movimento de progressiva constitucionalização e juridificação do processo político. O alargamento do espaço Constitucional restringe-se correspondentemente ao âmbito da liberdade de conformação do legislador. A extensão e a intensidade da sua vinculação constitucional cresce e a sua autonomia diminui correspondentemente⁴²⁰.

Conclui-se que com, a superação da velha separação dos poderes, pela nova divisão de poderes, fez com isso do Poder Judiciário uma “autoridade definida pela função que ela

⁴¹⁷MEZZETTI, Luca. *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*. Chile, Talca: Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1, 2010. P. 311

⁴¹⁸JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999. P. 75.

⁴¹⁹La “*sociedad abierta*” es el prototipo diseñado en 1945 por Sir Popper como contraprograma a los sistemas filosóficos de un Platón y un Hegel, pero también al fascismo y comunismo totalitarios. Ella tiene tras de sí, como palabra y como concepto, una historia de éxito sin igual, en principio en el mundo occidental, y después de 1989, por lo menos según los textos constitucionales, también en la Europa del Este; ya es casi un “lugar común” en el buen sentido de la palabra, se encuentra incluso expresamente en nuevos textos constitucionales (por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de Perú de 1979, así como en la Europa del Este: el Preámbulo de la Constitución de Lituania de 1992: “*Sociedad abierta, burguesa armónica*”) y es casi indiscutida en la ciencia (véase también la sentencia del KDP de BVerfGE 5,85, especialmente 134 y ss., 197 y ss.). Jurídico-constitucionalmente, apenas ha sido tratada en una perspectiva básicamente iuscomparada. Hubo conatos de ello en la tesis “*La Constitución del Pluralismo*” (1980), también en la palabra de la “*sociedad pluralista*” (BVerfGE 52, 223, 252). Desde hace poco pasa la llamada “*sociedad burguesa*” a primer plano, también en los textos constitucionales (cfr. el Preámbulo de la Constitución de Chechenia de 1992: “*Principios de la sociedad burguesa*”). Su objetivo es fortalecer al ciudadano, moverlo hacia el centro del Estado constitucional y su sociedad pluralista, y también frente a las competencias del Estado hiperfortalecidas, así como frente al señorío del “*mercado*” y de los partidos políticos que se establecen en no raras ocasiones con autosuficiencia. El pensamiento desde el ciudadano y su sociedad debe limitar y corregir el tradicional “*pensamiento desde el Estado*”. La ciudadanía de la Unión (artículos 17 y ss. CE) contribuye a ello. Si se elaboran las garantías de apertura del Estado Constitucional con los métodos y contenidos de la teoría constitucional comparada, se puede esbozar la siguiente imagen. (HÄBERLE, Peter *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In: *Direito Público*, Vol. 1, No 25. Jan-Fev/2009 – Doutrina Estrangeira. P. 190.)

⁴²⁰MOREIR, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional e Princípio Majoritário*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 181.

exerce”⁴²¹, ampliando o controle assumido de sua função jurisdicional, pois é legitimamente outorgado pelo Poder Constituinte⁴²².

⁴²¹GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas*: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 188.

⁴²²TROPER, Michel. *Le juge constitutionnel et la volonté générale*. In: *Analisi e diritto 1999 ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini* - G. Giappichelli Editore, Torino, 2000. P. 133-134.

3.1.1 - *DAS CRISES SOCIAL E INSTITUCIONAL E A TRANSCENDÊNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL*

A *Função Jurisdicional* juntamente com as transformações e contribuições em relevo postos pelos debates dos modelos de controle de constitucionalidade das leis, fez-se por esta evolução, a estruturação e a organização do Poder Judiciário.

Da organização do Poder Judiciário, surge a necessidade de que o Tribunal Constitucional passe ao ordenamento jurídico segurança diante das decisões pelo Judiciário tomadas.

Fortalecido o Poder Judiciário por uma *dupla crise*, tendo de um lado a ruptura das instituições políticas pela evidente erosão do Poder Judiciário em meio a sua inefetividade e de outro lado tem-se quer as necessidades das sociedades democráticas demonstram-se evidenciadas pelas novas realidades sócias⁴²³.

*Así, la azarosa vida política del país en los años de constante crisis merece una mirada realista sobre el papel que desempeño la Justicia en general y la Corte en particular en el ejercicio del discutido control judicial de constitucionalidad; sin perjuicio de ello la actual etapa de estabilidad democrática al menos a nivel régimen político hace más pertinentes lo debates sobre la cuestión de la legitimidad democrática del Poder Judicial.*⁴²⁴ (grifo nosso)

Contemporaneamente tenta-se inegavelmente superar os modelos de Estado Liberal e Social, que tem o indivíduo como uma “marionete”, os quais estão representados pelo Poder Legislativo, de tais rupturas atenuadas pela dupla crise, o governo das leis tem como forte contraponto o Poder Judiciário, que com as Constituições Democráticas⁴²⁵ reascende o

⁴²³BAUMAN descreve de forma brilhante e realista as angústias da sociedade contemporânea. Ver: Tempo e Classe; Lei Global, Ordens Locais. In: *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999; In: *Vidas desperdiçadas*. La modernidade y sus parias. Buenos Aires: Paidós, 2003.; Emancipação; Individualidade; Tempo-Espaço. In: *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad*. Modernidade, Contingencia y Riego. Barcelona: Anthropos, 1996. BAUMAN, Zygmund.

⁴²⁴ERCHOLC, Jorge O.. *¿Jueces "Civilistas" o "Publicistas"? Un estudio sobre el Perfil de los Jueces de la Corte Suprema y de los Modelos posibles del Tribunal*. In: Revista de derecho público. Buenos Aires. n° 1 (2003). P. 46-47.

⁴²⁵Tal arranjo institucional é produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. *Democracia* significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. *Constitucionalismo*, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita. Na concepção tradicional, a soberania popular é encarnada pelos agentes públicos eleitos, vale dizer: o Presidente da República e os membros do Poder Legislativo. Por outro lado, a proteção da Constituição – isto é, do Estado de direito e dos direitos fundamentais – é atribuída ao Poder Judiciário, em cuja cúpula, no Brasil, se encontra o Supremo Tribunal Federal – STF. (BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o*

espírito participativo do cidadão^{426, 427} lhes assegurando a viabilidade e o aprimoramento do debate democrático⁴²⁸.

Neste sentido, o Poder Judiciário recebe cada vez mais a confiabilidade frente ao novo espírito participativo do cidadão, pois

La giustizia costituzionale nasce anche in conseguenza della profonda crisi di identità e funzionale che investe la legge ed i parlamenti nelle democrazie contemporanee e dalla volontà dei costituenti di preservare la democrazia e la giustizia al di là delle transeunti contingenze che tendono ad acquisire le forme di un *diritto precario*.⁴²⁹

Da crise *institucional política* nasce o deslocamento das tensões ao Poder Judicial, este passa a investir-se das funções de seu poder por meio da Jurisdição⁴³⁰ pois, além da responsabilidades: social⁴³¹ e política⁴³² de tal órgão, o mesmo será responsabilizado civil e penalmente pelos erros e excessos⁴³³.

Somado a isso, o Poder Legislativo está em descrédito para com o indivíduo e para com a sociedade, pois viu-se diluir em meio a aceleração global e velocidade imposta por estas, e tal órgão observa a: “*a) queda en retaguardia dejando la suplencia a los jueces; b) al estructurar las leyes usa estándares, criterios generales y conceptos jurídicos*

Direito e a Política. Disponível em: < www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acessado em: 03-09-2013. P. 44.0

⁴²⁶... exige nuevas soluciones jurídicas capaces de atender de forma adecuada a las nuevas realidades. La imperiosa necesidad de cambio obliga a los procesalistas a ir evolucionando en sus concepciones y huir del mayor número de reglas que, presuntamente, tengan un carácter inmutable. (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P. 15.)

⁴²⁷Surge uma nova alternativa para o florescimento de um *espírito participativo do indivíduo* na concretização da democracia contemporânea. (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 95-96.)

⁴²⁸RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

⁴²⁹MEZZETTI, Luca. *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*. Chile, Talca: Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1, 2010. P. 354

⁴³⁰*Para Peter Haberle, está é e Primeira fase do que se refere a Jurisdição Constitucional*. HÄBERLE, Peter. *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*. Trad. it. non rivista di J. Luther. P. 4.)

⁴³¹Delineia todas as responsabilidades do Juiz, mas em destaque encontra-se a delimitação e demonstração histórica de sua responsabilidade social. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

⁴³²Ver quanto a responsabilidade política FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 2 Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

⁴³³Muito bem apontados os momentos histórico em que o Poder Legislativo elabora tais responsabilidades civil e penal para tolher o Juiz de sua atividade e balizá-lo à mecânica da aplicação da Lei (afastando-o da aplicação do Direito), tais responsabilidades parecem ter fortalecido a atividade judicial perante a sociedade, e além destas responsabilidades, o Poder Legislativo por sua inatividade como representante do povo passa a ter um Poder Judiciário ativo que recebe pela insatisfação do povo a responsabilidade política de representação da qual foi sempre tolhido desde a construção do Estado Moderno. Ver: TORRES, Miguel. *El Juez Español*. Lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser. Madrid: San Bernardo, 1875. Quanto a construção das responsabilidades civil e penal do Poder Judicial.

*indeterminados; c) así es como soslaya aferrarse a criterios paralizantes (inmovilismo) sobre temas que deja que maduren sin intervención; d) sabe, además, que cotidianamente se enfrenta a un plebiscito permanente, es decir que el mandato genérico dado cada cuatro años en el acto electoral es insuficiente, y al cabo inepto, e) entre los puntos de inflexión, aparentemente, se asiste a la balcanización normativa: decodificación y canalización normativa por los senderos de los Códigos a los estatutos, aunque en el *corsi* y *recorsi*, luego se retorne al ordenamiento básico*”⁴³⁴.

Pelo exposto, o Poder Judiciário encontra-se dotado de legitimidade que lhe é originariamente concedida pela “*Costituzione democratica o della democrazia costituzionale, l’unico che –in qualche modo– può “spiegare” le funzioni dei Tribunali Costituzionali e l’anomalia di una loro contrapposizione alle scelte democratico-parlamentari*”⁴³⁵.

⁴³⁴MORELLO, Augusto M.. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 15-16.

⁴³⁵MEZZETTI, Luca. *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*. Chile, Talca: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010. P. 311.

3.2 - LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*¿cómo pueden, sobre la base de qué legitimación, nueve jueces des hacer lo que los representantes del pueblo, democráticamente electos, han decidido?*⁴³⁶

A redemocratização⁴³⁷ e o novo marco constitucional ofereceram maior credibilidade ao uso da via judicial⁴³⁸ convidando o Juiz-Tribunal a repensar sua função de julgar, pois esta lhe remete naturalmente aos fatos reais em relação aos quais é chamados a decidir⁴³⁹, inversamente, de uma forma positiva, funcional, material e pragmática⁴⁴⁰. Neste sentido, a legislação judiciária possui, ao menos, o potencial para ser mais democrática – fiel e sensível às necessidades e desejos da sociedade⁴⁴¹.

*Estamos de nuevo en el tema de la justicia y la política; o mejor, ya que los poderes políticos actualmente siempre se refieren a la democracia, podemos decir que estamos en el tema de la justicia constitucional y la democracia: un tema de intensidad variable, según los diversos contextos históricos y jurídicos que los jueces advierten cotidianamente, en su trabajo, como crucial en el equilibrio de poderes. Saben bien que la acusación de actuar como legisladores, esto es, políticamente, en vez de cómo jueces, es la más grave que pueda ser dirigida en su contra. Mucho se ha dicho al respecto, pero siempre se vuelve al punto de partida.*⁴⁴² (sublinha-se)

⁴³⁶GROPPI, Tania. *¿Hacia una Justicia Constitucional "Dúctil"?* Tendencias Recientes de las Relaciones Entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana. Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>>. Acessado em: 28-03-2013.)

⁴³⁷A revolução democrática do direito e da justiça só faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade. Centrando-me no sistema jurídico e judicial estatal, começo por chamar a atenção para o fato de o direito, para ser exercido democraticamente, ter de assentar numa cultura democrática, tanto mais preciosa quanto mais difíceis são as condições em que ela se constrói. Tais condições são, efetivamente, muito difíceis, especialmente em face da distância que separa os direitos das práticas sociais que impunemente os violam. A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia. (SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 8.)

⁴³⁸SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 14.

⁴³⁹CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 251.

⁴⁴⁰GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 188-189.

⁴⁴¹CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 251.

⁴⁴²*Se ha pensado que la clave para una aclaración pueda encontrarse en la distinción razón-pasión. Las cortes serían —mejor: deberían ser— "la aristocracia del saber", llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y a fijar "un punto firme para el racional desarrollo de la sociedad actual, una `isla de razón´ en el caos de las opiniones". Se ha dicho también que las cortes serían "vanguardias morales", algo similar a "Moisés seculares", cuya vocación sería la de guiar al pueblo por el desierto y conducirlo a la tierra prometida de la vida constitucional. Escuchando proposiciones como éstas, los jueces constitucionales se retraen perplejos, percibiendo quizá un cierto sarcasmo. Ellos saben bien cuanta pasión, no inferior a la de una deliberación parlamentaria, entra en sus discusiones y no son tan desprevenidos como para despreciar la*

Por derradeiro que Jurisdição Constitucional⁴⁴³ não pode se encontrar inerte diante da sociedade e nem das demais instituições, de início deve demonstrar os pontos fulcrais de sua *legitimação democrática*⁴⁴⁴ frente ao Estado Democrático de Direito⁴⁴⁵ e aos demais poderes estatais, assim este órgão detém poder decisório no que tange à política.

A legitimidade se *constitui* pela soberania popular esculpida e delineadas pelas Constituições Modernas, legitimando-se pelas minorias frente às maiorias, necessitando aquelas de maior proteção no que se refere à busca da efetivação de direitos fundamentais.

Cuando se habla de legitimidad, se piensa en la aceptación de las decisiones del poder y del alcance de las instituciones políticas y sociales; se habla sobre la

racionalidad y moralidad que existe en los procedimientos parlamentarios. Pero, sobre todo, se dan cuenta de que esta legitimación por excelencia, una legitimación teológica, trastocaría toda distinción. Las cortes, se ha dicho con ironía, podrían aspirar a ser super-legisladores simplemente porque "son super" (están por encima). Aparte de otras cuestiones, este modo de pensar no es el de la distinción de los poderes, sino el de la indistinción y el de la prepotencia de uno sobre el otro. Una perspectiva en cierto sentido opuesta es la de la justicia constitucional como función "modesta", no "agresiva", que reconoce una suerte de primacía al legislador democrático, como intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad e insiste sobre el necesario self-restraint de las cortes y sobre la necesaria ética de las consecuencias. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces Constitucionales*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/inf/inf11.htm>>. Acessado: 20-08-2013.

⁴⁴³Y la jurisdicción – potestad de resolver controversias, con la majestad de una sentencia – está llamada a servir los valores de ambas especies de la democracia. En un caso, deberá retener el poder en las manos del pueblo, asegurar la división de los poderes del Estado, cenirlos en el recinto de sus facultades, garantizar el espacio de la libertad. En el otro, habrá de impulsar la igualdad, concebida más como un punto de llegada que como un punto de partida, mejorar la calidad de la vida, guarnecer las condiciones que permitan a casa quien alcanzar, con el pleno ejercicio de sus potencialidades, su mejor destino. (RAMÍREZ, Sergio García. *La Jurisdicción y los Valores de la Democracia*. In: RAMÍREZ, Sergio García. *Estudios Jurídicos*. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 30. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Autónoma de México, 2000. P. 83-84.)

⁴⁴⁴*Una legittimazione che è altra e più profonda di quella esteriormente ancorata all'applicazione della legge in sé.* MORISI, Massimo. *Giurisdizione e politica antiche domande sull'onda del caso italiano*. Barcelona: Università degli Studi di Firenze, Working Paper n.95., 1994 P. 13.

⁴⁴⁵Defende Marco Jobim uma série de motivos pelos quais se entende ser o Supremo Tribunal Federal um ambiente democrático para que possa, eventualmente, respeitando os parâmetros que são Concedidos pela Constituição Federal e demais leis, alterar a legislação e o próprio direito pela prolação de sentença. Ainda, arrola doze razões pelas quais é inerente esse poder ao Supremo Tribunal Federal, sendo elas: (I) o limite da sentença normativa está adstrito ao sentidos normativos do texto da Constituição Federal; (II) o Poder Judiciário somente poderá proferir sentenças normativas na omissão ou comissão dos demais poderes; (III) somente poderá ser Ministro do Supremo Tribunal Federal um cidadão nato; (IV) a sabatina pelo Senado é uma via indireta da democracia representativa; (V) a nomeação pelo Executivo também é uma via indireta da democracia representativa; (VI) existe a possibilidade de impeachment dos ministros do STF pelos membros do Poder Legislativo; (VII) a democracia participativa esta assentada no processo com a possibilidade de *amicus curiae*; (VIII) as audiências públicas são outra forma de democracia participativa no processo; (IX) existe legitimação processual nos controles difuso e abstrato que abarcam o Executivo, o Legislativo e o cidadão; (X) existe a possibilidade de nova lei pelo Poder Legislativo após o julgamento do Supremo Tribunal Federal; (XI) a motivação e a publicidade são outra forma de controle democrático; (XII) há o controle externo do Poder Judiciário pelo CNJ; (JOBIN, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013. Págs. 112 e segs.). Note-se que tal rol pode ser ampliado, e ainda, no que tange ao trabalho aqui proposto, este rol pode aparecer difundido em meio aos meios de legitimação apontados, pois buscou-se ampliá-los. Pode-se somar a este rol. (XIII) o processo judicial como via da democracia participativa; (XIV) o contraditório e a ampla defesa como meio de democracia participativa;

correspondencia de estas decisiones con la realidad social imperante; y, se piensa sobre el referente mismo de lo que se considera válido socialmente. Pero esta legitimidad que entendemos supera a la mera legalidad —teóricamente insuficiente. Esto ya no está en discusión—, sigue siendo en la teoría de la política y del derecho tradicionales un espacio institucional (reglas y procedimientos), de conformación de la decisión de las/os actores/as políticas/os, —para el caso, las/os servidoras/es judiciales del sector justicia (agencia política)—, o de la verificación de un problema estructural que se evidencia como contradictorio socialmente (cibajes).⁴⁴⁶

*A legitimação constitucional*⁴⁴⁷ *da Jurisdição Constitucional*⁴⁴⁸. Tanto no modelo de sistema jurídico do *common law* como no romano-germânico, legitima-se como poder frente a soberania estatal, que por um poder constituinte no pacto constitucional com a “divisão dos poderes dá a legitimidade” das decisões políticas, corrobora-se que esta é a “*primera fuente de legitimidad de nuestra justicia constitucional, que es sencillamente la consciencia de que existe en cada Estado una norma a la que todos están sometidos, todos los ciudadanos, y también todos los poderes públicos*”⁴⁴⁹.

De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social⁴⁵⁰.

Lucidamente corroborando com o exposto, colaciona-se o ensinamento de *Ferrer Mac-Grecor e Molina Suárez*, que:

Si la Constitución es manifestación de la voluntad del Pueblo como Poder Constituyente originario, la misma debe prevalecer sobre la voluntad de los órganos constituidos, por lo que su modificación sólo puede llevarse a cabo conforme se

⁴⁴⁶LINZÁN, Luis Fernando Ávila. *Política, justicia y Constitución*. Série Critica y Derecho n. 2º . Corte Constitucional. P. 25.

⁴⁴⁷Toda a legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica. No entanto —até parece um paradoxo!— justamente por assentar sobre bases políticas faz ela a estabilidade do poder e, por consequência, sua solidez, seu reconhecimento social. (BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade* (Algumas Observações sobre o Brasil). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 7, 2003. P. 85.)

⁴⁴⁸*Cappelletti denomina a esta problemática como "el formidable problema del control judicial", título de un agudo trabajo que estudia la legitimidad democrática del juez constitucional. Este "formidable problema" lo enfoca de la siguiente manera: la creación de derecho es una característica inevitable de todo tipo de jurisdicción y que esta característica alcanza su nivel más elevado cuando está implicado el control judicial de las leyes; que, por tanto, lo que convierte en juez a un juez y en tribunal a un tribunal no es la falta de creatividad sino más bien, por un lado, la relación de la jurisdicción con causas y controversias, es decir, con "partes", y por otro, la actitud imparcial del juez, que no debe juzgar, in re sua, debe asegurar que las partes sean equánimemente escuchadas (audi alteram partem) y debe gozar de un grado de independencia de las presiones externas, especialmente de aquellas que llegan de los órganos "políticos". Son éstos (y no la creatividad) los elementos, formulados de manera abstracta, que pueden proporcionar legitimidad a la creación de derecho a través de los tribunales y conservar el "carácter democrático" de esta actividad. (Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/rb/rb22.htm>>. Acessado em: 60-08-2013.)*

⁴⁴⁹VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da Justiça Constitucional e o Princípio da Maioria*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 85-86.

⁴⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política*. Disponível em: < www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acessado em: 03-09-2013. P. 40.

dispone en su propio texto, como expresión-imposición de la voluntad popular producto de ese Poder Constituyente originario.⁴⁵¹

De aproximadamente 200 (duzentos) anos de Constitucionalismo oferecido pelo desenvolvimento de sua estrutura conjuntural funcional orgânica, ou da estruturação de seus órgãos, o qual o Poder Judiciário dotou-se de maior relevância por determinados fatores, sendo a mais importante à sociedade, além da sociedade democrática introduz por suas vontades os novos fundamentos para o funcionamento do modelo de Estado em que atualmente vivencia-se. A sociedade detentora da soberania popular dimensionada nos textos constitucionais obedece na realidade o princípio da maioria.

Nesta senda, toda a Constituição se traduz, por definição, numa limitação do princípio da maioria, na medida em que ela regula a organização e o modo de exercício do poder político bem como os seus limites. Logo, quanto mais Constituição, maior limitação. Assim, o espaço constitucional não tem cessado de se ampliar⁴⁵².

O Poder Judiciário é também limitado por “*normas constitucionales y que se deben crear procedimientos i instituciones para cumplir esa limitación necesaria*”⁴⁵³, que apresenta-se por meio de duas vias, “*desde el punto de vista del ordenamiento formal, lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad material, su transformación de conformidad con las normas programáticas del propio texto constitucional*”⁴⁵⁴.

Portanto, a Constituição de cunho democrático, realiza-se na história de uma determinada sociedade o princípio democrático⁴⁵⁵. Ela só é democrática na medida em que é o resultado da decisão da maioria do povo e as suas normas se podem justificar racionalmente a

⁴⁵¹FERRER MAC-GRECOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. P. 386.

⁴⁵²MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional e Princípio Majoritário*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 180.

⁴⁵³*Justicia Constitucional Comparada*. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1993. P. 7.

⁴⁵⁴*Justicia Constitucional Comparada*. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1993. P. 7.

⁴⁵⁵Todavia, o critério da democraticidade da função legislativa permanece, na essência, aquele da correspondência à vontade majoritária; diverso é o *critério legitimador da função jurisdicional*, tal critério *nasce da própria natureza do processo judiciário* que, conforme já observamos, diferencia-se profundamente do processo legislativo. Enquanto os legisladores redigem, usualmente, as suas leis por abstratas, para problemas gerais e prevendo situações futuras a fim de condená-las ou promove-las, os juízes ficam, continuamente, expostos a situações concretas; os juízes veem, quotidianamente, o impacto concreto do direito sobre pessoas reais e sobre reais situações da vida. *Os juízes podem, portanto, encontrar na própria e mais concreta natureza do processo jurisdicional o antídoto contra o perigo de perder o contato com a comunidade*. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 22-23.)

partir do princípio democrático⁴⁵⁶. Frise-se, que o ora princípio democrático é visto como princípio da organização racional da sociedade nesta base⁴⁵⁷.

A constituição por si mesma ainda pode estabelecer duas fontes legitimadoras, sendo a primeira o “*establecimiento del estatuto jurídico del juez, en el que se establece una reserva de ley en el sentido de regular todos los aspectos concernientes a la carrera judicial*”⁴⁵⁸, e a segunda está estritamente ligada aos “*principios que fundamentan la función jurisdiccional (unidad y exclusividad de la jurisdicción) y que están estrechamente ligados a la independencia judicial y con el concepto de poder judicial*”⁴⁵⁹.

Enfim, as *decisões do povo* (calcada na decisão do princípio da maioria⁴⁶⁰) ou *dos órgãos designados pelo mesmo* se tornam decisões democráticas independentemente de seu conteúdo, portando o seu caráter democrático de decisão depende, por um lado, da sua *adoção direta e indireta pela maioria*, mas depende também da sua conformidade com as próprias

⁴⁵⁶BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 42-43.

⁴⁵⁷BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 42-43.

⁴⁵⁸BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico*. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 32.

⁴⁵⁹BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico*. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 32.

⁴⁶⁰*He tratado de defender una concepción diferente de la democracia según la cual la democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos. Esto es así, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuales son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos. Por ello el proceso democrático tiene una tendencia hacia una mayor imparcialidad comparado con otros procedimientos posibles y esto implica —dado que la imparcialidad, según creo, es definitoria de una decisión moralmente correcta en materia de moral pública— que la democracia, los procedimientos democráticos tengan valor epistemológico para conocer cuales son las decisiones moralmente correctas. Por eso hay una legitimación mayor de los órganos que surgen directamente de este proceso de discusión y de decisión mayoritaria para la toma de decisiones fundamentales. De esta misma justificación de la democracia surge una limitación a los órganos mayoritarios y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad. Lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas. La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo, si se satisfacen o no. Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no dependa de avatares, de mayorías que pueden estar afectadas por las fallas que mencioné. (NIÑO, Carlos S.. *La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989. P. 86-87.)*

razões do princípio democrático, com a democracia como sistema de princípios. E é isto que nos leva aos direitos do homem⁴⁶¹.

Nesta senda, os direitos do homem frente ao individualismo esculpido diante do modelo de Estado Liberal de Direito⁴⁶² que se encontram livres e formalmente iguais, assim passam a deter com isto a soberania estatal, detendo assim o poder de se dar a sua própria lei, e cujos fins pessoais são os fins últimos de todo o direito⁴⁶³.

Veja-se que a *decisão majoritária* é vista como uma expressão de aritmética quantitativa que triunfa com a Revolução⁴⁶⁴ revestida por um processo que permite reduzir as opções nas questões políticas e reduzir as opiniões nas questões de princípio, procurando derivar-se de um conjunto de direitos do homem e a justificando por tais elementos a jurisdição na própria ideia de democracia⁴⁶⁵.

Portanto, o processo de decisões tomadas pelo órgão responsável pela Jurisdição Constitucional provém e nasce diretamente da *“legitimidad democrática del poder político se referirá a que todo poder que emane del Estado debe ser atribuido o relacionado a esa legitimidad democrática, es decir, bajo la expresión de la soberanía del pueblo”*⁴⁶⁶.

À Jurisdição Constitucional compete realizar tal projeto, atuando como *árbitro do jogo democrático* e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas. Embora a Jurisdição Constitucional se apresente como uma instância do poder contra-

⁴⁶¹BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 42-43.

⁴⁶²Nos poderes públicos, vem à tona o significado específico do zōm politikón: o ser humano carece de um poder que certamente não precisa representar uma escravização dos subjugados, mas que também seja viável como auto-organização livre dos indivíduos envolvidos. Em sua designação grega – *demokratía* -, o poder do povo ascendeu ao porto de palavra-chave da teoria do Estado Atual. (HOFFE, Otfried. *A democracia no Mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 118.)

⁴⁶³BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 42-43.

⁴⁶⁴É porque a lei é concebida como a expressão da vontade do povo que nas democracias modernas *se preferiu a eleição ao sorteio*, que era, entretanto, a regra na democracia ateniense. *A abordagem quantitativa da ideia de maioria*, que começara a aparecer nas técnicas deliberativas medievais, *triunfou com a Revolução*, eclipsando qualquer ideia de representação qualitativa das diferenças entre províncias, profissões ou estados das pessoas. Segundo a formulação de Tocqueville, *a noção de governo se simplifica: apenas o número faz a lei e o Direito. Toda a política se reduz a uma questão de aritmética*. O Parlamento eleito por sufrágio universal *tomou-se, assim, em todas as democracias, a sede normal do poder legislativo*. Essa representação nacional encama a vontade geral e não poderia consistir na assembleia de representantes de corpos ou de interesses particulares. Nenhuma "seção do povo", nenhum corpo intermediário poderia ser admitido a nela impor sua lei ao conjunto, pois o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela. (SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 199.)

⁴⁶⁵BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 42 e 46.

⁴⁶⁶BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia*: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 6.

majoritário, situada no limite entre o jurídico e o político, sua missão será a de intervir a favor e não contra a democracia.⁴⁶⁷

Diferente do anteriormente foi construído: os juízes exercem o poder de fazer normas gerais em nome do povo, e bem que a democracia representativa não é o poder do povo, mas sim é um conjunto de princípios utilizados pelo cidadão, sendo estes mais complexos do que se poderia imaginar⁴⁶⁸.

Não restam dúvidas que pela perspectiva política-jurídica a soberania popular calcada na democracia como princípio de organização racional do Estado, faz emanar a Jurisdição Constitucional delineada Constitucionalmente e reconhecendo pela vontade popular que este seja um órgão independente e imparcial e que administre o seu próprio Jurisdicionado.

La figura y la posición institucional del juez en la democracia constitucional quedan más claramente definidas por su *exterioridad* respecto del sistema político y por su *distanciamiento* de los intereses particulares de los sujetos implicados en el procedimiento. El *juez* no es propiamente un órgano del Estado aparato. Frente a los demás poderes del Estado, puede decirse incluso que es un *contra-poder*, en el doble sentido de que a él le corresponde el control sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos, y por tanto sobre las agresiones, de todo tipo, a los derechos de los ciudadanos. Y es claro que para cumplir esta función no debe tener ninguna relación de dependencia, directa o indirecta, con ningún otro poder. Debe ser, en otras palabras, independiente tanto *fi-ente* a los poderes extremos como a los poderes internos del orden judicial.⁴⁶⁹

Evoluindo tratar-se-á da *legitimação democrática de origem Benitez Giralt*, aponta que a função judicial, ou melhor, a função da Jurisdição Constitucional possui dois tipos abalizados de legitimação de origem.

Sendo que, a primeira ocorre em alguns tribunais do Sistema Jurídico *Common Law*, pois neste modelo ela “*se encuentra vinculada al principio democrático de participación*

⁴⁶⁷BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2ª Ed. Rev. e Atual.. São Paulo: Editora Renovar, 2004. P. 10-11.

⁴⁶⁸*Rappelons qu'il ne s'agit pas ici de confronter le pouvoir judiciaire à la démocratie véritable, mais d'examiner quelques théories de la démocratie qui visent à faire des juges une institution démocratique. Les différentes théories qu'on va présenter ne seront pas analysées comme vraies ou fausses. Il s'agit seulement de montrer qu'elles sont nécessaires et qu'elles remplissent plus ou moins bien leur fonction, qui est, faute de pouvoir nier l'existence du pouvoir judiciaire comme les théories précédentes, de le justifier. En réalité, aucune ne la remplit parfaitement et aucune ne s'impose en fait, parce qu'on recule toujours devant leurs contradictions internes ou les idées qu'elles impliquent. J'en retiens deux groupes principaux. On peut soutenir que les juges exercent le pouvoir de faire des règles générales au nom du peuple, ou bien que la démocratie n'est pas du tout le pouvoir du peuple, mais un ensemble de principes ou encore que le peuple est un être plus complexe qu'on pourrait le croire.* (TROPER, Michel. *Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie*. . In: European Journal of Legal Studies. EJLS. Florence – Italy, 2007. P. 11.)

⁴⁶⁹FERRAJOLI, Luigi. *Jueces y Política*. In: Revista Derechos y Libertades 3. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas. P. 73.

*popular, en el sentido que el pueblo participa en la selección directa de los jueces para ejercer las funciones jurisdiccionales*⁴⁷⁰.

De outro modo a Corte Constitucional, os seus membros por força da Constituição são indicados e, após a aprovação do Senado, nomeados pelo Presidente dos EUA, mas antes, para sua escolha os Juízes passam por um processo de critérios objetivos⁴⁷¹.

Já a segunda legitimação de origem que é dada aos tribunais do sistema jurídico europeu, onde são “*en la cual no son elegidos popularmente, es decir, no son elegidos directamente por el pueblo. Este tipo de legitimidad queda matizada por la profesionalidad de los jueces y magistrados basada en su elección por méritos sometidos a pruebas y procesos de formación*”⁴⁷².

Importante destacar que a legitimação democrática dos representantes investidos pelo órgão Jurisdicional pode se dar de forma direta e de forma indireta, quanto a forma direta se dá por meio de eleições diretas, similar ao a escolha que ocorre com o Poder Legislativo, o qual legitimam-se pelo sufrágio universal do povo seguindo assim o modelo Norte-Americano, já quanto a forma indireta, ela se dá por meio “da intervenção dos diretamente eleitos no processo de designação dos”⁴⁷³ juízes constitucionais, assim como ocorre na maioria dos países Europeus. É de salientar, que frente as mixagens de ideários Constitucionais que lhes considera mais adequado quanto as formas de escolha dos Juízes Constitucionais.

A democracia se constrói pelo sufrágio universal, ou seja, o direito ao voto para a escolha dos representantes do povo (que na realidade, não são, jamais o modelo perfeito da democracia representativa⁴⁷⁴), mais precisamente na escolha dos Parlamentares (Poder Legislativo e Executivo) revestido da soberania estatal perpassada pelo mandato em branco (mandato popular) que lhes é concedido pelo seu real soberano o “povo” via processo

⁴⁷⁰BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia*: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 29.

⁴⁷¹JOBIN, Marco Félix. *Medidas Estructurantes*. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013. P. 46.

⁴⁷²BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia*: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 29.

⁴⁷³BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 42-43.

⁴⁷⁴Pra começar, frequentemente, observou-se que uma boa parte da ilusão ocidental concernente à perfeita capacidade dos ramos políticos encarnarem o consentimento dos governados (ou, pelo menos da maioria destes últimos) está em vias de dissipar-se. Políticos de diferentes países, amplamente, demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos, os poderes legislativo e executivo, ainda que havidos tradicionalmente como diretamente responsáveis perante o povo (contrariamente ocorre com os juízes), não são, jamais, na realidade, o modelo perfeito da democracia representativa. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 242-243.)

eleitoral que ocorrem de acordo com cada Estado. Nesta senda, o “sufrágio universal esta, portanto, na origem de toda a decisão democrática, mas ele não assegura o caráter democrático da decisão”⁴⁷⁵.

Democratización no es sólo un medio para evitar la crisis, es un proceso de socialización en el que es posible terminar con la herencia de la sociedad burguesa; es decir, la división de la vida humana en las esferas "pública" y "privada" (superar las diferentes variedades enajenadas de la dualidad entre el "citoyen" abstracto formal y el "hombre privado" práctico-limitado).⁴⁷⁶

Aponta Castoriadis, em uma breve e notável crítica a cerca da democracia representativa construída com a égide do Estado Moderno, que tal

*Democracia significa etimológicamente la dominación de las masas. Pero no tomemos el término dominación en un sentido formal. El dominio real no puede ser confundido con el voto: el voto, incluso el que se emite libremente, puede ser, y lo es frecuentemente, la farsa de la democracia. La democracia no es el voto relativo a cuestiones secundarias, ni la designación de personas que decidirán por ellas mismas, fuera de cualquier control efectivo, sobre las cuestiones esenciales. La democracia no consiste tampoco en llamar a las personas a pronunciarse sobre cuestiones incomprensibles o que carecen de sentido para ellas. El dominio real es el poder decidir por sí mismo sobre cuestiones esenciales y hacerlo con conocimiento de causa.*⁴⁷⁷ (Sublinha-se)

Quanto á legitimidade constitucional dada à Jurisdição, muitas vezes frente ao Poderes Legislativo e Administrativo, e ainda na busca pela tutela de direitos, clama-se socorro à Justiça para manter a coesão e assegurar o laço com o pacto fundador^{478 479}.

Para que à *legitimidade Jurisdicional Constitucional é refletida diretamente para com a legitimidade da minoria frente à maioria*⁴⁸⁰ (*contra-majoritário*)^{481,482}, ocorre quando

⁴⁷⁵BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 42-43.

⁴⁷⁶LUKÁCS, George. *El Hombre y la Democracia*. Contrapunto, 1985. P. 21.

⁴⁷⁷CASTORIADIS, Cornelius. *Democracia y Relativismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. P. 32.

⁴⁷⁸GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 185.

⁴⁷⁹*Dice Portocarrero y Guzmán, en su Teatro mornárquico de España, publicado en esta Corte el año 1700, que «la justicia es el alma de las repúblicas, y con ella viven, se ilustran, se aumentan y conservan, del mismo modo que vienen a su ruina cuando prevalece la injusticia; y que la justicia es de absoluta necesidad en todo tiempo, en todo lugar y en todos los hombres».* (TORRES, Miguel. *El Juez Español*. Lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser. Madrid: San Bernardo, 1875. P. 15.)

⁴⁸⁰Vide: ARAÚJO, António de. MAGALHÃES, Pedro Coutinho. *A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?* In: *Análise Social*, vol. XXXV (154-155), 2000, 207-246.

⁴⁸¹...o princípio maioritário e, em geral, sublinha a importância do processo para a determinação da democracia. (BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 42.)

⁴⁸²*Algumas justificações recentes da jurisdição constitucional baseiam-se precisamente no princípio democrático, numa interpretação que não o restringe ao princípio maioritário, mas é mais exigente*, seguindo sobretudo a inspiração de Kant. Isto é válido para as teorias de Jhon Hart Ely e de Ronald Dworkin. (Ronald

nas busca da tutela (efetivação-realização) dos “*derechos fundamentales es una legitimidad de la minoría, la legitimidad de una esfera que se garantiza a todos los ciudadanos, en todo o caso, con independencia de la voluntad de la mayoría*”⁴⁸³.

Tem ainda como competência fundamental a: “*conservazione dell’apertura del processo politico, che presuppone la legittimità del principio maggioritario; garanzia della misura socialmente consentita di protezione dell’individuo nei confronti della forza statale; integrazione degli interessi particolari nella misura tale da rendere possibile il sistema decisionale maggioritario*”⁴⁸⁴.

Retratando ao que aqui se expõe não resta dúvida que a Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education*⁴⁸⁵ tenha provocado a discussão de se é ou não a decisão por tal órgão vista como democrática, e ainda inaugura a chamada Medidas Estruturantes⁴⁸⁶.

E ainda, a Constituição desenvolveu-se por mais de dois séculos, a qual passou a ter um papel de relevância, estabelecendo o funcionamento do Estado no que se a superação da “clássica separação dos poderes” se chegando a “divisão dos poderes” (*check and balances*). Sendo assim, ocasionadas essas mudanças pela nova “*estruturação da sociedade e do Estado e das relações entre si*. Nenhum destes fenômenos pode deixar de se repercutir no significado e relevância constitucional do princípio da maioria”^{487 488}.

Dworkin, <<Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court>>, *Alberta Law Review*, 28, 1990, pp. 324-346; aponta BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 40.)

⁴⁸³VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da Justiça Constitucional e o Princípio da Maioria*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 85-86.

⁴⁸⁴MEZZETTI, Luca. *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*. Chile, Talca: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010. P. 325.

⁴⁸⁵A exemplo de um caso julgado pela Suprema Corte Americana em que discute as premissas democráticas, visou: *En consecuencia, yo creo que fallos como Brown vs. Board of Education que trata de superar la discriminación racial en materia educativa, están absolutamente justificados bajo esta visión de la democracia porque a través de estos fallos, en última instancia se intenta poner a todo el mundo en igualdad de condiciones para que puedan participar del debate y de la decisión democrática y maximizar de esa manera el valor epistemológico de la democracia*. (NIÑO, Carlos S.. *La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989. P. 87.)

⁴⁸⁶Segundo Owen Fiss foi numa manhã de sol de 1954 que a Suprema Corte dos Estados Unidos tornou pública a decisão tomada no caso *Brown v. Board of Education*, que encerrou com a doutrina do sistema de segregação racial conhecido como *separat but equal*, o qual já percorria dois séculos da história do país, sendo que, naquele julgamento, emergiu, para o Professor de Yale, uma nova forma de *adjudication*, a qual denominou de *strutural reform* ou medidas estruturantes. (JOBIN, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013. Págs. 91 a 99.)

⁴⁸⁷MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional e Princípio Majoritário*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 180.

⁴⁸⁸Evidentemente, a noção de democracia não pode reduzir-se à simples ideia de democracia. Dissemos, anteriormente, que democracia também significa participação; e democracia significa tolerância e liberdade. Uma Justiça razoavelmente independente de caprichos e intolerância majoritárias pode, enormemente, contribuir à democrática; e sustenta-se o mesmo, para uma Justiça suficientemente ativa, dinâmica e criadora, a fim de assegurar a preservação de um sistema de equilíbrio entre os poderes em vista os ramos políticos e, ainda,

Devido às mudanças trazidas pelas novas texturas Estatais e Sociais postas no pacto constitucional acabam não diretamente influenciando no princípio da maioria, mas sim, indiretamente.

Torna-se obvio que toda a Constituição se traduz, por definição, numa limitação do principio da maioria, na medida em que ela regula a organização e o modo de exercício do poder político bem como os seus limites. Ora o espaço constitucional não tem cessado de se ampliar⁴⁸⁹.

*A legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional pela sua neutralidade*⁴⁹⁰ se dá devido suas atribuições funcionais, e que, estas se revelam distintas das outras formas de Poder Político: porque em sua grande maioria os Juízes-Tribunais não têm outras formas de autoridade legítima (por exemplo, eleitoral) e a sua influência depende (discutivelmente) de sua legitimidade institucional, que é percebida como mecanismo neutro de resolução de litígios⁴⁹¹.

incluam-se os adequados controles relacionados a outros centros não governamentais de poderes, ou quase-governamentais, tão típicos nas sociedades modernas. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 253.)

⁴⁸⁹MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional e Princípio Majoritário*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 180.

⁴⁹⁰*Contenere (in termini normativi e culturali) la magistratura e a impedirle di opporre alla legge positiva e alla voluntas del potere sovrano, la più giusta legge di una più giusta e "naturale" ragione di cui il giudice si faccia interprete. Ma il risultato è che i giudici hanno potuto accumulare più potere di fatto di quanto ne disponessero prima dell'avvento della sovranità popolare (e della legge emanata da sovrane assemblee: che avrebbero dovuto conferire giustezza alla legge per la sola ragione della sua formale validità). E ciò perché la legge -pur divenuta inoppugnabile nella sua democratica legittimità procedurale- rimette tuttavia la sua efficacia proprio nelle mani dei giudici. È sempre qui, alla fin fine, la scaturigine incompressibile del "far politica" dei giudici: la facoltà, che i giudici in quanto tali detengono di manipolare i comandi normativi del potere sovrano. E di questa facoltà e dell'uso che ne vien fatto si compone la storia delle relazioni tra potere giudiziario e potere politico sotto ogni latitudine costituzionale e in ogni tipo di regime, pur nelle infinite varianti culturali, dottrinarie e ordinamentali in cui si è espressa la sempiterna ricerca di equilibri, pesi e i contrappesi tra poteri e legittimazioni parallele o giustapposte. Ove il contrario avvenga, significa che siamo di fronte, quanto meno, a un indizio forte (anche se non esaustivo) di crisi del regime democratico vigente (almeno in potenza). Le cose, come abbiamo cercato di rimarcare, non sono così semplici. Neutralità e politicità non sono qualificazioni destinate ad elidersi a vicenda per il fatto che corrispondono a due ordini di proprietà fondamentalmente diverse: che possono ben convivere fra loro. La mancanza di uno specifico mandato politico-elettorale non preclude affatto alla magistratura di svolgere un ruolo intensamente politico nella funzionalità del sistema. Anzi, proprio questa sua formale neutralità statutaria può essere interpretata dalla magistratura come la propria abilitazione ad una continuativa funzione di controllo della legittimazione del potere politico nell'esercizio delle sue funzioni rappresentative e decisionali. Solo che, in fasi di coesione e di stabilità del regime, quella funzione può magari restare latente: cioè contenuta entro l'alveo del policy making di cui s'è detto. Nelle fasi critiche e nelle relative turbolenze di sistema, essa può emergere allo scoperto e, come un fiume carsico, inondare di sé le pianure più coltivate del consenso politico e dei suoi beneficiari. Ma non potrà dirsi che si è trattato di una improvvisa politicizzazione della magistratura: bensì della compiuta esplicitazione della intrinseca e costante politicità della sua azione. La quale politicità, per quanto sin qui sostenuto, è direttamente innestata proprio sul tronco maestro della separazione dei poteri e della correlativa terzietà del giudice. (MORISI, Massimo. *Giurisdizione e politica antiche domande sull'onda del caso italiano*. Barcelona: Università degli Studi di Firenze, Working Paper n. 95., 1994 P. 17-18.)*

⁴⁹¹Judicial power is somewhat different than other forms of political power: because most courts lack other forms of legitimate authority (e.g. electoral) their influence depends (arguably) on their perceived institutional legitimacy as neutral mechanism of dispute resolution. (BRINKS, Daniel. *New Courts for New*

No entanto, os juízes-tribunais precisam ser mais do que simplesmente neutros, para ser influentes mecanismos de resolução de litígios, devem ainda ser amplamente acessíveis, e autorizados a governar com eficiência e eficácia as reivindicações que envolvem as questões mais importantes do dia. Assim, a nossa concepção de Poder Judicial refere-se à capacidade de ação conferida pelo desenho institucional formal e os parâmetros relevantes do projeto são aqueles que definem a capacidade de um tribunal para ter a entrada autônoma sobre um vasto leque de questões politicamente significativos.⁴⁹²

Concluí-se que, tem esta função o intuito de “*dirimir los conflictos competenciales entre el Estado y las unidades territoriales <<sub-statales>>, en nuestro caso las Comunidades Autónomas*”⁴⁹³.

E por fim se tem a *legitimidade da Jurisdição Constitucional em razão de seu exercício*, ganha força, pois o monopólio Parlamentar causava abissais atrocidades ante a sociedade, pois a eles cabia a representação da vontade do povo, e nada fazia, diante desta disfunção crescem vertiginosamente os litígios sociais fazendo com que o judiciário atue por meio de suas funções delineadas pelas Constituições Democráticas. Desta feita, abandona-se a crença na auto-suficiência de um processo lógico-dedutivo que reduzira a interpretação a uma exegese do texto, e passa-se destacar a importância decisiva da aplicação pela qual todo o ato de interpretação constitui um aditamento de sentido⁴⁹⁴.

Pois as alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento inédito da sua influência social, como torna o direito fruto de sua emancipação⁴⁹⁵ que impulsionam a reconfiguração dos juízes, assim extraindo este do elenco

Democracies: The Growth of Judicial Power in Latin America Since 1975. Edgs Working Paper Number 3 University of Texas at Austin November 2, 2012. P. 6-7)

⁴⁹²However, courts need to be more than merely neutral; to be influential mechanisms of dispute resolution they must be broadly accessible, and authorized to rule with some efficiency and efficacy on claims that involve the most important issues of the day. Thus, our conception of judicial power refers to the capacity for action conferred by formal institutional design, and the relevant parameters of design are those that define the capacity of a court to have autonomous input on a broad range of politically significant issues.

(BRINKS, Daniel. *New Courts for New Democracies: The Growth of Judicial Power in Latin America Since 1975*. Edgs Working Paper Number 3 University of Texas at Austin November 2, 2012. P. 6-7)

⁴⁹³VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da Justiça Constitucional e o Princípio da Maioria*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 85-86.

⁴⁹⁴PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do Distrito Federal*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=298>. Acessado em: 18, de maio de 2012.

⁴⁹⁵O pensamento jurídico insurgente e de oposição aqui proposto reivindica a reinvenção do reformismo como jargão da prática política de justiça. A pergunta “poderá o direito ser emancipatório?” só pode ser respondida em todo o seu potencial no âmbito de uma revolução democrática da justiça. Tendo em especial atenção exemplos do continente latino-americano e, em particular, do Brasil, a revolução democrática da justiça assenta na valorização da diversidade jurídica do mundo como mola propulsora do pensamento jurídico crítico. (SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 7.)

de figurantes do Estado Moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder⁴⁹⁶.

Na experiência brasileira, a crise da democracia representativa contribui, seguramente, para a avalanche de demandas transferidas para o Poder Judiciário. Essa crise tem origem, e parte, nas profundas desigualdades sociais existentes em nosso país, fator que embaraça o adequado exercício da democracia. A vocação legiferante do Estado Moderno, por outro lado, vem se tornando cada vez menos vigorosa. Melhor, o conceito da lei sofreu uma transformação radical. O Estado contemporâneo administra, não legisla. A lei regra-do-jogo, sonhado pelo liberalismo dos revolucionários franceses, acabou mostrando sua inevitável cara política.⁴⁹⁷

As alterações no exercício da função jurisdicional se da pelos seguintes elementos: “*en especial de la función del juez: a) La actividad judicial se legitima por el proceso mismo y no por los contenidos valorativos contenidos en él; b) la sumisión del juez a la ley en su independencia, que es, en definitiva, lo que la sociedad reclama del oficio judicial*⁴⁹⁸; *c) La constitución se considera como fuente de legitimación del poder judicial*”⁴⁹⁹.

A legitimidade que aqui se acosta, é considerada, como sendo uma legitimidade material, em que deve sempre ser implementada, por meio de alguns instrumentos e “*mecanismos formales para el desarrollo de lo que hemos denominado legitimidad de origen y de ejercicio que guarda una estrecha relación con el acceso a la justicia, la independencia judicial (externa e interna) y la integralidad de la justicia*”⁵⁰⁰. No que tange a independência judicial, este é um dos bens mais preciosos das sociedades democráticas e foi criada para que o juiz-tribunal possa defender os interesses democráticos dos cidadãos⁵⁰¹.

⁴⁹⁶PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do Distrito Federal*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo_detalle&art_id=298>. Acessado em: 18, de maio de 2012.

⁴⁹⁷SILVA, Ovídio A. Batista da. *Da Função à Estrutura*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. (orgs.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 97.

⁴⁹⁸BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia*: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. P. 30.

⁴⁹⁹BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia*: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006. p. 30 a 32

⁵⁰⁰LINZÁN, Luis Fernando Ávila. *Política, justicia y Constitución*. Série Crítica y Derecho n. 2º . Corte Constitucional. P. 26.

⁵⁰¹SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 83.

Frise-se que a Jurisdição Constitucional legitima-se em razão de seu exercício onde pela “natureza do processo jurisdicional é que *os juízes podem encontrar o antídoto mais formidável contra o perigo de perderem contato com a comunidade*”⁵⁰².

⁵⁰²CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 100-101.

3.3 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL⁵⁰³: O CONTEXTO HERMENÊUTICO DA FUNÇÃO JUDICIAL

*El progreso del Estado de Derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción.*⁵⁰⁴

As rupturas e transformações ocorridas no seio social⁵⁰⁵ e institucional encontram no Poder Judiciário o “centro” da das questões político-jurídico-democracias e, reestruturando-se e assim fazendo *jus* ao Poder resgatado dos tempos Pré-Estado Moderno. Reforça sua atividade, sendo protagonista na defesa dos direitos humanos⁵⁰⁶ e com a preservação da dignidade da pessoa humana^{507, 508}, e ainda, rompe a rígida separação dos poderes. Neste

⁵⁰³Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes. (BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política*. Disponível em: < www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acessado em: 03-09-2013. P. 48-49.)

⁵⁰⁴FERRAJOLI, Luigi. *El Papel de la Función Judicial en el Estado del Derecho*. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. P. 88

⁵⁰⁵*Las transformaciones sociales, sin embargo, no se detienen a cortejar construcciones conceptuales que se revelan carentes de anclaje en la realidad y en las necesidades históricas. De la mano de estas mutaciones, el derecho se ha liberado del monopolio de la ley. Sin dejarla de lado, apelando a un entendimiento más profundo del principio democrático y de las exigencias de la justicia, el derecho definitivamente se abre a una variedad de fuentes, modifica sus métodos y formas de aprehender la realidad y de reaccionar a su entorno.* (MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 5.)

⁵⁰⁶Vide SUPIOT, Alain. *Unir a humanidade: do uso correto dos direitos do Homem*. In: SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 272.

⁵⁰⁷*... para lograr la libertad y la dignidad humanas, especialmente ante la necesidad de buscar mecanismos para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la dimensión social de la justicia, bajo la idea de la equidad ciudadana a través del efectivo acceso a la justicia; y la dimensión transnacional de la justicia, que contribuye a la integración económica, social y cultural de los países, lo que ha provocado las complejas relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales.* (**Cuestiones Constitucionales**. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/rb/rb22.htm>>. Acessado em: 60-08-2013.)

⁵⁰⁸*...garantizan la apertura del ordenamiento y del proceso político desde el ciudadano.* (HÄBERLE, Peter *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In: *Direito Público*, Vol. 1, No 25. Jan-Fev/2009 – Doutrina Estrangeira. P. 190.)

norte, construiu-se com o passar dos tempos um *juiz ativo*, que responde aos anseios político e sócias que são refletidos e que se introjetam na formação do Direito⁵⁰⁹.

As Cortes Constitucionais surgem como uma instituição particularmente conservadora, para sim, frear e conter as utopias e delírios do Legislativo e do Executivo, tendo assim, de intervir por meio de suas decisões em questões puramente políticas, demonstra-se assim ter um papel extraordinário e crucial frente ao governo norte-americano.⁵¹⁰

Diante do exposto, galga junto a isso, Responsabilidade Política e Social, as quais eram somente estatuídas e direcionadas ao Poder Legislativo detentor da representação do povo. Note-se que o Poder Legislativo criava mecanismos Legais para responsabilidades cível e penal para o Judiciário, tolhendo tal órgão do Poder que ambos os poderes detinham, mas na ocorre o deslocamento nascendo uma crise Estatal Institucional que é uma “*crisis de la soberanía estatal, que se manifiesta en la dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales*”⁵¹¹.

Pelo fato de que o “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A justiça constitucional, especialmente na forma do *controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade*. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no Estado Moderno o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle. (...) E um aspecto dessas *novas responsabilidades, talvez ainda mais incisivo e freqüentemente anterior, foi o crescimento sem precedentes da justiça administrativa, vale dizer (mais precisamente), do controle judiciário da atividade do exercício e de seus derivados*.⁵¹²(grifo nosso.).

Haja vista, que pela interferência da carga ideológica engenhada na construção e arquitetura imposta na fundação do Estado Liberal de Direito quanto ao seu funcionamento político persiste impregnado no molde do Estado Democrático de Direito. Apesar de tal vínculo formador do Estado, muito tem evoluído estruturalmente e funcionalmente, tudo isso,

⁵⁰⁹Ver Caenegem quanto ao que diz respeito aos prós e contras da criação do direito, dos legisladores, juízes e doutrinadores. CAENEGEM, R. C.. *Juízes, Legisladores e Professores*: Capítulos de História Jurídica Europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P. 89-91.

⁵¹⁰HART, H. L. A.. *Ensaio sobre Teoria do Direito*. Trad.: José Garcez Ghirard, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P. 138.

⁵¹¹FERRAJOLI, Luigi. *Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en las crisis del Estado Nacional*. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. P. 110

⁵¹²CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 46.

devido às crises institucionais e sociais que interferem tanto na ciência política quanto na jurídica.

Na verdade é que a situação atual termina por colocar em “discussão os próprios pressupostos da jurisdição”, que concernem à formação do Estado Moderno e, por via consequência, à própria organização dos poderes e da relação entre os poderes⁵¹³.

Observa-se quanto aos pressupostos da Jurisdição, que a Jurisdição Constitucional dota-se de uma forma de legitimidade neutral no que se refere aos demais poderes politicamente institucionalizados (Poder Executivo e o Legislativo), visto também como *poder ativo*, surge com importante papel moderador, freando e detendo as intenções despóticas, infundadas e incabíveis dos demais poderes, de suma importância que venha a resolver os conflitos políticos entre os poderes, e entre os poderes e a sociedade.

Com a divisão de poderes baseada sem sobras de dúvida pela teoria do *check and balances*, que este visa acertar, frear e deter, contrabalançando os demais poderes e os grupos de pressão, no qual os juízes dos nossos dias exercem, antes de tudo, o seu poder de modo independente e autônomo⁵¹⁴.

A independência e a autonomia em sentido forte constituem atributos próprios do poder do juiz, entendidos como estrutura e, assim, qualificações da magistratura como instituição. Todavia, tais atributos também representam indiretamente condições para garantir a imparcialidade do realizado pelo juiz individualmente e, assim, para o exercício do seu poder entendido como função. O modo pelo qual obra concretamente o princípio da independência e da autonomia depende, pois, em grande medida do concreto funcionamento dos órgãos de garantia do judiciário, instituídos nos Estados singularmente considerados. O fato que não se encontre sobre o ponto uma completa correspondência contribui, talvez, para explicar por que o “renascimento” do poder judiciário não assuma, em todos os lugares idêntico significado.⁵¹⁵ (grifo nosso).

Portanto, a Jurisdição Constitucional transcende realmente a partir de 1989⁵¹⁶, fazendo assim renascer o Poder Judiciário, arraigando-se este mais do que adequadamente ao modelo

⁵¹³PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 29.

⁵¹⁴PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 27.

⁵¹⁵PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. P. 27-28.

⁵¹⁶*Essa é vista como a terceira fase da Jurisdição Constitucional* de acordo com Haberle: A partire dal 1989, il cammino vittorioso della giustizia costituzionale si è accelerato.⁵¹⁶ (...) Vista nella sua sostanza, essa realizza non soltanto l'interpretazione della costituzione, ma a tratti addirittura una funzione creativa e costituente. Dobbiamo riconoscere quindi che la funzione della giustizia è flessibile e variabile nello spazio e nel tempo. (HÄBERLE, Peter. *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*. Trad. it. non rivista di J. Luther. P. 5

de Estado Democrático de Direito, legitimada democraticamente por suas Constituições^{517, 518}. De tais intersecções o controle de legitimidade Jurisdicional desenvolve-se em um ambiente político-jurídico viabilizando sua ativa participação em processos decisórios.

A expansão do poder judicial é um fenômeno que tomou conta do final do século passado. A grande maioria dos países ocidentais democráticos adotou o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes. (...) Essa nova arquitetura institucional *propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios.*⁵¹⁹

Corroborando Hesse, que a Jurisdição Constitucional tem contribuído atuamente para com:

*... conservação da coexistência de forças políticas diferentes, aproximadamente equilibradas, pela sua atividade que pressupõe a ordem constitucional da Lei Fundamental e que, simultaneamente, é condição fundamental de sua própria eficácia; e a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional – o papel que a Constituição, nomeadamente em seus direitos fundamentais, desempenha na vida da República Federal assenta-se, não em último lugar, nisto, que a questão da observância das vinculações jurídico-constitucionais sempre pode ser feita acessível à decisão do Tribunal Constitucional Federal.*⁵²⁰ (grifo nosso).

Das crises social e institucional, a política democrática e o Direito, ambos dotados das novas exigências da legitimidade democrática que impulsionam o Estado ao encontro de uma Jurisdição Constitucional ativa, que força a ruptura institucional do apego ao exagerado na formação das decisões políticas do Parlamento abrindo caminho “a possibilidade de

⁵¹⁷... o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-facismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre Poderes do Estado surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional nos países que adotam a fórmula de tribunais ad hoc) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais. (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 128.)

⁵¹⁸La “Constitución” es el orden jurídico básico del Estado y la sociedad, no es sólo restricción del poder estatal y es autorización al poder estatal. Comprende al Estado y a la sociedad. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde el principio más allá del dogma de la separación del Estado y la sociedad. (HÄBERLE, Peter *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In: Direito Público, Vol. 1, No 25. Jan-Fev/2009 – Doutrina Estrangeira. P. 198.)

⁵¹⁹CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da Judicialização da Política no Brasil*. Curitiba: Revista de Sociologia e Política nº 23: 115-126-2004. P. 115.

⁵²⁰HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª Edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. P. 419-420.

exercerem o seu julgamento acerca dos valores essenciais da democracia no estado bruto: a liberdade, o erro, e a sanção”⁵²¹.

Pois, o Poder Judiciário no seio da sua organização projeta diante de uma engenharia a harmonização de suas decisões, para que não destoem umas das outras, assim a criatividade nas sentenças de juízes de primeiro grau sejam revisadas pelos juízes-tribunais da Corte Suprema, pois esta Corte irá definir se afirma a criação do direito das suas instâncias inferiores o anulará tal decisão. Posto isso, as decisões prolatadas em sede de Jurisdição Constitucional vinculam os demais jurisdicionais, ou seja, os juízes a quo, inferiores e em alguns casos os tribunais que lhes são inferiores⁵²².

...los jueces comunes tienen un papel relevante en el sistema de control de constitucionalidad de la ley esencialmente en la fase "ascendente", en la cual la cuestión de constitucionalidad es planteada: el juez es el "portero"39 de la Corte Constitucional⁵²³.

A sua legitimação democrática deu-lhes com advento do Estado Democrático de Direito, renascendo o Poder Judiciário na Jurisdição Constitucional, frente a uma nova gramática social e institucional, que além de ser importante quanto o controle e limitação dos demais poderes, serve ainda como elemento ratificador de sua própria existência, que pela via processual continuam resolvendo os *problemas* mais fundamentais, os *conflictos* mais

⁵²¹GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas*: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 281.

⁵²²*O Juiz contemporâneo deve sim estar vinculado às decisões realizadas no controle de constitucionalidade de leis pelo Supremo Tribunal Federal*, mas, como alerta Albert Camus, ele é, em determinados momentos, dotado de reflexão, de consciência, e isto pode ser fundamental na descoberta de nova orientação a ser prolatada pelo Tribunal Superior. Significa dizer que é exatamente esse o juiz que manterá oxigenado o direito, quando, fundamentando seu posicionamento, ir contrário àquilo que já foi decidido pelo Tribunal que é detentor de guarda da Constituição, sabendo, claro, das consequências de seus atos caso sua posição não reformule qualquer posicionamento. Então, mesmo *sendo um juiz Sísifo*, quando estiver aplicando as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, terá pensamentos, reflexões e consciência própria, que poderão levar inclusive, a fazer com que o próprio sistema reveja o posicionamentos ou o confirme, pois, quanto mais rebatida for a decisão e mesmo assim for mantida, é porque, teoricamente, foi ela bem estruturada. Ainda há de se ressaltar que o poder de modificação dos Tribunais superiores não necessariamente pode ter vindo da refutação de um juiz, mas até mesmo do cidadão pelos modelos de controle existentes no Direito. (JOBIN, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013. P. 205, mas ver entre pags. 204-206.)

⁵²³*La amplitud de las competencias de estos "jueces especiales"* en los diversos ordenamientos nos habla de la dificultad, más o menos áspera, y de la necesidad, más o menos imperiosa, de alcanzar el compromiso: a los sistemas en los que el juez constitucional especial es tal sobre todo por el objeto de su juicio (la ley del Parlamento, mientras el control de la constitucionalidad de los otros actos corresponde a los jueces comunes), se contraponen sistemas en los cuales el juez constitucional especial es tal por parámetro, en el sentido de que está llamado a pronunciarse no sólo sobre las leyes, sino sobre cualquier acto, siempre que se encuentre una cuestión de violación constitucional, provenga de quien provenga, intentándose así sustraer por completo la Constitución de las "garras" de los jueces comunes. (GROPPI, Tania. *¿Hacia una Justicia Constitucional "Dúctil"?* Tendencias Recientes de las Relaciones Entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana. Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>>. Acessado em: 28-03-2013.)

profundos *entre o indivíduo e a sociedade, e que os mesmos sejam expostos e debatidos como questões de princípios, e não definitivamente resolvidos na arena das disputas de poder*⁵²⁴.

Dos problemas conflituais que são debatidos na à Jurisdição Constitucional impulsionam um natural deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais⁵²⁵ que tornam-se "*fenómeno común en todas las democracias avanzadas, ya que está relacionado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación de los poderes públicos, que se produjo con el crecimiento de la complejidad de los sistemas políticos*"⁵²⁶.

Neste norte, tanto o procedimento político, quanto o judiciário "*no son excluyentes entre si, en virtude de que la gran trascendencia política de las cuestiones directamente constitucionales no impide que pueden sujetarse a criterios de derecho y a formas jurisdiccionales*"⁵²⁷.

Secondo tale posizione dottrinale, l'organo di giustizia costituzionale è chiamato a svolgere una *funzione di stabilizzazione della Costituzione*, agevola contestualmente un mutamento sociale controllato (*funzione evolutiva*), fungendo anche da *valvola capace di prevenire (od ovviare a) fenomeni di ristagnamento delle forze politiche e sociali (funzione-valvola)*.

In quanto organo di controllo competente a *verificare che il processo di formazione della volontà politica si svolga all'interno dell'alveo e dei limiti ad esso assegnati*, il Tribunale costituzionale federale corregge in modo vincolante comportamenti contrastante con la Costituzione (*funzione di controllo*). Il componimento dei conflitti realizzato dall'organo di giustizia costituzionale contribuisce alla formazione della pace sociale e risolve conflitti politici e sociali mediante una procedura di tipo giurisdizionale (*funzione di pacificazione*). L'attuazione dei diritti fondamentali promuove un'attivazione della libertà (*funzione educativa*) e la conservazione del carattere aperto del processo politico, in particolare attraverso la protezione delle minoranze, consente di superare crisi di legittimazione del sistema politico, portando alla realizzazione della democrazia (*funzione di integrazione*). Accanto a posizioni dottrinali, quale quella ora esaminata, tendenti a conferire una pluralità di compiti e funzioni alla giustizia costituzionale, altre hanno inteso individuarne finalità più specifiche e mirate.⁵²⁸

⁵²⁴BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª Ed. Rev. e Atual.. São Paulo: Editora Renovar, 2004. P. 93

⁵²⁵STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 128.

⁵²⁶FERRAJOLI, Luigi. *El Papel de la Función Judicial en el Estado del Derecho*. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. P. 88

⁵²⁷FÍX-ZAMUDIO, Héctor. *La Legitimación democrática del Juez Constitucional*. In: FERRER MAC-GRECO, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. P. 162

⁵²⁸MEZZETTI, Luca. *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*. Chile, Talca: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010. P. 322-323

Conclui-se que o direito frente a essa nova textura Jurisdicional assume a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A Jurisdição toma-se um espaço de exigibilidade da democracia⁵²⁹.

Ante aos *problemas* mais fundamentais, os *conflitos* mais profundos *entre o indivíduo e a sociedade*, ocorre à explosão do número de processos, que não é um fenômeno jurídico, mas social. Afirma, que com essa explosão, o processo judicial revela-se como o meio mais eficiente de participação democrática, pois desencadeia em uma mecânica “direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamento direto de serem ouvidas⁵³⁰. O processo judicial como meio realizador da democracia, que se origina da depressão social e se expressa e se reforça pela expansão do direito⁵³¹.

*... strumento finalizzato a rendere chiaro il diritto, a garantire la coerenza dell'ordinamento e ad individuare il surplus di diritto (realizzandolo nelle proprie decisioni) esistente rispetto alle statuizioni positive del potere statale, un diritto non coincidente con l'insieme delle leggi scritte che ha la sua fonte nell'ordinamento giuridico costituzionale inteso come totalità e che può fungere da correttivo della legge scritta.*⁵³²

Dada a importância e as respostas positivas dadas pela Jurisdição Constitucional para com a sociedade e para com os demais entes institucionais, até mesmo a França rende-se a sua atual conjectura de cunho democrático, pois foi país mais “avesso ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, o Conselho Constitucional originariamente criado para impedir o parlamento de invadir a esfera de poder reconhecido ao governo”⁵³³, que embora foi criado em 1958, tendo como sentido originário de “manter o poder legislativo do parlamento dentro das apertadas baias que a Constituição lhe estabeleceu, garantindo assim a autonomia materialmente legislativa reconhecida ao governo á título de poder regularmente

⁵²⁹GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas*: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 46.

⁵³⁰CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 100-101.

⁵³¹GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 26.

⁵³²MEZZETTI, Luca. *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*. Chile, Talca: Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1, 2010. P. 328.

⁵³³STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 100.

independente⁵³⁴. Antes disso, a França detinha um Conselho de Estado dotado de jurisdição administrativa.⁵³⁵

A jurisdição constitucional é considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de Direito Democrático⁵³⁶, inclusive na França com a reforma da constitucional de 2008, sai assim da concepção clássica da “separação dos poderes”, que tinha sido imposta pelo seu pacto constitucional de 1958 é superada, pois o Conselho Constitucional ganha um novo papel, tornando-se o guardião da constituição. Nesta senda: *“La riforma costituzionale francese del luglio 2008 ha aggiunto un importante tassello al fenomeno della espansione della giustizia costituzionale che ha caratterizzato il XX secolo e che non sembra conoscere battute d’arresto”*⁵³⁷.

Assim, pelo exposto até o momento, comprova-se o fenômeno da expansão da Jurisdição Constitucional que segue o movimento democrático, salientado que tal fenômeno introjetou-se muito rapidamente aos ordenamentos jurídicos de diversos países, dotando-se a Jurisdição a formulação de uma renovada concepção que volta-se a um poder ativo, deixa assim de lado a inércia que foi-lhe tolhida sob o Estado Moderno, pois com a evolução e transformação sociais e institucionais, o órgão Legislativo visto como ativo caiu em plena “inatividade”⁵³⁸.

Explicita Tania Groppi que:

⁵³⁴MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional e Princípio Majoritário*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 177 e 185-186

⁵³⁵... en Francia se estableció una jurisdicción administrativa encomendada al Consejo de Estado dentro de la esfera formal de Ejecutivo, primero como órgano de jurisdicción retenida, es decir, que sus decisiones estaban sometidas a la aprobación de las autoridades administrativas de la mayor jerarquía, pero a partir de la ley de 24 de mayo de 1872, adquirió el carácter del jurisdicción delegada, o sea, que resolvía de manera autónoma, pero a nombre de la administración. Lo cierto es que en la realidad, el Consejo de Estado no obstante su encuadramiento formal adquirió de manera paulatina una gran independencia, aun cuando en un principio no podía conocer de los citados actos de gobierno, ni tampoco aquellos considerados de carácter discrecional. (FÍX-ZAMUDIO, Héctor. *La Legitimación democrática del Juez Constitucional*. In: FERRER MAC-GRECOS, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. P. 143-144)

⁵³⁶STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 100.

⁵³⁷GROPPI, Tania. *Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l’Italia?* Rassegna Parlamentare. Anno: 2010 - Volume: 52 - Fascicolo: 1.P. 37

⁵³⁸*La Corte Constitucional ha creado, a partir de 1988 (pero con un notable incremento luego de 1996), un nuevo tipo de decisiones, la sentencia aditiva de principio, apresentando asi un aspecto más innovativo este tipo de decisiones que se rebela frente a la inactividad del legislador. De hecho, en tal caso, corresponderá a los jueces, a todos los jueces, dar actuación a la sentencia de la corte, en concreto e inter partes. Tal papel de los jueces al transformar los principios individualizados por la corte en reglas del caso concreto es explícito en algunas sentencias aditivas de principio, que contienen una referencia expresa a la posibilidad de que, frente a la inercia del legislador, intervenga el juez.* (GROPPI, Tania. *¿Hacia una Justicia Constitucional "Dúctil"?* Tendencias Recientes de las Relaciones Entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana. Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>>. Acessado em: 28-03-2013.)

Se da un lato tale fenomeno va di pari passo con la democratizzazione, dall'altro però si assiste alla nascita o al potenziamento della giustizia costituzionale anche in ordinamenti già democratici (come, ad esempio, la Francia, il Belgio, il Lussemburgo, la Svezia, la Finlandia), secondo una linea di sviluppo che può essere ricondotta entro il più generale tema della circolazione dei modelli: è acquisizione ormai compiuta che occorra dar vita a forme di difesa giurisdizionale della Costituzione, in modo che nessun tipo di atto (neppure la legge del parlamento) e nessun comportamento politico sia sprovvisto di un proprio giudice. Esiste, in altri termini, un modello di democrazia costituzionale che comprende tra i suoi elementi necessari la giustizia costituzionale, e che rappresenta un punto verso il quale tendere non solo per le «nuove democrazie», ma anche per le democrazie consolidate.⁵³⁹

A Jurisdição Constitucional⁵⁴⁰: *a*) o Estado Democrático de Direito encontra acolhimento existencial, dentro de um corpo hermenêutico estrutural que passa a dar condições de agir legitimamente jurisdicional, cabendo ao Poder Judiciário fazer-se com que se opere a Justiça Constitucional, agasalhando os fundamentos deste modelo de Estado de Direito, fazendo-se cumprirem-se políticas públicas, não realizadas pelos demais poderes estatais⁵⁴¹; *b*) sobretudo a legitimidade democrática jurisdicional se dá pela legitimidade de seu exercício, tornando-se um espaço de exigibilidade democrática, que versa conservar a reinvidicação política e a coexistência de forças políticas diferentes; *c*) legitima suas decisões políticas no procedimento configurado pelo processo jurisdicional, e este aproxima a democracia, a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos fundamentais ao cidadão, sendo o meio mais eficazmente participatório dentre os procedimentos da atividade pública; *d*) por conseguinte, a interpretação judicial do Direito se converte em uma atividade viva, para resolver adequadamente os casos que a vida social intersubjetiva lhes apresenta⁵⁴².

⁵³⁹GROPPI, Tania. *Riformare la giustizia costituzionale*: dal caso francese indicazioni per l'Italia? Rassegna Parlamentare. Anno: 2010 - Volume: 52 - Fascicolo: 1. P. 38.

⁵⁴⁰A Justiça Constitucional é vista como conjunto de procedimentos de caráter processual, por meio dos quais determina-se aos órgãos do Estado o cumprimento dos mandamentos jurídicos supremos. (JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional*: exigência democrática. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999. P. 08.)

⁵⁴¹É nesse contexto que se assenta a legitimidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, não somente na especificidade própria dos tribunais *ad hoc*, mas nas existencialidade dos pilares que fundamentam essa mesma noção. Enquanto existencial. O Estado Democrático de Direito fundamentada, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo – no limite – para viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão e repetidamente, constituir-se tal instância – a justiça constitucional – como remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra maiorias. Por isso, quando perguntamos pela legitimidade desse agir da justiça constitucional, a resposta já encontrou guarida no caráter existencial do Estado Democrático de Direito, fulcrado no modo-de-ser próprio das democracias engendradas pela tradição segundo pós-guerra. (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 106.)

⁵⁴²LORGA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel. *Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional*: La Interpretación Evolutiva o Progresiva de la Norma Jurídica (El Derecho como Instrumento del Cambio

A contemporânea atividade jurisdicional do Poder Judicial significa garantia de efetivação e manutenção do Estado Democrático de Direito, pois com tal atividade assegura-se, política e funcionalmente, a sua independência⁵⁴³, pois no amago de tal transformação nossas democracias não desmoronam, mas transforma-se através do Direito⁵⁴⁴.

Warat, neste sentido aponta a ruptura ocorrida com a democracia idealizada com o modelo de Estado Liberal, vinculada ela á Lei, de outro modo a aportando-se ao modelo Estado Democrático, a democracia passa por uma profunda reconfiguração, que o autor chama de: a carnavalização da democracia, a qual abre espaço para a criação do Direito, mostrando a possibilidade de inventar permanentemente⁵⁴⁵.

Por todas as transformações sociais e institucionais o processo legislativo tornou-se particularmente lento, obstruído e pesado forçando, por consequência, o aumento do grau de criatividade judiciária^{546,547}, por consequência lógica a Jurisdição não vive de si mesma, seu vínculo com a sociedade é manifesto⁵⁴⁸.

Social). In: NARVÁEZ, José Ramón. MONTEROS, Javier Espinoza de los. (*Coordinadores*). Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011P. 244.

⁵⁴³JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999. P. 77-78.

⁵⁴⁴GARAPON, Antonie. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 24-25.

⁵⁴⁵A democracia tradicionalmente vinculada ao Direito - nos estreitos limites da versão liberal do mundo - termina sendo apresentada como a concretização histórica de um "Estado Democrático" que se assegura como tal através dos mecanismos instituintes do "Estado de Direito". Essa expressão conota principalmente a necessidade de fazer reinar a lei, de fazer do cumprimento das leis a mola propulsora da democracia. Dessa maneira, na concepção jurídico-liberal da democracia, a ordem política fica reduzida à administração legal do poder do Estado. Contrariamente, *a versão carnavalizada da democracia se abrirá para o espaço de criação do Direito. Enquanto a concepção jurídico-liberal da democracia mostra os Direitos instituídos, a camavalização inventa, ou melhor, mostra a possibilidade de inventá-los permanentemente*. (WARAT, Luis Alberto. *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 144.)

⁵⁴⁶*El problema de "politicidad" o "creatividad" de los jueces constitucionales, Cappelletti los resume como problema de i) graduación concreta, esto es, la cantidad o medición de tal creatividad; y ii) prevención de infracciones, de las garantías fundamentales que caracterizan la jurisdiccionalidad. La creatividad puede ser medida conforme el grado de suplencia, la cual se puede manifestar de dos maneras: sea "patológica" o "fisiológica". La primera aparece cuando existe un desequilibrio entre los poderes públicos y opera la suplencia del juez como "misión de creación, evolución, transformación o modernización del derecho que, aunque se encuentre en el espíritu de la Constitución, no ha sido cumplida adecuadamente por el legislador o, más en general, por las ramas políticas del gobierno"; La segunda, cuando existe equilibrio de poderes (check and balances), "nos encontramos ante una situación fisiológica cuando los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, están marcados por el signo positivo de fuerza en el equilibrio". Si bien la creatividad se da con mayor intensidad en el campo de la suplencia "patológica", no quiere decir su inexistencia en el plano "fisiológico", ya que la "interpretación pura no existe; toda interpretación comporta un elemento de creatividad". Es por ello que en realidad la fuerza creadora de los jueces constitucionales no puede quedarse en la abstracción teórica e inmutable, sino esencialmente de los problemas concretos, políticos, que dependen de factores variables en el tiempo. (Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponible em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/rb/rb22.htm>>. Acessado em: 60-08-2013.)*

⁵⁴⁷CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. P. 131-132.

⁵⁴⁸HÄBERLE, Peter *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In: Direito Público, Vol. 1, No 25. Jan-Fev/2009 – Doutrina Estrangeira. P. 204.

Pois, “*el juez estaba allí; ése era su territorio. Sin embargo, no era probable que pudiera resistir el embate de la realidad buscando rígida y vanamente en los códigos las respuestas que escapaban a sus incisos. El antiguo es clavo de la ley ha tenido que cambiar. Sin abjurar de la democracia, por el contrario, sirviéndola con ahínco, ha tenido que aceptar que es ante todo operador responsable del Derecho y de la Justicia y que las fuentes no se limitan a la ley*”⁵⁴⁹.

A Jurisdição defendida como Direito Jurisdicional em todas as suas esferas decisórias penetra profundamente no âmbito social, originando um profícuo diálogo dos juízes com as pessoas e a realidade social⁵⁵⁰, assumindo assim ideias e interesses deste âmbito contextual, passando a transformá-lo via⁵⁵¹ interpretação hermenêutica⁵⁵², sendo esta, sua arte para compreensão e pré-compreensão dos mal entendidos construídos e projetados no âmbito social e institucional⁵⁵³.

A Jurisdição (mais especificamente a Jurisdição Constitucional) é responsável pela abertura de novos paradigmas científicos⁵⁵⁴ que por sua via de um Direito cuja interpretação hermenêutica de cunho filosófico é realmente aberta a todos, pois somente ela tem condições de permitir que, em sua infinita diversidade, a humanidade consiga entender-se sobre os valores que a unem⁵⁵⁵.

O espaço em que a atual sociedade encontra acolhimento é o Poder Judiciário, e a Jurisdição é o espaço que rompe as rupturas já sedimentadas, esta sedimentação é aquela que baliza a atividade do juiz e que se encontrava nos Códigos e perpassou-se tal ideologia na atual dogmática Constitucional. Veja-se, que a Constituição⁵⁵⁶ parece ser a grande salvação da

⁵⁴⁹MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 7.

⁵⁵⁰MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 6.

⁵⁵¹HÄBERLE, Peter *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In: *Dereito Público*, Vol. 1, No 25. Jan-Fev/2009 – Doutrina Estrangeira. P. 199.

⁵⁵²Pois a Hermenêutica Jurídica a qual se defende, é a de cunho filosófico, pois aqui justifica-se o seu não aprisionamento quanto a Hermenêutica Constitucional que reduz seu espectro dimensional *ontofenomenológico* na Interpretação Constitucional, pois isso é mero reducionismo. Tem-se o intuito de apresentar e defender a hermenêutica jurídica como uma arte para com a compreensão e pré-compreensão dos mal entendidos projetados no âmbito social e institucional voltado ao Direito, pois este deve ser interpretado hermeneuticamente para que assim se tenha condições de permitir que, em sua infinita diversidade, a humanidade consiga entender-se sobre os valores que a unem.

⁵⁵³HERNÁNDEZ, Walter. *La hermenéutica: el arte de entender los malentendidos*. In: *Vida Universitaria*, Tercera época No. 91 Año XXXI. Págs. 7 e segs.

⁵⁵⁴HÄBERLE, Peter *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In: *Dereito Público*, Vol. 1, No 25. Jan-Fev/2009 – Doutrina Estrangeira. P. 205.

⁵⁵⁵SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 272.

⁵⁵⁶Vejam-se ou não "Religiões" neles, todos os grandes corpus dogmáticos têm em comum permitir uma metabolização das pulsões de violência e de homicídio, e todos participam, por essa razão, dos saberes da

humanidade, mas assim como os Códigos ela não se dinamiza, mas sim incrustara-se em um exagerado formalismo.

A Jurisdição Constitucional com sua renovada roupagem utiliza-se da hermenêutica jurídica de cunho filosófico superando o formalismo imposto pela dogmática Constitucional que como no Código Civil Francês aprisiona a interpretação jurídica em tais textos. Esta hermenêutica jurídica de cunho filosófico apresenta-se a Jurisdição Constitucional como antiformal⁵⁵⁷ a qual cria direito^{558, 559} pela via judicial coloca tal Jurisdição ao centro do *Ativismo Judicial*^{560,561}.

humanidade sobre si mesma. (SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 255.)

⁵⁵⁷Vide HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *La «revuelta contra el formalismo»*: la influencia del pragmatismo; *Sobre la función judicial y el papel de los tribunales*. In: HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *La senda del Derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

⁵⁵⁸*Puesto que ésta crea Derecho no sólo derivando reglas de los principios del Derecho común o mediante la interpretación de los enunciados abstractos de la ley, sino también juzgando sobre la compatibilidad de éstos con los preceptos aún más generales y abstractos de la Constitución, cuyo sentido preciso sólo la propia Corte puede determinar de forma autorizada y, por tanto, vinculante para el legislador, a éste no le es posible remover el obstáculo que para el cambio del Derecho representa una decisión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, la única alternativa es la de aceptar que la Corte misma no está absolutamente obligada por sus propios precedentes.* (LLORENTE, Francisco Rubio. *La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho*. In: *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 8, Nº 22, 1988. Págs. 9-52. P. 16-17.)

⁵⁵⁹Ver SANCHÍS, Luis Prieto. *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*. In: DOXA - 2000, N. 23. Págs. 166-167 e 190.

⁵⁶⁰*En el juego recíproco de tradición y transformación, de cambio y conservación, el Tribunal Constitucional Federal tan pronto avanza, así en materia de protección de minorías (casos de los Testigos de Jehová), como retrocede considerablemente, por ejemplo en el ámbito económico, no puede “excluir” totalmente o en su mayoría a las generaciones de los procesos de desarrollo progresivo de la Constitución ni transformarse a sí mismo de Senado [Sala judicial] en “consejos de ancianos” (Seniorat), esto es, ver como parte del contrato social sólo a los ancianos y vivos. Periodos de judicial activism y de judicial restraint se pueden suceder unos a los otros a la luz de una concepción del Tribunal Constitucional Federal iluminada por el contrato social: el Tribunal Supremo norteamericano proporcional al respecto un buen material ilustrativo. Sigue existiendo, en especial, el ámbito independiente del legislador democrático como primer poder. (...) Sólo una consideración integral, que también tenga en cuenta a las otras funciones estatales, puede decir algo sobre el rol de la respectiva jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. El Tribunal Constitucional en Sudáfrica podría haber estado de 1993 a 1996 en una situación comparable a la de los países europeos: la jurisdicción constitucional creativa fue y es cuestionada precisamente en los procesos pluralistas y largos de “Nation building and Constitution making”. Es conocida la rica interacción de judicial activism y judicial restraint en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica. Cuándo y cómo un Tribunal ha de intervenir de un modo más creativo o ha de mantenerse más en un segundo plano es una pregunta delicada pero crucial, ¡que en último término remite al “espíritu del pueblo” y al “espíritu del mundo”!, pero sobre todo depende de la sociedad abierta. (...) En Hungría se habló de una “Constitución invisible” del Tribunal Constitucional. Se cuestionó el “activismo judicial”. En un sistema con democracia semidirecta, como por ejemplo la cultural y políticamente consolidada Suiza, la jurisprudencia constitucional material, por el contrario, se puede contener, más bien (al fin y al cabo se han desarrollado poco a poco pretorianamente los “derechos fundamentales no escritos” que luego la nueva Constitución Federal de 1999 ha recepcionado).* (HÄBERLE, Peter *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In: *Direito Público*, Vol. 1, No 25., Jan-Fev/2009 – *Doutrina Estrangeira*. P. 202-204.)

⁵⁶¹*... unido a la actividad (o al activismo dirán algunos) de la justicia constitucional llevada a cabo por jueces especiales y ordinarios hace hoy irreconocible la imagen del legislador omnipotente. Lo cual, por cierto, creo que tampoco significa un cambio de ubicación de la soberanía, tampoco significa que la ley haya cedido su privilegiado lugar a la Constitución, a los jueces o a las instituciones europeas; refleja tan sólo un pano rama mucho más complejo que en algunos aspectos recuerda al sistema de fuentes de la Edad Media.* (SANCHÍS, Luis Prieto. *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*. In: DOXA - 2000, N. 23. P. 187-188.)

Inevitable é a “*creación de derecho es una característica inevitable de todo tipo de jurisdicción y que esta característica alcanza su nivel más elevado cuando está implicado el control judicial de las leyes*”⁵⁶². E ainda, a criação judicial do direito, equivale ao estabelecimento de normas jurídicas, isto é, de preceitos dotados de eficácia *erga omnes*⁵⁶³.

⁵⁶²Preséntese como justificativas, por tanto, lo que convierte en juez a un juez y en tribunal a un tribunal no es la falta de creatividad sino más bien, por un lado, la relación de la jurisdicción con causas y controversias, es decir, con "partes", y por otro, la actitud imparcial del juez, que no debe juzgar, in re sua, debe asegurar que las partes sean ecúánimemente escuchadas (audi alteram partem) y debe gozar de un grado de independencia de las presiones externas, especialmente de aquellas que llegan de los órganos "políticos". Son éstos (y no la creatividad) los elementos, formulados de manera abstracta, que pueden proporcionar legitimidad a la creación de derecho a través de los tribunales y conservar el "carácter democrático" de esta actividad. (**Cuestiones Constitucionales**. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponible em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/rb/rb22.htm>>. Acessado em: 60-08-2013.)

⁵⁶³LLORENTE, Francisco Rubio. *La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho*. In: *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 8, Nº 22, 1988 , págs. 9-52. P. 11.

4 - O ATIVISMO JUDICIAL (?) E A CRIAÇÃO DO DIREITO PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO: AS (POSSÍVEIS) CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA NO DIREITO

4.1 - ATIVISMO JUDICIAL^{564,565}: HISTÓRIA, CONCEITO E FUNDAMENTOS

(el juez debe ser juez)⁵⁶⁶

Abordar-se-á o Ativismo Judicial em sua história, conceitos e fundamentos, uma vez que se cuidará em apresentar o que vem a ser tal expressão e as justificativas que se fazem presentes quando tal “função” jurisdicional é exercida de forma ativa (propondo, no plano de fundo, a superação do paradigma-dogmatizante de um juiz exegético “boca da lei”). Sugere-se que as sociedades democráticas estão a exigir do Poder Judiciário mais que mera subsunção, de forma que tal órgão necessita criar normas judiciais.

No entanto, no que se refere aos conceitos o ponto de contato de suas variações se dá no que diz respeito à função jurisdicional ativa do Poder Judiciário, já no que tange aos seus fundamentos, vê-se algumas diferenças.

Importante destacar que o Ativismo Judicial é um dos temas mais comentados e estudados da atualidade, embora não seja um fenômeno recente foi cunhado como tal por *Schlesinger*, em 1947^{567, 568}, em um artigo publicado na Revista *Fortune*⁵⁶⁹. *Schlesinger* usou

⁵⁶⁴*Uma nova forma de atuar o direito exige uma nova forma de atuar (e compreender) a jurisdição e as novas atitudes dos juristas.* (SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAIS, Jose Luiz Bolzan. ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Por uma Tradução Democrática do Direito: Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *Constituição e Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 214.)

⁵⁶⁵Algo muito relevante e que muitos juristas vem confundindo na atualidade é o Garantismo e o Ativismo, pois brilhantemente Juan Picó I Junoy Diferencia e explicita tal engodo. (PICÓ i JUNOY, Juan. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y el eficacia*: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.)

⁵⁶⁶COSSIO, Carlos. *La Plenitud del Orden Jurídico*: y la Interpretación Judicial de la Ley. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 59.

⁵⁶⁷A origem da expressão remonta a 1947, quando Arthur M. Schlesinger Júnior, ao analisar a atuação da Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicou o artigo intitulado *The Supreme Court: 1947* na revista *Fortune*. O autor, ganhador do Prêmio Pulitzer, encontrou como linha divisória entre o ativismo e a autolimitação a tendência *liberal* ou *conservadora* dos magistrados da Suprema Corte dos EUA. Logo, a própria origem do termo, imbricada com conceitos com nítida distinção naquele país, já demonstra uma das explicações para a dificuldade de sua definição. Sobre o tema ver: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo*

a expressão para transmitir ideias fundamentais sobre o direito, a política, e o papel judicial para uma audiência específica^{570, 571}.

E ainda, alguns autores dizem que o mesmo passou por duas fases⁵⁷², sendo relevante demonstrar uma terceira.

judicial: por uma delimitação conceitual à Brasileira. In: *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n.12, p. 249-268, jan./jun. 2012. P. 259.

⁵⁶⁸Intitula-se a obra de Arthur M. Schlesinger Jr. *The Supreme Court*. In: Fortune, 1947.

⁵⁶⁹... the first use of the term to attract substantial attention from the public occurred in a popular magazine, in an article meant for a general audience written by a non-lawyer. Arthur Schlesinger Jr. introduced the term 'judicial activism' to the public in a Fortune magazine article in January 1947. Schlesinger's article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justices Black, Douglas, Murphy, and Rutledge as the 'Judicial Activists' and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the 'Champions of Self Restraint'. Justice Reed and Chief Justice Vinson comprised a middle group. By 1947, none of the justices openly questioned the constitutionality of the New Deal. Instead, the Court split over the interpretation of legislation and 'the proper function of the judiciary in a democracy'. Schlesinger describes the competing approaches: This conflict may be described in several ways. The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system. Each side that Schlesinger portrayed in Fortune is the product of a distinct legal world-view. The Black-Douglas view has its roots in the Yale Law School, which had strong ties to both Black and Douglas. This view perceived legal reasoning as malleable, rather than scientific. As Schlesinger describes, the Yale Law School 'Judicial Activist' camp believed and wrote that 'the resources of legal artifice, the ambiguity of precedents, the range of applicable doctrine, are all so extensive that in most cases in which there is a reasonable difference of opinion a judge can come out on either side without straining the fabric of legal logic'. In short, there are no unassailable 'right' answers, and policy concerns move to the forefront. 'A wise judge', if he accepts this philosophy, 'knows that political choice is inevitable; he makes no false pretense of objectivity and consciously exercises the judicial power with an eye to social results'. Schlesinger's Judicial Activists believe that law and politics are inseparable. They see judicial decisions as 'result-oriented', because no result is foreordained. They adopt the famous Learned Hand dictum that 'the words a judge must construe are 'empty vessels into which he can pour nearly anything he will''. From this perspective, the Frankfurter-Jackson ideal of judicial restraint begins to look like abdication of responsibility; 'deference' to the legal status quo becomes a decision to favor the interests positioned to benefit from that status quo. According to the Judicial Activists, Schlesinger writes, 'The Court cannot escape politics: therefore, let it use its political power for wholesome social purposes''. (KMIEC, Keenan D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. California Law Review. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 12-06-2013.)

⁵⁷⁰Schlesinger's insightful and thought-provoking profile of the 1947 Supreme Court used the term "judicial activism" to convey fundamental ideas about law, politics, and the judicial role to a generalist audience. Edward McWhinney continued Schlesinger's tradition within legal academia, successfully treating judicial activism as a serious topic worthy of scholarly inquiry. (MIEC, Keenan D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. California Law Review. October, 2004. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm. Acessado em: 12-06-2013.)

⁵⁷¹O famoso texto de Schlesinger nasce com dois problemas que parecem ter passado despercebidos aos olhos do autor: a imprecisão terminológica da expressão em debate e a indefinição quanto a ser algo positivo ou negativo. Ele rotula os juízes da Suprema Corte de "ativistas judiciais" e "campeões do autocomedimento", vincula características a cada um desses grupos, mas não deixa claro qual a melhor postura, seja do ponto de vista político ou jurídico. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política*. In: Revista Direito GV, São Paulo 8. (1) | P. 037-058 | Jan-Jun 2012. P. 30.)

⁵⁷²Judge Wilkinson's concurrence suggests that judicial activism is alive and well in the United States. In the twentieth century, he explains, it "falls into three general stages." The first stage was the Lochner era,

Sendo *a primeira* ocorre no período do *laissez faire*⁵⁷³ frente a *Corte Lochner* (1905-1937)⁵⁷⁴ que se manifesta pelo Ativismo Judicial Conservador⁵⁷⁵ que se aparece nitidamente em três casos em específico, sendo eles, *Lochner v New York*, *Hammer v Dagenhart* (1923), *Adkins v Hospital Infantil*. Neste período a Suprema Corte dos EUA foi descrita como sendo judicialmente ativista, mas politicamente conservadora, formando assim a era *Lochner* caracterizou-se por um ativismo judicial no campo das liberdades individuais⁵⁷⁶. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora⁵⁷⁷.

"beginning roughly with the decision in *Lochner v. New York*, and continuing through the early New Deal," which "is still widely disparaged for its mobilization of personal judicial preference in opposition to state and federal social welfare legislation." The second stage took place during the "Warren and Early Burger Courts," roughly the 1950s through the early 1970s, which "focused on finding new substantive rights in the Constitution and down played that document's structural mandates." As Judge Wilkinson sees it, "Although many of its individual decisions were overdue and salutary, when the era is considered as a whole, the states were relegated to a second-class constitutional status." Finally, the third stage of judicial activism "probably began with *New York v. United States*," and continues into the twenty-first century. (MIEC, Keenan D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. California Law Review. October, 2004. Disponível em: http://www.constitution.org/lev/kmiec/judicial_activism.htm. Acessado em: 12-06-2013.)

⁵⁷³KATJU, Markandey. *Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism*. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 12-06-2013.)

⁵⁷⁴*Oxford Companion to the US Supreme Court: Judicial Activism*. Disponível em: <http://www.answers.com/topic/judicial-activism#ixzz2i0MIZ9hV>. Acessado em: 17-08-2013.

⁵⁷⁵O exemplo mais conhecido de ativismo judicial conservador é *Lochner v New York* (1905), um caso em que o Tribunal invalidou a lei de Nova York que regulamenta as horas padeiros poderia funcionar como uma violação da "liberdade de contrato", uma parte da doutrina do devido processo substantivo sob a Décima Quarta Emenda. (*The best-known example of conservative judicial activism is Lochner v. New York (1905), a case in which the Court invalidated New York's law regulating the hours bakers could work as a violation of "liberty of contract," a part of the doctrine of substantive due process under the Fourteenth Amendment.*) (*Oxford Companion to the US Supreme Court: Judicial Activism*. Disponível em: <http://www.answers.com/topic/judicial-activism#ixzz2i0MIZ9hV>. Acessado em: 17-08-2013.)

⁵⁷⁶Os primeiros anos do século 20 viu uma onda de legislação nos EUA para proteger os trabalhadores das condições terríveis que foram então prevalecentes. Estes incluíram Atos fixação número máximo de horas de trabalho para operários em fábricas, salários mínimos, e outras medidas de bem-estar. A Suprema Corte dos EUA, no entanto, considerou esta "interferência na liberdade de contrato", como inconstitucional. Ele interpretou a palavra "liberdade" nos 5^o e 14 Alterações como inclusive a liberdade de contrato, e, assim formulado, na última década do século 19, a teoria do "devido processo econômico", segundo a qual era essencial que todas as medidas de restrição liberdade de contrato ser justo, justo e razoável, isto é, de acordo com a cláusula do devido processo na 14^a Emenda. Sob essa teoria, repetidamente derrubou a legislação trabalhista e as normas reguladoras econômicas. (The early years of the 20th century saw a spate of legislation in U.S.A. to protect workers from the dreadful conditions that were then prevailing. These included Acts fixing maximum hours of work for workmen in factories, minimum wages, and other welfare measures. The US Supreme Court, however, regarded this "interference with freedom of contract" as unconstitutional. It interpreted the word 'liberty' in the 5th and 14th Amendments as including liberty of contract, and thereby formulated, in the last decade of the 19th century, a theory of "economic due process" according to which it was essential that all measures restricting liberty of contract be just, fair and reasonable, that is, in accordance with the due process clause in the 14th Amendment. Under this theory it repeatedly struck down labour legislation and economic regulatory rules.) (KATJU, Markandey. *Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism*. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 17-05-2013.)

⁵⁷⁷Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e

No tocante a *segunda* fase do Ativismo Judicial, manifesta-se pela Corte Warren^{578, 579} (1953-1969)^{580, 581} o qual muitos de seus casos foram positivos e tiveram aceitação⁵⁸²

nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 06-12-2013. P. 7)

⁵⁷⁸Warren, J., who had been elevated to the bench after three terms as the Governor of California, came committed to social justice ideologies. He himself stated that justice for all was not a function only of the Supreme Court, but could only be achieved once all branches of the legal system worked together in harmony. (KATJU, Markandey. *Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism*. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 12-06-2013.)

⁵⁷⁹*Le pouvoir exercé par les juges, comme tous les pouvoirs, se maintient d'autant mieux que son exercice passé a donné satisfaction. Ainsi, lorsque l'institution même et les compétences du Conseil constitutionnel sont la cible d'attaques — en général de la part d'hommes politiques de la majorité du moment, mécontents que la loi qu'ils viennent de voter ait été censurée —, ceux qui entreprennent de défendre l'institution même du Conseil et les compétences ont beau jeu de dresser le catalogue de sa jurisprudence et de prendre chacun à témoin de l'incongruité qu'il y aurait à retirer de notre droit les garanties fondamentales que le Conseil constitutionnel a progressivement ajoutées aux dispositions écrites dont il est le gardien. Les mêmes observations pourraient être faites à propos de la Cour Warren aux États-Unis (1953-1969), qui, lorsqu'elle est critiquée, l'est pour des raisons de répartition des pouvoirs entre la Fédération et les États fédérés, et qui, lorsqu'elle est défendue, l'est en raison des garanties fondamentales qu'elle a apportées aux habitants des États-Unis, et dont il serait politiquement périlleux de prôner l'abolition. A contrario, c'est la désastreuse jurisprudence des Parlements, dans la France de l'Ancien Régime, ou en tout cas l'image que s'en étaient faite la plupart des hommes politiques de la Révolution, qui est à l'origine de la volonté de ceux-ci de brider autant que faire ce pouvait le pouvoir des magistrats. Le bilan d'un pouvoir est donc un argument puissant pour ou contre sa continuation.* (CANIVET, Guy. *Activisme Judiciaire et Prudence Interprétative*. In: *Arch. phil. droit* 50 (2006). P. 12.)

⁵⁸⁰Em 1953, Earl Warren foi indicado Presidente da Suprema Corte norte-americana pelo Presidente Eisenhower. Nela atuou até 1969, sendo sucedido por Warren Burger, indicado pelo Presidente Nixon. Quando assumiu o posto, a Suprema Corte era composta por Hugo Black, William Douglas, Felix Frankfurter, Tom Clark, Stanley Reed, Harold Burton, Robert Jackson e Sherman Minton. Ocorreram as seguintes substituições: de Jackson por John Harlan, em 1955; de Minton por William Brennan, em 1956; de Reed por Charles Whittaker, em 1957; de Burton por Potter Stewart, em 1958; de Frankfurter por Arthur Goldberg, em 1962; de Whittaker por Byron White, também em 1962; de Goldberg por Abe Fortas, em 1965; de Clark por Thurgood Marshall, em 1967. Historiadores norte-americanos destacam que a Presidência de Warren pode ser dividida em dois períodos, pois a partir de 1962 – com a substituição do relativamente conservador Whittaker por Byron White e com a substituição de Felix Frankfurter, principal defensor da autocontenção judicial, pelo liberal Arthur Goldberg – logrou-se formar uma sólida maioria liberal (liberal no sentido próprio da política norte-americana). A maioria liberal, também composta por Black, Douglas, e Brennan, e pelo próprio Warren, foi reforçada em 1967 com a nomeação de Thurgood Marshall, o primeiro negro a compor a Suprema Corte norte-americana. Dentre todos eles, merecem especial destaque, além do próprio “Chief Justice”: a) Hugo Black, principal defensor da interpretação estrita do texto constitucional, especialmente da Primeira Emenda; b) William Douglas, considerado juiz brilhante; c) William Brennan, considerado por alguns como o principal juiz do período, por sua liderança intelectual, não devendo também ser desconsiderado que, após a saída de Warren, foi ele quem assumiu a liderança da ala liberal. (MORO, Sergio. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 122-123.)

⁵⁸¹KATJU, Markandey. *Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism*. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 12-06-2013.)

⁵⁸²*Some criticisms of the Warren Court's jurisprudence as "judicial activism" amount to a concern that it is a form of judicial legislation. Justice Black expressed this view in dissent in United States v. Wade, a case about the right to counsel during a post-indictment lineup. Justice Black argued that the Court's proposed remedy--a new trial unless the government could show that introducing the evidence was harmless error--was far too strong. In the first-ever Supreme Court use of the term "judicial activism," Justice Black wrote that if he followed the majority, he "would feel that we are deciding what the Constitution is, not from what it says, but from what*

demonstrando assim ser um ativismo liberal que veio a revolucionar o cenário estrutural e funcional do Estado, e deste modo persistiu com a Corte Burger e também com a Corte Rehnquist⁵⁸³.

O Ativismo Liberal contrario ao *Judicial Restraint*, tem como caso mais conhecido *Roe versus Wade* (1973)⁵⁸⁴, em que o Tribunal derrubou as leis restritivas ao aborto como

we think it would have been wise for the Framers to put in it. That to me would be 'judicial activism' at its worst." From Justice Black's perspective, the majority was acting as a mini-legislature by reading rights into the Due Process Clause where he believed they did not exist.

*Critics of the Warren Court have often voiced Justice Black's concerns. Even admirers of the Warren Court concede that it was activist in this sense. As Gary Schwartz put it, "In its constitutional rulings, the Warren Court was the paradigm of judicial activism." However, many of the Warren Court decisions most often labeled as judicial activism have gained acceptance. For example, Miranda v. Arizona, which created a mandatory warning that police must give to all suspects upon arrest, is generally accepted by the public and the police, a fact cited in its reaffirmation by the Supreme Court itself in United States v. Dickerson. (MIEC, Keenan D.. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California Law Review. October, 2004. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm. Acessado em: 12-06-2013.)*

⁵⁸³*Judge Wilkinson's concurrence suggests that judicial activism is alive and well in the United States. In the twentieth century, he explains, it "falls into three general stages." The first stage was the Lochner era, "beginning roughly with the decision in Lochner v. New York, and continuing through the early New Deal," which "is still widely disparaged for its mobilization of personal judicial preference in opposition to state and federal social welfare legislation." The second stage took place during the "Warren and Early Burger Courts," roughly the 1950s through the early 1970s, which "focused on finding new substantive rights in the Constitution and down played that document's structural mandates." As Judge Wilkinson sees it, "Although many of its individual decisions were overdue and salutary, when the era is considered as a whole, the states were relegated to a second-class constitutional status." Finally, the third stage of judicial activism "probably began with New York v. United States," and continues into the twenty-first century. "The common thread of contemporary activism," Judge Wilkinson explains, "is an interest in reviving the structural guarantees of dual sovereignty." The specific examples of this federalism revival are familiar to any observer of the Rehnquist Court, and have generated a great deal of commentary. They include cases limiting Congress's power under the Commerce Clause, cases restricting the ability of one branch of government to "commandeer" the instrumentalities of another, cases cabining Congress's "enforcement power" under section five of the Fourteenth Amendment, and an array of cases expanding or affirming the scope of the Eleventh Amendment. In Brzonkala and elsewhere, Judge Wilkinson uses this historical analysis of judicial activism to defend the Rehnquist Court's "New Federalism" cases. He points out that federalism is an important constitutional value, one that had been forgotten during the second stage of judicial activism, where "the doctrine of dual sovereignty had precious little place." He argues that the third stage of judicial activism "is not a plunge off the constitutional cliff," but rather "a modest and necessary corrective," in which the Court approaches cases as "a structural referee, not an ideological combatant." It does not pose any threat to the "binding effect of the Bill of Rights upon the states, or to the constitutional underpinnings of our most basic national civil rights statutes." This analysis of judicial activism as an historical concept is commendable, whether or not one agrees with Wilkinson's ultimate conclusion, because it employs reasoned, civil argument in order to advocate for a position. It invites constructive dialogue about the Rehnquist Court's place in history, and the nature and justification of its "New Federalism" cases. Turpin and Brzonkala illustrate that the concept of judicial activism can prompt discussion of important jurisprudential issues. But if speakers fail to define their terms with precision, initially promising exchanges may lack depth and clarity. The second half of this Comment seeks to reduce potential confusion by enumerating five definitions of "judicial activism" that appear in scholarly discussions and Supreme Court opinions. The Comment also alerts readers to subsidiary questions that arise when one carefully considers each definition. (MIEC, Keenan D.. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California Law Review. October, 2004. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm. Acessado em: 12-06-2013.)*

⁵⁸⁴*Durante casi todo el siglo XX, La Suprema Corte de los Estados Unidos, se ha debatido entre la posición originalista y una interpretativista. Así de 1954 a 1970, el llamado Tribunal o Corte Warren modificó sustancialmente la Constitución, pero no lo hizo apoyándose en el criterio Lochner de 1905, sino apelando a principios generales y neutrales derivados del texto constitucional. A partir de la década de los setenta, el llamado Tribunal o Corte Burger resucitó las premisas de Lochner en la primera sentencia sobre el aborto Roe*

uma violação do "direito à privacidade" que já havia encontrado inerente à cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda⁵⁸⁵.

Existe algumas diferenças entre a Corte *Warren* e a Corte *Burger*, pois assim aponta:

La doctrina norteamericana ha distinguido entre la *Corte Warren* y *Burger*. Sobre la primera se ha dicho que el Juez Constitucional aunque llevó al límite la interpretación de la norma fundamental lo hizo dentro de la Constitución; en cambio, la *Corte Burger* sustituyó al legislador en la toma de decisiones sociales sustantivas. Los enemigos de los amplios poderes interpretativos de la Suprema Corte adujeron y aducen que sólo la interpretación que se plantea desde el punto de vista del momento originario constituyente debe entenderse legítima.⁵⁸⁶

Os debates suscitados pelas Cortes que deram início ao Ativismo Judicial separavam os juízes entre ativistas (*Judicial Activism*) e conservadores (*Judicial Restraint*), sendo que, os *Juízes Liberais* deste período acreditavam que uma abordagem esclarecedora seria a resposta para muitos dos problemas sociais, enquanto uma decisão judicial de um *Juiz Conservador* assenta-se sua fé nos processos democráticos tradicionais.

Durante algum tempo, um juiz Liberal acreditava que a abordagem esclarecida dos Tribunais era a resposta para muitos problemas sociais, enquanto uma fé conservadora judicial fora colocada nos processos democráticos tradicionais. Talvez a reclamação padrão da época fosse sobre juízes ativistas e liberais, substituindo suas preferências pessoais pela vontade do povo. Esta conexão entre o ativismo e o liberalismo tomou uma espera tão firme sobre a percepção pública de que sempre que um político utiliza o termo juiz ativista, a palavra liberal é certamente seguida⁵⁸⁷. Os Juízes Liberais tiveram desde o início a preocupação em proteger os direitos individuais e da liberdade pessoal⁵⁸⁸.

vs. *Wade* de 1973. En dicha sentencia se estableció el “right to privacy”, no previsto expresamente en la Constitución, para fundamentar la libertad de decisión de la mujer acerca de su embarazo y otros derechos de la personalidad. (CÁRDENAS, Jaime. *Acerca de la Legitimidad Democrática del Juez Constitucional*. In: MAC-GRECOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldívar Lelo. (Coordinadores). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T. V. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 85-86.)

⁵⁸⁵Judicial activism is not prisoner to any particular ideological or political view point; it can be conservative as well as liberal. (*Oxford Companion to the US Supreme Court*: Judicial Activism. Disponível em: <http://www.answers.com/topic/judicial-activism#ixzz2i0MIZ9hV>. Acessado em: 17-08-2013.)

⁵⁸⁶CÁRDENAS, Jaime. *Acerca de la Legitimidad Democrática del Juez Constitucional*. In: MAC-GRECOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldívar Lelo. (Coordinadores). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T. V. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 85-86.

⁵⁸⁷During this time, a “judicial liberal believed that the enlightened approach of the courts was the answer to many social problems while a judicial conservative placed faith in traditional democratic processes. Perhaps the standard complaint of the era was about “liberal, activist judges” substituting their “personal preferences” for the “will of the people.” This connection between activism and liberalism has taken such a firm hold on public perceptions that “whenever a politician uses the term ‘activist judge,’ the word liberal is sure to follow. (CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A.. *The Scientific Study of Judicial Activism*. In: Minnesota Law

Corroborar-se a isso, que os Juizes Ativistas compreendem ser indissociáveis Direito e Política⁵⁸⁹, disso têm-se os dois eixos Ativistas, o procedimental e o substancial em que demonstram a impossibilidade da cisão.

Resta evidente que a postura ativista teve maior relevo nos Estados (Estado de Direito Social supera a ideia de mão invisível) que tem um papel mais próximo para com as suas atividades governamentais, assim evidencia-se maior relevância em países como a Inglaterra e os Estados Unidos⁵⁹⁰, mas tal tendência Ativista das funções jurisdicionais espalharam-se viralmente no âmbito mundial.

Com o expressivo crescimento de programas Estatais que tem como cenário histórico o *New Deal* período da Grande Depressão de 1937⁵⁹¹, que viu instituir numerosos programas de um governo de bem estar⁵⁹², e que proliferaram as regulamentações administrativas, expandindo-se a agenda de governo⁵⁹³. Esse contexto serve para a invasão do Ativismo Judicial que passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes⁵⁹⁴.

Em conformidade com o explicitado pode-se apontar um *terceiro* período do Ativismo Judicial, este tem por seu redimensionamento estrutural e organizacional no que tange suas

Review, Forthcoming. Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23. Univeristy of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93. P. 1757.)

⁵⁸⁸YUNG, Corey Rayburn. *Flexing Judicial Muscle: an Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts*. Copyright 2011 by Northwestern University School of Law. Printed in U.S.A. Vol. 105, No. 1. P. 9-10.

⁵⁸⁹Vide: PASSOS, Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Julgando os que os Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Págs. 41 a 52.

⁵⁹⁰DAMASKA, Mirjan R.. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986. P. 397.

⁵⁹¹*The New Deal and the "revolution" of 1937 ushered in another spate of critical commentary, but again, contemporaneous literature does not mention "judicial activism" by name. Years later, after the justices agreed that the New Deal was on firm constitutional ground, the term finally surfaced in legal discourse.* (KMIEC, Keenan D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. California Law Review. October, 2004. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm. Acessado em: 12-06-2013.)

⁵⁹²*Eppure, la storia istituzionale abbonda di episodi in cui la dipendenza politica ha giocato un ruolo decisivo nel funzionamento e nella progettazione di istituzioni giudiziarie in ordinamenti sicuramente democratici: si pensi, ad es., al ben noto conflitto fra il presidente statunitense Franklin D. Roosevelt e la Corte suprema, ove il primo riuscì a piegare la resistenza giurisprudenziale della seconda dinanzi alla legislazione del cd. New Deal con la sola minaccia di modificarne la composizione interna nel senso di aumentare i giudici di sua nomina;2 oppure si pensi ai dibattiti dell'Assemblea costituente italiana sull'istituzione della Corte costituzionale, la cui composizione fu elaborata al preciso scopo di ridurre la dipendenza politica dal parlamento e, quindi, dall'indirizzo politico che ivi si sarebbe manifestato.* (BISOGNI, Giovanni. *Dipendenza Politica e Teoria Dell'interpretazione Giuridica*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 400.)

⁵⁹³DAMASKA, Mirjan R.. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986. P. 397.

⁵⁹⁴TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política*. In: Revista Direito GV, São Paulo 8. (1) | P. 037-058 | Jan-Jun 2012.

funções jurisdicionais encontra-se associado com o fenômeno do *Judicial Review* que estatui dentro de um modelo atual de Estado Ativo⁵⁹⁵.

Mas a verdade, segundo o quanto é reconhecido pelos observadores do nosso e doutros países, é diametralmente oposta; e o é no sentido de que, nesta época, *o papel criativo dos juízes longe de ser diminuído cresceu paralelamente ao acréscimo “ativismo” legislativo e administrativo*. E, como pretendo demonstrar, cresceu não a despeito, mas propriamente por causa das aumentadas intervenções dos ramos (em sentido estrito) políticos.⁵⁹⁶

Conclui-se que pela expansão dos Poderes Políticos diante do Estado Ativo⁵⁹⁷, o *Judicial Review* e o *Judicial Activism* dão aparência de ambiguidade mas acabam por somar-se, haja vista que o Ativismo atual atinge todos os níveis do Jurisdicionado, pois ele pode emergir tanto do Juiz Ordinário quanto do Tribunal. E mais especificamente, aproximam-se as duas ideologias justamente no que se refere à função jurisdicional ressignificada.

Coaduna perfeitamente o *Ativismo Judicial* com a *Revisão Judicial*⁵⁹⁸ o qual o primeiro sobrepõe-se utilizando-se do segundo, pois a postura ativista do Poder Judiciário

⁵⁹⁵Vide: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 22-25.

⁵⁹⁶Uma característica evidente do nosso século XX foi a proliferação de leis se precedentes na História. Em resposta ao progressivo agravamento das condições social e econômicas, *os modernos legisladores andaram transbordando códigos, leis, com o mesmo ritmo com o qual as fábricas, ultrapassando limites, produziram poluição*. Com isto não desejo condenar ou amesquinhar esse colossal fenômeno que muitos chamaram de “orgia legiferante” ou, também, “poluição legislativa”. Na verdade é difícil não reconhecer que, no conjunto, tratou-se ou trata-se de inevitável fenômeno em qualquer complexa sociedade industrial ou pós-industrial. Tratou-se, além do mais, de um fenômeno que não poderia permanecer isolado. *O “gigantismo” do legislador, inevitavelmente, foi acompanhado por aquele da Administração e da burocracia*. Os poderes de intervenção da Administração Pública foram, também estes, enormemente dilatados. Órgãos e funcionários administrativos, os mais disparatados, centrais, regionais, locais, assumiram um papel sempre mais amplo na regulamentação da nossa vida de todos os dias. Uma razão da reconhecida inevitabilidade de tal fenômeno encontra-se, simplesmente, no fato de os parlamentares não terem nem o tempo nem a competência e conhecimento necessários, a fim de colocarem em obra (e, tanto menos, para o “pontual” controle de adimplemento” uma disciplina suficientemente precisa nos vastos campos e nos quais o Estado moderno reteve o dever de intervir. O resultado está neste Estado moderno, o sucessor do Estado Liberal não intervencionista, e invariavelmente definido como Estado Social ou Estado Assistencial, *État providence* ou *welfare state*, que, fosse pelo uso intensivo de seu instrumento legislativo caracterizou-se de início como “Estado Legislativo”, acabou transformando-se num Estado sempre mais acentuadamente caracterizável como “administrativo” e burocrático”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 7-8.)

⁵⁹⁷Por lo tanto un programa que en Estados Activistas estructurados de otro modo, puede ser formulado en la legislatura e implementado por acciones ejecutivas vigorosas, tiene última oportunidad en los Tribunales: un juez independiente y poderoso, con el legado de sus poderes mal definidos todavía fuertemente presentes, podría ser a mismo tempo una minilegisatura, un administrador y el actor del papel judicial más específico. DAMASKA, Mirjan R.. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986. P. 410.)

⁵⁹⁸O rótulo de “ativista judicial” é inegavelmente um elogio neste contexto, refletindo uma crença de que se deve empregar de forma agressiva revisão judicial para salvaguardar os direitos que a democracia se baseia. Estudiosos muitas vezes se referiam a Justiças Brandeis e Cardozo, da mesma forma. Por exemplo, um artigo de 1949 observou: “Mr. Brandeis era um ativista judicial pragmático que viram nos tribunais um instrumento poderoso para ser compreendido pelas pessoas na melhoria das condições sociais e econômicas.” no entanto,

reflete diretamente no momento em que determinam a invalidação dos atos exarados pelos Poderes Legislativo⁵⁹⁹ e Executivo, no sentido de dar tutela aos cidadãos^{600, 601}.

De tudo isso, resta apresentar a relação do Ativismo Judicial com dois grandes eixos da Ciência Jurídica em que vem a relacionar-se paradoxalmente tanto com a Teoria do Direito quanto com a Teoria do Estado. Nesse sentido, o Judiciário por meio de seus agentes: juízes e tribunais cria normas individualizadas, apartando-se da ideia clássica de norma geral e abstrata: a lei elaborada pelo Legislativo. Note-se que a Teoria do Estado e a Teoria do Direito se relacionam e se complementam.

Deste modo, quanto a *Teoria do Estado* no primeiro capítulo do ora Trabalho buscou-se justificar as transformações ocorridas a partir do Estado Moderno no que tange sua conjuntura e funcionamento organizacional, mais especificamente para deixar em relevo as funções jurisdicionais, delimitando-se assim especificamente qual o *locus* em que se encontra o Poder Judiciário na atualidade, naquilo que diz respeito com a sua relação com os demais

mesmo nos primeiros dias de seu uso, o termo foi mais frequentemente considerado um desrespeito. Como o agora- juiz Louis Pollak observou em 1956: "Parece seguro dizer que a maioria dos juízes consideram 'ativismo judicial' como um" ismo "alienígena para seus irmãos equivocados, que por vezes, são vítimas." Por meados dos anos de 1950, o termo tomou uma conotação geralmente negativa, mesmo sendo o seu significado específico difícil de definir. (*The label of "judicial activist" is unmistakably a compliment in this context, reflecting a belief that one ought to aggressively employ judicial review to safeguard the rights upon which democracy is predicated. Scholars sometimes referred to Justices Brandeis and Cardozo in much the same way. For example, a 1949 article observed, "Mr. Brandeis was a pragmatic judicial activist who saw in the courts a powerful instrument to be grasped by the people in ameliorating social and economic conditions." Yet even in the early days of its use, the term was most often considered a slight. As now-judge Louis Pollak observed in 1956, "It seems safe to say that most judges regard 'judicial activism' as an alien 'ism' to which their misguided brethren sometimes fall prey." By the mid-1950s, the term had taken on a generally negative connotation, even if its specific meaning was hard to pin down.*) (MIEC, Keenan D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. California Law Review. October, 2004. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm. Acessado em: 12-06-2013.)

⁵⁹⁹The most common standard for evaluating judicial activism is the extent to which judges invalidate legislative enactments. CROSS, Frank B.. LINDQUIST, Stefanie A.. *The Scientific Study of Judicial Activism. Scientific Study of Judicial Activism*. Minnesota Law Review. P. 1759.

⁶⁰⁰No entanto, a revisão judiciária de legislação como prerrogativa dos tribunais é instituída pelas próprias constituições que mais enfatizam esse princípio. (...) No campo judiciário, essa tendência foi mais triunfante. (...) Esse desenvolvimento histórico explica a posição privilegiada dos tribunais dentro do sistema político, a sua prerrogativa de controlar a legislação e a administração, a crença profundamente enraizada de que os direitos dos indivíduos podem ser protegidos apenas pelo ramo judiciário do governo, o parecer – característico sobretudo do Direito inglês - de um tribunal, como autoridade independente do legislador, deve ser obtido antes que a expressão da vontade do segundo se torne uma regra de conduta. (...) O desejo de estabelecer tal equilíbrio foi uma das forças motrizes na evolução da monarquia constitucional a partir da monarquia absoluta. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 401-402.)

⁶⁰¹Tais desenvolvimentos comportaram, por sua vez, um aumento das responsabilidades do judiciário: a justiça constitucional, com o controle da constitucionalidade das leis, constitui um novo aspecto dessa nova responsabilidade. Embora muitos tribunais judiciários (com exceção dos Estados Unidos) mostraram-se temerosos em assumi-la, a nova realidade social mostrou-lhes que não poderiam fugir desse novo papel, e foram gradativamente instituindo organismos quase-judiciários (agências, conselhos, tribunais administrativos, etc.) que exerciam tarefas não executadas pela magistratura: “o controle dos “poderes políticos” e, com isso, a proteção dos cidadãos e da sociedade em geral, contra os abusos daqueles. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 47.)

poderes-funções. Já, no último capítulo agrega-se uma discussão a respeito da *Teoria do Direito*, no que diz respeito à interpretação criadora do direito.

Ocorre que, a norma individual é o que vem a gerar uma “dinâmica” do sistema normativo, norma criada pela via interpretativa, na aplicação do direito, que pode ser considerada também como ato criativo (Kelsen e outros autores afirmam que “aplicação” é criação do Direito⁶⁰²), e que para operar em tal atividade deve o juiz-tribunal: interpreta).

No que diz respeito ao seu conceito o Ativismo Judicial não é um conceito “monolítico”⁶⁰³ mas sim é “multidimensional”^{604, 605}. Os conceitos tem um ponto de contato em comum, sendo ele a função judicial, que em alguns momentos ela é criativa pela interpretação criativa, e em se tratando de interpretação da lei o Ativismo passa a ter uma atividade recriadora, formulando deste lado à criação da Legislação Negativa. Transcende-se assim a típica função de aplicar do da lei. O conceito também apresenta-se amplo e tem contato direito para com a Política Institucional e para com as Políticas Sórias que não são cumpridas e nem evidenciadas pelos demais Órgãos Estatais. Além disso, o Ativismo Judicial faz evidenciar a difícil cisão entre Direito e Política (Procedimentalismo) e Política e Direito (Substancialismo).

Legislando negativamente, ou de outro modo passando a Legislar Jurisdicionalmente o Poder Judiciário para alguns autores usurpa as funções do Poder Legislativos fazendo assim justiça ao caso individualizado⁶⁰⁶. Ocorrendo profunda disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa⁶⁰⁷.

⁶⁰²KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 193.

⁶⁰³... demonstrate that judicial activism is not a monolithic concept”. (MIEC, Keenan D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. *California Law Review*. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 12-06-2013.)

⁶⁰⁴Perhaps the clearest conclusion one can draw from the various attempts to understand and define judicial activism is that the concept of judicial activism is “multidimensional.” (YUNG, Corey Rayburn. *Flexing Judicial Muscle: an Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts*. Copyright 2011 by Northwestern University School of Law. Printed in U.S.A. Vol. 105, No. 1. P. 11.)

⁶⁰⁵... necessary part of their judicial function, the question arises: what is there left for so-called activist judges to do that defines them as activists? It is hard to know because there are so many definitions of judicial activism. *Judicial Activism – The Boundaries of the Judicial Roles*. Lawasia Conference (10 November 2009). Ho Chi Minh City, Vietnam.)

⁶⁰⁶The expression “judicial activism” is here used to mean using judicial power for a purpose other than that for which it was granted, namely doing justice according to law in the particular case. It means serving some function other than what is necessary for the decision of the particular dispute between the parties. Often the illegitimate function is the furthering of some political, moral or social program: the law is seen not as the touchstone by which the case in hand is to be decided, but as a possible starting point or catalyst for developing a new system to solve a range of other cases. Even more commonly the function is a discursive and indecisive meander through various fields of learning for its own sake. (HEYDON, Dyson Judicial. *Activism and the Death of the Rule of Law*. In: *Quadrant Magazine*; Jan/Feb 2003, Vol. 47 Issue 1, P. 9.)

⁶⁰⁷RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. P.107.

A justiça deve ser tratada como justiça sob o Direito⁶⁰⁸. No entanto, pode-se afirmar que o direito mantém o seu sentido se se não deixar de compreendê-lo enquanto justiça, e, portanto, a interpretação constitui a estrutura do direito, enquanto direito, o que é compreendido em sua significação jurídica⁶⁰⁹.

*Il diritto, come struttura qualitativa primaria della relazione – e non “quale fenomeno secondario obbiectivato nella società” – mostra ad ognuno la possibilità di comprendere l'altro, di riconoscerlo come un singolo capace di donare la parola, costitutiva della soggettività: “compito dell'interpretazione deve essere quello di rendere reale, vicino e intelligibile ciò che è estraneo, lontano e oscuro nel significato”, oltre l'apparente immediatezza che non consente la comparsa di una universalità del reciproco riconoscersi nel dialogo, attraverso il diritto che ognuno presenta con la propria libertà del dire. Questo è il tratto che scinde la comprensione estetica del diritto dalla comprensione dell'opera d'arte, poiché l'arte può restare incomprensibile in quanto arte, mentre il diritto deve essere compreso in quanto diritto.*⁶¹⁰

Pela indefinição conceitual do Ativismo Judicial se demonstrará os mais variados enfoques e fundamentações para sua definição, tendo enfoque principalmente na atividade da função jurisdicional criadora de direito.

O Ativismo Judicial⁶¹¹ é recente como termo-expressão, mas como fenômeno ele demonstra ser antigo e similar à atividade criativa de direito cumprida pelos Pretores⁶¹²

⁶⁰⁸A justiça no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocracia. Justiça significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça sob o Direito. (KELSEN, Hans. *Justiça e Legalidade*. In: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 20-21.)

⁶⁰⁹BARTOLI, Gianpaolo. *Hermeneutica Iuris*. Per una Lettura ‘Giuridica’ del Testo Normativo. i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it Agosto 2010, numero 9. P. 90.

⁶¹⁰*Nella prospettiva fenomenologica percorsa da Romano il diritto resta comprensibile solo alla luce (jός) della giustizia resa nel rapporto con l'altro, per cui la giustizia è il senso della giuridicità e dell'essere sociale, altrimenti residuando la forma vuota di un diritto privo di senso (unsinnig).* (BARTOLI, Gianpaolo. *Hermeneutica Iuris*. Per una Lettura ‘Giuridica’ del Testo Normativo. i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it Agosto 2010, numero 9. P. 90.)

⁶¹¹A expressão “Ativismo Judicial” cunha-se em razão da forma de atuação da *Corte Warrent*. Haja vista, que Bentham, de qualquer forma, utilizava a categoria “legislação judicial”. Além disso, noções de ativismo judicial podem ser percebidas no direito romano, embora nunca tivesse sido utilizada essa nomenclatura (*ALVARÓ D'ORS e BIONDO BIONDI*): os pretores, magistrados e Imperadores dotados da *iusdictio* romana criavam direito (observe-se a *Autorictas* e a *Potestas*, pois a criação do direito somente justificava-se na *Autorictas*) com base na primazia do caso concreto, pois os Romanos prezavam por um Direito Prático, que viesse a dar respostas aos problemas que lhes eram dados. Igualmente, na Grécia Antiga a figura do juiz era relevante nesse aspecto, pois este ditava o direito aos conflitos sociais que lhes eram postos (*PLATÃO* e *ARISTOTELES* indiretamente demonstram isso em passagens de algumas de suas obras). O Iluminismo (*ADORNO*) veio a arquitetar a derrocada dos juizes com o *Antigo Regime* imposto pelo Poder Legislativo que detinha uma composição puramente Burguesa, balizando assim sua atuação. O ora trabalho visa a superar o engessamento do juiz.

⁶¹²Vide: STAMMELER, R.. *El Juez*. Habana: Cultural S.A., 1941. Págs. 83 a 86 e 96; FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil*: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 181-182; *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007; MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo IV. Introdução à Ciência do

Romanos apresentam os Juízes-Tribunais Ativistas contemporâneos que realizavam aqueles e realizam estes a expressão desta transcendência dos reais e existentes interesses vitais sobre e contra uma lei que se encontra antiquada a partir de sua vigência (a exemplo disso o Código Civil de 2002, embora elaborado em 1979⁶¹³), que muitas vezes parece esta ser adequada no momento de sua elaboração, mas quando de sua vigências a mesma já se encontra inadequada a realidade social^{614, 615}.

Não diferente, mas relevante apresentar outro caso que demonstra relevante historicamente é o caso dos Persas, o qual havia juízes que ditavam sentenças sem existir leis positivas escritas⁶¹⁶.

A orientação conceitual apesar da grande gama conceitual que pode atingir o Ativismo Judicial, este apresenta duas questões relevantes, que *de um lado se tem* a descoberta

Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 79-84; POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar Editóres, 1965. P. 25-26.

⁶¹³*En se tratando del lapso temporal entre lo Código Civil Francés y el Brasileño, resta evidente que en el ambos se estratificaron por su debilidad estática que no respecta su temporalidad vislumbrada por las condicionantes sociales que exigen estas una dinamicidad de las leyes en sus preceptos. Por lo tanto, el Código Civil francés, luego de 100 años de su promulgación, no podía pretender continuar siendo el emperador absoluto de las fuentes del derecho; la urgente actualización del derecho civil a las nuevas realidades pasaba por una reconstrucción previa de la teoría de las fuentes del derecho. De no hacerse esta reconstrucción, se corría el riesgo de resolver los casos en grave violación del sentido de justicia y equidad que ellos mismos parecían demandar.* (MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 272.)

⁶¹⁴*... el conocimiento de conexiones ontológicas, de la naturaleza humana y de la legalidad interna de los procesos sociales, es imprescritible para la constitución de un derecho justo. El legislador no necesita sólo conocimiento objetivo en el sentido de un conocimiento especializado de los problemas e intereses concretamente afectables por la legislación; necesita también un saber general acerca del comportamiento humano, por ejemplo en el ámbito económico. Cuando se pasan por alto intereses individuales típicos se presenta el peligro de que esos intereses se impongan praeter legem y el derecho, consiguientemente, resulte ineficaz. Un ejemplo clásico de este hecho es el tratamiento de la transmisión de garantía en el derecho alemán vigente. El Código Civil además no contempla ningún contrato de prenda sin transmisión de la posesión. Pero, de hecho, una prenda sin esta transmisión es claramente necesaria en la vida económica, como prueba, por lo demás, no sólo la situación actual de la economía, sino incluso la historia del derecho. En el tráfico moderno se presenta ante todo la necesidad de utilizar existencias de mercancías como fundamento del crédito. Pero tratándose de existencias de mercancías queda excluida la posibilidad de una transmisión de la posesión directa al arredro con garantía de prenda, si es que el deudor debe seguir adelante con su tráfico económico. El resultado fue que la transmisión de la garantía del modo en cuestión – que, sin más, y que la jurisprudencia la aceptó. La intención del legislador o había tenido éxito porque no había considerado suficientemente la naturaleza de la cosa.* (COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. P. 137.)

⁶¹⁵Se ha dicho si estaríamos, sencillamente, ante un renacimiento de la Jurisdicción del Pretor. No estará demás, pues, recordar brevemente aquella modalidad de creación del Derecho y administración de justicia, *para llegar luego, por la vía del análisis sistemático, a conclusiones prácticas y teóricas respecto al movimiento del Derecho de libre interpretación*. (STAMMELER, R. *El Juez*. Habana: Cultural S.A., 1941. P. 82.)

⁶¹⁶*En la historia del Derecho - recuerdo el caso de los persas - ha habido jueces que dictan sentencias sin existir leyes escritas positivas. Y es que pueden faltar las leyes, pero nunca han faltado las controversias y las sentencias legítimas de una causa ante y por el juez que se estima competente. Ese juez competente ha dirigido y determinado, con su decisión o sentencia, la controversia que le plantean los particulares.* (FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basave. *Estructura y sentido de la judicatura función y misión del juez*. Universidad Autónoma de Nuevo León Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Monterrey, Nuevo León, México, 2000. P. 21.)

jurisdiccional que vem escavar no magma do Direito (por isso da importância de cingir a Lei do Direito), estendendo ou restringindo, integrando ou corrigindo o dado normativo, o juiz utilizada da hermenêutica visando descobrir a regula iuris ao interpretar o caso concreto (ou também pode ser vista tal descoberta como *adjudication* que nasce junto ao *Judicial Review*⁶¹⁷). Portanto, é relevante para o estudo do julgamento (*adjudication*) e do raciocínio jurídico o debate dos filósofos sobre a “textura aberta” da linguagem e, de maneira geral sobre os modos em que termos classificatórios de uma linguagem natural podem mostrar indeterminados⁶¹⁸. Já *De outro lado*, tem-se a criação judicial do direito que se dá por via de qualquer decisão tomada pelo Poder Judiciário (Juiz Ordinário/Tribunal), justifica-se tal criação pela norma individualizada que produz⁶¹⁹.

Da evolução delineada, o Ativismo Judicial rompe com o formalismo⁶²⁰ e com a filosofia da lei⁶²¹ os quais foram arquitetados pelo Estado Moderno, assim essa arquitetura

⁶¹⁷A evolução do direito é uma verdadeira evolução criadora: aí estão, o Direito Inglês, palpitando na mola imensa de suas tradições conglobadas, e a Corte Suprema, nos Estados Unidos, com os arestos judiciais, sobrejuntando à Constituição todo um corpo novo, imprevisto, mais acentuado, mais desenvolvido, mais prático, mais natural, de práticas e tendências. (MIRANDA, Pontes de. *À Margem do Direito: ensaio de Psicologia Jurídica*. Campinas: Bookseller, 1912. P. 88-89.)

⁶¹⁸HART, H. L. A.. *Ensaio sobre Teoria do Direito*. Trad.: José Garcez Ghirard, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P. 4.

⁶¹⁹PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. P. 12 e seguintes.

⁶²⁰Por "teorías reformistas del derecho" entiendo todas aquellas tradiciones de análisis jurídico que se propusieron denunciar, desde finales del siglo XIX y a lo largo del XX y en diversos grados de intensidad y compromiso, las deficiencias de la teoría tradicional del derecho, descrita, a grandes rasgos, como "formalista", "positivista", "exegética", "conceptualista" y "mecánica", para solo mencionar algunos de los clichés que sirvieron para caracterizarla. En puridad, este rótulo de "teorías reformistas del derecho" es inconvenientemente amplio. En lo que sigue, terminaré ubicando dentro del mismo grupo a autores de procedencia tan variopinta como F. VON IHERING, FRANCOIS GÉNY, ROSCOE POUND y ALF ROSS, entre los cuales, además, existían diferencias manifiestas. En ese sentido, el rótulo elimina distinciones que serían sustanciales desde otras perspectivas: por ejemplo, para un teórico del derecho norteamericano la asimilación sería, sin reservas, falseadora de gran parte de la filosofía jurídica del siglo XX. Sin embargo, desde la perspectiva latinoamericana, donde el dominio de la "teoría tradicional" sigue siendo tan monolítico, existe la tentación de entrar a saco roto y utilizar, eclécticamente, las críticas diversas de esos autores. (...) Elemento fundamental de estas teorías reformistas consistió en reconstruir la imagen tradicional que se tenía de las fuentes del derecho para subrayar el papel social dinamizador de algunas de ellas (por ejemplo la "jurisprudencia", la "doctrina" o los "principios generales de derecho"), usualmente desatendidas por el legalismo tradicional, bajo el rótulo de "fuentes secundarias" o "auxiliares". (...) Los antiformalistas jurídicos, en conjunto, parecen también sugerir el siguiente resultado: el sistema de fuentes no solo es dinámico y plural, sino que también, en la medida en que ello es cierto, los actores participantes en este juego tienen espacios para trazar nuevos diseños de los sistemas sociales de jerarquía y coordinación de fuentes. Frente a la apariencia de necesidad y universalidad que ofrecía el tradicionalismo de fuentes, el reformismo afirma, en su lugar, la posibilidad de plantear agendas y proyectos políticos de reforma y redistribución del poder de creación de derecho. (MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 269-270 e 317.)

⁶²¹La Filosofía del Derecho se transforma en teoría general del derecho, a costa de renunciar a su tercera función característica la de instancia crítica del ordenamiento positivo. Predominio del Formalismo, desvinculación del problema de validez jurídica de las perspectivas de vigencia y eficacia, intentos de aislar el contenido del derecho de las ideologías morales o políticas van siendo caracteres dominantes de esta filosofía jurídica. (...) Lo primero que pretende esta posible filosofía del derecho es ser una filosofía del derecho. La tautología es hiriente pero no innecesaria, ya que, debido a avatares históricos a los que ya hemos aludido, con frecuencia lo que se realiza con tal título es una filosofía de la ley. Así, al abordar el concepto del derecho, se lo

aprisionou o Direito a Lei e com isso a produção da Legislação se dá pela representação do povo a figura do Parlamento, pois este aprisiona a democracia representativa que se justifica na detenção do Poder Político que supera o Poder Arbitrário. Até então o único detentor de Responsabilidade Política foi o Poder Legislativo.

O Poder Judiciário foi aprisionado a mecanicidade da subsunção interpretativa da Lei, que até então era o Juiz detentor da *iurisdictio*⁶²² (dizer o direito) foi então penalizado como o Juiz boca da lei. Reduziu-se sua atividade e com o decorrer dos tempos o Parlamento foi criando junto à subsunção interpretativa da lei um conjunto de Responsabilidades, sendo elas a Responsabilidade Civil e Penal pelos danos causados por interregno de suas atividades jurisdicionais. Somado a isso as Constituições Modernas atribuíram ao Poder Judiciário: Responsabilidade Política.

Na contemporaneidade dada à complexidade social e as novas necessidades que surgem a cada instante, o Poder Judiciário e chamado a resolver as mais diversas questões, sejam elas privadas ou públicas. E ainda, soluciona os influxos políticos tanto no que se refere

*reduce a norma, y bien pronto, implícitamente, a norma legal; al hablar de derecho y moral se intenta disecar mentalmente ley y preceptos morales, sin perder la esperanza de llegar a decantarlos de una vez por todas; si se habla de fuentes del derecho, es para hablar de la ley, con alguna benévola alusión a la costumbre, a la que se llegan a reconocer rasgos prelegales, y con buen cuidado en no ceder ante las desmedidas aspiraciones de la jurisprudencia, que pretende que se reconozca teóricamente lo que prácticamente realiza, con reconocimiento o sin él; los principios generales del derecho se logra por emulsión, adivinándolos en el teto legal, y gracias a ellos la ley, en un curioso hermafroditismo, se reproduce hasta aparecer como ordenamiento jurídico; si se alude a la relación entre derecho y fuerza, coacción o sus derivado, se busca una fórmula de dosificación que no deje a norma legal alguna en la desairada situación de no parecer jurídica, y así sucesivamente. Este inopinado exclusivismo de la filosofía de la ley, que reduce a mitología, poesía u otra suerte de caprichoso esteticismo cualquier intento de filosofía de derecho, tiene dos fuentes fundamentales. Una es el predominio del pensamiento jurídico de la perspectiva normativista, consagrada por el positivismo legalista, y continua luego como eje de la dogmática jurídica, incluso por aquellos que, cansados del continuo recurso a la ficción, somete a crítica sus bases teorías. La otra es más imputable a los filósofos del derecho que a los juristas prácticos. Consiste en la tendencia – justificada por la misma historia de la metodología de la disciplina – a construir una filosofía hecha desde arriba, para lo cual lo decisivo son los principios o los conceptos, a los que se reconduce todo el resto de la realidad jurídica. Indudablemente, no es difícil captar un paralelismo entre ambos fenómenos y diagnosticar una afinidad entre el predominio idealista – y no pocas veces racionalistas – de la filosofía jurídica y la progresiva hegemonía de la ley como realidad jurídica exclusiva. (OLLERO, Andres. **Interpretación del Derecho y Positivismo Legalista**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 240 e 242-243)*

⁶²²Mas somente no século XVIII essa forma da diferenciação do sistema jurídico acabou por impor-se plenamente. Antes estava em jogo um princípio de significação apenas limitada, necessário apenas para efeitos de técnica de regulamentação. Esse princípio estava na *iurisdictio*, concebida como unidade e como tarefa da *societas civilis*, quer dizer, desde o fim da Idade Média como tarefa o estado territorial governo pelo príncipe. Qualquer separação mais profunda entre legislação e jurisdição teria posto e perigo a unidade do estado territorial política e juridicamente autônomo, que estava então em formação. Somente no século XVIII os homens passam a aceitar, sob a proteção do Direito natural e do Direito da razão, a ideia de que todo e qualquer Direito é Direito Positivo segundo a substancia das normas e a efetividade; somente com isso a ideia da autolimitação agudizada. O que foi designado acima como proteção através do Direito natural e do Direito da razão pode ser importante como referência em questões de justificação, mas o próprio sistema jurídico aplica-se agora somente o Direito Positivo, que pode ser reduzido ao próprio sistema. (LUHMANN, Niklas. **A posição dos Tribunais no sistema jurídico**. In: Revista Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. P. 150.)

à afirmação-reconhecimento de políticas públicas quanto a tensões políticas entre os demais Poderes Institucionalizados⁶²³.

Resta claro e amplamente visível o protagonismo⁶²⁴ proposto pelo Ativismo dos Juízes, pois passam a atender as demandas da sociedade na esfera das opções e decisões comunitárias que não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento⁶²⁵, e por óbvio que a atividade pró-ativa rompe com a rígida separação dos poderes chegando a atual divisão dos poderes.

O juiz tem em suas mãos uma das modalidades mais primitivas de produção do Direito, pois, através da ordem jurídica, este se vê diante de um declínio da função legislativa do Parlamento, e, com isso, faz com que por meio das decisões judiciais se tenha a certeza do Direito como a tutela dos direitos subjetivos⁶²⁶.

Essa invasão do tribunal/juiz se efetiva diante da soberania popular, calcada na democracia, por meio do viés estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, sustentado pelas Constituições Modernas.

Note-se que o tribunal/juiz passa a ter grande popularidade, e são vistos como os “heróis da modernidade, apresentando, assim, uma nova forma de conceber a Democracia: a grande popularidade dos juízes esta diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia.⁶²⁷

Corrobore-se que alguns autores afirmam que o conceito de Ativismo Judicial é o que vem a fazer prevalecer o princípio democrático⁶²⁸ que formula um novo sistema que se

⁶²³Mas, quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de Ativismo Judicial em contraposição à autoconcentração judicial, o que em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que do erro. (...) A isso também se presta o equilibrado ativismo judicial, servindo de alerta aos demais poderes para que estes, efetivamente, cumpram suas atribuições. (JOBIN, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013. P. 104 e 105)

⁶²⁴*Forzosamente tendrá que plasmarse ese protagonismo en su medida porque, si incurre en exceso de límites, se dispara hacia la contención e impone redefinir, acotar controlar -, volver e equilibrar, en pocas palabras encontrar al Estado y a la parte del Gobierno que le corresponde al Poder Judicial en una redimensión inteligente. Pesos y contrapesos balanceadores que, sin embargo, no ahoguen la creatividad en la faena hermenéutica.* (MORELLO, Augusto M.. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 26.)

⁶²⁵*Y eso ha penetrado en el subconsciente colectivo y en el lenguaje público.* (MORELLO, Augusto M.. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 17-18.)

⁶²⁶COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo 2006. P. 75.

⁶²⁷GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P.39.

⁶²⁸*So even at the very end of the conference, I have the gall to offer yet another definition of activism. It is a definition reflecting my view-which I will state but not here attempt to justify-that unless the application of the*

converta em expressão mais próxima dos ideais republicanos que são a defesa de nossa própria condição humana⁶²⁹. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo uma transformação da democracia⁶³⁰. O que chama Warat de Carnavalização do Direito⁶³¹.

Neste cenário a democracia é vista como uma dimensão simbólica da política que se abre interrogativamente em direção a um futuro visto como problema e não como certeza. Digamos que a democracia é a instância do imaginário social que não se aliena na representação já adquirida do devir⁶³².

As vantagens apontadas por esta ficção são amplamente superadas pelas suas desvantagens especialmente nas sociedades democráticas, nas quais o processo legislativo tornou-se particularmente lento, obstruído e pesado, forçando, por consequência, o aumento do grau de criatividade da função judiciária⁶³³.

Em decorrência do gradual aumento na busca do Poder Judiciário (reforçada pela facilitação do acesso ao referido órgão e, ainda, pelo alto grau de litigiosidade da sociedade que constitui os atuais estados; por fim, aos direitos fundamentais que o Estado assegura aos seus cidadãos, necessitam *quase* sempre de complementação e efetivação) se tornou meio acessível para com a persecução de direitos, tanto difusos, quanto coletivos ou individuais, porque, além de assegurar o que está Codificado pelos Procedimentos (Estatais de Decisões Políticas), se serve das Constituições que se encontram no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico. Assim, o tribunal/juiz acaba por fiscalizar e guardar o que se matizou preceitos

Constitution or statute is so clear that it has the traditional qualities of law rather than political or moral philosophy, a judge should let democracy prevail. (EASTERBROOK, Frank H. *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?* Journal Articles Faculty Scholarship Chicago Unbound University of Chicago Law School, 2002. P. 1403-1403.)

⁶²⁹El activismo judicial tiende a eliminar las bases del individualismo liberal, cada vez más protagonista de nuestros sistemas económicos y en la cultura, para *formular un nuevo sistema que se convierta en expresión más cercana a los ideales republicanos que son la defensa de nuestra propia condición humana.* (CARBONE, Carlos A. *Tutela diferenciada poscuatelar*. 1ª ed. Rosario: Nova Tesis Ed. Urídica, 2012. P. 23.)

⁶³⁰GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 39.

⁶³¹A democracia tradicionalmente vinculada ao Direito - nos estreitos limites da versão liberal do mundo - termina sendo apresentada como a concretização histórica de um "Estado Democrático" que se assegura como tal através dos mecanismos instituintes do "Estado de Direito". Essa expressão conota principalmente a necessidade de fazer reinar a lei, de fazer do cumprimento das leis a mola propulsora da democracia. Dessa maneira, na concepção jurídico-liberal da democracia, a ordem política fica reduzida à administração legal do poder do Estado. Contrariamente, *a versão carnavalizada da democracia se abrirá para o espaço de criação do Direito. Enquanto a concepção jurídico-liberal da democracia mostra os Direitos instituídos, a camavalização inventa, ou melhor, mostra a possibilidade de inventá-los permanentemente.* (WARAT, Luis Alberto. *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 144.)

⁶³²WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 72-73.

⁶³³CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 131-132.

pactados no Direito, o que o Legislativo jamais conseguiu(rá) fazer. Segundo a teoria das fontes, o responsável pela criação de direito deveria ser o Poder Legislativo, mas não o faz de maneira adequada, concedendo, de fato, espaço ao Judiciário:

... é a de que os próprios juízes sejam capazes de “crescer”, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos “difusos”, “coletivos” e “fragmentados”, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais.⁶³⁴

Tem como razão contemporânea o protagonismo dos juízes-tribunais a *judicialização da política*⁶³⁵ que por um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário⁶³⁶. Conclue-se, que “*la sociedad se ha juridizado y los jueces (Juízes Ordinários e Tribunal Supremo) se han politizado*”⁶³⁷.

Vale destacar a existência da diferença entre os fenômenos: judicização e ativismo, o primeiro é um fato, uma circunstância do desenho institucional, já o segundo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar⁶³⁸.

⁶³⁴CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 55–58.

⁶³⁵*A judicialização e o ativismo judicial são primos*. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 06-12-2013. P. 6.)

⁶³⁶*A judicialização da política* verifica-se ainda diante de um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário. Neste caso, o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições da sua efetivação. Neste caminho, o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários. Para além do impacto no sistema político, a judicialização da política afeta também o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário. Esta torna-o mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo. (SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 18.)

⁶³⁷MORELLO, Augusto M.. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 17-18.

⁶³⁸*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária,

Deve-se incluir no que diz respeito a expressão social, alguns fatores que concorrem e são intrinsecamente dinâmicos e mutantes, que podem ser resumidos em: *a*) a pressão pelo acesso efetivo a jurisdição⁶³⁹, ⁶⁴⁰; *b*) crescente inflação legislativa⁶⁴¹; *c*) novas funções atribuídas ao juiz; *d*) explosão de novas conflitividades⁶⁴²: que encontram-se pela judicialização das relações sociais que surgem em decorrência do aumento de questões políticas⁶⁴³ debatidos no jurisdicionado; *e*) o impacto da globalização e dos sistemas de

em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas¹⁸. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. (BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política**. Disponível em: <www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acessado em: 03-09-2013. P. 4 e 6.)

⁶³⁹... *el mayor conocimiento de los propios derechos tanto como la disponibilidad de asesoramiento jurídico e información facilitada por los modernos medios de comunicación masivos, han influido para generar en muchos sectores conciencia individual y colectiva acerca de la pertenencia, y consiguiente “apropiación” de los derechos individuales y de grupo. Singularmente positivo, éste fenómeno permite canalizar la defensa de los tradicionales derechos subjetivos, tanto como las nuevas prerrogativas derivadas en los derechos de incidencia colectiva en general, posibilitando la participación de los ciudadanos en la justicia. Como contracara, el mayor acceso a la jurisdicción y la insuficiencia de las previsiones normativas para canalizarlo, genera presiones adicionales a los jueces sea por el desborde cuantitativo de los reclamos, cuanto por la exigencia de resolver cuestiones complejas arbitrando a menudo el instrumental procedimental adecuado.* (BERIZONCE, Roberto Omar. **Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas**. Civil Procedure Review, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 47-48.)

⁶⁴⁰Ver: CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

⁶⁴¹*Por otro lado, la “inflación legislativa” y consecuente desvalorización del marco normativo ha incidido cualitativa y cuantitativamente en la misión judicial. En todo el mundo en las últimas décadas se ha operado un cambio trascendente en el rol del juez y en el entendimiento de sus funciones, producto de un conjunto de circunstancias confluyentes en cada situación contextual. La creciente “esfumación” de la ley, por la recurrencia a preceptos “abiertos”, flexibles, conceptos indeterminados, sus contrastes y “lagunas”, tanto como el inmovilismo del legislador, terminan trasladando a los jueces funciones que son más propias de aquél, debiendo asumir tareas integrativas y de “suplencia judicial”. Se ven forzados a atender una demanda de justicia amplificada y cualitativamente más compleja ante requerimientos perentorios de efectividad de las garantías. Un creciente “activismo” judicial sustantivo es su consecuencia.* (BERIZONCE, Roberto Omar. **Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas**. Civil Procedure Review, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 47-48.)

⁶⁴²Neste sentido os juízes podem encontrar, na própria natureza de seus debates jurisdicionais, um poderoso antídoto contra o perigo da perda de contato com a comunidade. Mesmo quando eles decidem conflitos que têm uma vasta consequência para a sociedade – como sói acontecer especial e comumente nos julgamentos de natureza constitucional – em regra a função desses juízes consiste, ainda, em decidir questões ligadas a *cases and controversies* que, no cotidiano, perante eles são levadas pelos membros interessados da comunidade. Permitam-me recordar regras fundamentais da sabedoria antiga: a) não há juiz sem autor (*nemo iudex sine actore*), ou seja, primeiro existe a função jurisdicional à qual o autor da ação; b) no mesmo sentido de “a”: onde não existe ação, aí não há jurisdição (*ubi non est actio ibi non est iurisdictio*); c) o juiz não deve ficar submisso às pressões das partes; às pressões (e solicitações) de uma só das partes; por isto tem o dever de executar, de ouvir ambas as partes (interessadas) no processo; exprime-se no adágio: *audiatur et altera pars*. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologia e Sociedade**. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 247-248.)

⁶⁴³*Ei juez se ve obligado a imprimir un giro a su que hacer puesto que debe resolver las controversias y cada vez con mayor nitidez es manifiesto que la ley ha dejado de ser la única cantera de la que pueden extraerse sin más*

proteção transnacionais⁶⁴⁴; *f*) juridprudencialização do direito⁶⁴⁵; *g*) carnavalização da democracia⁶⁴⁶; *h*) combate à corrupção^{647, 648}.

Pelas contingencias acima delineadas, ocorre o fenômeno extraordinário, o qual nossos Juízes-Tribunais libertam-se das amarras do sistema e deixam de ser simples boca irresponsável da lei, para, além de simplesmente dizer, tornarem magistrados operantes, não apenas dizendo, mas livremente fazendo, o que os demais poderes omitiram-se de fazer. Este, como é obvio, constitui um poderoso obstáculo estrutural⁶⁴⁹.

A adoção de uma técnica formalista implanta-se em uma rigidez formal e em um *imobilismo* lógico-jurídico, meios impostos pelo positivismo jurídico, diante das Cartas Políticas que visam à representação da sociedade: a Lei foi essencial para que se pudesse garantir a tripartição dos poderes, sendo que esta não mais é suficiente para guiar o juiz em suas decisões no modelo de Estado Democrático de Direito. Assim, passa a se falar em uma interpretação “constitutiva” fundada na Lei Fundamental:

A lei constituía o elo principal do positivismo, uma vez que supostamente deveria assegurar a ligação entre ofício do juiz e a soberania popular. (...) Ora, esta lei tão essencial para a separação dos poderes não é mais suficiente para guiar o juiz em suas decisões. Ele deve apelar pra fontes externas antes de proferir suas sentenças. A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma

las reglas o principios que determinen su solución. (MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 6.)

⁶⁴⁴BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. *Civil Procedure Review*, v.1, n. 3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 47.

⁶⁴⁵Ver: BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial*. Barcelona: Bosch, 1951.

⁶⁴⁶Tema já abordado no Cap. II no item que se refere a “*Jurisdição Constitucional: o Contexto Hermenêutico da Função Judicial*”, e ainda vide: WARAT, Luis Alberto. *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 144.)

⁶⁴⁷Esta foi sempre uma questão tratada em duas perspectivas nos estudos sócio-jurídicos: a da luta jurídica e judiciária contra a corrupção; e a da luta contra a corrupção dentro do judiciário. Sempre que levou a cabo o combate à corrupção, o judiciário foi posto perante uma situação quase dilemática: se, por um lado, esse combate contribuiu para a maior legitimidade social dos tribunais, por outro, aumentou exponencialmente a controvérsia política à volta deles. Por quê? Porque os tribunais não foram feitos para julgar para cima, mas sim para julgar os de baixo. As classes populares, durante muito tempo, só tiveram contato com o sistema judicial pela via repressiva, como seus utilizadores forçados. Raramente o utilizaram como mobilizadores ativos. A questão da impunidade dos poderosos está inscrita na própria matriz do Estado liberal que, como se sabe, não é um Estado democrático na sua origem. A igualdade formal de todos perante a lei não impede que as classes que estão no poder, sobretudo na cúpula do poder, não tenham direitos especiais, imunidades e prerrogativas que, nos casos mais caricaturais, configuram um autêntico direito à impunidade. (SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007. P. 16-17.)

⁶⁴⁸Así, el mayor involucramiento de los jueces se verifica para contrarrestar los actos atentatorios de los principios republicanos, como la falta de transparencia de los negocios públicos, el menoscabo de la ética pública. (BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. *Civil Procedure Review*, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 63.)

⁶⁴⁹SILVA, Ovídio A. Batista da. *Da Função à Estrutura*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. (orgs.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 96

importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar sozinha, todo o sistema jurídico.⁶⁵⁰

Feitas as diferenciações entre Lei e Direito observa-se que ambos os conceitos apresentam-se distintos: temos o Direito como algo global e a lei é retratada como uma de suas fontes. Note-se que o Direito não se esgota naquela, pois tem um sentido muito mais amplo (que carrega em si de justiça e do ético). Nesse sentido, a Lei, em sua *forma*, encontra-se em descrédito, uma vez que, na atualidade, o que se busca não são apenas normas, mas sim um conjunto de princípios:

Esse descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limiar “mundo tecnológico”: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena um direito doutrinal, afastado da realidade. O recurso à regulamentação legislativa, da qual o político usa e abusa, ameaça exaurir o sistema jurídico. É preciso que o direito reencontre sua elegância não apenas com um conjunto de regras mas também como um conjunto de princípios.⁶⁵¹

É correto afirmar que o Direito não se confunde, necessariamente, com a Lei escrita, pois sua verdadeira criação se dá através do juiz, o qual este sim exerce uma função criadora extremamente importante, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação contínua da ordem jurídica⁶⁵².

Daí a tentativa de reconduzir a sua tarefa para uma atividade interpretativa, hermenêutica⁶⁵³ sobre o Direito Legislativo incide diretamente na criatividade judicial, pois o ato de aplicar indica criação. Importante salientar, mesmo na melhor redação das leis sempre há lacunas e indeterminações que devem ser preenchidas pelo juiz, e sempre permitem ambiguidade e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas pela via judiciária⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 40.

⁶⁵¹GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P.40.

⁶⁵²WOLKMER, Antônio Carlos. *O papel dos juízes na criação do Direito*. In: Estudos Jurídicos. v. 19, n. 47, set.-dez. 1986. p. 83.

⁶⁵³PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. P. 94.

⁶⁵⁴... a expansão do direito legislativo, no estado moderno estendida a muitíssimos domínios antes ignorados pela lei, acarretou e ainda está acarretando consigo a paralela expansão do direito judiciário, subentende-se obviamente a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio *Barwick* quando escreve que ainda “ a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidade e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas via judiciária. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 20-21.)

A Lei não teria sido feita e não teria evoluído se os Juízes-Tribunais não tivessem sido criativos⁶⁵⁵.

Argumenta-se que quanto à Lei e ao Direito, deve o juiz pronunciar o Direito (*iurisdictio*).

Nas palavras de Couture: “*el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador*”⁶⁵⁶.

Conjuntamente com isso: “el **legislador** la toma como un medio para un fin: **el juez**, en ámbito, debe verla como poseyendo un fin en sí misma; y hay que procurar que el Derecho, **al encarnarse en el juez**, no absorba demasiada materia extraña. La leí liberal al juez de la influencia de los poderes estatales con el propósito de someterle al exclusivo imperio del Derecho”⁶⁵⁷.

Por consequência “*es así que el juez, por una razón ontológica, crea derecho dentro de la ley, pero puede claro fuera de ella sino por delegación con la cual se transforma en rigor Legislador*”⁶⁵⁸. Aditivo Legislativo por um lado e criação do Direito pelo outro.

O Poder Judiciário como poder criador de normas individuais, busca solucionar os casos concretos (coletivos ou individuais) através de uma Constituição⁶⁵⁹, que funda normas

⁶⁵⁵The common law would not have been made and it would not have evolved had judges not been creative. ROACH, Kent. *The Myths of Judicial Activism*. *Supreme Court Law Review* (2001), 14 S.C.L.R. (2d). P. 310.

⁶⁵⁶COUTURE, Eduardo J. *Justicia y Política*. In: *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. 2ª ed.. Buenos Aires: Depalma, 1988. P. 70.

⁶⁵⁷... *el juez es la puerta principal a través de la cual se ingresa desde el reino de las ideas en el realidad, para dirigir las relaciones humanas. En él se encarna el Derecho. Ahora bien, la norma jurídica, en el momento en que sale de las manos del legislador experimenta una mutación notable: creada en vistas a un fin, no quiere, sin embargo, ser aplicada por razón de este fin, sino en mérito de su misma existencia; sólo en cuanto sirve realmente a este fin, sino de modo incondicionado*. (RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 1ª Ed.. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930. P. 148.)

⁶⁵⁸COSSIO, Carlos. *La Plenitud del Orden Jurídico*: y la Interpretación Judicial de la Ley. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 101.

⁶⁵⁹Desde el cuadrante político-institucional, la experiencia de las últimas décadas y especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994 –el fenómeno es también propio de otros países del subcontinente, que reformaran sus Cartas Fundamentales (Brasil, 1988; Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Venezuela, 1999, entre otros)-, denotativa de la “sustancialización” de los derechos y el ascenso jerárquico de las garantías, no solo ha sido explosiva por su dimensión y efectos, sino que en perspectiva se exhibe al presente suficientemente afirmada y consolidada, con claras proyecciones de amplificación hacia el futuro, siempre en miras de la mejor y más adecuada tutela de los derechos de las personas. El actual y creciente activismo en el que participan en general todos los operadores jurídicos –no solo los jueces, sino también los abogados-, a menudo impulsados por las asociaciones sociales de base –consumidores y usuarios, defensores del medio ambiente, de la institucionalidad democrática- y aún los propios afectados en defensa de sus derechos individuales, es tan “progresivo” como los derechos que están en su base (derechos sociales, de “solidaridad”, político-institucionales en general). Y ello, por sí solo, implica su permanencia continuada y aún su desarrollo y profundización, producto de la fuerza expansiva que le es inherente. *Todo lo cual ha de plantear nuevos y*

(regras e princípios) buscando por si a guarda dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana. Esse poder, por si, transcende das vontades estabelecidas pela vontade dos legisladores:

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos de Direito, o operador jurídico aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica burguesa.⁶⁶⁰

Destaque-se que o Ativismo Judiciário não pode ser considerado somente aos casos levados à Jurisdição Constitucional, mas também à Jurisdição Ordinária; assim sendo, este fenômeno se dá em todos os níveis de Jurisdição. Qualquer juiz, em qualquer decisão pode criar direito por meio de uma norma individualizada.

Aqui cabe lembrar Aristóteles⁶⁶¹ em sua obra *Ética a Nicômaco* que faz menção da justiça universal que é dada pelo Poder Legislativo e da justiça individual que é concebida pelo Poder Judiciário⁶⁶², esta construção lembra Kelsen⁶⁶³ em seu livro *Teoria Geral do Direito e do Estado*, que salienta que a norma produzida pelo Legislativo tem caráter geral e abstrato e a norma produzida pelo Judiciário é norma individual⁶⁶⁴. Em ambas justiça individual e universal ou norma geral e individual o Direito pode ser criado por ambas⁶⁶⁵.

renovados desafíos a los que la jurisdicción deberá responder creativamente. BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. Civil Procedure Review, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 72.

⁶⁶⁰WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 188

⁶⁶¹ARISTÓTOLES. *Ética a Nicômaco*. 3ª Ed.. Bauru – SP: Edipro, 2009.

⁶⁶²De igual modo, não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu, de preferência *secundum legem* ou *praeter legem*, mas, se necessário, até mesmo *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito, o que não é de causar espécie se tivermos presente, por exemplo, que a Lei Fundamental da Alemanha, em seu art. 20.3, diz que o Executivo e Judiciário obedecem à Lei e ao Direito, expressando, assim, que “lei” e “Direito” não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a Lei, um conteúdo suplementar de sentido, ou, ainda, que esse aditamento remete, na verdade, para além da Lei, para um Direito supra-legal, que sendo anterior e superior a qualquer direito posto, impõe-se até mesmo às normas constitucionais. Assim vistas as coisas, não temos receio em dizer que aquilo que se chama, criticamente, de ativismo judicial não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a sua indispensável e assumida participação na tarefa de construir o direito de mãos dadas com o legislador, acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas. Pensando bem, ativismo é, apenas, uma palavra nova com que se critica a velha criação judicial do direito. (COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acessado em: 03-09-2013.)

⁶⁶³KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Págs. 191 e segs.

⁶⁶⁴*Si para eliminar la ambigüedad de los jueces crean derecho substituímos esse enunciado por las proposiciones y precisiones sugeridas, desaparecidas toda a discordancia. Pues entonces aquel enunciado puede querer decir, simplemente, algunas de estas cosas: 1) El conjunto de los jueces, dadas ciertas circunstancias elaboram,*

La necesidad de juzgar en que se encuentra el Juez deriva, entonces, de la estructura lógica el deber ser. No bien nos colocamos en la esfera del Derecho, vale para nuestra conducta una estructura constructiva que no es fruto de nuestro albedrío del Legislador, sino que pertenece al Derecho en cuando objeto; pertenece al Derecho por ser Derecho y por ninguna razón. Ya hemos dicho que ser Juez

*normas generales (significado incluido en [(2)] (4) + (6)]; II) Los jueces, es decir cada uno ellos, siempre dictan sentencias [significado incluido en (1) + (3) + (8)]; III) En ciertas circunstancias los jueces dictan sentencias que no son el resultado de una mera deducción a partir de normas generales preexistentes [significado incluido en (1) + (4) + (7)]. La afirmación (I) importa reconocer el carácter de fuente de derecho autónoma pacíficamente asignado a la jurisprudencia. La afirmación (II) es una verdad de Perogrullo que no ha de conmover a nadie y con la que nadie puede honestamente disentir. La afirmación (III) tampoco suscitará divergencias siempre que las partes entiendan lo mismo por mera deducción. Paralelamente puede ser que al sostener la falsedad de los jueces crean derecho todo cuando se quiera decir sea una desas estas dos cosas, o ambas: IV) Es falso que los jueces actuando en forma individualmente, ya como cuerpo, dicten leyes [significado (1 y 2) + (3 y 4) + (5)]; V) Es falso que los jueces, ya actuando en forma individual dicten normas generales [significado (1) + (3 y 4) + (6)]; Es perfectamente posible que los antagonistas originarios concuerde acerca de (IV) y (V), sin que al sostener la falsedad del enunciado los jueces crean derecho se pretenda, por lo demás, negar la verdad (I) y [(II) o (III)], que, por otra parte, sería todo lo que quieren afirmar quienes lo afirman. Al comienzo de este apartado dije que reducir la controversia en una cuestión puramente verbal era una vía seductoramente simple. Quiero decir ahora que, además, es una manera engañosamente fácil de terminar con el problema. Es concebible, en efecto, que después de efectuadas todas las sustituciones del cargo, y exhibidas las concordancias existentes, una de las partes exprese. Todo está muy bien, pero cuando yo sostengo que los jueces crean derecho no me limito a afirmar cosas tan obvias como los jueces dictan sentencias o la jurisprudencia es elaborada por los jueces. Tampoco me limito a admitir el hecho indiscutible de que, a veces, las sentencias judiciales no son meras deducciones a partir de la ley. Es concebible, además, que a otra parte agregue: Y cuando yo digo que los jueces no crean derecho no me limito a negar que los jueces sancionan leyes que la sentencia de un juez sea una norma general obligue para sus colegas. Uno y otro pretenden que los jueces crean derecho y algo más que en lo que nuestro análisis le hemos hecho der. Y respecto de ese algo más el desacuerdo subsiste, porque lo que usted ha señalado, a saber (1) que los jueces nunca dictan leyes: (2) que el conjunto de los jueces, en ciertas circunstancias, establecen jurisprudencia; (3) que los jueces siempre dictan Sentencias; (4) que las sentencias judiciales, en ciertos casos no constituyen una pura deducción a partir de la ley; y (5) que una sentencia judicial no constituye una norma general o en la teoría para otros jueces. Pero no obstante ello estamos en acuerdo respecto de una cosa distinta, a saber, si los jueces crían derecho. A esta altura de las cosas podemos tomar uno de dos caminos: o hacemos oídos sordos a estas protestas, decretando que ellas son inteligibles, un mero sinsentido, o bien tratamos explicarnos la trama de tan pertinaz desacuerdo. Me parece referible el segundo. (CARRIÓ, Genaro E.. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 3ª Ed.. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. P. 108-109.)*

⁶⁶⁵Vide autores que tratan do tema: a criação do direito por meio de normas individuais. SICHES, Luis Recásens. *Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable*. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 489. SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 141-142. SICHES, Luis Recásens. *Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable*. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. P. 107. RICOEUR, Paul. *Diritto, Interpretazione, Applicazione*. P. 192-193. MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 231-232. BULYGIN, Eugenio. *Creación Judicial del Derecho*. P. 1. BULYGIN, Eugenio. *Los Jueces Crean Derecho*. P. 24. GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción al Derecho (Estructura del Mundo Jurídico)*. Madrid: Aguilar. P. 171. COSSIO, Carlos. *La Plenitud del Orden Jurídico: y la Interpretación Judicial de la Ley*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 57-58. COSSIO, Carlos. *El Derecho en el Derecho Judicial*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1945. P. 45. COUTURE, J. Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970. P. 75. COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963. P. 82. CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. p. 70. RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Ensayos sobre derecho y moral. 2ª ed.. México: Universidad Nacional Autónoma de México Imprenta Universitaria, 1985. P. 247. RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Ensayos sobre derecho y moral. 2ª ed.. México: Universidad Nacional Autónoma de México Imprenta Universitaria, 1985. P. 245. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique *¿Qué Significa Juzgar?* In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009). P. 154-157.

*quiere decir administrar justicia: en este sentido el Juez debe de juzgar siempre, no porque es Juez, es decir porque esa es su ontología jurídica. El legislador, ciertamente, puede indicar cómo se llena el cargo de Juez y cómo éste ha de cumplir su función: pero el Legislador no inventa ni crea la propia función judicial porque ésta es inherente e inmanente al concepto del Derecho es apriorístico para el propio Legislador desde que éste es, a su vez, órgano del Derecho.*⁶⁶⁶

Consequentemente, o Legislativo, corporificando por meio de suas Leis em um positivismo já ultrapassado, não vem mais a acompanhar a rapidez com a qual as sociedades caminham. Ao contrário, para que se consiga alcançar suas novas exigências e também pelo alargamento crescente dos próprios ramos jurídicos e da necessidade prática daí decorrente, de não deixá-los sem controle efetivo, outros atores jurídicos vão lutando por espaços de poder e legitimação. Diante desse quadro, os juízes devem buscar meios a não deixar a sociedade a mercê da anarquia ou, melhor dizendo, o Poder Judiciário deve ser criativo:

Não se deve esquecer, ainda, o fato fundamental de que a criatividade judiciária, ou a sua acentuação, foi larga medida consequência do enorme crescimento dos próprios ramos jurídicos, e da necessidade, daí decorrente, de não deixá-los sem controle efetivo. Por isso, também é previsível um gradual processo de adaptação do judiciário, no sentido de que desenvolva maior “competência institucional”, a fim de saber responder às novas exigências que se lhe está impondo, processo este que, como vimos, já está em curso de realidade. Esse processo, de outra parte, não será e nunca deverá ser levado ao ponto de suprimir as profundas diferenças institucionais existentes entre órgãos judiciários, de um lado, e os assim chamados ramos políticos do outro.⁶⁶⁷

Não se previa que, nos séculos XX e XXI, o impressionante fenômeno da expansão do Direito Legislativo – ocorrido tanto nos países de “*Common Law*” quanto nos da “*Civil Law*”-, constituísse, como veremos, uma nova abordagem, passando o Poder Judiciário a ter um papel de maior relevância; passando o Direito a ter enfoque no Direito criado pelos juízes, para que estes venham a dar cabo aos problemas e às deficiências do Direito criado pelos Corpos Legislativos, calcados no positivismo jurídico⁶⁶⁸. Portanto, em ambos os sistemas jurídicos, o ponto central de gravitação de toda a criação judicial é a decisão expressada por sentenças dos juízes⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶COSSIO, Carlos. *La Plenitud del Orden Jurídico: y la Interpretación Judicial de la Ley*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 54-55.

⁶⁶⁷CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 90.

⁶⁶⁸CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 18.

⁶⁶⁹WOLKMER, Antônio Carlos. *O papel dos juízes na criação do Direito*. In: Estudos Jurídicos. v. 19. n. 47, Set.-Dez. 1986. P. 83.

Desta forma, juízes e tribunais passam a laborar como instâncias heterônomas de criação abreviada do direito, sem que a ninguém ocorra à ideia de que, no exercício desse trabalho, estejam eles a usurpar função privativa do Poder Legislativo⁶⁷⁰.

Saliente-se que esta Legislação engendrada pela atividade interpretativa do Poder Judiciário é inevitável na era moderna por duas razões: **a)** uma vez que a sociedade moderna é dinâmica, o Legislador não pode possivelmente imaginar, e atender a, todos os desenvolvimentos que possam ocorrer no futuro. Assim, haverá lacunas na lei estatutária que têm de ser preenchidos por juízes; **b)** o Poder Legislativo pode muitas vezes ser relutantes ou incapazes de fazer uma lei moderna, que é de necessidade urgente, e, em seguida, este trabalho tem por vezes, a ser feito pelo tribunal⁶⁷¹.

De todo modo ocorre uma ressignificação-transcendência da função judicial, pois esta vem a resgatar a filosofia do/no Direito fundando uma nova abordagem interpretativa dimensionada ao antiformalismo^{672, 673} uma configuração de direito criado pelos juízes (*judge-made law*)⁶⁷⁴ que dota-se da hermenêutica jurídica de cunho filosófico⁶⁷⁵ vem a refundar o

670MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. 2º tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. P. 59-60.

⁶⁷¹*Judicial legislation is to some extent unavoidable in the modern era for two reasons: (1) Since modern society is dynamic, the legislature cannot possibly conceive of, and cater to, all the developments which may take place in the future. Hence there will be gaps in the statutory law which have to be filled in by judges; (2) The Legislature may often be unwilling or incapable of making a modern law which is of pressing need, and then this job has sometimes to be done by the court.* (KATJU, Markandey. *Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism*. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 12-06-2013.)

⁶⁷²Vide HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *La «revuelta contra el formalismo»: la influencia del pragmatismo; Sobre la función judicial y el papel de los tribunales*. In: HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *La senda del Derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

⁶⁷³*Awareness of the potential creativity within the judicial function has been heightened by two main factors: a different approach to the method of interpretation and the radical transformation of the role of law and government in modern “welfare” societies. The new interpretative approach was called the “revolt against formalism”, and it is characterised by two innovative elements, which both display elements of judicial creativity: the method of systematic interpretation and the relevance of the choice element for the judges.* (POLLICINO, Oreste. *Reasons behind the creative role of judicial interpretation*. In: POLLICINO, Oreste. *Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint*. European & International Law. German Law Journal Vol. 05 No. 03, 2004. P. 286)

⁶⁷⁴PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. P. 14.

⁶⁷⁵*Il arrive également à la Cour de Strasbourg d'utiliser le canon herméneutique de l'effet utile, mais d'une façon moins révolutionnaire — par exemple dans l'arrêt Klass c. Allemagne du 6 septembre 1978, où elle a jugé que l'effet utile (§ 34) de la Convention commandait qu'un requérant soit recevable à se prétendre victime d'une violation de la Convention bien qu'il ne puisse alléguer à l'appui de sa requête avoir subi aucune mesure concrète de surveillance. Il peut arriver que le refus de reconnaître un effet utile à un texte soit paradoxalement inspiré par la volonté de ceux qui l'ont rédigé. Par exemple, lorsque la Cour de cassation a jugé, dans une première série d'arrêts, que la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant n'avait pas effet direct, elle savait, selon plusieurs délégations gouvernementales ayant participé à la rédaction de ce texte, que les Etats parties s'étaient accordé pour considérer que celui-ci ne serait pas une source de droits subjectifs au profit des particuliers. Eu égard à cette volonté initiale d'au moins certains Etats parties, la première chambre civile, par trois arrêts rendus en 1993 a dans un premier temps privé d'effet direct, et donc d'effet utile, les dispositions de la Convention. Cette jurisprudence a récemment été abandonnée par la Cour de*

Direito (tenta superar a filosofia da lei) em suas bases evidenciando os diversos casos que ilustram junto a isso um conceito de Ativismo Judicial que pode solucionar a discussão de questões Jurisprudenciais importantes⁶⁷⁶. Pois a Jurisprudência adquire poder pretoriano frente à contemporaneidade.

Agrega que a Hermenêutica Jurídica de cunho Filosófico frente ao Ativismo Judicial deve se colocar “*a la altura de los problemas y ello ya no puede llevarse a cabo sin reconocer la creatividad del intérprete y su necesario trasegar entre diversas fuentes, discursos y protocolos, precisamente con el objeto de que el derecho pueda ofrecer una respuesta, siempre histórica y, por ende, superable y debatible, pero razonable y adecuada a la demandas crecientes de justicia provenientes de la sociedad, las cuales, entre otros lugares, se dan cita en el proceso*”⁶⁷⁷.

Sentido assim segue que o Ativismo Judicial tem em suas mãos um forte poder dos juízes que inquestionavelmente “criam novo direito” toda vez que decidem um caso concreto; porque o Direito é, de fato, a instituição social mais estruturada e reveladora da sociedade⁶⁷⁸.

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁶⁷⁹

A criação judicial do Direito provém do exercício regular do Poder-Dever, que incumbe aos juízes, de transformar o Direito Legislador em Direito Interpretado, ou seja, a *verba legis* em *sententia legis* – caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto

cassation, une conception trop historique fondée sur l'interprétation de la volonté des rédacteurs de la Convention ayant désormais cédé la place à une lecture plus détachée de ce qui s'était dit lors des négociations entre délégations gouvernementales. Si l'exemple est donc désormais caduc, il reste cependant intéressant en tant qu'illustration de la disposition des juges à ne pas systématiquement donner un effet utile aux instruments invoqués devant eux. (CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire et prudence interprétative*. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/publications_2201/prudence_interpretative_9936.html>. Acessado em: 25-03-2013.)

⁶⁷⁶Turpin and Brzonkala illustrate that the concept of judicial activism can prompt discussion of important jurisprudential issues. (MIEC, Keenan D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. California Law Review. October, 2004. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm. Acessado em: 12-06-2013.)

⁶⁷⁷MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 7.

⁶⁷⁸DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 09-15.

⁶⁷⁹COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acessado em: 03-09-2013.

da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que é dar a cada um o que for seu⁶⁸⁰.

Pensando bem, *Ativismo é, apenas, uma palavra nova com que se critica a velha Criação Judicial do Direito*^{681, 682}.

⁶⁸⁰COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acessado em: 03-09-2013.

⁶⁸¹Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria esses limites, a criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que nisto consiste o dar cada um o que é seu. (COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial: o caso brasileiro*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acessado em: 09-30-2013.)

⁶⁸²*En relación con el significado que el término «crear» asume en la expresión de referencia, estimo que pueden distinguirse analíticamente hasta ocho actitudes teóricojurídicas. Éstas, clasificadas desde la versión más fuerte a la más débil de la idea de creación, responden a las tesis siguientes: 1.ª **Crear/juzgar como demiurgia**. Si se asume el término «demiurgo» en la acepción platónica de fuerza creadora y suprema, pueden englobarse aquí las tesis reseñadas supra de autores como **D'Ors, Gray o Holmes**, para quienes no sólo los jueces crean Derecho, sino que de ellos procede todo el Derecho, es decir, que sólo los jueces son fuente del Derecho. 2.ª **Crear/juzgar como manifestación del arbitrio judicial**. En distintos momentos del desarrollo histórico del Derecho y para algunos movimientos de la cultura jurídica contemporánea, entre los que pueden incluirse la **Escuela del Derecho Libre** y las versiones más radicales del denominado «uso alternativo del Derecho», el juez se halla investido de la potestad de establecer normas jurídicas. Esa facultad puede ejercerla cuando las exigencias del caso controvertido lo hace necesario, atendiendo a su punto de vista sobre la justicia, a su idea del bien o a su sentido común. 3.ª **Crear/juzgar como capacidad para producir normas ex ius naturae o ex natura crear normas jurídicas por exigencias de justicia**, pero difiere de ella en que le impone el deber de inspirar y orientar su decisión en un parámetro normativo objetivo: el Derecho natural o su modalidad de la «naturaleza de las cosas». La célebre teoría de **G. Radbruch**, según la cual el juez debe oponer a la legalidad incua el Derecho supra legal, constituyen un ejemplo diáfano de esta postura. El propio Radbruch en su monografía *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (La naturaleza de la cosa como forma de pensamiento jurídico), estimuló una corriente doctrinal que concebía la «naturaleza de las cosas» como fuente jurídica inspiradora de las potestades creativas de la jurisprudencia. 4.ª **Crear/juzgar como capacidad de integración normativa**. En las últimas décadas del pasado siglo, se puede considerar como una postura representativa de este planteamiento a la de **R. Dworkin**. Dworkin tiende a evidenciar el carácter fragmentario e insatisfactorio de las tesis que hacen reposar la validez del sistema de fuentes en criterios formales normativos. A partir de ello, se haría depender la validez de las normas concretas de su conformidad con las normas de procedimiento que en cada ordenamiento jurídico regulan la producción jurídica (teoría que es calificada por Dworkin como *test del pedigree*). No menos rechazable le parecen las doctrinas que reconducen la validez al dato puramente fáctico de la eficacia de las normas, es decir, al hecho de su aplicación y cumplimiento mediante una determinada práctica social. El rechazo de cada una de estas posturas le conduce también al rechazo del sincretismo de ambas, tal como se desprendería de las tesis de Hart. En la teoría del Derecho como integridad, que sostiene Dworkin, ocupan un lugar privilegiado los principios. Según la notoria tesis de Dworkin, todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios (principles), medidas o programas políticos (policies) y reglas o disposiciones específicas (rules). Dworkin denomina medidas políticas a las normas genéricas (standards) que establecen fines que deben alcanzarse y que implican un avance en el terreno económico, político o social para la comunidad; mientras que reserva la denominación de principios a los standards o prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia, de imparcialidad, o de cualquier otra dimensión de la moralidad. Son los principios, en cuanto entrañan los fundamentos morales del orden jurídico y la expresión de los derechos básicos de los ciudadanos, los que aseguran la coherencia y plenitud del sistema de normas que hace posible el imperio del Derecho y que, por tanto, deben ser la pauta orientadora de la labor judicial. 5.ª **Crear/juzgar como capacidad para completar el proceso normativo**. Se ha producido durante las últimas décadas, una metamorfosis en el concepto de norma rei. Esta tesis coincide con la anterior en postular la legitimidad del juez para que tiene consecuencias inmediatas en la forma de concebir la función judicial. Hoy se tiende a sustituir la noción de norma jurídica como «norma dato», es decir, las formulaciones promulgadas por el legislador, por la de «norma resultado», que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa por los operadores jurídicos, en especial, por los tribunales. De ello, se desprende que*

Por fim, o Ativismo Judicial encontra fundamentos em duas “correntes doutrinárias”⁶⁸³ muito distintas entre si: a primeira, a teoria *procedimentalista* (invasão do Direito no campo Político); a segunda, a teoria *substancialista* (invasão do Político no campo Direito). Inobstante as diferenças, ambas são reconhecidas, em especial, no âmbito da Jurisdição que passou a ter grande função estratégica diante das Constituições Democráticas estabelecidas pelo Pós-guerra.

Desta forma, nos tópicos que seguem serão abordadas as mais importantes diferenças entre as duas correntes e deste modo ver-se-á a íntima relação entre Política e Direito e Direito e Política.

*para las corrientes jurídico-metodológicas actuales la norma no es el presupuesto, sino el resultado de un proceso de elaboración e interpretación en el que a la judicatura le corresponde un protagonismo incuestionable. 6.ª) **Crear/juzgar como capacidad excepcional para producir normas.** Esta tesis corresponde a quienes circunscriben la facultad creadora de la judicatura a las situaciones excepcionales en las que el juez puede formular normas generales, como en los supuestos de lagunas. 7.ª) **Crear/juzgar como facultad para elegir el significado normativo.** Esta tesis podría hallarse representada por la difundida concepción normativa de Herbert Hart, según la cual la actividad judicial se lleva a cabo a través de un proceso necesario de atribución de un sentido a las normas. Ya que, según Hart, toda norma posee una estructura abierta (open texture), susceptible de asumir diversos significados posibles. Entre ellos, el juez elige el que estima más adecuado a las circunstancias y esa elección implica un reconocimiento de su libertad de opción. 8.ª) **Crear/juzgar como posibilidad de producir normas individuales.** Según se desprende de la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen, el ordenamiento jurídico se halla conformado por normas generales y abstractas, creadas por el poder legislativo y los órganos administrativos competentes para ello, y normas individuales y concretas representadas por las sentencias judiciales. Los jueces al proyectar los supuestos genéricos y abstractos previstos en las normas generales a los casos concretos, llevarían a cabo un proceso de individualización que supondría la facultad creadora de normas individuales. Conviene reparar en que de las tesis reseñadas, sólo la 1.ª reivindica el monopolio judicial de la creación del Derecho. En las restantes, no se pone en cuestión la compatibilidad de las funciones creadoras del juez con la existencia de otras fuentes de producción de normas jurídicas. Las tesis 2.ª, 3.ª y 4.ª suponen la versión «fuerte» de la expresión: «los jueces crean Derecho»; mientras que las tesis 5.ª y 6.ª representan la versión «débil» de la misma. La tesis 5.ª sostiene que el proceso de creación de normas jurídicas exige la necesaria concurrencia de una pluralidad de actores, siendo la judicatura uno de ellos. La tesis 6.ª limita la creación judicial a supuestos excepcionales que confirman la regla general de que la producción de normas es competencia del legislador; y que a la judicatura le incumbe su aplicación. Las tesis 7.ª y 8.ª, pese a lo que pudiera sugerir su enunciado, constituyen respuestas negativas a la posibilidad de atribuir a los jueces la función creadora del Derecho. La concepción de Hart no implica el reconocimiento de un poder creador en manos del juez, sino una concepción flexible y abierta del proceso hermenéutico a través del cual el juez aplica las normas. Asimismo, la postura de Kelsen no debe llevar a engaño, porque, en su significado estricto y consecuencias, no entraña algo opuesto a la teoría de la subsunción defendida por el positivismo jurídico legalista. Conviene advertir, al respecto, que para Kelsen, el ordenamiento jurídico es una estructura piramidal estrictamente jerarquizada, en la que toda norma apoya su validez en la superior. En función de esa estructura escalonada (Stufenbau) del orden jurídico postulada por H. Kelsen, la pretendida «creatividad» del juez para formular normas individuales, se circunscribe a individualizar las consecuencias previstas en las normas generales, es decir, a aplicar lo previsto en las normas generales a los casos controvertidos. Debe señalarse también que las acepciones del término «crear» se hallan inmediatamente vinculadas a las distintas concepciones del Derecho y a los modelos de la judicatura de modo que los tres aspectos en los que se desglosa la expresión: «los jueces crean Derecho», aunque permiten y aconsejan una distinción conceptual a efectos de clarificar su significado, se hallan involucrados necesariamente en el desenvolvimiento de la experiencia jurídica. (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique *¿Qué Significa Juzgar?* In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009). P. 154-157).*

⁶⁸³Vale destacar que buscaram as doutrinas dos autores mais importantes para os eixos Procesimentalista e Substancialista que fora motivada da análise dos eixos, do grande choque ideológico entre Dworkin e Habermas na Revista de Direito Público da Alemanha, por isso utilizaram-se as obras dos mesmos.

Os eixos a serem estudados têm em comum o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitados às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual cidadã⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan 1997. P. 24.

4.2 - DO PROCEDIMENTALISMO AO SUBSTANCIALISMO

4.2.1 - PROCEDIMENTALISMO^{685, 686}

... el papel del juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la Ley, en nombre de las cuales habla y de las cuales, y no de ninguna otra fuente mágica, extrae únicamente la fuerza de sus Sentencias⁶⁸⁷.

Neste eixo o Direito tem grande influência diante da política, neste tocante o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos e a ela impostos pelos princípios constitucionais: *vínculos negativo*, como os gerados pelo direito às liberdades que não pode ser violado; *vínculos positivos*, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos⁶⁸⁸.

E ainda, o Poder Político tem a obrigação de sua autoridade normativa fundir-se com o Direito. Entretanto, essa reconstrução revela também que o Direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como uma fonte da justiça. E precisa continuar

⁶⁸⁵Em 1980 **John Hart Ely** publicou o livro *Democracy and Distrust* através do qual criticava o ativismo judiciário da chamada Corte de Warren. Muito embora um liberal convicto, Ely sustentava que os juízes tinham ido longe demais na decisão acerca do direito ao aborto e que somente nos casos de proteção das minorias é que o ativismo judicial poderia ser justificado, especificamente no direito de participação no processo político-eleitoral. Esta versão (procedimental) de democracia ganhou vários adeptos, seja entre os liberais ou entre os conservadores, todos ansiosos por limitar a atividade política de juízes não eleitos pela comunidade, ou seja, imunes às consequências de seus próprios erros. No plano político, **Habermas** sustenta a ideia de que é a própria comunidade que deve decidir acerca das questões sensíveis em termos da moral e da política, ou seja, que devemos primeiro focar no incremento dos instrumentos de participação para depois nos preocuparmos com o resultado efetivo do processo democrático, visão esta em tudo oposta a de Ronald Dworkin, que parte de uma concepção substancial de democracia. (APPIO, Eduardo. *Ativismo judicial só é admissível para as minorias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel>>. Acessado em: 21-03-2013.)

⁶⁸⁶É a *procedimentalidade* (legislativa, judicial e administrativo-executiva) que *promove a integração jurídico-social da comunidade política e extirpa os aspectos da sacralidade* prescritiva dos arcaicos “Poderes de Estado” que, no capitalismo, se desdobram em sub-sistemas não juridificados de pertença de um mundo da vida (cultura mitificada) a ser preservado pela tradição e autoridade como forma reprodutiva e de ocultamento da estratégia de dominação das classes determinantes por uma ordem de valores e de conceitos a serem descobertos e ratificados por decidores talentosamente jurisprudentes ante quaisquer leis que possam abalar as bases estruturais da realidade social e econômica prevalecente. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002. P. 145.)

⁶⁸⁷*La democracia es, pues, nuestro destino. Solo en ella se reconoce hoy la legitimidad del poder político.* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Democracia y el Lugar de la Ley*. P. 92 e 79. Disponível em: <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/garcia_de_enterria_eduardo.pdf>. Acessado em: 03-06-2013.)

⁶⁸⁸STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 158.

presente enquanto tal; ao passo que o poder político tem à mão, como fonte de força, meios coercitivos da caserna⁶⁸⁹.

O eixo *procedimentalista* defende a invasão do direito no campo político, pois o Direito válido somente pode ser produzido/criado pelo Poder Legislativo. O Direito só é legítimo se passar por um Processo Político pelo crivo deste Poder que segue os fundamentos rígidos de um Estado Liberal de Direito racionalizador⁶⁹⁰ sobreposto ao Estado Social de Direito⁶⁹¹ que se volta à produção jurídica que apresenta como centro gravitacional o “governo das leis” construída na ideia de democracia representativa.

A democracia representativa na atualidade não cumpre com as suas promessas para com a sociedade, que engrena-se ao sistema do Estado por meio da política, que assim produz Direito⁶⁹².

⁶⁸⁹HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 184.

⁶⁹⁰*Es trivial decir que el derecho procedimentalmente orientado ha existido durante siglos o que el procedimiento es el corazón del derecho como tal. Sin embargo, no es trivial el intento por especificar qué clases de procedimiento desarrollará el derecho si desea ser capaz de tratar con un alto nivel de autonomía social o, en nuestros términos, con la clausura autorreferencial. Es igualmente trivial decir que el derecho siempre ha sido dependiente de las estructuras sociales con las que tiene que tratar. Pero no es trivial identificar los modelos internos de la realidad social y las formas de 'regulación' que el derecho desarrollará para tratar con los sistemas sociales que son, en principio, inaccesibles a la regulación. Es por todo ello que debo insistir en la tesis de que lo que tenemos no son diferentes 'racionalidades del derecho' en juego, sino el interrogante sobre qué tipo de racionalidad desarrollará el derecho bajo condiciones de alta diferenciación funcional.* (BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000. P. 50.)

⁶⁹¹A teoria parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do Welfare State foi realizada e, com isso, pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos. (STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 156.)

⁶⁹²*Derrocar una dictadura e instaurar luego una democracia no es suficiente. La democracia es un sistema frágil que una crisis grave puede derribar y que necesita un largo arraigo histórico para consolidarse. En las crisis de las democracias se cuecen las dictaduras, pero, afortunadamente, en las crisis de las dictaduras se cuecen las democracias, como se ha visto en numerosos países de América Latina. No evocaré aquí las dificultades para que la democracia se arraigue definitivamente en el mundo. Me limitaré a observar que la vía democratizadora es necesariamente larga y aleatoria. La democracia necesita un parlamento representativo salido de unas elecciones, la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, pero necesita también una pluralidad de concepciones y opiniones antagonistas en la arena política, libertad de prensa, de medios y de opinión, respeto a los derechos individuales, protección de las minorías ideológicas o de origen. La democracia parlamentaria, por muy necesaria que sea, es insuficiente. Incluso está en vías de desvitalizarse allí donde el pensamiento político pierde vigor; hay un gran desinterés ciudadano y una considerable incapacidad para afrontar los grandes desafíos de la era planetaria. Habría que concebir y proponer las diferentes modalidades de democracia participativa, sobre todo a escala local. Sería útil despertar a los ciudadanos y fomentar su interés, necesario para la regeneración del pensamiento político, que, a su vez, regeneraría las vocaciones militantes para hacerse cargo de los grandes problemas. También sería útil multiplicar el número de universidades populares, que ofrecerían a los ciudadanos una iniciación al pensamiento complejo con el que podrían abarcar los problemas fundamentales y globales impartiendo, por una parte, un conocimiento no mutilado y, por otra, una iniciación a las ciencias históricas, políticas, sociológicas, económicas y ecológicas. (...) La democracia participativa permitiría discutir, a nivel local, problemas de interés nacional e incluso planetario. (...) La instauración y la revitalización de la democracia participativa corresponden al imperativo de la política de la humanidad ya indicado: globalizar y desglobalizar, es decir, localizar y relocalizar,*

A ideia de Estado de Direito, encontra-se incompleta sem a real participação dos cidadãos, o qual somente o paradigma Procedimental do Direito lhe pode assegurar as condições necessárias para que as comunidades jurídicas, mediante práticas de autodeterminação que concretizem a Constituição de forma a associar direito legítimo e democracia não apenas no nível político deliberativo de produção de normas, mas também na interpretação dialógica do Direito.

Inclui-se, que com modelo de Estado de Direito Social os cidadãos tornam-se clientes das instituições democráticas, ou melhor, são reduzidos a meros clientes, que para os procedimentalistas, a igualdade, pode trazer perda da dimensão da liberdade, pois para que a igualdade prospere é necessário uma cidadania ativa, que incida por um processo democrático Participativo/Deliberativo que encontra em sua defesa, a esfera pública, cuja sua racionalidade deve permear as instâncias decisórias políticas, para que estas sejam corretas, diante de uma sociedade coletiva: Estes processos democráticos organizados nessas esferas públicas estruturam procedimentos de formação da opinião da vontade, tendo em vista a solução cooperativa de questões práticas – inclusive a negociação de compromissos equitativos. As esferas públicas das corporações parlamentares estruturam-se quase sempre como um conjunto de justificação⁶⁹³.

Com os sistemas nascidos no final do século XX, diante das democracias de massas dos Estados de Direito Sociais, que demonstram influência valorativa sobre o procedimentalismo do direito, o qual os direitos sociais deste modelo de Estado (*Welfare-state*), que visa compensar as desigualdades materiais, também materializa o direito vigente, criando novos direitos de frente às condições sociais, o qual são implementadas as ações governamentais, e voltadas para com a efetivação dos direitos sociais.⁶⁹⁴

entendiendo que los problemas planetarios deben formar parte de la reflexión y de! debate a nivel local. (MORIN, Edgar. *La Vía*. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 63-64.)

⁶⁹³HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 31-32.

⁶⁹⁴Fazer com que a efetividade dos direitos sociais seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Toqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade. A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação majoritária. (...) Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levariam à perda da liberdade, “ao gozo passivo de direitos”, “à privatização da cidadania”, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, a “à clericalização da burocracia”, “a uma justiça de salvação”, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado Providencial. (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan 1997. P. 23.)

Em tal modelo de Estado, afirmam-se os direitos políticos de participação dão aos cidadãos a possibilidade de através das eleições e da composição do parlamento e do governo, de fazer valer seus interesses privados que devem ser agregados e cotejados com interesses dos outros cidadãos que devem defender seus interesses através do sufrágio universal, diante dos nos processo eleitorais, sendo estas liberdades positivas que passam a permitir que os cidadãos, através desta prática política democrática, se convertam em atores políticos responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais, tudo isso para que possa entender-se acerca de fins e normas que correspondam aos interesses de todos os integrantes de uma comunidade.

Os Direitos Políticos encontram o sufrágio como amparo, sendo neste momento que os cidadãos explicitam, por meio de eleições livres, diretas, iguais e secretas, os seus anseios diante da produção normativa, dando-lhes, além disso, validade, através deste seu assentimento, valendo como direito tudo aquilo produzido pelo Poder legitimado para este fim, ou seja, o Poder Legislativo⁶⁹⁵.

Complemente-se que os Direitos Políticos devem ser fundados em um *status* em que deixem os cidadãos em um patamar pelo qual todos devem ser considerados iguais e livres, pois este *status* é auto-referencial na medida em que possibilita aos civis modificar sua posição material com relação ao direito, com o objetivo da interpretação e da configuração da autonomia pública e privada⁶⁹⁶.

Assim, o Direito é mantido, no fundo pela política, já a política é responsável pelos problemas que atingem a sociedade em um todo, incluindo problemas de integração, porque deve decidir todas as questões, tanto individuais, quanto coletivas, por intermediação do Direito⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵As regras de uma democracia apoiada na concorrência, que obtém sua legitimidade a partir do voto da maioria, através de eleições livre, iguais e secretas, tornam-se plausíveis a partir de uma peculiar compreensão do mundo em si mesmo. [...] São os próprios indivíduos que produzem a validade normativa, através de um ato livre de assentimento. Tal compreensão voluntarista da validade desperta uma compreensão positivista do direito: vale como direito tudo aquilo e somente aquilo que um legislador político, eleito conforme as regras, estabelece como direito. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 13-14.)

⁶⁹⁶HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 160.

⁶⁹⁷De outro lado, e devido ao nexu interno que mantém com o direito, a política é responsável por problemas que atingem a sociedade como um todo. (...) Além disso, as decisões que envolvem a coletividade têm que ser vistas como a concretização de direitos, pois, através do médium do direito, as estruturas de reconhecimento, embutidas no agir regulado pelo entendimento, passam do nível de interações simples para o das relações abstratas e anônimas entre estranhos. Ao perseguir fins coletivos especiais, e ao regular determinados conflitos, a política ganha simultaneamente problemas gerais de integração. E por estar constituída conforme o direito, a política, especificada funcionalmente em seu conjunto, ou seja, ela continua num nível reflexivo uma integração social que outros sistemas de ação não conseguem mais desempenhar suficientemente. (HABERMAS, Jürgen.

No que refere-se a racionalização pela Procedimentalização do Direito orientando o olhar do Legislador para as condições de mobilização do direito⁶⁹⁸, que pelo procedimento “*cambia, pero las reglas del fondo del derecho, creadas por el mismo procedimiento o calculadas por él duran todavía algún tiempo en virtud de la fuerza de la tradición; así vemos las cumbre de las altas montañas doradas por la luz, tiempo después que el astro del día se oculta bajo el horizonte. Quien ignora ese estado particular de las cosas fácilmente incurrirá en error por tales fenómenos, y en vano tratará de buscar el origen de luz*”⁶⁹⁹.

Assim o Poder Legislativo passa a representar a democracia, vinculada estritamente à soberania do povo, devendo desta forma institucionalizar o direito legítimo de acordo com os anseios populares. Ainda o ora paradigma aplica-se adequadamente na forma normativa, ou seja, na forma Legiferante muito criticada esta em dias atuais, pois somente fornece soluções aos casos concretos da comunidade de participantes, por curto período de lapso temporal, pois as sociedades democráticas por si só são dinâmicas demais, diante do direito legal, que se enrijece, sendo que, para se configure esta teoria ela teria melhores condições adequando-se de melhor maneira com o Estado Democrático de Direito⁷⁰⁰.

Em síntese, o Direito passa a invadir o campo político através de preceitos de igualdade, liberdade e justiça, porquanto a relação política e de Direito, há de se ressaltar que a política se transforma em instrumento de atuação do Direito, se subordinando a esse, e formando, dessa forma, uma sociedade de parceiros do Direito: livres e iguais⁷⁰¹ capazes de traçar um procedimento de fundo consensual, baseado em condições ideais de discurso, em que a ação comunicativa dos cidadãos³⁴, assim estabelecida, garanta a respeitabilidade dos

Direito e Democracia: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 119-120.)

⁶⁹⁸HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 181.

⁶⁹⁹IHERING, R. Von. **El Espiritu del Derecho Romano**. En Diversas Fases de su Desarrollo. Tomo Cuarto. Madrid: Librería Editorial, 1904. P. 19.

⁷⁰⁰Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçadas, impõe-se medidas que podem “capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 181.)

⁷⁰¹*A menudo se trata, en realidad, de un fenómeno de resistencia colaboracionista: nuestra sociedad civil resiste colaborando con el sistema que perpetúa sus males, y con ello logra atenuar algunos de ellos. También es, en ocasiones, un fenómeno de resistencia regeneradora: lleva consigo la promesa de una reforma o, incluso, de una metamorfosis de civilización. Pero esa resistencia todavía está demasiado dispersa y no ha madurado lo suficiente. Aún es difícil discernir el umbral, sin duda fluctuante, entre lo que haría predominar la resistencia sobre la colaboración o la colaboración sobre la resistencia. Una política de civilización tendría como misión fomentar y conectar todas esas resistencias para dar una imagen de lo que podría ser una reforma de nuestras vidas.* (MORIN, Edgar. **La Vía**. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. 59-60.)

direitos fundamentais já pela ação legislativa, sem necessariamente a intervenção do Judiciário⁷⁰².

Através de um Processo Político, emerge a ora legitimação do Direito, tornando assim uma ordem jurídica legítima, assegurando desta forma, a autonomia privada dos cidadãos, formadores da sociedade democrática, pois, como salienta Habermas, essa é a chave central do procedimentalismo como

... *a produção de direito legítimo* e através das quais se reproduz, voltam-se para as estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que cobre, através do direito legítimo, a sociedade geral. *Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade e formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso.*⁷⁰³

Essas práticas⁷⁰⁴ perenizam-se por intermédio de um Poder Constituinte duradouro e contínuo que estabiliza-se pelo processo democrático de Legislação legítima, tem reflexos profundos na perspectiva que justifica o Direito ser uma forma de dominação legítima relacionado especialmente com a Sociedade por meio de um *contrato social* formador-conformador do ordenamento jurídico, o qual a política apoia-se por meios coercitivos e pela pretensão de uma validade deontológica. Observa-se a inversão de lados, no qual o Direito independentemente de sua positividade revela-se naturalmente pela deontologia do poder, independentemente de sua autorização, a qual se encontra a disposição da vontade política como um meio de obtenção de objetivos coletivos⁷⁰⁵.

⁷⁰²GÓES, Ricardo Tinoco de. *Jurisdição Democrática*: uma visão Procedimentalista para a Tutela Substantial dos Direitos. Revista Direito e Liberdade - ESMARN - v. 13, n. 2, p. 291 – 312 – jul/dez 2011. P. 307.

⁷⁰³HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 146-147.

⁷⁰⁴No paradigma procedimentalista, portanto, *a relação estratégica se manifesta na formação da opinião e da vontade*, supondo, então, *uma rede de articulação entre a democracia deliberativa e a representativa*. Por democracia deliberativa não se deve entender, segundo Habermas, um campo alternativo de constituição de poder, ou um círculo alternativo, como Garapon, *de criação de um direito pluralista, mas um lugar de influência, de onde, a partir das associações voluntárias e das redes de organização espontânea delas originárias, se produzem e se disseminam convicções práticas. Tais convicções práticas, expressão da soberania do povo “diluída comunicativamente”, a fim de “assumir uma forma autorizada”, teriam de passar pelo filtro dos processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, e, somente a partir de então, gerariam poder político. O poder comunicativo exerceria um assédio permanente sobre o sistema político, sem ter, entretanto, a pretensão de vir conquistá-lo.* (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan 1997. P. 27)

⁷⁰⁵Na validade jurídica e na obrigatoriedade coletiva das decisões políticas, há dois momentos que se ligam, ou seja, a coerção e a pretensão à validade deontológica, havendo, porém, uma inversão dos lados. Enquanto o direito, independentemente de sua positividade, revela naturalmente uma pretensão natural à validade deontológica, o poder, independentemente de sua autorização, está à disposição de uma vontade política como

Diante deste paradigma, que se encontra a corrente procedimentalista, este se manifesta pela vontade do povo, calcado em um Estado Liberal de Direito, o qual nenhuma das Esferas Públicas pode intervir diante da outra, ou seja, cada poder do Estado deve agir em conformidade com suas atribuições. Importante se falar aqui, que o Poder Judiciário, para com essa teoria, é considerado como mero fiscalizador da lei, tendo de aplicá-la⁷⁰⁶, e não poderá criá-la de forma alguma, pois se isto o fizer, estará em desconformidade com o procedimentalismo⁷⁰⁷.

O que acima mencionou-se apresenta-se como outro fator relevante é que o quadro procedimentalista, não esgota o Direito pura e simplesmente em normas de conduta, que não garantem apenas a autonomia pública e privada dos cidadãos, pois servem também como normas de organização e orientação do poder Estatal⁷⁰⁸, isso faz com que instrumentalize-se o sistema jurídico⁷⁰⁹.

Compreende-se que o juiz-tribunal que aderir o procedimentalismo deve seguir algumas premissas, sendo elas: “*i*) una de sus principales obligaciones es la de respetar debidamente la voluntad democrática del pueblo; *ii*) la “sede” o “locus” de la voluntad del

meio para a obtenção de objetivos coletivos. É por isso que, se o considerarmos apenas empiricamente, o poder funciona quase sempre como uma simples forma de qual o poder político se serve. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 174.)

⁷⁰⁶Esta consequência se expressa juridicamente através da exigência da igualdade de tratamento, a qual inclui a igualdade de aplicação do direito, isto é, a igualdade também ao princípio amplo da igualdade do conteúdo do direito, segundo a qual aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual e aquilo que não é igual deve ser tratado de modo não-igual. No entanto, é necessário fundamentar aquilo que pode ser tido como aspecto relevante. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 153.)

⁷⁰⁷*Son estos procedimientos racionalmente estructurados los que permiten a los individuos distinguir qué normas de las surgidas en el mundo de la vida son correctas. La función de estos procedimientos es la de actualizar el concepto de voluntad racional, esto es, el de actualizar lo que todos bajo determinadas condiciones podrían querer, y que por su propia condición de voluntad racional asume el carácter de universal y no particular o sustancial como asume el sustancialismo. Para el procedimentalismo los contenidos concretos exceden el campo de la ética, los contenidos concretos corresponden a los mundos de la vida.* (ZAMORA, Jaqueline Jongitud. **Teorias éticas contemporâneas**. Disponível em: <<http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/procedimentalismo>>. Acessado em: 05-08-2013.)

⁷⁰⁸**Dos hechos caracterizan la preponderancia del procedimiento en el periodo de la infancia del derecho, primeramente la precocidad relativa y la energía de su perfeccionamiento, que se manifiestan bajo la relación formal en riqueza y variedad de formas del procedimiento; y luego, desde el punto de vista material, en el rigor de la aplicación de sus principios. Desde ambos aspectos se puede decir que el procedimiento antiguo tiene más ruda, los nervios eran menos sensibles para cierta asperezas del procedimiento (hablará de los inconvenientes inevitables que arriba he indicado). De todos modos, las imposiciones son cada vez menos rudaz, y como toda máquina, la del procedimiento también perfecciona. El fondo del derecho, en segundo término, viene a patentizar la preponderancia del procedimiento, da un giro propio a todas las disposiciones que al mismo se refieren. Nula hoy, era entonces esa influencia muy poderosa; los rayos que iluminaban entonces el procedimiento reflejaban su luz en las sombra a las demás instituciones.** (IHERING, R. Von. **El Espíritu del Derecho Romano**. En Diversas Fases de su Desarrollo. Tomo Cuarto. Madrid: Librería Editorial, 1904. P. 18-19.)

⁷⁰⁹HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P.183.

*pueblo reside fuera de la Constitución, en el “aquí y ahora”; y iii) dado que el pueblo, “aquí y ahora” no toma medidas activas para la aplicación de los derechos sociales, los jueces deben respetar esa decisión soberana, en vez de imponer sus propias opiniones contra lo decidido por el pueblo*⁷¹⁰.

O paradigma impõe que o juiz deve ser racional, não superando a velha premissa de que somente deve ser o aplicador mecânico das leis (devendo ser o detentor máximo racionalidade subsuntiva) em que aprisiona a realidade fática na Lei⁷¹¹.

Notadamente o paradigma procedimentalista funda-se na tripartição clássica dos poderes (separação rígida do poderes) estabelecida com juntamente com o Estado Moderno, a criação das Constituições, e o rigorismo pela observância do princípio da legalidade que põe como centro de criação de normas o Poder Legislativo que articula-se ideologicamente na democracia deliberativa/representativa.

A separação dos poderes visa se submeter à administração das instâncias de representação popular, legitimado este pelo Poder Legislativo, atribuindo-se ao Poder Judiciário por meio da jurisdição constitucional o dever de defender e dar condições para que possibilite um processo legislativo democrático em que a formação da vontade produzida de forma livre e inclusiva, assegurando a formação à criação de uma ordem jurídica legítima⁷¹².

⁷¹⁰GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales*. Disponível em: < <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/derechoshumanos02.pdf>>. Acessado em: 06-09-2012.)

⁷¹¹*Esta corriente emparentada con el neutralismo -ya superado- del procedimentalismo francés, es denominada así por asemejarse a lo que se interpreta, en general, por minimalismo; línea de pensamiento – especialmente fuerte en Pintura, Arquitectura y Decoración- que pregona la necesidad de construir realidades reducidas a lo esencial y desprovistas de elementos sobrantes. Su divisa de fe –cuyo autor fuera Mies Van Der Rohees “Menos es más”. Ella también podría caracterizar adecuadamente al minimalismo procesal que proclama la conveniencia de reducir al mínimo el quehacer judicial; limitándolo prácticamente a la función de declarar el Derecho en oportunidad de emitir la sentencia de mérito y a procurar que durante la tramitación del proceso las partes y sus letrados observen formalmente las conductas programadas por el legislador, sin modificar ni incorporar nada de su cosecha. Cappelletti, denostó, sin tapujos, dicha toma de posición, expresando que “Son demasiado conocidos, por otra parte, también los arbitrios, los abusos y las flagrantes injusticias que por siglos se han ido cometiendo en nombre de una absoluta neutralidad y apartamiento del juez, y de una igualdad puramente formal. La teoría de la prueba legal fue un antiguo ejemplo de ello. La teoría deportiva del derecho procesal, es un ejemplo moderno de lo mismo... Es conocida la incisiva denuncia de Roscoe Pound respecto del procedimiento civil americano al que le imputa haber degenerado en una teoría deportiva de la justicia, en la que el juez desempeña el papel de un mero árbitro, que asegura que se observen las reglas del juego”. La vuelta al pasado que involucra el minimalismo procesal en lo tocante a la función judicial, implica un retorno del juez –fantoche que ya era objeto de escarnio a comienzos del siglo XX. Dicha manifestación de un liberalismo procesal exacerbado, determina que los jueces deban ser “fugitivos de la realidad” por obligarlos a cerrar los ojos ante la comprobación de que, fatalmente, su pasividad redundará en un pronunciamiento que no distribuirá el pan de la Justicia. (PEYRANO, Jorge W. *Acerca de los “Isomos” en Materia Procesal Civil*. Disponível em: < <http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/ISMO.pdf> >. Acessado em: 04-06-2013.)*

⁷¹²... as “virtudes passivas” do processo jurisdicional - exibem, certamente, natureza formal ou procedimental-estrutural. Determinam, assim, não os conteúdos ou substância, em relação aos quais não se pode certamente falar de “passividade” do juiz, mas o modo como de se desenvolver a função jurisdicional – ou se se preferir, os contornos essenciais, a estrutura do modo. Mas essa natureza formal-procedimental do modo nenhum diminui-

Ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que *a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas*, segundo o “direito e a lei”, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto. Isso vale também, como vimos, para as interpretações construtivas de um tribunal constitucional, cujo papel é alvo de restrições por parte de uma compreensão procedimentalista do direito. *O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático*. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito.⁷¹³

A política na perspectiva levantada pelos procedimentalistas constitui-se como um processo de argumentação racional, e não somente de poder, direcionado para um acordo, acerca de uma forma boa e justa, ou ao menos aceitável de ordenar os aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas, a qual o Poder Judiciário só pode ser mobilizado por razões que lhes são trazidas segundo a relação do “Direito com a Lei” restringido assim sua atividade pela Legalidade imposta ao funcionamento do ordenamento jurídico.

Para que esse Processo Democrático se concretize é necessário que se engendre algumas variantes, para que se de legitimidade ao Legislador para com a criação do direito, o qual deve oferecer: *a)* a inclusão de todas as pessoas envolvidas; *b)* chances reais de participação no processo político, repartidas equitativamente; *c)* igual direito a voto nas decisões; *d)* o mesmo direito para a escolha dos temas e para o controle da agenda; *e)* uma situação na qual todos os participantes, tendo à mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar uma compreensão articulada acerca das matérias a serem reguladas e dos interesses controversos⁷¹⁴.

Portanto, isso se transforma em um filtro do processo institucionalizado da formação democrática da opinião da vontade, adentrando-se em uma legislação legítima que possa criar direito.

Nesta senda, o detentor das decisões políticas é o Poder Legislativo, que representa a soberania popular, desta forma, está se regredindo ao modelo de Estado Liberal de Direito, que era um “governo das leis” positivadas⁷¹⁵.

lhe a importância. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 79.)

⁷¹³HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 183.

⁷¹⁴HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pág. 42 e segs..

⁷¹⁵Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. (BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional*: A Tênu Fronteira Entre o

Saliente-se que tais decisões devem envolver a coletividade, tendo em vista a concretização de direitos que expressam. Por meio da política, busca-se atingir aos fins sociais e coletivos e, assim, a política então tem agregado problemas gerais que se referem à interferência da crescente incursão do Direito em seu meio. Ocorre que, há um sistema de direitos, que só pode ser estabelecido e imposto (concretizado) por meio de organismos que tomam decisões, as quais passam a ser obrigatórias diante da coletividade, formando, assim, um nexu interno com o Poder Político⁷¹⁶.

*En el marco de un **derecho procedimentalista** tiene su auge el gobierno burocrático embargado en la figura del Estado moderno, cuya legitimidad despersonalizada se reduce inexorablemente a una pura legalidad: las **democracias modernas prescindien del carisma de la legitimidad, su legitimidad está en el apoyo de la fuerza expresada por un consentimiento de los individuos que forman la comunidad política**. La sociedad democrática no consiste en familia, y su gobierno, en consecuencia no se funda en la legitimidad. Efectivamente si bien pretende hallar una legitimidad, se trata de la convencional procedente de las que carecen de fuerza legitimante. Lealtad y legitimidad sólo se pueden referir a persona. Asimismo, la **política estatal cuenta con la religión secularizada de los valores democráticos, proclamada multidinariamente por los diversos actores sociales**. Así, el modo de justificar convicciones morales pasa por su capacidad para conformarse a los valores democráticos y servir a sus normas. Se ve con claridad que esta reducción de lo bueno a lo democrático **va unida a la reducción de autoridad a potestad y de potestad a poder democrático: vox populi, vox Dei**.⁷¹⁷*

Por fim, a política deliberativa não pode ficar na dependência de uma comunidade de cidadãos que compartilhem valores éticos comuns e que não sejam capazes de ação política, pois devem os cidadãos se mobilizar para com a criação de direito, através do Legislador democrático, fazendo surgir desta feita, uma legislação que faça com que a população se lembre de que não é apenas cliente da administração e da jurisprudência, uma vez que representa um papel de autora e de público de cidadãos⁷¹⁸.

Direito e a Política. Disponível em: <www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acessado em: 03-09-2013. P. 14.)

⁷¹⁶Na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direitos. **Os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade**. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse nexu interno do direito com o poder político reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 170.)

⁷¹⁷VANNEY, María Alejandra. **Libertd y Estado**. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arzandí S.A., 2009. P. 121.

⁷¹⁸HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 131.

Desta forma, o Direito constitui-se pelo Poder Político, o qual a ideia idealizada de Direito frente ao Estado exige como contrapartida uma organização do Poder Público, que obriga o Poder Político, conforme o Direito estabelecido pelo Poder Legislativo instituído⁷¹⁹.

Isso vem a impregnar uma visão amplamente positivistas (independendo do adjetivo que venha a receber) que é introjetada pelo procedimentalismo: diz-se que devido a suas características formais, surge diante da contemporaneidade como sendo o resultado de um processo de aprendizagem social, pode ser tomado como *meio adequado para a estabilização de expectativas de comportamento*, e parece não haver, nas sociedades complexas, um equivalente para ele⁷²⁰.

A política serve de ação e de regulação pelo Estado de Direito, sendo que, desta forma, se liga à esfera pública, ficando esta submetida às limitações externas de um ambiente social, o qual se concretiza pela dependência das relações internas, tornando-se desta forma, a possível produção de um Direito legítimo que se encontra a disposição da política⁷²¹.

A democracia representativa incide através de uma cidadania participativa⁷²², ou seja, do povo, que é soberano do Estado, que este detém o exercício da autonomia do processo político, por via da representatividade democrática, por uma Casa deliberativa de normas, que vem a criar legitimamente o Direito⁷²³.

⁷¹⁹HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 211.

⁷²⁰HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 322.

⁷²¹De outro lado, a política, enquanto sistema de ação regulado pelo Estado de Direito, se liga à esfera pública, ficando na dependência das fontes do poder comunicativo que se apóia no mundo da vida. Aqui o sistema político não está submetido às limitações externas de um ambiente social, pois, ele experimenta sua dependência em relação a condições possibilitadoras internas. Pois, as condições que tornam possível a produção de direito legítimo se encontram à disposição da política. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 120.)

⁷²²*Deberse fundarse una política de la humanidad y la de civilización también tienen la misión de luchar contra los prejuicios racistas, religiosos, xenófobos, que son un obstáculo para las tendencias naturales, creadoras de simbiosis y de mestizajes, sin dejar por ello de fomentar y proteger las fuentes culturales amenazadas por un imperialismo económico (como sucede en Francia y en otros países que ayudan a su cine de calidad). También en este campo hay que globalizar y a la vez desglobalizar y, así, proteger y difundir internacionalmente lo nacional, lo regional y lo local. Desde un punto de vista más fundamental, deben tenerse en cuenta las nuevas diversidades que se están gestando o formando en el devenir mestizo de la humanidad. Más que nunca, la vía mestiza debe forjar y fomentar el vínculo fundamental entre la unidad y la diversidad humanas. Dicha vía debería elaborar un humanismo planetario e incorporar lo mejor de las culturas arcaicas, lo mejor de las culturas tradicionales y lo mejor de la modernidad occidental.* (MORIN, Edgar. *La Vía*. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 52.)

⁷²³*A sociedade de Direito*, se constitui pela Lei, que se funda em Direito, por meio de votação de um Parlamento eleito devidamente pelo voto direto e este deve ter a guarda e a conformidade com a Constituição, diante destes fatores o Estado se instala pela sua capacidade de organização tanto de dentro como para fora de si, apresenta assim uma coexistência juridicamente organizada: *a fim de constituir-se como comunidade de Direito*, tal coletividade precisa dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo. Isso atinge o aspecto da autoafirmação sob o qual o Estado instaura sua capacidade para a organização destinada a manter, tanto para fora, como para dentro, a identidade da convivência juridicamente organizada. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e*

Integra a sociedade global, colocando a formação institucionalizada da opinião da vontade popular por meio da esfera Pública. Resumindo: é construído especificamente através da conformação de três aspectos básicos, quais sejam: a cidadania o direito e o processo político.

Portanto, o espaço Público é visto democraticamente, como uma criação de procedimentos através dos quais todos os afetados por normas sociais gerais e por decisões políticas coletivas possam ter voz ativa diante da formulação, estipulação e aplicação; construindo, assim, a estrutura comunicacional do agir orientado para com o entendimento⁷²⁴.

Pois, o processo democrático desempenha a ação de delinear o Estado no interesse da sociedade, sendo que a política reflete-se na formação política de vontade dos cidadãos contra o aparelho Estatal⁷²⁵.

Junto a isso, faz com que forme uma democrática de opinião e da vontade depende de opiniões públicas informais que idealmente se formam em estruturas de uma esfera pública política não desvirtuada pelo poder. De sua parte, a esfera pública precisa contar com uma base social na qual os direitos iguais dos cidadãos conseguiram eficácia social⁷²⁶.

Ao Poder Judiciário cabe articular que este por meio de suas competências estatuídas legitimamente criam um ambiente concretizador do processo de normatização jurídica, realizando em sua aplicação legal da Política Deliberativa não limitando-se pela formação de vontade institucionalizada das Comissões Parlamentares, a atividade Jurisdicional estendendo-se esta para com a esfera política que passará a desenvolver programas de decisões políticas firmadas no direito procedimental.

O Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania imposta pelo paradigma procedimental⁷²⁷.

Democracia: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 170.)

⁷²⁴HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 92.

⁷²⁵... o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercambio das pessoas privadas, estruturado conforme a economia de mercado. E, nisso tudo, a política (no sentido de formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de enfeixar e impor interesses sociais privados contra um aparelho do Estado que se especializa no uso administrativo do poder político para fins coletivos. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 332.)

⁷²⁶HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 33.

⁷²⁷STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso.* Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 83.

Cabe articular que o Poder Judiciário por meio de sua competência estatuída legitimamente criar um ambiente concretizador do processo de normatização jurídica, realizando em sua aplicação legal da Política Deliberativa não se limitando pela formação de vontade institucionalizada das Comissões Parlamentares, a atividade Jurisdicional estendendo-se esta para com a esfera política que passará a desenvolver programas de decisões políticas firmadas pelo direito procedimental.

Diz-se que o Poder Judiciário por meio de suas Supremas Cortes limitam-se como sendo apenas mero instrumento de defesa do procedimento democrático, segundo a lógica permeada pela tripartição de poderes, e menciona que: tal consideração não esclarece se o recurso inevitável a tais normas de fundo não abre ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirada politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão de poderes, deveria reservada ao legislador democrático⁷²⁸.

Os Julgadores, conforme exposto acima, devem preservar o processo democrático para que este se concretize pelas próprias aspirações e valores da sociedade democrática.

Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o *processo da normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa*, que fundam legitimidade. Esta por sua vez, está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos de arenas políticas, que não se limitam à formação da vontade institucionalizada em corporações parlamentares, estendendo-se também à esfera política, bem como ao seu contexto cultural e à sua base social. *Uma prática de autodeterminação deliberativa só pode desenvolver-se no jogo entre formação política da vontade de corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito procedimental, e a formação política da opinião nos círculos formais da comunicação política. Impulsos relevantes, temas e contribuições, problemas e propostas, originam-se mais nas margens do que da medida estabelecida do que de opiniões.*⁷²⁹

Ocorre que o Poder Judiciário, está crescendo diante dos anseios das sociedades democráticas, pois a ele cabe resolver os problemas destas, quando ocorrem conflitos é ele que é chamado a resolvê-los e não o Poder Legislativo, superando assim as antigas fronteiras da arena pública, diante do fato da formação de vontade majoritária, seguindo com a solução para este problema que abordará o substancialismo:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “sociedade civil – partido – representação – formação de vontade majoritária”, consistindo em angulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem

⁷²⁸HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 314.

⁷²⁹HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 340.

lugar aos casos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, grupos sociais e até de partidos -, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo.⁷³⁰

O Poder Judiciário pelo contexto democrático passa a deter um amplo poder interpretativo, possuindo estes alto grau de poder discricionário, estas decisões que ultrapassam a Legalidade não podem atingir políticas públicas, devem elas preservar a autonomia pública e dos cidadãos.

Portanto as decisões tidas como discricionárias (ultrapassam os limites das leis criadas pelos Parlamentos) não são admitidas pela corrente procedimentalista do Direito, pois as decisões devem ser conformadoras da Lei legitimadamente instituída, que estabelece padrões de conduta obrigatórios e legítimos que se validam pela criação legal de Direito Legislado que respeita a democrática participativa. Tais decisões devem atender-se aos critérios de segurança do direito e aceitabilidade racional, sendo assim por meio de leis calcadas no Direito⁷³¹.

O Poder Judiciário não pode arrogar-se do papel de crítico da ideologia, ele está exposto à mesma suspeita de ideologia *e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do jogo Político*⁷³².

Relevante mencionar que o Processo Político fere a teoria procedimentalista quando atinge o Processo Democrático da estruturação política autônoma do sistema de direitos,

⁷³⁰VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar 1997. P. 22-23.

⁷³¹O tema é de gritante atualidade e a sua problemática cada vez mais crítica, na exata medida em que, por força da crescente transumância e da globalização das relações humanas, avolumam-se os conflitos inter-culturais – de que são exemplos significativos as controvérsias do Crucifixo e do Véu Islâmico, com que se defrontou o Tribunal Constitucional da Alemanha, e o particularmente dramático caso da Excisão, submetido ao Tribunal Criminal de Paris –, a desafiar a capacidade do Estado Democrático de Direito, em especial dos órgãos da sua jurisdição constitucional, para administrar essas diferenças sem que, por excesso de zelo com as minorias, acabe por fragmentar a própria sociedade, como adverte Habermas, para quem a coexistência, com igualdade de direitos, de diferentes formas de vida não pode levar a uma segmentação social, antes exige a integração dos cidadãos do Estado e o reconhecimento recíproco de suas pertenças a grupos sub-culturais, no quadro de uma cultura política que há de ser compartilhada, até porque nesses contextos de expansão do pluralismo ético e cultural, é muito provável que o exercício da autoridade seja percebido como a imposição de normas e/ou valores não compartilhados. Diante desse panorama desafiador, no qual o Estado de Direito se auto-compreende e se afirma democrático, pluralista e comprometido com a causa dos direitos humanos, mostram-se particularmente embaraçosas, se não mesmo insolúveis, questões como as formuladas a seguir – todas suscitadas a propósito de casos concretos submetidos à jurisdição constitucional –, pela simples razão de que não dispomos de nenhum critério de verdade para respondê-las adequadamente, formulando regras de decisão aptas a realizar a justiça em sentido material, que outra coisa não é senão dar a cada um o que é seu. (COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial: o caso brasileiro*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acessado em: 09-30-2013.)

⁷³²HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 330.

criando a partir desse momento políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do Direito, ocorrendo à perda, desta forma, dos critérios que permitiriam avaliá-las normativamente⁷³³.

E a partir da ocasião em que se vê a tensão entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário discute qual é o seu lugar da Jurisdição Constitucional⁷³⁴ na estrutura de competências da ordem Constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões políticas^{735 736}.

Conseqüentemente, no procedimentalismo, não ha modo de corrigir escolhas políticas flagrantemente equivocadas, feitas pelo Poder Legislativo⁷³⁷ e pelos cidadãos representados por tal órgão, gera assim uma politica mal controlada que tende a cometer todos os abusos que seu Poder lhe permite: “*comprobación de identidad por el aspecto, arrestos arbitrarios, violencia dentro de las comisarías, falsos testimonios; los miembros de la policía implicados en la lucha contra la droga y el proxenetismo pueden dejarse corromper*”⁷³⁸.

A teoria abordada encontra-se superada por muitos fatores, sendo que no geral, a amplo consenso quanto à configuração de um novo panorama mundial caracterizado pela

⁷³³HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 171.

⁷³⁴Em sua controvérsia com C. Schmitt, H. Kelsen se pronunciara pela institucionalização de um tribunal constitucional, lançando mão de argumentos políticos, compreensíveis para a época de então, e de argumentos da teoria do direito. Pouco importa o modo nos posicionamentos em relação da institucionalização adequada dessa interpretação da constituição, diz respeito diretamente à atividade do legislativo: a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 301-302.)

⁷³⁵HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 249.

⁷³⁶Para tanto, Habermas emprega sua teoria do discurso, decorrente de um agir comunicativo, legitimador da vontade coletiva, como marco referencial teórico para advogar um novo paradigma - procedimental-deliberativo - que situa no Legislativo a função central do Estado Democrático de Direito. ***O Judiciário, por sua vez, estaria restrito às funções garantidoras do devido processo legislativo de formação de vontade, de acordo com os procedimentos previamente positivados.*** Esse agir comunicativo, por seu turno, leva em conta o entendimento linguístico com instrumento de coordenação da ação, propiciando que as suposições contrafactuais dos atores, que orientam seu agir por pretensões de validade, ganhem relevância imediata para a construção e a preservação de ordens sociais, pois elas se mantêm no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativa. Assim, o conceito nuclear de agir comunicativo explica como é possível surgir integração social através de energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Neste cenário, Habermas entende que na vigência do Estado Democrático de Direito, os Tribunais Constitucionais necessitam abarcar uma postura de compreensão procedimental da Constituição. ***Assim, o Judiciário num todo, dever-se-ia abolir da visão autoritária que entende a Constituição como ordem concreta de valores, para concebê-la como mecanismo de condições processuais de matriz democrática das leis que garantem a legitimidade do Direito. Nessa percepção, o Poder Judiciário deveria apenas zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.*** (BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. *Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat*. Sequência (Florianópolis) no.64 Florianópolis jul. 2012.)

⁷³⁷STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 186.

⁷³⁸MORIN, Edgar. *La Vía*. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 129.

incapacidade de o Executivo e do Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça^{739 740}.

A discussão sobre o Tribunal Constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição de procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente.⁷⁴¹

Em resumo, o eixo estabelecido não prosperará diante de um Ativismo Judicial, pois exerce o Poder Judiciário função jurisdicional de um modelo de Estado Reativo⁷⁴² ou um Estado formador de Direito Repressivo e Autônomo⁷⁴³.

Neste sentido, *lo Poder Judiciario y lo Proceso Político, convertirse en instituciones destinadas a impedir y reprimir una barbarie humana que tiende a corroer y a descomponer sin cesar el orden de la sociedad mediante el ilícito civil y penal. Cada una a su manera, esas instituciones aseguran el mantenimiento de dicho orden. Pero todo orden social comporta también su parte de barbárie. Por eso, lo Poder Judiciario y lo Proceso Político, por su propia naturaleza represiva, son contrabarbaries bárbaras. Es la reducción de esa barbarie lo que hay que considerar. Hay que señalar desde el comienzo que sólo se puede reducir al mínimo la barbarie del orden (coerción y disuasión) en una sociedad muy compleja*⁷⁴⁴.

No entanto, a criação do Direito pela via Judicial é visto de forma ofensiva frente à arquitetura voltada a democracia representativa, que deve apenas garantir a autenticidade

⁷³⁹VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar 1997. P. 149.

⁷⁴⁰Do judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *La bouche de La loi*, mas sim *La bouche Du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito. Sobre esse ponto, aliás, explicitou a jurisprudência constitucional alemã, que a Lei Fundamental, quando estabelece, em seu art. 97, que o juiz está vinculado apenas à lei, essa vinculação deve ser entendida como ao Direito. (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 35.)

⁷⁴¹HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 346-347.

⁷⁴²Vide: DAMASKA, Mirjan R.. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986. P. 397.

⁷⁴³A ideia de que o procedimento é o coração do direito capta perfeitamente um fator crucial do *ethos* do direito autônomo. (NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. Págs. 113 e segs.)

⁷⁴⁴*Cuanto más compleja es una sociedad, más libertades comporta para sus individuos y sus grupos, y más desorden generan esas libertades*. (MORIN, Edgar. *La Vía*. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 129 e 178.)

democrática aos procedimentos de uma ampla deliberação, servindo o Juiz como mero terapeuta social⁷⁴⁵.

Os *cidadãos* na atualidade muito mais participativos pagam muito “caro” pela necessidade do procedimento⁷⁴⁶ que se instituí pelo rígido formalismo jurídico.

⁷⁴⁵VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar 1997. P. 32

⁷⁴⁶***Todo pueblo, al principio de su historia, paga muy caro la necesidad del procedimiento; y esto constituye una de las primeras pruebas porque tiene que atravesar, y de aquí que el procedimiento es patrimonio de las instituciones jurídicas que primero se desarrollan. Apenas las historias nos muestra los vagos contornos de las nociones del fondo del derecho, cuando ya hallamos el procedimiento con forma perfeccionada y precisa, como uno de los más antiguos objetos de la legislación. Pero después y más adelante, ¡cuántos cambios! Surgen las leyes materiales y eclipsan las del procedimiento; el fondo del derecho avanza de progreso en progreso, y el procedimiento se retrasa. ¿Yo por qué? No nos asombremos al ver brillar de tal modo el procedimiento en la aurora de la historia. La reflexión y el calculo han engendrado el procedimiento, y esto es indudable; porque aun cuando se sostenga que los pueblos nacientes traen al mundo sus nociones de derecho, todavía habríamos de admitir para el procedimiento que antes de llegar á la verdad ha tenido que pasar por muchos ensayos y tentativas. Así las reformas del procedimiento son las más antiguas que menciona la historia y marcan precisamente los periodos de investigación. Después de esas reformas son cada vez menos frecuentes, al paso que los cambios en el fondo del derecho se multiplican. En materia de procedimiento, la verdad hallada da fin á las investigaciones. Los cambios de ideas de un pueblo, y las transformaciones que se operan en su vida, influyen menos sobre el procedimiento que sobre las instituciones del fondo del derecho; las ideas morales no influyen en aquél, y todo se reduce á cuestión de oportunidad. Sin la relación de los cambios políticos en la organización judicial, el procedimiento formulario hubiera podido durar en Roma muchos siglos. (IHERING, R. Von. *El Espíritu del Derecho Romano*. En Diversas Fases de su Desarrollo. Tomo Cuarto. Madrid: Librería Editorial, 1904. P. 17-18.)***

4.2.2 - ***SUBSTANCIALISMO***

A corrente Substancialista demonstra-se próspera e em ampla expansão Jurisdicional frente ao Estado Democrático de Direito, no qual o juiz-tribunal por meio da interpretação construtiva/criadora de direito passa a decidir de forma mais adequada utilizando-se da Hermeneutica Jurídica de cunho Filosófico fazendo com que suas decisões, sim decisões políticas venham a interferir profundamente: tanto no Poder Legiferante quanto no Poder Executivo, que tem por consequência efeitos irradiados diretamente na Sociedade.

Tal eixo posiciona-se de maneira a entender que o Poder Judiciário não deve assumir uma condição passiva diante da sociedade, fazendo assim introjetar a política no Direito⁷⁴⁷ o que tem conduzido a efetuar indevidos planteamientos da discussão⁷⁴⁸.

Justifica-se a Teoria Política⁷⁴⁹ do Direito em algumas questões, sendo a primeira que reporta-se tanto aos fundamentos do Direito: circunstancias nas quais preposições jurídicas específicas devem ser aceitas como bem fundadas ou verdadeiras; e a segunda quanto à força do direito: o relativo poder que em toda e qualquer verdadeira preposição jurídica de justificar a coerção em vários tipos de circunstancias excepcionais. Essas duas questões devem apoiar-se mutuamente. Pois uma teoria sobre os fundamentos que, em si mesma, não assume nenhuma posição relativa à utilidade da força do direito deve ainda assim ser política num sentido mais geral e difuso⁷⁵⁰.

Tem como finalidade o substancialismo procurar a melhor luz em meio às ruínas da dogmática jurídica positivista apregoada no formalismo do Direito, pois com este eixo, tanto

⁷⁴⁷BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. *Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat*. In: Sequência (Florianópolis) no.64 Florianópolis jul. 2012.

⁷⁴⁸PICÓ i JUNOY. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y el eficacia*: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. P. 111.

⁷⁴⁹*El triple imperativo político libertad-igualdad-fraternidad debe modularse, ya que la libertad sola destruye la igualdad, la igualdad impuesta destruye la libertad, y la fraternidad, que no se puede imponer, depende conjuntamente de un sistema de reformas políticas (entre ellas, las casas de solidaridad, el servicio cívico de solidaridad), reformas educativas y reformas individuales (entre ellas, la de vida y la ética). Así pues, la reducción progresiva de las desigualdades debe efectuarse, simultáneamente, mediante una política planetaria (política de la humanidad, política de civilización), políticas nacionales que reduzcan las diferencias de niveles de vida y regeneren las solidaridades, combatiendo la corrupción, y mediante reformas de vida y reformas éticas, que favorezcan la comprensión de las miserias y las desdichas ajenas. Esta política comporta una dimensión monetaria, pero es, también, multidimensional, y forma parte de las vías múltiples que proponemos abrir simultáneamente.* (MORIN, Edgar. *La Vía*. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 135.)

⁷⁵⁰DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 136-138.

por meio do Processo Legislativo (procedimento), quanto por meio do Processo Judiciário (procedimento) ambos são legitimados para com esta atividade de criação do Direito⁷⁵¹.

Estas são as circunstâncias que tornam indispensáveis conferir as possibilidades da construção de uma autêntica democracia, quando o indivíduo toma o lugar do cidadão. A compatibilidade entre a democracia e individualismo é problema crucial que deve ser tratado quando se pretende um direito processual que supere o dogmatismo que permeia uma expressão de regime autoritário. É, em última análise, a expressão jurisdicional do pensamento único neoliberal. O acesso hermenêutico às realidades jurídicas contingentes, fica, conseqüentemente, vedado ao pensamento dogmático⁷⁵².

Nota-se, que as questões processuais levantadas diante do julgamento político, são bem complexas em que as questões substantivas são tratadas como questões de princípios de moral política refletindo diretamente na decisão não apenas de suas opiniões sobre a Justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si⁷⁵³.

Denota o *Substancialismo* que o Poder Judiciário através de suas decisões criam direito utilizando da interpretação criadora e construtiva que tem sido extraordinariamente eficaz, rompendo assim com o formalismo do Direito. Abre o Poder Judiciário novos espaços diante do ordenamento jurídico.

Nesse eixo, aquilo que pode ser entendido à semelhança da vontade geral rousseauiana, uma vez bloqueado pelas circunstâncias próprias à sociabilidade e à vida política contemporâneas, acaba encontrando expressão, pragmaticamente, em personagens e instituições cuja história particular se apresentaria como o resultado

⁷⁵¹Essas representam, ao mesmo tempo, as naturais limitações – sobre as quais voltaremos – mas, também, única força do *processo jurisdicional*. Ninguém, suponho, veria uma perversão do *processo legislativo* no fato de que os legisladores estejam co-envoltos e empenhados, ainda que com o espírito de parte ou de partido, nas matérias que regulam; ou no fato de que esses consideram-se os representantes de pessoas, grupos, categorias, classes, nos qual se instruem para secundar os interesses no processo de formação as leis; ou, ainda, no fato de que esses dão a mãos à atividade legislativa d própria iniciativa sem atender a pedidos dos sujeitos ou grupos interessados; ou, por fim, no fato de que embora possam existir tais pedidos, estes não limitam o ato legislativo aos termos da própria petição. Nos limites de decência e honestidade políticas, esse modo de atitude do legislador é perfeitamente correto; mas seria, ao contrario, de todo intolerável se fosse assunto de uma Corte Judiciária. Na verdade, uma corte que se comportasse dessa maneira, simplesmente, cessaria de ser uma Corte de Justiça. Aquilo que distingue o *processo jurisdicional* daquele *legislativo*, e que faz com que a criação do Direito por obra dos Juizes permaneça bem distinta da legislação, não é, portanto, uma função abusiva de não criatividade mas, isto sim, uma particular modalidade daquele processo que se traduz na conexão d função judiciaria com *cases and controversies*, e na “virtude passiva”, e “passividade” do Juiz quando a iniciar o processo nesses casos, e a imparcialidade processo do próprio Juiz, imparcialidade que há de traduzir-se num “processo justo” ou *fair hearing* de todas as partes. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008. P. 17-18.)

⁷⁵²SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e Ideologia: o paradigma Racionalista*. 2. Ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 307.

⁷⁵³DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 306.

de conquistas da ideia do justo positivadas no direito e enraizadas na cultura política.⁷⁵⁴

Impõe-se uma nova pragmática que encontra-se obstacularizada pela legalidade, a qual o juiz deve introduzir por meio de sua sentença a Justiça, que se vê como a resistência contra as injustiças do Poder Legiferante, tornando a atividade criadora do juiz, fonte que vem a acompanhar mais adequadamente as reivindicações sociais, nesse sentido há que se falar, ultrapassando a rígida separação dos poderes pela divisão dos poderes, que ganha assim uma nova redefinição aos seus contornos:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e no Ocidente. Coloca, pois, em xeque, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.⁷⁵⁵

É certo que razões pragmáticas sugerem uma separação entre o Poder Legislativo e o Judiciário, tão logo a configuração dogmática do direito e a cientifização da jurisprudência acarretam uma ampla profissionalização da prática de decisão judicial⁷⁵⁶ que se impõe pela via da interpretação criativa-constructiva do Direito.

Notadamente, tanto o procedimento judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são *law-making process* divergindo somente a técnica do procedimento ou estrutura de tais procedimentos de formação de direito, embora repetitivamente fale dos juízes-tribunais como Órgãos exercentes do Poder Legislativo, que agem como legisladores, em realidade parece simplesmente ter querido afirmar que os juízes “criam direito”⁷⁵⁷.

Neste sentido, não se pode esquecer, que o substancialismo não abre mão do procedimentalismo^{758 759}.

⁷⁵⁴VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan 1997. P. 38.

⁷⁵⁵STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 141.

⁷⁵⁶HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 215.

⁷⁵⁷CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 74

⁷⁵⁸Se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, locus do sentido hermenêutico do direito. De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do constitucionalismo contemporâneo e sua materialidade principiológica. A virtude soberana não se dá simplesmente na formulação

Ambos os procedimentos democráticos, tanto o legislativo quanto o judiciário tem como, ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a “natureza” dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito⁷⁶⁰.

Destacar como relevante que o Poder Legislativo representantes democráticos devem compreender que suas palavras de ordem comprometem o desenvolvimento de suas práticas, que precisam estas indissociavelmente ligadas a uma indeterminação última com respeito ao quadrinômio: poder-saber-lei-desejo. Não podemos pretender a solução dos problemas humanos na certeza do pensamento, nas medidas justas dos sonhos esquematizados pela razão, dos sonhos armados, visivelmente arrogantes na postulação de suas respostas⁷⁶¹.

Pelo evidenciado, a democracia imposta pelas sociedades contemporâneas^{762, 763, 764} busca através de um processo substancialista via Poder Judiciário a defesa de seus direitos

legislativa e na “vontade geral”. Fundamentalmente, ela será encontrada na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o positivismo. E tudo isso está ancorado no contramajoritarismo, que vai além do mero controle da aferição da correção dos procedimentos democráticos utilizados na feitura das leis. Também e na Constituição que encontraremos os mecanismos de controle da aferição substancial dos textos legislados e da aplicação destes textos (nunca esqueçamos: o substancialismo não abre mão do procedimentalismo). A igualdade, o devido processo legal, o sentido do republicanismo, a perspectiva de Estado Social, a obrigação de concretização dos direitos fundamentais-sociais, para citar apenas estes componentes paradigmáticos, são obrigações principiológicas de raiz, que vinculam a *aplicatio*. E os componentes a serem utilizados na discussão da aplicação do direito somente poderão exsurgir desse paradigma constitucional. Legislação democraticamente produzida – e válida – significa “sentido filtrado principiologicamente”. O combate que aqui se trava – de cariz antidiscionário – tem o objetivo de preservar esse grau acentuado de autonomia que o direito adquiriu com a fórmula das Constituições compromissórias (e dirigentes). (...) Mas uma questão deve ficar clara desde logo: as divergências entre as posturas *substancialistas* (que acolham a noção de Estado o conteúdo material das Constituições que apontam para a mudança do *status quo* da sociedade, colocando grande ênfase no papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais-sociais) e *procedimentalistas* (calcadas na noção de democracia procedimental propugnada por Jurgen Habermas, mormente em seu *Direito e democracia* – entre faticidade e validade) não podem opô-las a ponto de se pensar, por exemplo, que o substancialismo não é pluralista ou que o procedimentalismo possa ser reduzido a uma perspectiva meramente “formalista”. (STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 509-510 e 91.)

⁷⁵⁹Por otra parte, un pleito, cualquiera que sea el procedimiento con arreglo al cual se sustancie, representa siempre más o menos una especie de batalla, cuyo resultado es imposible predecir de modo seguro. El éxito de la prueba condiciona a veces decisivamente el resultado de la contienda; y puede ocurrir que la parte que tenía plena razón, y a cuyo favor estaba sin duda el Derecho, pierda el pleito por no haber conseguido probar los hechos básicos. (SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Segunda Edición. México:Editorial Porrúa, S.A., 1973. P. 310.)

⁷⁶⁰CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 27

⁷⁶¹WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 72-73.

⁷⁶²A democracia, como sentido de uma forma de sociedade, depende de uma prática política (que não exclui a dimensão do sentido), capaz de transgredir a massa simbólica que faz do indivíduo escravo da heteronomia instituída. Este progresso transgressivo precisa, inclusive, subverter as difusas ideias que, na versão instituída da sociedade, operam como um uso definitório e alienado do sentido da democracia. ***A democracia, como sentido de uma forma social, não depende de nenhum sentido consagrado porque ela é, antes de mais nada, a dinâmica de uma imaginação produtiva, criadora e incerta, que ao mesmo tempo concretiza espaços de resistência e transgressão frente a um universo simbólico-institucional, que transforma a política em manipulação opressora, a economia em forma de exploração, o saber numa magia alienada que altera as práticas de construção das verdades em pretensas práticas de domínio do absoluto, e os desejos em respostas***

calcando-se este, nos princípios máximos de justiça e da equidade motivacionados direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes⁷⁶⁵.

A matriz que se segue, e a de que a legitimidade da Jurisdição por seu papel de reforço no processo democrático de elaboração da Lei para eventualmente corrigir os desvios do processo de representação popular⁷⁶⁶.

Quanto essa função criadora do Direito pela via Jurisdicional revela-se por via de suas decisões jurídico-políticas se tornam fontes seguras do ordenamento jurídico, as quais elevam os Juízes e Tribunais ao patamar de protagonismo, os tornando Ativistas Judiciais pela égide do substancialismo.

Portanto, Kelsen alude que:

A função criadora de Direito dos Tribunais é especificamente manifestada quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais estão autorizados não apenas em aplicar Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são

parasitárias a um consumo sem necessidade. (WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 72-73.)

⁷⁶³A democracia, como sentido de uma forma de sociedade, depende de uma prática política (que não exclui a dimensão do sentido), capaz de transgredir a massa simbólica que faz do indivíduo escravo da heteronomia instituída. Este progresso transgressivo precisa, inclusive, subverter as difusas ideias que, na versão instituída da sociedade, operam como um uso definitivo e alienado do sentido da democracia. *A democracia, como sentido de uma forma social, não depende de nenhum sentido consagrado porque ela é, antes de mais nada, a dinâmica de uma imaginação produtiva, criadora e incerta, que ao mesmo tempo concretiza espaços de resistência e transgressão frente a um universo simbólico-institucional, que transforma a política em manipulação opressora, a economia em forma de exploração, o saber numa magia alienada que altera as práticas de construção das verdades em pretensas práticas de domínio do absoluto, e os desejos em respostas parasitárias a um consumo sem necessidade.* (WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 72-73.)

⁷⁶⁴No entanto, *as sociedades contemporâneas* parecem ter entrado numa nova fase. De um lado, assistimos à perturbação do conjunto dos equilíbrios sociais: revoluções tecnológicas (expansão das tecnologias de informação e de comunicação, desenvolvimento de biotecnologias), mutações do sistema produtivo (papel crescente desempenhado pela informação, declínio da indústria em proveito dos serviços, deslocalização das unidades de produção, adaptação das formas de trabalho), transformações da estratificação social (refluxo do campesinato, explosão do mundo do operariado, multiplicação de empregos ditos intermediários), inflexão dos comportamentos e de relações sociais que, nas sociedades dominadas pela urgência e caracterizadas por *uma dinâmica permanente de mudança*, tendem a ser vividas sob o modo de instantaneidade, sob o signo do efêmero. Por outro lado e correlativamente, assistimos a um movimento contraditório de concomitante radicalização e enfraquecimento do sistema de valores que foi a vanguarda e a base da modernidade. (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 16-17.)

⁷⁶⁵BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.* Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 12-06-2013.

⁷⁶⁶BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas.* Civil Procedure Review, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 47-48.

órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo.⁷⁶⁷

Supõe-se, desta forma, que os Juízes e as Cortes ao aplicarem o Direito o façam a partir de seu caráter dinâmico de maneira facultada a estes a possibilidade de recorrer a critérios discricionários na concretização do Direito, por intermédio de argumentos que visam políticas calcadas em direitos políticos individuais, difusos ou coletivos.

Deste modo as novas relações entre Direito e Política são tomadas como inevitáveis ao enriquecimento da agenda igualitária que exige uma política ampla e complexa⁷⁶⁸ por parte do Poder Judiciário em sua defesa, assim tendo de um lado como função precípua: garanti-las, efetivá-las e concretizá-las, e de outro lado a criação de Direito para com a ampliação de políticas públicas para diminuir tais desigualdades. Incide assim a prevalência do Direito, por outros critérios que determinem a atividade jurisdicional, quais sejam os princípios de Direito e as diretrizes políticas⁷⁶⁹.

Conclui-se que a criação de Direito pelo Poder Judiciário deve ser claramente distinguido da criação de normas gerais através da prática permanente dos tribunais⁷⁷⁰, que o Direito passa a dar efetiva tutela jurisdicional substantiva, por meio de princípios⁷⁷¹.

Quanto aos argumentos de princípio, estes são destinados a estabelecer um Direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo

⁷⁶⁷KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 216.

⁷⁶⁸*Las desigualdades revisten un carácter territorial (regiones pobres/regiones ricas), un carácter económico (de la extrema riqueza ala extrema miseria, pasando por clases acomodadas, medias y pobres), sociológico (modos de vida) y sanitario (extrema desigualdad entre los que gozan de los avances de la cirugía, de la técnica, de la medicina y los que no). También cabe distinguir entre las desigualdades ligadas a las diversidades culturales, a las diversidades profesionales (están los que lo pasan bien en el ejercicio de su profesión y los que lo sufren como una obligación) y entre las profundas desigualdades en el destino de los que van a sufrir su vida y los que la van a disfrutar. Esas desigualdades no son sólo consecuencia de la cantidad de dinero que se posee. La riqueza no hace, necesariamente, la felicidad. Pero lo que sí es cierto es que la miseria provoca la desdicha. Una política de la humanidad no tiene como misión igualarlo todo y destruir la diversidad, sino que debe plantearse las vías reformadoras que permitirían reducir progresivamente las peores desigualdades. En resumen, el problema de las desigualdades ha crecido enormemente sin dejar de ser múltiple; exige una política amplia y compleja. Ésta, repitámoslo, no puede ser una política tecnoburocrática de homogenización, destructora de la diversidad que constituyen las riquezas culturales de la humanidad. (MORIN, Edgar. *La Vía*. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011. P. 109-110.)*

⁷⁶⁹*Quanto ao Poder Legislativo ele faz incidir a vontades do povo por meio da decisão majoritária dos grupos, e estes tem maior capacidade de impor seus interesses sobre os direitos das minorias, dificilmente os grupos minoritários conseguiriam alcançar esses direitos. Assim gerando desigualdade.*

⁷⁷⁰KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 217.

⁷⁷¹Assim, qualquer que pense, como eu, que a prestação jurisdicional substantiva no direito é uma questão de princípio, e que essa é uma importante afirmação tanto em termos normativos quanto teóricos, tem um interesse especial em saber se é possível encontrar um meio-termo entre as afirmações exageradas e as niilistas sobre os direitos que as pessoas têm a processos no tribunal. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 113-114.)

coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. Um direito político é um objetivo político individuado⁷⁷².

A Constituição atenta-se quanto à interface do Direito de um lado e do Político de outro, esforçando-se para submissão do Poder às categorias que mobilizam o Direito, como a Justiça, a Segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente⁷⁷³.

Neste tocante a Justiça deve ser vista como um valor superior do ordenamento jurídico, representando um ideal para a comunidade, um objetivo a alcançar pelo ordenamento jurídico, por que se existe interesse público em que o resultado do processo seja justo, o Estado deve por a serviço dos juízes todos os meios e poderes necessários para que possam alcançar dito fim⁷⁷⁴.

É na Constituição que este modelo substancialista toma força, pois ele emana de seus princípios básicos e imanentes, sendo, que nestes estão esculpido desde os Direitos Naturais dos Homens, até a sua evolução, chegando ao ponto de se formarem como Direitos Fundamentais do Homem. Por tudo isso, lembra-se que as constituições dão liberdades aos julgadores, para que decidam de forma aberta, por intermédio da Justiça Constitucional, gerando, com este ciclo, o que é mais adequado aos cidadãos⁷⁷⁵.

As questões Políticas afirmam-se como sendo questões subjacentes, declaram-se como sendo principiológicas, e seus argumentos incidem sobre algumas preposições, sendo elas: **a)** A revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, não o resultado isolado desse processo; **b)** Ela deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia; **c)** A revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia, ao asso que a revisa baseada na substância, que tem em vista os resultados, é antagonica a ela; **d)** O Tribunal, portanto, erra

⁷⁷²DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 141-142.

⁷⁷³BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 13-05-2013.

⁷⁷⁴PICÓ i JUNOY. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y el eficacia*: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. P. 110.

⁷⁷⁵O modelo substancialista – que, em parte, aqui subscrevo, ressaltando sempre o problema do fundamento” da Constituição, que não pode ser entendida como uma categoria ou hipótese, proferindo entendê-la como um paradoxo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado). É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional. (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 141.)

quando cita um valor substantivo putativamente fundamental para justificar a revogação de uma decisão legislativa⁷⁷⁶.

Neste diapasão, há que se falar que a Constituição é, precisamente, o documento que transforma o Poder Constituinte em Poder Constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos⁷⁷⁷ dá à Interpretação Jurídica uma inexorável dimensão política.

No entanto, o Ativismo Judicial consubstancia-se pelo Substancialismo encontrando-se inserido pelas Constituições Democráticas Contemporâneas, e assim fazem com que o Poder Judiciário enseje sobre os demais Órgão Estatais: *a*) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; *b*) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; *c*) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas^{778, 779}.

As decisões do Poder Judiciário detém cunho político-jurídico, que atingem as demais Esferas Públicas.

Somado a tudo isso, o juiz ativista ignora o texto da Constituição, a historia de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscam interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignora tudo isso para impor a outros Poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige⁷⁸⁰.

O substancialismo notoriamente demonstra-se mais simpáticos à que a Constituição Dirigente traz para o centro do debate jurídico a política, e ainda “politiza” o conceito de

⁷⁷⁶DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 81.

⁷⁷⁷BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 13-05-2013.

⁷⁷⁸BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 12-06-2013.

⁷⁷⁹*Entonces, los jueces no sólo se encuentran institucionalmente bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades. Los jueces poseen, además, diversas herramientas que facilitan su tarea al respecto. Como consecuencia de su posición institucional y de los medios con los que cuentan, los jueces tienen buenas probabilidades de favorecer el buen funcionamiento del proceso deliberativo. Al mismo tiempo, tienen amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia a la autoridad popular: ellos poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar en consecuencia. Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a pensar de nuevo sobre ella; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe ser corregida en un tiempo límite, sin ponerse en el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de remedios alternativos, dejando la decisión final en las manos del último.* (GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales*. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/derechoshumanos02.pdf>>. Acessado em: 06-09-2012.)

⁷⁸⁰DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 451-452.

Constituição, que não se limita mais à sua normatividade, com isto, cria um agradável nexos entre Direito, Moral e Política, suplantando defeitos do positivismo de outrora⁷⁸¹.

As questões políticas abordadas pressupõem que os cidadãos têm certos direitos morais, contra o Estado, assim o Ativismo Judicial incidido pela corrente substancialista é um programa baseado, não pelos conceitos morais e éticos do juiz, mas busca no nascedouro das nações, ou seja, toma por base as Cartas Políticas, que estas tem direitos inscritos nos seus textos para que em caso de violação devem fazer valer sua fundamentação principiológica estabelecida nos precedente/jurisprudências:

O ativismo somente pode ser justificado como um programa baseado em algo mais que preferências pessoais dos juizes se, em algum sentido, esses direitos morais existem. A teoria cética ataca o ativismo em suas raízes, argumentando que, de fato, os indivíduos não têm tais direitos morais contra o Estado. Eles têm apenas os direitos jurídicos que a Constituição lhes assegura, e estes direitos se restringem às violações claras e inquestionáveis da moralidade pública que os constituintes devem efetivamente ter concebido ou as que desde então foram estabelecidas por uma sucessão de precedentes.⁷⁸²

No entanto, as sociedades modernas geram, na realidade, uma demanda pela Jurisdição Quantitativa e Qualitativa. Trata-se de uma demanda de massa e de uma demanda maciça⁷⁸³, que coadunam com os princípios legais, sociais e políticos, habitando o pensamento de muitos teóricos do direito⁷⁸⁴.

Pois deste modo o Poder Judiciário torna-se o centro gravitacional de negociações, pois as sociedades passam a pleitear direitos buscando assim a obtenção de uma decisão judicial favorável. E ainda, demonstra-se aberto às demandas sociais, as quais o Direito precisa de legitimidade social, por uma ordem legal, isto é por uma Jurisdição Substantiva, que somente o Direito seria capaz de oferecer⁷⁸⁵..

⁷⁸¹SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acessado em: 03-05-2013.

⁷⁸²DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 216 - 217

⁷⁸³GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 139.

⁷⁸⁴Com efeito, para que o judiciário aproxime-se do lugar de elemento chave em tal democracia “não utópica” proposta por Cappelletti, o direito precisa de sustentabilidade e legitimidade social frente a demandas por uma ordem legal mais efetiva, isto é, por uma justiça substantiva, justiça essa que o direito, engessado pelo formalismo e legalismo jurídicos, seria incapaz de oferecer. AGUIAR, Thais Florencio de. *A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal*. Ponto-e-Vírgula, 2: 142-159, 2007. P. 150. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/ponto-e-virgula/n2/pdf/11-thais.pdf>>. Acessado em: 13-07-2013.

⁷⁸⁵Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo de atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não aparece mais como o responsável pela tutela dos direitos e da situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da

O Ativismo Judicial realiza-se pela corrente Substancialista, o qual usar-se da Interpretação calcada na Hermenêutica Jurídica de cunho filosófico⁷⁸⁶, transformando o juiz no mais importante ator do cenário Socio-Jurídico, passou o mesmo a ser protagonista da realidade que lhe é imposta pela experiência adquirida jurisdicionalmente em que a democracia e as práticas políticas dos direitos humanos vinculam-se as problemáticas que suscitam as tarefas de formação de um espaço público emancipatório⁷⁸⁷.

Os juízes desenvolveram uma abordagem particular da interpretação jurídica formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a essas questões, de que dependerá a interpretação em casos específicos, e chama isso de sua filosofia jurídica. Ela incluirá características estruturais, *que elaborem a exigência geral de que uma interpretação se ajuste à história doutrinal, e afirmações substantivas sobre os objetivos sociais e os princípios de justiça*. A opinião de um juiz sobre a melhor interpretação será, portanto, a consequência de convicções que outros juízes não precisam compartilhar.⁷⁸⁸

Reconheceu-se que realmente o juiz cria direito de modo transparente, o qual o Ativismo Judicial consubstanciado pela corrente Substancialista tem sido extraordinariamente beneficente para que se venha a romper o formalismo do Direito, abrindo novos espaços diante do ordenamento jurídico.

Pelo que foi exposto, é necessário apontar que o procedimentalismo pela sua natureza de legitimação do Direito Legislativo passou a incidir no Judiciário pelo substancialismo, assim o primeiro gerou viabilidade Legitimadora para que o segundo venha a existir, pois aquele serve de via de acesso e vem a garantir os meios democráticos de participação das sociedades, assim reveste-se em tal o substancialismo.

construção de equilíbrio entre interesses “supra-individuais”. (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 32.)

⁷⁸⁶Tanto o Ativismo Judicial quanto a Interpretação Judicial do Direito realizada pela Hermeneutica Juridica de cunho filosofica apresentam um ponto sensível e comum, pois consideram-se antiformalistas.

⁷⁸⁷Considere assim, que a representação da realidade e a produção institucional da subjetividade como as formas iniciais da política. De fato, existe uma semiose do poder que produz o real, domínios de objetos e rituais de verdade e de desejo. Poderes que se exercem positivamente para a fabricação institucional da vida: *homens produzidos por um poliforme que os enclausura num horizonte uniforme de utopias perfeitas*. Neste tocante a grande transformação da sociedade passa pelas mudanças na forma de representação da realidade e da produção da subjetividade. Partindo dessa tese, falo da democracia e das práticas políticas dos direitos humanos vinculando as problemáticas que suscitam as tarefas de formação de um espaço público emancipatório. (WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955. P. 74.)

⁷⁸⁸DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 24-242.

4.3 - **POLITIZAÇÃO DO DIREITO PELA VIA JUDICIAL**^{789, 790}

*El nuevo nivel (espesos e intensidad) en la revelación Jueces-Derecho-Política. Del magistrado neutral al comprometido (ativista).*⁷⁹¹

Antes de adentrar propriamente ao assunto vem-se a indagar: *¿Se puede creer que edictos y fórmulas técnicamente perfectos, fuesen obra de un magistrado que podía ser un eminente político y al mismo tiempo ignorante en materias jurídicas?*⁷⁹²

A resposta é negativa, pois no plano da formulação-criação do Direito: não há como o Direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O Direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de Direito, a Constituição e as Leis, a um só tempo, legitimam e limitam o Poder Político⁷⁹³.

⁷⁸⁹ *Porque es inútil querer dissociar el poder judicial de los otros poderes del Estado, el legislativo y el ejecutivo, con el pretexto de que éstos representan el poder político, en tanto que el poder del juez tendría naturaleza jurídica exclusivamente. En primer término, es un error oponer el derecho – el derecho del Estado – a la política: el derecho, regla establecida por la sociedad política, está ordenado necesariamente a los fines de la política. Por tanto, en la medida en que los tribunales han de elaborar el derecho será preciso que lo hagan en función del Estado y de sus fines; lo que es la misión de la política. Y después es ilógico el separar de la política el poder judicial cuando este último tiene competencia - en caso de laguna legal – para suplir al poder legislativo, que es poder esencialmente político. Se sabe, por lo demás, cómo funciona esa suplencia: acaba por instituirse una jurisprudencia, que de hecho es equivalente a la ley esta equivalencia de hecho – equivalencia de derecho en los países de Judge made law [el juez hace derecho] – es la que confiere valor cuasi legislativo a los principios de derecho jurisprudencial establecidos poco a poco por tribunales partiendo de los casos concretos. (BADIN, Jean. **Teoría General del Derecho**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1995. P. 34-35.)*

⁷⁹⁰ Temos reiterado, ao longo deste nosso trabalho, a convicção de que o Direito é importante para conformar a vida social, só lhe cumprindo a função de compor conflitos que nela se configurarem, quando irresolvidos por outros meios socialmente institucionalizados e admissíveis. Porque assim é, relaciona-se necessariamente a determinada organização política da convivência humana, se não for mais exato dizer-se que esta é que lhe define o conteúdo, resultado do efetivo confronto das forças sociais que esse grupo organizado operam. **O processo de produção do Direito**, por conseguinte, é sempre dependente da realidade social que buscar ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança, mediante a predeterminação e institucionalização de modelos ou esquema de solução de conflitos coercitivamente aplicáveis aos casos concretos. **A produção do Direito, portanto, sempre foi reservada, e sempre o será, aos que, no grupo, se mostrem aptos a monopolizar o uso legítimo de força.** Tenham sido eles os chefes de família gregos ou romanos, o patriarcado ou a aristocracia, a burguesia ou os estamentos burocráticos dos partidos únicos, se hegemônicos, monopolizarão o processo de produção do Direito. (PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Julgando os que nos Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 93.)

⁷⁹¹ MORELLO, Augusto M.. **El Derecho y Nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 17.

⁷⁹² BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. P. 140.

⁷⁹³ A separação entre Direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do Direito. Essa separação é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Nela se cultivam crenças como a da neutralidade científica, da completude do Direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de

Desta forma, a Politização do Direito pela via judicial, o qual faz emergir um novo paradigma no qual o juiz transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia por meio da prestação jurisdicional que lhe é dada por via da existência de uma Jurisdição, que passa a provocar transformações políticas, sociais e econômicas. É o mais relevante é afirmar que o Ativismo Judicial transforma o Direito em seu amago, por meio da Política⁷⁹⁴.

Neste sentido ocorre o abandono da preservação da Juridicidade do sistema que vem a possibilitar a invasão da corrente substancialista como critério ideológico político, sujeitando-se igualmente a voluntarismos e discricionariedades daqueles destinados a expressar o conteúdo de uma Decisão Política⁷⁹⁵.

No tocante a Política esta pode ser vista em duas perspectivas: *a*) como *ciência* a mesma mostra que Estado e circunstâncias de determinado povo diante das leis sociologias; *b*) como *arte*⁷⁹⁶, pois ela serve ao descobrimento, empírico, ou experimental indutivo, dos meios

concretização das normas jurídicas, em valorações estritamente técnicas. Tal perspectiva esteve sob fogo cerrado ao longo de boa parte do século passado, tendo sido criticada por tratar questões políticas como se fossem linguísticas e por ocultar escolhas entre diferentes possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível. Mais recentemente, autores diversos têm procurado resgatar o formalismo jurídico, em uma versão requalificada, cuja ênfase é a valorização das regras e a contenção da discricionariedade judicial. (BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política*. Disponível em: < www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acessado em: 03-09-2013. P. 15 e 16.)

⁷⁹⁴Há uma grande contradição no encontro da decisão judicial com a Política, são como dois elementos que, na linguagem do paradigma liberal do Direito e do Estado, pertencem a esferas diferentes e não podem se encontrar. São dois fenômenos cuja relação causa impacto no observador por precisamente não carregarem consigo nenhuma partilha no conhecimento jurídico acumulado, salvo a condição própria de serem compreendidos em separado, em um mundo comum, no qual, todavia, vivem. Este constrangimento da permanência e relacionamento no mesmo mundo se expressa da maneira mais simples e necessária no debate presente sobre a *politicidade das decisões judiciais*. Há sempre, de um lado, uma impossibilidade habitando na questão de fundo da legalidade e, de outro, a exigência premente de não olvidar o possível e perder de vista o objetivo da fundamentação substantiva das decisões judiciais na era da complexidade da Sociedade e do exaustivo debate sobre a questão dos direitos fundamentais. A esfera judicial vem apresentando cada vez maior articulação com a esfera política, originando um intenso debate sobre o alcance e possibilidades dessas conexões. Por um tempo vigorou o modelo desejável de um processo deliberativo atento à promoção da Democracia com forte ênfase nos compromissos democráticos dos agentes das decisões judiciais. Hoje a discussão é mais ampla e, paradoxalmente, atinge a própria legitimidade jurisdicional para tomar decisões de caráter político, o que leva necessariamente ao estudo do grau de politicidade de suas deliberações. (MONTEIRO, Cláudia Servilha. *A racionalidade da decisão judicial política*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. P. 193.)

⁷⁹⁵Enquanto Hans Kelsen juridiciza o poder, Carl Schmitt pretende na sua construção epistemológica a politização do Direito, a partir de uma teoria material da Constituição. Cumpre ressaltar a importância que se confere ao sentido de Constituição enquanto vetor de interpretação, cujo resultado tem influência direta sobre a pluralidade normativa que, em dado ordenamento, se enfeixa na unidade do sistema constitucional. (PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *O Juiz no contexto da interpretação jurídica*. Bimestral. Idéias Legais - Ano 1 - nº 4 - Julho e agosto. Campo Grande – MS: Escola Superior da Magistratura da 24ª Região, 2005. P. 27–28 e 30.)

⁷⁹⁶*La dirección del Estado no puede ser anónima: la ocupación del poder necesita un arte que tiene como nombre política. La política supera a la cibernética del aparato; es el dominio de la decisión, de la elección, de las estrategias de acción interior y exterior, y necesita reflexión, consejo, debate, consciencia, voluntad de individuos responsables. Es un arte complejo, incierto y decisivo que, en los momentos críticos y críticos, compromete a la sociedad por entero. Y, e el riesgo y el alea, toda sociedad, incluso democrática, necesita jefes responsables. Los jefes pueden identificarse con su función y consagrarse al servicio de la sociedad, pero al mismo tiempo pueden convertirse en parásitos que ponen el poder a su servicio.* (MORIN, Edgar. *El Método: La Humanidad de la Humanidad. La Identidad Humana*. 1ª Ed. Madrid: Catedra Teorema, 2003. P. 202.)

técnicos mais próprios ao Governo e ás relações de ordem jurídico estatal no momento ou período que ele vive. Resta evidente que todas as Constituição Contemporâneas precisam ser obra editada, profunda, tanto da ciência como da arte política, de ciência jurídica e de técnica jurídica⁷⁹⁷.

Neste sentido, *la política si può in un certo senso considerare como la gestazione del diritto: un accavallarsi di correnti inquiete che cercano di aprirsi un varco per arrivare a trovar appagamento e riposo in leggi che le riconoscano e le tutelino. Tutte le critiche rivolte contro gli ordinamenti invecchiati, la lotta contro le istituzioni, le aspirazioni delle classi sacrificate, le sommosse e le rivoluzioni, si ruducono, per chi le consideri sotto l'aspetto giuridico, a movimenti di interessi disconosciuti e conculcati dalle leggi vigenti, che lottano per l'abolizione di esse e per la creazione al loro posto di altre leggi che trasformino questi interessi in diritti. Ogni attività politica, anche estrema e sovvertitrice, mira a creare un ordine nuovo che sia consacrato in leggi: la politica è la dinamica di cui il diritto è la stasi e l'acquetamento.*^{798, 799}

Conclui-se: que tanto no Direito quanto na Política, como em todas as ciências, é preciso acompanhar o movimento do espirito humano^{800 801}.

⁷⁹⁷MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 29.

⁷⁹⁸CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 69

⁷⁹⁹*En el interior de la vida política hay sitio para el derecho, o mejor todavía, necesidad del derecho. Costumbres, leyes, procesos e instituciones jurídicas de una comunidad son importantes elementos de aquella identidad supraindividual del nosotros y de la subsiguiente familiaridad intersubjetiva. Tales hechos jurídicos son, por su estabilidad, garantía de la duración en el tiempo de la citada identidad supraindividual. Cada ordenamiento jurídico nacional encuentra su fundamento en una constitución. Una constitución no es otra cosa que la traducción y consagración en normas jurídicas del tipo de régimen político propio de la comunidad. Para la política, el derecho es un instrumento de movilidad, además de duración. Mejor derecho, de movilidad en la duración. Según la teoría institucionalista, no solo es cierto que donde hay sociedad allí hay derecho, sino que simplemente, no hay derecho sino allí donde una sociedad. (COTTA, Sergio. *Que es el Derecho*. Madrid: Rialp, 2000. P. 8-9.)*

⁸⁰⁰MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. P. 29.

⁸⁰¹*La palabra "política" se atribuye actualmente a cualquier tipo de actividad humana: moda, economía, industria, etc, pero se advierte su distinto significado cuando le atribuimos un fin. Cada uno de nosotros mantenemos una identidad individual en cuanto seres pensantes, pero no dejamos de ser conscientes de esa identidad colectiva que nos agrupa socialmente desde el momento en que nos vemos como seres finitos o limitados. El aspecto social, la identidad colectiva del hombre constituye el ambiente humano de la política. El hombre es un animal político. La política no puede ser emparentada con el sinónimo de poder, ya que éste, por sí mismo no existe. El poder no es más que un elemento de la conciencia colectiva. De hecho, el poder se manifiesta usualmente como servidor de la comunidad. Si el poder no se apoya en la conciencia común, estaremos ante la opresión ignorante del sentir social o colectivo. Lo específico del valor político es ser común a un grupo humano, por lo cual, la expresión idónea para designarlo es la tradicional del bien común. Lo que importa en el bien común, desde el punto de vista de la vida política es precisamente, que es común, y está, por tanto, en disposición de conferir esa identidad supraindividual que aumenta la estatura del individuo. La importancia del elemento comunitario en la vida política se ha puesto de manifiesto de muchas maneras. En el plano lingüístico, en expresiones como patria, La misma palabra remite a cierto bien común. Incluso, pensemos en el constante uso de los símbolos, la bandera, el himno. Todos tienen un significado de reclamo unitario, como*

Portanto, a política ganha legitimidade funcional por mediação da Constituição^{802, 803}, pois ela é o centro gravitacional que serve de motor que impulsiona⁸⁰⁴ o processo de todo o sistema jurídico-político⁸⁰⁵.

Superada as primeiras digressões, deve-se notar que pela imposição natural das transformações ocorridas diante do Estado vieram a incidir na contemporaneidade a invasão da Política no Direito consubstanciada tal invasão pelo Poder Judiciário que faz conjecturar que o Direito é um empreendimento Político⁸⁰⁶.

O Poder Judiciário impulsionado pelo fenômeno Ativista realizado por sua função jurisdicional em suas sentenças-decisões que pode sem chamadas de Decisões Políticas visam a atingir um objetivo coletivo, para com a sociedade e indivíduo, exercendo desta forma o Poder Político o qual é detentor por meio de suas funções.

O Ativismo Judicial dimensiona-se meio a uma transferência acentuada de Poder Político para Juízes e Tribunais frente à função jurisdicional que lhes é atribuída, e que por derradeiro acabam por promover alterações significativas na linguagem, na argumentação e

símbolos de la unidad supraindividual. La res pública, en cuanto a res populi encuentra en los símbolos expresión de su existencia y capacidad para recoger en un nosotros consciente a individuos distintos entre sí. También las clases sociales recuperan esos elementos, más influyentes cuanto más se sientan y actúen aquellas como actores políticos. Quienes plantean la política en términos clasistas insisten en la necesidad de la conciencia de clase, conciencia de un preciso nosotros y de un preciso bien común de la clase. Esos elementos de la política se hallan en cualquier tipo de agrupación política y en cualquier tipo de acción política, puesto que son elementos estructurales y no circunstanciales del vivir político. (COTTA, Sergio. *Que es el Derecho*. Madrid: Rialp, 2000. P. 7-8.)

⁸⁰²É a diferença entre Direito superior, a Constituição, e o demais Direitos, que acopla estruturalmente Direito e Política, possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política. Em outros termos, é por intermédio da Constituição que o sistema da Política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva. (OLIVEIRA, Andrade Cattoni de. (coordenação). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. P. 25.)

⁸⁰³Constituição, e cuja realização deve o juiz assumir como responsabilidade correspondente ao papel que exerce no Estado Constitucional, e que é valorizado a partir da prática interpretativa - potencializada pela familiaridade de um estudo constante - construtora, e não criadora, da normatividade. Isso implica em juízes engajados na prática do Direito, em busca de soluções inovadoras e edificantes para a construção do ambiente constitucional a partir da interpretação. (PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *O Juiz no contexto da interpretação jurídica*. Bimestral. *Idéias Legais* - Ano 1 - nº 4 - Julho e agosto. Campo Grande – MS: Escola Superior da Magistratura da 24ª Região, 2005. P. 44-45.)

⁸⁰⁴Neste sentido, como refere M. Barberis: um juiz “de esquerda” pode interpretar um artigo da Constituição no sentido de este permitir uniões homossexuais, enquanto que, para um outro juiz “de direita”, esse artigo as proíbe. (HESPANHA, António Manuel. *Idéias sobre a Interpretação*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 36.)

⁸⁰⁵Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, inovação, a mudança, que também contribuem pra o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. (HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002. P. 26.)

⁸⁰⁶DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 239.

no modo de participação da sociedade por absorverem acentuadamente a consciência popular⁸⁰⁷.

Corroborar-se que:

In questo sistema di produzione giuridica, che possiamo chiamare sistema della formulazione giudiziaria del diritto, il giudice è *posto direttamente a contatto colla coscienza popolare*, nella quale il diritto flutua allo stato di sentimento, non ancora fissato i precise norme razionali, e, da quella coscienza di cui egli stesso è partecipe come membro della consociazione, il giudice attinge la ispirazione per risolvere di volta in volta, secondo principi che egli non crea ma che già trova esistenti in sé, le controversie che si presentano al suo giudizio: talché, nessuno schermo intermedio frapponendosi fra il diritto e il giudice, *questi si trova continuamente a contatto colla viva e fresca realtà sociale, e può sentirne i bisogni e fedelmente seguirne l'ascensione.*⁸⁰⁸

A Política introjetando-se no Direito pela via Jurisdicional tem como finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a Justiça entre os cidadãos e entre eles e seu Governo, ou alguma combinação dessas alternativas⁸⁰⁹.

No entanto os assuntos levados aos juízes e tribunais apresentam grande relevância social, e serão agendados e definidos na decisão judicial, já que os demais poderes do Estado negaram-se de solucioná-los pela sua omissão, deste modo tais assuntos, passam a integrar as decisões de cunho político.

Saliente-se que a interpretação do Direito realizada pelo Juiz-Tribunal carrega em sua essência uma forte valoração política revelando uma sociedade livre e aberta que vem a potencializar com aptidão a oferecer alternativas para a interpretação⁸¹⁰ do Direito. Tem por escopo ordenar o esforço social e individual, para que se deliberem as disputas sociais e individuais, fazendo assim com que ocorra a realização da Justiça entre os Cidadãos e entre o seu Governo.

In un significato ampio, la politica abbraccia tutte le attività pratiche che concorrono a creare l'ordine nella società: e quindi, anche nel sistema della divisione dei poteri, si

⁸⁰⁷BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 12-01-2013.

⁸⁰⁸*Ma questa contrapposizione tra giustizia e politica, che è necessaria nel sistema della legalità, sparisce nel sistema del diritto libero; se nel sistema della formulazione legale il giudice deve essere soltanto un giurista, cioè un interprete fedele del diritto già fissato in formule dal legislatore, nel sistema della formulazione giudiziaria il giudice deve per forza essere un politico: perchè, non trovando dinanzi a sé la gui delle leggi precostituite, è costretto a cercar per suo conto i criteri di decisione nel tentar caso per caso quella diagnosi delle forze sociali nel sistema della legalità à fata per classi dal legislatore.* (CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. Págs. 14-15 e 70.)

⁸⁰⁹DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 239.

⁸¹⁰HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002. P. 43.

può considerare política tanto l'attività degli organi legislativi che formulano il diritto in astratto, **quanto quella degli organi giurisdizionali, che lo fanno valre applicandolo ai casi concreti**. Ma nella contrapposizione tra giustizia e politica, che si vuol fare quando si vuol affermare che questa seconda attività non deve intralciare l'esercizio della prima, alla parola politica si dà un significato più ristretto e specifico: adoprandola per indicare, in contrapposizione all'attività giuridica che tutta si svolge nei limiti ed in esecuzione del diritto vigente accettato senza discuterlo così com'è, tutte quelle attività che, discutendo **criticamente il diritto vigente, precedono e preparano la creazione del diritto futuro. Antitesi fra giustizia e politica significa dunque antitesi fra ius conditum e ius condendum: fra la osservanza del diritto vigente fedelmente interpretato, e la polemica per mettere al posto del diritto vigente un diritto nuovo che sia più adeguato alle mutate esigenze storiche della società.**⁸¹¹

Desde muito tempo ocorre certa relação tensionante entre o Direito e a Política. E assim, o Juiz ou Tribunal aplicam certamente Direito; mas a aplicação deste Direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas⁸¹².

De tudo, subsiste um conflito inegável entre democraticidade-legalidade^{813, 814} e um cognitivismo ético subjacente à criação judiciário do Direito, e não se trata apenas de um conflito de natureza académica, pois frequentemente traduz **questões de opção política**^{815 816}.

É necessário articular que aos juízes cabe a interpretação jurídica e que esta refletirá em uma teoria política, assim efetiva-se o Ativismo Judicial, o qual por várias características

⁸¹¹CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 68-69

⁸¹²BACHOF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Vol. LVI. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. P. 10.

⁸¹³*En resumen: la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho/y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz -la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza- está asegurada en otra parte: en el sistema político.* (LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. P. 304.)

⁸¹⁴*Más compleja es la diferencia entre derecho y política, puesto que en la sociedad moderna la mayor parte de las leyes son, sin duda, expresión de una voluntad política. No es difícil sin embargo, demostrar que no existe una perfecta y constante coincidencia entre derecho y política.* (COTTA, Sergio. *Que es el Derecho*. Madrid: Rialp, 2000. P. 2.)

⁸¹⁵HESPANHA, António Manuel. *Ideias sobre a Interpretação*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 36.

⁸¹⁶*En definitiva, ¿qué es una cuestión política? ¿Es posible distinguir lo político y lo jurídico o son dos caras de la misma moneda? El dictado de toda norma jurídica, salvo normas como las leyes de tránsito que resuelven simples problemas de coordinación social, implica una decisión política y la mayor parte de las decisiones políticas vinculantes tienen su expresión en normas jurídicas. Entonces, ¿cuál es este criterio de distinción entre cuestiones políticas y cuestiones jurídicas que nuestra Corte Suprema, a diferencia de la Corte Suprema norteamericana ha llevado lejos? Tal vez existe una intuición subyacente al tema de las cuestiones políticas y que, quizás, podría ser captada por una distinción que ha hecho hace algunos años el profesor Ronald Dworkin. Dworkin distingue dos tipos de razones o de argumentos que se dan en el ámbito jurídico, por un lado, los argumentos fundados en los derechos individuales: el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, etc. Por otro lado, los argumentos basados en lo que él llama objetivos sociales colectivos, como por ejemplo un argumento basado en la defensa, en la seguridad pública, en la necesidad de aumento o no de la población, etc. ¿Cuál es la diferencia entre argumentos basados en derechos y los argumentos basados en políticas o en objetivos sociales colectivos?.* (NIÑO, Carlos S.. *La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989. P. 82-83.)

estruturais passam a elaborar a exigência de uma interpretação mais ajustada em conformidade com questões substancialistas que refletem diretamente os objetivos sociais, políticos e morais⁸¹⁷. Realiza também princípios de Justiça. Deste modo, o Judiciário serve de palco na busca por justiça, igualdade efetiva e por concretização dos direitos fundamentais.⁸¹⁸

Com o advento do Estado Democrático de Direito as realidades sociais democráticas emergem complexidade na contemporaneidade as decisões tomadas pelo Poder Judiciário até então jurídicas sobrecarregam-se na atualidade de questões com largo alcance político e social, as quais acabavam criando Direito pela via Jurisdicional fenômeno este pode ser chamado de Ativismo Judicial⁸¹⁹ que vem a superar instâncias políticas tradicionais^{820, 821}.

⁸¹⁷*Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade*: aquilo que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõem. (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 136.)

⁸¹⁸En síntesis: por una parte, la debilitadora retirada y prescindente comportamiento del Estado no obstante ser (debe ser) el motor clave de los equilibrios sociales. Por la otra, la Justicia ejerce o reconduce programas de gobierno, les da sentido, posibilidades, fijeza. Ahora los jueces y lo más trascendente la Corte Suprema ya no se limitan a definir o componer conflictos, controversias, casos. Su tarea, fundamentalmente la formativa y docente, ha subido a otro nivel de amplísimas direcciones y significación institucional. (MORELLO, Augusto M.. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000. P. 19.)

⁸¹⁹*Così, affinché il diritto, dalla coscienza sociale in cui vive allo stato inorganico, possa giungere a trasformarsi in sentenza, occorrono qui due tappe laddove nelle consociazioni primitive bastava una tappa sola: tra il giudice e il diritto, che nella sua realtà sociale è qualcosa di vivo, di mutevole, di perghovole, si è frapposto ormai uno schermo rigido e fisso, che si chiama la legge, dalla quale il giudice non può torcere gli occhi per peragonarla colla società di cui essa si dice espressione, per accertarsi se veramente essa abbia tenuto conto di quegli interessi e di quei sentimenti collettivi, che dovrebbero formare il suo contenuto sostanziale. Questo non significa che, nel sistema della formulazione legislativa del diritto, il diritto si identifichi colla legge; al contrario, la legge resta non più h la espressione ufficiale di diritto, la sostanza di cui il legislatore si serve per riempir le sue formule verbali. Esiste prima della legge e al disopra del legislatore; ma, ciò nonostante, dato il principio della separazione dei poteri, il quale vieta al giudice di andare al di là della fonte formale e di verificare la sua corrispondenza con la fonte materiale, il giudice non è tanto un interprete del diritto, quato un interprete della manifestazione di volontà emanante dal legislatore; così, mentre nel sistema della formulazione giudiziaria il giudice legge il diritto nel testo originale, nel sistema della formulazione legislativa il giudice può leggerne soltanto la traduzione, più o meno corretta, che il legislatore ne ha fatta nelle sue leggi. Tale barriera posta tra il giudice e le vive scaturigini sociali del che sta a base di tutte le codificazioni; fidandosi sulla cosiddetta forza di espansione logica della legge, il giudice deve, con imperturbabile impassibilità, cercare una legge emanata cent'anni addietro la soluzione di tutti i problemi giuridici che un secolo di civiltà ha suscitati e che il legislatore di allora non poté neppure lontanamente prevedere. Se la legge più non risponde ai bisogni della società attuale, spetta al legislatore di oggi modificarla; ma, finché al legislatore non piace di smantellre qualche torre di questo suo annoso castello, il giudice dee aggirarsi prigioniero il mondo vive all'aperto a senza posa si rinnova. Questa speie di segregazione legislativa ui il giudice è condannato nello Stato costituzionale scito dalla Rivoluzione francese, si ripercuote anche sulla posizione che il giudice assume nel nostro ordinamento giudiziario. Se da noi il giudice non deve essere altro che un fedele interprete della volontà del legislatore, le qualità che più si devono pregiare in lui son quelle dell'acume logico, della fredda sapienz ragionatrice, dell, agilità tecnica nel servisi di tuttii gli strumenti dell'ermeneutica per sviscerare a pieno i segreti di un testo: il giudice non deve essere (come dev'essere invece nel sistema della formulazione giudiziaria del diritto) soprattutto un giurista, che, posto dinanzi a una norma giuridica, trascuri deliberatamente ogni indagine relativa alla bontà sociale del suo contenuto,, e si fermi a indagare i soli problemi he si riferiscono al suo meccanismo formale.* (CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968. P. 15-17)

Porque la politicidad es rasgo consustancial a la misión jurisdiccional y la sentencia constituye un propio acto político y de imperio, en tanto se dicta en nombre del Estado, además de contener una decisión que escoge entre varias alternativas, lo que la erige en un acto de gobierno que, por añadidura, implica una programación del comportamiento social. Empero, naturalmente, politicidad no significa partidismo y sectorialización. Más aún, el Poder Judicial integrado por todos los jueces es, igualmente, un poder político, al menos en cuanto órgano del Estado y también por las funciones que le están asignadas.⁸²⁰

Por meio do Ativismo Judicial Substancialista há de se conferir que a interpretação aplicada pelo juiz dá melhor respostas aos anseios da sociedade democrática. Por esta teoria, o juiz adotarà a responsabilidade correspondente ao papel que exerce diante do modelo de Estado acima citado, valorizando este julgador uma prática interpretativa e hermenêutica.

Deve-se assim rever: *el papel de la función judicial equivale a redimensionar el papel del Estado. es preciso devolverse su función de cauce racional de la actividad social; hacerle ofrecer al individuo una garantía mínima, nunca exhaustiva, de sus derechos; apártale de toda pretensión de monopolizar lo político, porque despolitizar a la sociedad equivale a aniquilarla. Sólo reconduciendo lo político y lo social (a la superación ética de la insolidaridad) cabrá reconciliar lo público y lo privado. Cuando lo político lo monopoliza el Estado, tiende a considerar la actividad social como interés privado particularista e ilegítimo; a la vez invita a que la sociedad considere lo público como lo estatal, enfocando*

⁸²⁰Suponha que tenhamos decidido (por razões da teoria jurídica ou de outra teoria política) que a prática constitucional bem exige que os juízes tenham em vista e apliquem as intenções abstratas dos constituintes, embora para isso os juízes devam fazer julgamentos de moralidade política. (...) Se minhas afirmações sobre o papel da política na interpretação jurídica são fundadas, devemos esperar descobrir opiniões claramente liberais, radicais ou conservadoras não apenas sobre o que a Constituição e as leis de nossa nação deveriam ser, mas também sobre o que são. E é isso exatamente o que encontramos. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 73, 246.)

⁸²¹Ellos ofrecieron el lenguaje teórico de una confrontación política de amplias dimensiones: entre el listado de esta teoría transnacional, propia de la segunda mitad del siglo XX pero sólo hasta ahora incorporada en la enseñanza del derecho nacional, figuraban preeminentemente los nombres de H.L.A. HART, J. RAWLS, R. DWORKIN y R. ALEXY. Todas estas nuevas ideas antitradicionales empezaron a circular entre grupos, pero su influencia amenazaba con quedarse en ruminaciones de las élites intelectuales. En esta ocasión, por tanto, faltaba un mecanismo de transmisión que asegurara, por parte de los jueces inferiores, más apegados a la teoría tradicional, un mínimo de cooperación con los nuevos idearios teóricos y constitucionales. En efecto, la instalación en el sistema jurídico de esta nueva sensibilidad constitucional fue "parcial", en el sentido de que la Corte Constitucional debió compartir escenario con la jurisdicción común que, para todos los efectos prácticos, continuó trabajando dentro de modelos más o menos tradicionales de función judicial. Esta jurisdicción común puede ser definida en bloque, por formación, como "tradicional/positivista". Ello significa, en conjunto, que en su idea de derecho se conserva una rígida dicotomía entre legislación y adjudicación, por un lado, y entre su especialidad funcional (derecho civil, penal o laboral) y las órdenes abstractas del derecho constitucional, por otro. Su definición del derecho, además, concentrada durante años en la defensa del círculo propiedad/contrato/sucesión, los hacía poco sensibles a la tarea de definir y defender nuevos derechos no vinculados a los tradicionales. (MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006. P. 322-323.)

⁸²²BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. Civil Procedure Review, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010. P. 54.

*como una ajena prestación de servicios y asumiendo al respecto una actitud estérilmente reivindicativa. El individuo ha de entender lo público como actividad social (ni privada ni estatal), y responsabilizarse de la participación que ella le exige; el Estado ha de renunciar a monopolizar lo público (estatalizándolo) y a considerar la actividad social como un intrusismo perturbador, para aspirar a encauzarla sin disminuir su potencialidad. Reconciliar lo público y lo privado equivale a reconstruir el Estado, convirtiéndolo en instrumento de la sociedad.*⁸²³

As decisões tomadas em especial pelas Cortes Constitucionais⁸²⁴ têm um efeito altamente criativo/construtivo que se incidem através da hermenêutica e da interpretação criativa-construtiva do Direito, por derradeiro as decisões jurídicas por tal órgão exaradas são decisões essencialmente políticas, e estas além de apresentar criação de *ex novo* regulam também os demais órgãos que compõe o Estado^{825 826}.

⁸²³ OLLERO, Andres. *Interpretacion del Derecho y Positivismo Legalista*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 165

⁸²⁴ Essas particularidades resultam das relações próximas da jurisdição constitucional com as funções da direção e configuração política. A jurisdição constitucional tem de decidir questões mais numerosas com toque político e de alcance político do que outras jurisdições. Suas próprias decisões podem desdobrar efeitos políticos de alcance considerável. Elas podem avizinhar-se de uma decisão política, tanto mais que elas regularmente podem ser obtidas não sobre a base de normalizações detalhadas, senão somente com base nos critérios amplos e indeterminados da Constituição. A realização dessas decisões, finalmente, está sujeita a condições completamente diferentes do que aquelas de outras decisões judiciais. (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª Edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998. P. 420-421.)

⁸²⁵ *Orbene, è proprio questo l'effetto della preposizione politica: anzi, ben può dirsi che essa rappresenti un efficace strumento per rafforzare la possibilità —di cui si è detto in precedenza— di individuare un caso concreto quale esempio di un criterio generale di condotta, senza la necessità di “ulteriori direttive”. Nominare un interprete “di fiducia” ovvero un interprete che in qualsiasi momento può essere rimosso dal suo ufficio ne condiziona l'attività ermeneutica, prevenendo il rischio che, tra più significati che possono essere conferiti ad un termine generale, ne venga scelto uno non rientrante nell'“accordo interpretativo” posto dal preponente e che, all'atto di applicare la norma e di stabilire se un caso concreto vi rientri o meno, si dia rilevanza a circostanze anch'esse estranee al medesimo “accordo”. Più precisamente, l'effetto precipuo della dipendenza politica di un interprete consiste nell'impedirgli di partecipare all'“accordo interpretativo” sul quale si basano le norme che deve applicare: non solo è piuttosto improbabile che l'individuazione di “casi normali” diversi rispetto a quelli oggetto dell'“accordo” del preponente, ma qualsiasi tentativo di modificarlo equivale ad un dissenso cui il preponente ben può rimediare con la rimozione del preposto stesso. Si badi che la dipendenza politica di un interprete lo esclude, per così dire, dalla “gestione” dell'“accordo” attraverso cui il preponente ha inteso i termini generali e con il quale individuare i “casi familiari”, ma non costituisce un criterio di individuazione degli stessi che si ponga accanto ed oltre l'“accordo” stesso, soprattutto, poi, se si accarezza l'idea di risolvere definitivamente grazie ad essa i problemi di ambiguità e vaghezza del linguaggio normativo.* (BISOGNI, Giovanni. *Dipendenza Politica e Teoria Dell'interpretazione Giuridica*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. P. 402.)

⁸²⁶ As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. (...) Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles propõem a tomar. (...) As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da

Configura-se assim uma tenaz função política, a qual passa a se decidir questões mais numerosas com toque político e de alcance político do que as demais jurisdições.

5 - INTERPRETAÇÃO CRIADORA/CONSTRUTIVA DO DIREITO

No que tange à *Interpretação Criadora-Constructiva do Direito*, para que assim, não se tenha uma interpretação autêntica do Direito (como a apresentada por Kelsen), busca-se demonstrar que com uma Filosofia do Direito (e não uma Filosofia no Direito) venha-se com auxílio da Hermenêutica Jurídica fazer a construção criativa do Direito por meio do Ativismo Judicial de forma mais adequada para com a Criação do Direito.

A fusão de dois horizontes, entre a Hermenêutica Jurídica e Criação do Direito pela via Judicial, se dá na seguinte premissa: se interpretar é aplicar (Gadamer), e aplicar é criar direito (Kelsen), assim justifica-se toda a exposição do ora trabalho. Construir-se-á a teoria Hermenêutica Jurídica de cunho filosófico para assim compreende-la, e no fim de tal capítulo, se defenderá a interpretação criativa-constructiva do direito pela via Judicial, assim dando a viabilidade para que se realize o Ativismo Judicial.

5.1 - FILOSOFIA DO DIREITO E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: (NOVA) HERMENÊUTICA JURÍDICA

*La filosofía es la actividad en la que nos embarcamos (a veces sin quererlo) cuando nos ponemos a pensar críticamente sobre los conceptos, creencias y procedimientos que utilizamos habitualmente. Los conceptos que empleamos pueden ser comparados con los anteojos con los que miramos el mundo o con la estructura sobre la que se asienta el edificio del conocimiento que tenemos de él. Por eso la filosofía se puede caracterizar, metafóricamente, como la actividad de reflexión sobre las lentes mismas de esos anteojos, o compararla con la actividad de un ingeniero cuando diseña la estructura de un enorme edificio.*⁸²⁷

As ciências por volta da segunda metade do século XX despertam de um sono profundo, se dão conta da finitude inerente do ser humano, isto é, passam a reconhecer as limitações cognitivas e explicativas próprias do homem, algo para o qual a literatura (do absurdo) e a filosofia (hermenêutica) já vinham apontando o repensar dos dogmas próprios do pensamento moderno – certeza, razão, verdade, método, técnica, lógica e a própria dicotomia entre sujeito e ação – perdem sua consistência, desmanchando-se no ar, visto que tudo se torna efêmero, visto que levam o selo da provisoriedade⁸²⁸.

Impõe-se ao despertar deste sono profundo pela nova consciência filosófica (defende-se no presente trabalho *a hermenêutica cunhada pelo giro ontológico-linguístico*⁸²⁹), criando assim um novo horizonte, que se revelou extremamente fecundo, e que terminou por criar um

⁸²⁷BONORINO, Pablo Raúl; AYAZO, Jairo Iván Peña. *Filosofía del Derecho*. 2ª Ed.. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006. P. 7.

⁸²⁸TRINDADE, André Karan; CASTRO, Fábio Caprio Leite. *A filosofia no Direito e a Temporalidade Jurídica*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1. n. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007. p. 43.

⁸²⁹A hermenêutica que proponho – e o presente posfácio tem o intuito de reforçar essa convicção – forja-se no interior de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do direito, e a revolução copernicana provocada pelo *giro -linguístico -ontológico*. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos, que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista. De outro, parece não restar(em) dúvida(s) de que, contemporaneamente, a partir dos avanços da teoria do direito, e possível dizer que não existem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação. Nesse sentido, “*conceitos*” que tenham a pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação, nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico – caracterizado pelo emprego sistemático da análise lógica da linguagem a partir do descobrimento do significado dos vocábulos e dos enunciados, da distinção entre enunciados analíticos e enunciados empíricos e da diferenciação entre fato e valor. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 588.)

lugar já criado (por decidir: o lugar) do pensamento de nosso século⁸³⁰, que apresenta diretamente em uma filosofia científica proveniente da realidade social do Homem a saber, assim busca ser em si compreensiva, e não extensiva: Filosofar cientificamente é co-exaurir. A função da filosofia científica é uma exaustão⁸³¹.

O homem passa a ser o centro do universo, esta é a nova consciência filosófica, que como alude Pontes: Homem, Medida das Coisas – Não podemos elidir o real que constitui e envolve as coisas e lhes dá objetividade, nem a nós mesmos, que as sentimos e descrevemos. Por isso, desde PROTÁGORAS se diz que o homem é a medida de todas as coisas⁸³².

A pedra angular é a filosofia da identidade: indistinção do e eu do não-eu. Modalidades do espírito, as noções do espaço e do tempo representam, com tudo, entidades reais, sem as quais não se poderiam determinar as coisas, nem explicar nossa corporalidade. O plural e o uno juntam-se na causalidade. Dai a possibilidade de conhecer objetivamente o mundo. Porém não é a **intuição** o limite do conhecimento: pelo pensamento, o conhecer vai além do espaço e do tempo, penetra o domínio metafísico e trabalha, então, com o próprio infinito. A matemática dá-nos o exemplo. É o reinado suprema da ideia. No desenvolvimento do mundo, há o resultado do pensamento lógico: oposição da tese à antítese e conciliação na síntese. Ser e não ser fundem-se o vier e ser.⁸³³

Parte da filosofia do homem, a filosofia do direito depende como aquela, da filosofia do mundo⁸³⁴, no que se refere especificamente à filosofia do Direito ela apresenta tarefas em

⁸³⁰D'AGOSTINO, Francesco. *Interpretación y Hermenéutica*. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: < http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12-12-2012. P. 44.

⁸³¹MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo I. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 313-314.

⁸³²E, certamente, é impossível a existência de verdades humanas (convicções) independentes do sujeito: não seriam conhecimento. A própria igualdade dos sujeitos que pensam é apenas uma hipótese: a da igualdade gnosiológica dos homens. E é por essa razão que, a despeito de serem melhores métodos objetivos, o fim de toda a Ciência é a convicção subjetiva, e não a certeza objetiva. Mas o mundo continua de existir, sujeitos a leis, depois morremos. De tudo isso tiramos que o nosso conhecimento é processo biológico, como querem os pragmatistas, porém não há dúvida que é impossível elidir a coisa em si. Dizer que tudo é ideia seria suprimir realidade, com a qual a ideia nos poria em comunicação. Em todo o caso, não falamos da coisa em si como objeto de conhecimento, nem mesmo como conhecimento, - o que conhecemos é o nosso aparelho psico-fisiológico de percepção do mundo, a relativa situação do seu alcance, a sua aptidão de ver o exterior, as relações, e não o íntimo, a substância, o absoluto das coisas. De certo valem pouco os argumentos psicológico e fisiológico do idealismo (primeiro, o imediato objetivo do espírito somente podem ser as ideias ou estados, os objetivos exteriores, se existem só indiretamente podem ser conhecidos, inferência, cujo valor é discutível e duvidosa a utilidade: segundo, a) o objeto à distância parece menos, bem como, se comprimo o globo de um olho, vejo duplo; b) de longe, a árvore é cinzenta, e, de perto, verde, etc.); a verdade é que bastaria não conhecermos a totalidade das qualidades, composições e circunstancias do mundo, o seu futuro, o seu passado e o instante matemático do presente, para que fosse relativo, e não absoluto, o conhecimento. (MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo I. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 37-39.)

⁸³³MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 61-62.

⁸³⁴MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 62.

duas vias. De um lado, deve fixar, assim, globalmente, o lugar o qual ocupa a pergunta pela essência e fundamentos do direito no contexto das tendências filosóficas do nosso século, de outro lado, deve por à prova e coordenar entre si essas tendências a partir do *locus* (diferido do *nomos*) filosófico que chamamos Direito⁸³⁵.

Por tudo isso, apresenta consequências de grande interesse: quer *legislativa*, quer *interpretativa*⁸³⁶, a filosofia do direito deve arrastar consigo o Direito existente, quando atrasado relativamente ao movimento da civilização⁸³⁷.

*El ajuste porque la Filosofía presupone la existencia de la Ciencia porque la Filosofía trabaja sobre la Ciencia y Filosofía presupone la existencia de la Ciencia porque la Filosofía trabaja sobre la Ciencia, y no o la inversa, y sólo cuando la Filosofía reflexiona sobre la ciencia puede obligarse la esperanza de que el conocimiento filosófico le resulte de algún provecho al científico.*⁸³⁸

*Ma per l'ermeneutica filosofica tutto ciò assume una rilevanza ben più profonda in quanto il comprendere è inteso come un modo d'essere, il modo proprio d'essere dell'uomo*⁸³⁹, que veio por eclodiu esta *posmodernidade filosofica* com Nietzsche com a obra "Humano Demasiado Humano"⁸⁴⁰, assim faz nascer uma *hermenêutica filosofica ontológica*

⁸³⁵LINDAHL, Hans. *Juris Dictio*. Colección Profesores. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1990. P. 8.

⁸³⁶A interpretação resguardadora do indivíduo é aquela que o respeita, que o descobre como unidade, mas unidade que se completa na realidade de sua inserção social também, assim, levando em conta os desdobramentos subjetivos que essa objetivação no social venha a implicar. Assim, desde que há ser humano, há interpretação. Esta é, de certo modo, etapa primordial no processo de identificação ôntica do ser humano. Não há razão sem capacidade de interpretar. E não há comprovação possível para a existência da capacidade de interpretar sem o ato de interpretar. Logo, não há razão sem interpretação, ou, noutros termos, é impossível a identidade humana sem a interpretação, pois o ser humano só se apercebe de si interpretando. É por intermédio da interpretação do outro e de si próprio que o ser humano se apercebe de sua realidade mesma. A interpretação é, portanto, necessária ao homem. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 147.)

⁸³⁷MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 62.

⁸³⁸COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944. P. 16.

⁸³⁹VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: *Etica & Política/ Ethics & Politics*, 2006,1. P. 2.

⁸⁴⁰*Se puede sostener legítimamente que la posmodernidad filosófica nace en la obra de Nietzsche y precisamente en el lapso que separa la segunda consideración inactual (Sobre la utilidad y la desventaja de los estudios históricos para la vida, 1874) del grupo de obras que en pocos años se inaugura con Humano, demasiado humano (1878) y que comprende también Aurora (1881) y La gaya ciencia (1882). En la consideración inactual sobre la historia, Nietzsche expone por primera vez el problema del epigonismo, es decir, del exceso de conciencia histórica que encadena al hombre del siglo XIX (podríamos decir al hombre de comienzos de la modernidad tardía) y le impide producir verdadera novedad histórica: en primer lugar, le impide tener un estilo específico por lo cual ese hombre se ve obligado a buscar las formas de su arte, de su arquitectura, de su moda en el gran depósito de trajes teatrales en que se ha convertido el pasado para él. Nietzsche llama a todo esto enfermedad histórica y, por lo menos en la época de la segunda consideración inactual, piensa que se puede salir de tal enfermedad con la ayuda de las "fuerzas suprahistóricas" ó "eternizantes" de la religión y del arte y en particular con la música wagneriana. Sabido es que Humano, demasiado humano marcará el abandono de estas esperanzas en Wagner y en su fuerza reformadora del arte.*

que não se compatibiliza com teses/posturas epistemodualísticas (*criada em 1927 como una metodología filosófica para descubrir el significado del ser o existencia de los seres humanos en una manera diferente a la tradición positivista*⁸⁴¹) mas sim trabalha com a ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão de matriz fenomenológica⁸⁴².

A Hermenêutica jurídica agrega-se desta, visando compreender os fenômenos e seus próprios processos circulantes, próprios da notável teoria, alcançando o desvelar e entendendo os significados, hábitos e práticas do ser humano: **1. Los seres humanos tienen mundo:** estar no mundo é existir, desta forma o mundo para existir deve ser constituído e é constituído pelo *ser*, assim formam-se um conjunto de relações, práticas e compromissos que se adquirem com a cultura e deste mundo compartilhado pela cultura se encontra articulado com a linguagem, pois o mundo é dado pela nossa cultura e linguagem e assim faz possível o entendimento de nós mesmos (ser) e dos demais, pois todos os seres humanos estão imersos e rodeados por este mundo; **2. La persona como un ser para quien las cosas tienen significado:** pois a maneira fundamental para que as pessoas vivam no mundo, se dá através da atividade prática, tome nota que os seres humanos, todos sem sombra de dúvidas estão involucrados ou submergidos na atividade diária sem notar sua existência, tem-se a hipótese em que de um lado as pessoas encontram-se comprometidas com coisas que tem significado e valor de acordo com o mundo, já de outro lado, tem-se pessoas conscientes de sua (real) existência no mundo, tudo isso passa a demonstrar a significância e o significado das coisas que se satisfazem nestas distinções qualitativas reconhecidas, que estas são modeladas pela cultura e pela linguagem atingidas pelas pessoas em sua vida diária no mundo em que se fazem existir. A cultura e a linguagem como ato de existir no mundo das pessoas só são porque as coisas tem relevância-importância para eles, saliente-se, que o ser humano é um ser auto-

Pero también la posición de Nietzsche sufre profundas modificaciones en lo tocante a la enfermedad histórica a partir de esta obra. Si en la consideración ináctua de 1874 Nietzsche veía con horror cómo el hombre del siglo XIX asumía los estilos del pasado para estilizar su ambiente y sus propias obras, eligiéndolos de manera arbitraria como máscaras teatrales, muchos años después en una esquila enviada a Burckhardt desde Turín a comienzos de enero de 1889, Nietzsche dirá "en el fondo yo soy todos los nombres de la historia". Si bien el contexto de semejante afirmación es el contexto del colapso psíquico del que ya Nietzsche nunca se repondrá, se puede muy bien considerarlo como expresión coherente de una posición que el pensador viene asumiendo frente a la historia a partir de Humano, demasiado humano. (CANALE, Damiano. **La precomprensione dell'interprete è arbitraria?**. In: *Etica & Política/ Ethics & Politics*, 2006, 1. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. P. 145-146.)

⁸⁴¹ESPITIA, Edelmira Castillo. **La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenomenos Humanos**. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 21-12-2012.

⁸⁴²A pré-estrutura da compreensão é importante para sustentar a circularidade projetada pelo método fenomenológico, notadamente a partir do momento em que se aceita a finitude da existência, dentro de um contexto histórico da facticidade humana. (ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. P. 104-105.)

interpretativo em uma forma teórica; **3. Conocer y comprender lo que rodea al ser humano es una manera fundamental de ser en el mundo:** as pessoas atendem e captam significados do que lhes rodeia mediante a linguagem, os seres humanos estão constituídos pelo conhecimento e pela compreensão do mundo, a linguagem serve para representar a si mesmo e ao mundo, pois também constitui vida; **4. La madre vive en el mundo como un cuerpo hábil:** diz existir uma inteligência corporal que faz ser possível envolver-se habilmente nas situações, assim separa-o da mente e afirma ser carente de inteligência; **5. La persona como un ser temporal:** concebe a pessoa como ser no tempo, faz assim crer que os seres humanos e coisas existem são estáticas e atemporais, o tempo é constitutiva do ser e existência⁸⁴³.

⁸⁴³**1. Los seres humanos tienen mundo.** Para Heidegger estar en el mundo es existir, es estar involucrado, comprometido. Habitar o vivir en el mundo es la forma básica de ser en el mundo del ser humano. El mundo está constituido y es constitutivo del ser. Los seres humanos tienen un mundo que es diferente al ambiente, la naturaleza o el universo donde ellos viven. Este mundo es un conjunto de relaciones, prácticas y compromisos adquiridos en una cultura. El mundo es el todo en el cual los seres humanos se hallan inmersos en y rodeados por. Heidegger dice que el mundo es dado por nuestra cultura y lenguaje y hace posible el entendimiento de nosotros mismos y de los demás. El lenguaje hace posible las diferentes formas particulares de relacionarse y sentir que tienen valor en una cultura. Habilidades, significados y prácticas tienen sentido gracias al mundo compartido dado por la cultura y articulado por el lenguaje. Este conocimiento o familiaridad es lo que Heidegger llama mundo. El mundo se da por sentido, es decir es obvio e ignorado por los seres humanos; sólo se nota en situaciones de ruptura o destrucción como en el caso de la enfermedad en un hijo. Los mundos en los que vive la gente no son universales y atemporales, por el contrario, son diferentes según la cultura, el tiempo o época histórica, y la familia en que se nace; **2. La persona como un ser para quien las cosas tienen significado.** La manera fundamental de vivir las personas en el mundo es a través de la actividad práctica. Heidegger describe dos modos en los cuales los seres humanos están involucrados en el mundo. El primero es aquel en el cual las personas están completamente involucradas o sumergidas en la actividad diaria sin notar su existencia; en éste las personas están comprometidas con cosas que tienen significado y valor de acuerdo con su mundo. En contraste, el segundo modo es aquel en el cual las personas son conscientes de su existencia. Por ejemplo, cuando el niño está sano y todo sucede sin novedad para los padres y el niño, los padres viven su existencia sin poner demasiada atención a lo que hacen porque ellos tienen unas rutinas que han aprendido de su cultura a través del tiempo. Ellos viven lo que todos llamamos una vida normal. En cambio, cuando el niño tiene cáncer, las vidas de los padres son interrumpidas, ellos notan o son conscientes de todo en su vida diaria, en su existencia. Los padres son más conscientes de la vulnerabilidad del niño y una gran incertidumbre rodea sus vidas. La vida normal de la familia ya no es normal, puede pasar mucho tiempo para que vuelva a serlo. Muchas cosas se hacen visibles e importantes para la existencia de los padres que antes pasaban totalmente inadvertidas. La significancia o significado de las cosas se basa en las distinciones cualitativas reconocidas por la persona en su vida diaria. Estas distinciones cualitativas son moldeadas por la cultura y el lenguaje. Para la madre cuyo hijo tiene cáncer, la vida y bienestar del niño se vuelven más valiosas porque ella no sabe por cuanto tiempo va a tener a su hijo vivo; por ejemplo, preocupa mucho por cualquier resfriado o síntoma de enfermedad, el cual es interpretado como peligroso o relacionado con el cáncer. Por el contrario, la madre de un niño sano no se preocupará por una fiebre porque para ella es obvio que el niño tiene un resfriado y es obvio que su hijo vivirá mucho más tiempo que ella. Esto no significa que la vida de este hijo no es valiosa para la madre sino que lo es de una manera diferente. La significancia o significado de la vida del niño para la madre cambia con el contexto y el entendimiento que la madre tenga de ese contexto. La persona es un ser auto-interpretativo. Los seres humanos son seres auto-interpretativos pero en una forma no teórica. Lo son porque las cosas tienen importancia para ellos. Cuando los seres humanos expresan y actúan frente a lo que ellos están comprometidos o les interesa, toman una posición sobre lo que son. Los intereses o inquietudes de la persona ilustran lo que es importante y preocupante de una situación específica. Por ejemplo, si los padres están preocupados por el futuro de su hijo con cáncer, pueden no estar de acuerdo con la radioterapia porque puede impedir la capacidad futura del niño de tener hijos. La aceptación del tratamiento podría estar de acuerdo con lo que les interesa a los padres con relación al futuro y no sólo con la enfermedad actual; **3. Conocer y comprender lo que rodea al ser humano es una manera fundamental de ser en el mundo.** Las personas entienden y captan significados de lo que les rodea mediante el lenguaje. Los seres humanos son y están

Adentra-se ao que se articula a hermenêutica filosófica vinculada ao pensamento fenomenológico (“*zu den Sachen selbst zurück*”), um retorno às coisas mesmas), aspirando aos propósitos de oferecer um fundo comum às chamadas ciências do espírito ou da cultura, operando sobre uma base compreensiva⁸⁴⁴. Veja que a fenomenologia hermenêutica incide sempre para com a interpretação, e ela apresenta como objetivo o compreender: *las habilidades, prácticas y experiencias cotidianas y articular las similitudes y las diferencias en los significados, compromisos, prácticas, habilidades y experiencias*, isto faz com que se desvele e se entenda significados, hábitos e práticas do ser humano⁸⁴⁵. A atividade compreensiva consiste no acionamento de determinados esquemas de reconhecimento de sentido.⁸⁴⁶

Em resumo, opõe-se a fenomenologia ao mundo razão-cartesiana de método construtivo; poder-se-ia dizer que ela se apregoa de certo modo a um desconstrutivismo no

*constituidos por el conocimiento y comprensión del mundo. Estos dos aspectos, pueden ser diferentes según el lenguaje que articula las distinciones cualitativas. Por tanto, el lenguaje sirve para representarse a sí mismo y al mundo, pero también constituye la vida. Ciertas maneras de ser, sentir y de relacionarse con los demás son solamente posibles con ciertos recursos lingüísticos. El lenguaje representa, articula y hace que las cosas se manifiesten y al hacerlo moldea nuestras vidas. La persona como corporalidad. La concepción fenomenológica de la persona incluye una visión del cuerpo diferente de la visión cartesiana, la cual considera que la persona tiene un cuerpo que está separado de la mente y carente de inteligencia o poder para responder al mundo. Para la fenomenología, más que tener un cuerpo, la persona es corporal. Ser humano es tener una inteligencia corporal que hace posible involucrarse hábilmente en las situaciones. Las prácticas comunes se basan en capacidades perceptuales corporales compartidas; 4. **La madre vive en el mundo como un cuerpo hábil.** Su inteligencia corporal le permite responder a las necesidades de su hijo de una manera muy hábil, aun en ausencia de comunicación verbal. Por ejemplo, después de una sesión de quimioterapia la madre sabe que su hijo está presentando algunos efectos secundarios solamente con observar su comportamiento. Ella no sabe que el niño tiene anemia pero sí que no se siente bien porque no está jugando como la hace usualmente; entonces le proporciona juguetes o le permite ver más televisión que otros días. Algunas veces los profesionales de enfermería ignoran la inteligencia corporal materna para cuidar a su hijo cuando está hospitalizado. Esta actitud crea problemas para la madre, el paciente y el profesional mismo; 5. **La persona como un ser temporal.** Heidegger concibió a la persona como ser en el tiempo. Este tiempo no es el tiempo lineal o la sucesión infinita de horas como generalmente se piensa en las culturas occidentales. Heidegger llama al tiempo temporalidad y según él, el tiempo es constitutivo del ser o existencia. El tiempo lineal dificulta concebir la continuidad o transición; hace creer que los seres y cosas que existen son estáticas y atemporales. En la tradición científica positivista, esta concepción del tiempo lleva a un sistema de leyes que también, se suponen, son atemporales. Merleau-Ponty en 1962 también considera el tiempo como una dimensión del ser, de la existencia que resulta de mi relación con las cosas. Entre las cosas, el futuro no es aún, el pasado ya no es, solamente el presente es; cada presente afirma la presencia de todo el pasado que suplanta y anticipa todo lo que vendrá. (ESPITIA, Edelmira Castillo. **La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenomenos Humanos**. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponible em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 21-12-2012.)*

⁸⁴⁴ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 231-232.

⁸⁴⁵ESPITIA, Edelmira Castillo. *La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenomenos Humanos*. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponible em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 21-12-2012.

⁸⁴⁶ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 231-232.

modo de encarar os objetos, um modo de orientar-se negativamente, para *chegar*⁸⁴⁷ *um retorno das coisas mesmas*, inserindo assim na filosofia a vida prática (facticidade) do existir.⁸⁴⁸

Da (real) existência (*existenz*) no mundo, tudo isso passa a demonstrar a significância e o significado das coisas que se satisfazem nestas distinções qualitativas reconhecidas, que estas são modeladas pela *cultura e pela linguagem*, percebidas pelas pessoas em sua vida diária no mundo em que se fazem existir.

Deste modo, a fenomenologia interpretativa tenta desenvolver-se por meio de um entendimento voltado a interpretação do ser humano em seus compromissos, significados e práticas adquiridos no mundo de que fazem parte.⁸⁴⁹

A hermenêutica fenomenológica constrói-se pelo mundo no “existir” que encontra incidência direta de representação do ser pela linguagem e pela cultura, ambas apresentam-se via fenômenos dos mais diversificados, sendo eles: textos, fatos, ações, línguas, pessoas: note que a hermenêutica pretende encontrar nessas manifestações a constância de algo possibilitando suas ocorrências: a problemática do sentido. O universo hermenêutico conforma-se assim pela própria totalidade da vida humana, na qual nos movemos por constantes interpretações.⁸⁵⁰

O universo hermenêutico acaba por conformar-se pela própria totalidade da vida humana que se deve por via de sua interpretação “ver o compreender” não como uma percepção nua, haja vista, não ter-se nunca percepções sensíveis puras, mas sim encontramos⁸⁵¹ *coisas que têm sentido* a partir de uma significatividade compartilhada na intersubjetividade.

⁸⁴⁷SEIBT, Cezar Luís. *Da fenomenologia ‘reflexiva’ à fenomenologia hermenêutica*. In: Princípios: Revista de Filosofia. Natal (RN), v. 19, n. 31 Janeiro/Junho de 2012. P. 83.

⁸⁴⁸LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial*. Porto Alegre: Livradia do Advogado Editora, 2013. P. 80.

⁸⁴⁹*La fenomenología interpretativa intenta desarrollar un entendimiento e interpretación del ser humano basados en sus compromisos, significados y prácticas. Sin embargo, los seres humanos como seres históricos, situados y multifacéticos son comprendidos en aspectos finitos y específicos. Comprender o entender a los seres humanos exige escuchar sus voces, sus historias y experiencias. Ver y decir lo que es y lo que no es, lo que Benner en 1994, llamó entendimiento oposicional, no es suficiente para interpretar las experiencias humanas porque dan un entendimiento incompleto de éstas. La ética de los investigadores interpretativos se basa en el respeto por la voz y la experiencia descrita en el texto (por la persona participante). La ética guía es ser verdadero frente al texto o las voces de los participantes.* (ESPITIA, Edelmira Castillo. *La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenomenos Humanos*. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 21-12-2012.)

⁸⁵⁰ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 231-232.

⁸⁵¹SEIBT, Cezar Luís. *Da fenomenologia ‘reflexiva’ à fenomenologia hermenêutica*. In: Princípios: Revista de Filosofia. Natal (RN), v. 19, n. 31 Janeiro/Junho de 2012. P. 91.

Significa dizer que à compreensão se dá via fenômenos dos mais diversificados (textos, fatos, ações, línguas, pessoas) mutuamente referidos em um horizonte comunicativo e *linguisticizado* peculiar ao homem socialmente considerado. A apropriação de tudo que integra esse nosso mundo constituído é dada por essa via interpretativa. Porém, a totalidade das coisas dotadas de sentido e expostas à interpretação é muito variada⁸⁵².

A linguagem como totalidade não implica dizer que ela – linguagem – cria o mundo; este existe independentemente de nós. As coisas do mundo só existem se compreendidas, interpretadas. A linguagem sempre nos precede; ela nos é anterior. Estamos sempre e desde sempre, nela. A centralidade da linguagem é dizer, sua importância de ser condição de possibilidade, reside justamente no fato de que o mundo somente será mundo se o nomeamos, é dizer, se lhe dermos sentido como mundo.⁸⁵³

O melhor dos elementos para se sustentar, a fenomenologia hermenêutica no Direito, calca-se no fato de que por meio desta se deve buscar uma maior aproximação/imbricação com o Direito, pra assim alçar condições de possibilidade⁸⁵⁴, funcionalidade e efetividade deste para com a sociedade na qual se contemporizam as realidades.

É a partir daí que a fenomenologia (hermenêutica) faz uma distinção entre ser (*Sein*) e ente (*Seiende*). Ela trata do ser enquanto compreensão do ser e do ente enquanto compreensão do ser de um ou outro (ou cada) modo de ser. Classicamente, a ontologia tratava do ser e do ente. Aqui, a ontologia trata do ser ligado ao operar fundamental do ser-aí (*Dasein*), que é o compreender do ser. Esse operar é condição de possibilidade de qualquer tratamento dos entes. Tratamento esse que pode ser chamado na tradição de “ontológico”, mas sempre entificado. Essa ontologia do ente é que Heidegger irá chamar de *metontologia*. Essa teoria tratará das diversas ontologias regionais (naturalmente, dos entes).⁸⁵⁵

A fenomenologia heideggeriana terá um duplo nível: no nível hermenêutico, de profundidade, a estrutura da compreensão; no nível apofântico, os aspectos lógicos, expositivos. É nesse sentido que Heidegger pensa as bases da diferença ontológica (*ontologische Differenz*).⁸⁵⁶ Na medida em que se constrói sobre a interpretação e a hermenêutica, a diferença ontológica só é possível dentro do contexto do círculo hermenêutico, no qual eu me compreendo em meu ser e cuidado de mim e me preocupo, e nesse

⁸⁵²ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 231-232.

⁸⁵³STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 206.

⁸⁵⁴STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 465.

⁸⁵⁵STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 15.

⁸⁵⁶STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 72.

preocupar-me eu tenho o conceito de ser, e, assim, compreendo a mim mesmo.⁸⁵⁷ Gadamer reconhece que seu projeto filosófico retira da obra heideggeriana seu elemento mais fundamental: a descoberta da estrutura prévia da compreensão⁸⁵⁸. Complemente-se que, Heidegger procura em seus estudos as zonas densas da linguagem e Gadamer procura de outro modo criticar o tecnicismo e a cientificismo desde o ponto de vista da linguagem⁸⁵⁹.

Superadas as delimitações que correspondem à nova consciência da Filosofia que passa naturalmente a influir na Filosofia do Direito, que assim, também influencia e expande-se diretamente na hermenêutica filosófica juntamente com o giro ontológico-linguístico, o qual se faz através dela, um convite para que os intérpretes (operadores jurídicos) assumam uma *postura ativa, criativa e responsável*, na esfera de um mundo jurídico e social no qual a todo o momento são chamados a dizer como ele mesmo deve ser.⁸⁶⁰

*La hermenéutica nos impone volver a tematizar radicalmente nuestra relación con la verdad y renunciar a la ilusión de la elaboración de un método para cogerla y hacemos dueños de ella; nos impone reconocer la indivisibilidad de las actividades de conocer e interpretar y reformular completamente nuestra manera de concebir la filosofía del conocimiento y hasta la filosofía en general, que asimismo adquiere un radical carácter hermenéutico.*⁸⁶¹ (g.f.)

Isso significa que, para a hermenêutica, todavia, a história da filosofia é condição de possibilidade do filosofar e a representação sintático-semântica dos conceitos é apenas a superfície de algo muito mais profundo, deve-se insistir ainda, em ancorar a presente discussão *na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pela nova consciência da filosofia pelo giro ontológico-linguístico. Por este aspecto, defende-se uma nova consciência da filosofia voltada à hermenêutica cunhada pelo giro ontológico-linguístico, assim como defende Lenio Streck e Francesco D'agostino. Conclui-se que o giro*

⁸⁵⁷STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 290-291.

⁸⁵⁸STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 58-59.

⁸⁵⁹*Lo cierto es que, en su trabajo de profundización de los poetas del pasado, Heidegger va en busca de zonas "densas" del lenguaje en las que el evento del ser resuena de manera más intensa y reconocible y que, por lo tanto, se convierten en puntos fuertes de una crítica del lenguaje común sujeto a la metafísica y a la técnica. Gadamer en cambio sostiene que se puede criticar el tecnicismo y el cientificismo desde el punto de vista de un lenguaje —conciencia común que a él le parece perfectamente en orden y respecto del cual la hermenéutica no tiene una verdadera función crítica, sino que tiene una función de reconstrucción y recomposición.* (VATTIMO, Gianni. *El fin de la Modernidad: Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. 2ª Ed. Barcelona Editorial Gedisa, 1987. P. 126.)

⁸⁶⁰ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 244.

⁸⁶¹D'AGOSTINO, Francesco. *Interpretación y Hermenéutica*. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponible em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12-12-2012. P. 43-44.

ontológico-linguístico “liberta” a filosofia do *fundamentum* que, da essência, portanto, ela nasce como uma experiência intersubjetiva que está plasmada na ideia de que a linguagem que é a condição de possibilidade para acessarmos o mundo passará, na modernidade, para a consciência⁸⁶².

O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos “fora” de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de “testemunho da verdade”. *Essa é uma experiência intersubjetiva que está plasmada na ideia de que a linguagem é a condição de possibilidade para acessarmos o mundo.*⁸⁶³ (g.f.)

Propõe Gadamer fundar a especificidade das ciências de espírito em que pela filosofia hermenêutica propõe uma visão ontológica do intérprete, voltada *nossa consciência histórica incorporada à tradição* constitui um momento ontológico da compreensão. Assim como *história dos efeitos, dos pre-juízos e nosso estar dentro da tradição*, constituem a ontologia da compreensão e são a fenomenologia de todo o ser.⁸⁶⁴

*Ontologia jurídica abarca todo o jurídico e exclui todo o ajuridico, e tem como missão: 1ª) pois se algo enuncia a Ciência Dogmática como verdade jurídica, para sê-lo tem que encontrar-se pela compreensão, verificar por este dado ôntico-ontológico e por experiência o que remonta sobre ele; e 2ª) a teoria jurídica dominante acha-se perturbada em sua raiz por uma confusão que é exclusivamente uma deficiência analítica desta própria ontologia*⁸⁶⁵.

⁸⁶² *Já a ruptura com a filosofia da consciência* – esse é o “nome” do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado de giro linguístico. Esse giro “liberta” a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Mas, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada “invasão” da filosofia pela linguagem. Mais do que isso, tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia. Da epistemologia – entendida tanto como teoria geral ou teoria do conhecimento – avançava-se em direção a esse novo paradigma. Nele, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático. Em Heidegger, isso pode ser visto a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender; em Wittgenstein, (*Investigações Filosóficas*), é uma estrutura social comum – os jogos de linguagem que proporcionam a compreensão. E é por isso que se pode dizer que Heidegger e Wittgenstein foram os corifeus dessa ruptura paradigmática, sem desprezar as contribuições de Austin, Apel, Habermas e Gadamer, para citar apenas estes. (STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 13-14 e 36-37 e 55-56.)

⁸⁶³ STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 55-56.

⁸⁶⁴ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992. P. 110.

⁸⁶⁵ COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 60.

No que tange ao relativismo metafísico vigorante no pensamento dogmático do direito (*no quiero decir que me desligo de la Metafísica, porque esto es imposible para el hombre mismo un animal metafísico*⁸⁶⁶, *de outro modo a abordaré la delicada y a veces conflictiva relación entre hermenéutica y metafísica u ontología*⁸⁶⁷) intitulada pelo que lhe contemporiza como teoria do conhecimento, é pela filosofia vista como filosofia da consciência a contrário *sensu*, pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, *entifica* o ser, por um pensamento objetificador. Em resumo: faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente⁸⁶⁸, ou seja, pensa o ente enquanto tal a partir da sua determinação fundamental, a entidade, mas já não toma esta como objeto da questão⁸⁶⁹.

Do introduzido, o *ente* só pode ser visado na sua entidade e dessa maneira interpretado como espírito, matéria, força, vida, à luz da pré-compreensão ontológica da existência. Tal pré-compreensão, o qual originalmente se manifesta o sentido do ser, constitui condição transcendental da captação do ente a partir de sua entidade e, nessa medida, o fundamento do pensamento metafísico.⁸⁷⁰

Por óbvio a nova consciência filosófica é ampliada ao Direito, primeiro que o encontra aprisionado pelo relativismo metafísico que esgota sua captação material e formal⁸⁷¹, para

⁸⁶⁶Como otro punto de mi exposición, abordaré la delicada y a veces conflictiva relación entre hermenéutica y metafísica u ontología. Debido a la crisis de fundamentos que se alega en la filosofía reciente, se ha pensado que la hermenéutica no puede tener fundamentación en la ontología. O se le da sólo una fundamentación ontológica muy débil, por considerar que la ontología ha sido afectada por el sesgo hermenéutico que ha tenido en la actualidad. Esto se ve en la ontología hermenéutica que plantea Gadamer, y en la ontología débil que para ella propone Vattimo. En todo caso, es un proceso de desontologización de la hermenéutica. Ciertamente la hermeneutización de la ontología ha sido muy benéfica para esta última, pues le ha restado pretensiones; pero ello no autoriza para llegar a la desontologización de la hermenéutica misma. Por eso se impone una reontologización de la hermenéutica. (PUENTE, Mauricio Beuchot. **Perfiles esenciales de la hermenéutica: hermenéutica analógica**. Proyecto Ensayo Hispánico. Teoría y Crítica. Disponível em: <<http://www.ensayistas.org/critica/teoria/beuchot/>>Acessado em: 30-12-2012. P. 10.)

⁸⁶⁷COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 9.

⁸⁶⁸STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 215.

⁸⁶⁹HOMERDING, Adalberto Narciso. **O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer**. In: Revista Ajuris, Ano XXX – Nº 91, Setembro de 2003. Porto Alegre: Ajuris, 1974. P. 16.

⁸⁷⁰HOMERDING, Adalberto Narciso. **O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer**. In: Revista Ajuris, Ano XXX – Nº 91, Setembro de 2003. Porto Alegre: Ajuris, 1974. P. 16.

⁸⁷¹El objeto de la Teoría fundamental del Derecho está constituido por complejos invariables, a priori, de significaciones, por estructuras esenciales, esenciales a todo Derecho, esencias formales, universales. El concepto del Derecho y las **formas jurídicas fundamentales, constituyen esencias ideales, que se dan necesariamente en toda intuición jurídica, estructuras formales, que constituyen el perfil apriorístico del Derecho y el esquema fundamental de la ciencia sobre el mismo**. Este es el tema fundamental y previo de todo estudio científico sobre el Derecho: y, por tanto, **el antecedente obligado de toda reflexión ulterior; así, pues, también el ineludible antecedente para el tema de la indagación de las esencias materiales de las instituciones jurídicas concretas, indagación que han emprendido, acaso prematuramente algunos discípulos de HUSSERL, como REINACH y SHAPP, aunque es verdad que este último ha pisado terreno más firme y más**

assim desaprisioná-lo, e tem-se a ontologia que serve como elemento corretivo que predetermina o pré-saber jurídico e alcança o conhecimento reflexivo-dialético de seu objeto por meio da compreensão (intuição) que é constituída pela história e pela tradição em que encontram-se constituída a fenomenologia, que segue determinação categorial do ser em um *dever ser*. O *ser* é experimentado desde adentro⁸⁷², rompendo-se com o processo de *entificação* do *ser* próprio do pensamento dogmático-jurídico⁸⁷³.

Explicita-se, a mediação ontológica existente entre o ser do homem pela linguagem com a conseqüente necessidade de um permanente processo interpretativo através do qual o homem está configurando seu ser individual e social pelo marco da tradição em que se inscrever, juntamente com o fato do que o resultado da interpretação jamais poderá pelo que acaba-se de ver, ser tida por uma verdade que resulta da aplicação de um proceder metódico, fazer "verdade" e "método" não se equiparem lá a qual se opera com interpretações de textos⁸⁷⁴.

De início, veja que a hermenêutica filosófica possibilita que, por meio da ontologia fundamental, faça-se uma análise fenomenológica do desvelamento daquilo que, no cotidiano oculta-se de nós mesmos.

fecundo. (SICHES, Luis Recasens. **Los Temas de la Filosofía del Derecho**: en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934. P. 52.)

⁸⁷²Él eleva – ubicándose en la corriente del pensar occidental – a una analítica existencial jurídico. Aparecen así agotadas en su captación la material y la forma del Derecho: Ontología y Lógica determinan el pre-saber jurídico y arriban al conocimiento reflexivo-dialético de su objeto. Sólo que tomados puramente en cuanto tales, los grados de aprehensión permanecían todavía, diríamos, demasiado lisos; los lados que se ofrecían al nuevo enfoque, todavía demasiado desplazables y oscilantes. De tal modo, a la intuición e ideación fenomenológicas siguió, con necesidades, la determinación categorial-ontológica del ser en su deber-ser. No se trata ya de un axioma postrero irreductible, dejado en su incuestionabilidad natural. El ser, experimentado desde adentro, mostraba su direccionalidad, su sentido en cuanto valor. El pensar ontológico daba luz, así, a una intelección puramente axiológica. Sólo con esto se cerraba el paso al antes así llamado relativismo metafísico. La libertad como fundamental, define a ésta como valiosa. Sólo a un ciego psicologismo del material jurídico podía aparecer indiferente y neutral el factum del ser humano. (OTTO ERICH LANGFELDER. **Presentación del libro**. In: COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944. P. 10.)

⁸⁷³STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215-218.

⁸⁷⁴Así es como se propone Gadamer fundar la especificidad de las ciencias del espíritu frente a las ciencias naturales o metódicas y es éste uno de los propósitos fundamentales de su obra central. El propio Gadamer resume la cuestión en un trabajo más reciente: "lo esencial en las «ciencias del espíritu» no es la objetividad, sino la relación habitual con el objeto. Yo complementarí para este ámbito del saber el ideal del conocimiento objetivo, que está sostenido por el ethos de la ciencia, mediante el ideal de la participación (Teilhabe). Participación en los enunciados básicos de la experiencia humana, tal como se han plasmado en el arte y la historia, tal es, en las ciencias del espíritu, el verdadero criterio respecto del contenido o la ausencia de contenido de sus doctrinas. En mis trabajos -continúa Gadamer- he intentado mostrar que el modelo del diálogo posee un significado estructural para esta forma de la participación. Y ello porque el diálogo está caracterizado porque ninguno por sí solo contempla lo que acontece ni afirma que él solo domina el asunto, sino que se toma parte conjuntamente en la verdad y se la obtiene en común". (GADAMER, H.G., "Vom Ideal der praktischen Philosophie", en GADAMER, H.G., *Lob der Theorie. Reden und Aufsätze*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1983, p. 72; ver como expõe AMADO, Juan Antonio García. **Filosofía Hermenéutica y Derecho**. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 17-18.)

Assim se adentra no: o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein)⁸⁷⁵ e que somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser e sempre o ser de um ente, e o ente só e no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), em que o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, “o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado”.⁸⁷⁶

Afirma-se que a função ontológica do Direito realiza-se “via” círculo hermenêutico, visto este como pivô da hermenêutica filosófica. Com ela, o *ser* e – e somente pode *ser* – o *ser* de um ente, e o ente só e – e somente pode ser – no seu ser (aqui se encontra o sustentáculo da *applicatio*).⁸⁷⁷

Traz-se aqui pelo formulado em Gadamer que a teoria do Direito⁸⁷⁸ aproveita-se da ontologia jurídica nascida da nova consciência filosófica (co)responde mais do que adequadamente, fazendo com que se cobre atualização e existência na realidade, e dizer, com dimensão normativa, complementa-se ainda que esta realidade encontra-se em permanente construção e reconstrução do compreender histórico, que pretendem ajudar a conseguir um entendimento de um texto que seja compartilhado e orientado a ação em que se atribui a um texto em uma concreta situação, por óbvio que gere em si um correto interpretar⁸⁷⁹.

⁸⁷⁵A aproximação entre dimensão existencial-ontológica desperta a discussão acerca dos modos e das possibilidades do Dasein no seu ser, ou seja, a constituição ontológica do si-mesmo. Segundo Heidegger, o eu é uma mera consequência que acompanha todos os conceitos. Com ele, nada se representa a não ser um sujeito transcendental dos pensamentos. O eu não deve ser considerado um conceito construído por intermédio da lógica. Pelo contrário, o eu é o sujeito do comportamento lógico, qual seja, da combinação. Dito de outra maneira, o eu é um sujeito com capacidade para operar com a lógica, sendo correto dizer que o eu penso, significa eu combino. A concepção do eu está lastreada na capacidade de organizar e combinar novas possibilidades. Isso permite referir que o sujeito é consciência em si, e não representação. O Dasein é apresentado por Heidegger como o ente privilegiado que conhece o ser. Esse ente privilegiado na relação com o seu ser é permeado pela existência (Existenz), que é definida como sendo o próprio ser o qual o Dasein pode se comportar dessa ou daquela maneira. (ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. P. 90 e 98.)

⁸⁷⁶STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 215-218.

⁸⁷⁷STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 218-219.

⁸⁷⁸Importante destacar la exposición de conjunto del pensamiento de Gadamer en su relevancia para la filosofía del derecho pueden verse en ZACCARIA, G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984; OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *Hermenêutica jurídica: en torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993. (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenêutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 14.)

⁸⁷⁹En términos similares se expresa Schroth: “El concepto ontológico del comprender que maneja la hermenêutica puede servir de base a una teoría de la estructura ontológica del derecho (...), pues concibe el comprender como proceso histórico dependiente del mundo de la vida del intérprete. Sin embargo, más problemático resulta extrapolar a doctrina metodológica esa concepción hermenêutico-ontológica del

De acordo com estes gêneros supremos, que se podem simplesmente caracterizar pois não definir, todos os objetos se agrupam fenomenologicamente em regiões ônticas. Dê-se o primeiro passo fenomenológico de uma investigação positiva consiste em situar o objeto a se investigar na pertinente região ôntica suprema, porque de esta ultima essência depende os princípios e as legalidades gnosiológicas e metodológicas mais frutíferas que guiam a investigação.⁸⁸⁰

O Direito, pois, ontologicamente falado, é a conduta humana em sua interferência intersubjetiva apresentada pela dimensão coexistência e não meramente existencial que define-se como fenômeno social que se corporiza na coexistencialidade do homem, a qual é referida: por produtos culturais, que se apresentam com as condutas humanas em si mesmas: disso resta aludir que o Direito é social e em um sentido mais profundo e exclusiva apresenta-se: pela linguagem, pela ciência, pela arte, pelas crenças, etc., tudo isso formam termos intencionais da consciência⁸⁸¹, reflete essa consciência para com a descoberta do ser ideal,

comprender. Las metodologías de la interpretación tienen poco sentido como exposición del comprender en tanto que comprender histórico, sino que pretenden ayudar a conseguir un entendimiento de un texto que sea compartido y orientado a la acción. Las doctrinas de la interpretación quieren sacar a la luz qué concreto sentido le debe ser asignado a un texto en una concreta situación. (SCHROTH, U., “Philosophische Hermeneutik und interpretationsmethodische Fragestellungen”, en: HASSEMER, W. (ed.), Dimensionen der Hermeneutik, Heidelberg, R.v. Decker & C.F. Müller, 1984, p. 86; arrola-se assim os autores como aponta AMADO, Juan Antonio García. **Filosofía Hermenéutica y Derecho**. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 14.)

⁸⁸⁰COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 62-63.

⁸⁸¹*El Derecho, pues, ónticamente hablando, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Sí lo dijo. Del Vecchio ya en 1906, aunque sin proyectar la afirmación en el plano fenomenológico que habría de hacerla tan fecunda. Con la intersubjetividad óntica del Derecho está apresada su dimesion coexistencia y no meramente existencial, y está definido como fenómeno social. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura es social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no los productos culturales, sino al obrar humano en si mismo considerado. Es así que toma acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impedida presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no a los productos culturales, sino al obrar humano en si mismo considerados. Es así que toda acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impeditiva, presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe.* (COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 80-81.)

caindo-se em conta de que há uma estranha e sutil claridade de objetos que nossa consciência encontra fora de si⁸⁸².

Tem-se por precisão situar o Direito ao panorama ôntico, e descobrir as categorias que para ele venham em questões, e estudar seu modo de existência e sua forma de temporalização⁸⁸³, em que esta se apresenta de forma distinta do anteriormente oferecido por *Heidegger y Merleau-Pontty*, justificando que na atualidade a sociedade fez prevalecer à mesma de outro modo⁸⁸⁴.

Funda-se o Direito em meio a complexos normativos que carecem de validade ideal e que, sem embargo, participam da consistência espectral e objetiva das ideias: proposições em que se vinculam significados normativos: pois a vinculação normativa que determina a entidade do preceito jurídico se deve a um ato de vontade empírica, a um acontecimento social histórico. Uma vez que o preceito jurídico tenha sido fretado, cobre um ser próprio, uma *entidade* em si, uma espécie de existência autônoma que participa das dimensões características do ser ideal⁸⁸⁵.

Corrobore-se que, a ontologia determina o conhecimento empírico produzido pelas ciências a proposito dos *entes* que lhes são dados, tendo como tarefa desenraizar aquilo que tendencialmente encobre-se(ou)acoberta-se (Heidegger-Stein)⁸⁸⁶.

A ontologia volta a sopesar o Direito como um modo de ser do Homem, pois bem o Direito não é forma de vida, mas sim é vida em si mesma em que abarca toda a conduta e toda a ação contém seu aspecto jurídico e seu aspecto moral independente, pois cada ação pode ser

⁸⁸²SICHES, Luis Recasens. *Los Temas de la Filosofía del Derecho*: en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934. P. 45-46.

⁸⁸³SICHES, Luis Recasens. *Los Temas de la Filosofía del Derecho*: en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934. P. 134-136.

⁸⁸⁴Em complemento, comprova-se a questão do tempo aqui, com o exemplo que o segue: *Profesionales de la salud y padres de familia conciben el tiempo de manera lineal. Para los padres de los niños con cáncer, el tiempo es muy importante. Hay muchas cosas relevantes para hacer en cierto tiempo o momento. La espera de resultados de exámenes de laboratorio también hace que el tiempo sea importante. Los padres viven en unidades cortas de tiempo, evitan pensar en el futuro, no saben qué les espera, tampoco piensan en el pasado porque es muy doloroso. Viven en el presente, cada día y lo que pasa ahora es lo importante para ellos. Parece que algunos padres llegan a entender y aceptar la temporalidad de su hijo y de ellos mismos pero se debaten continuamente entre aceptarla o rechazarla.* (ESPITIA, Edelmira Castillo. *La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenomenos Humanos*. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 21-12-2012.)

⁸⁸⁵*No se confunde con los factores complejos reales que dieron figura: de modo para rejeo a como un pensamiento es algo que es en si, aparte y distinto de los actos de pensarlo, aunque se trate de un pensamiento sin validez absoluta, y, sin embargo, en cuanto el Derecho positivo está vigente hallase dotado de una dimensión de existencia temporal: pero se trata de una temporalidad abstracta, que no se extiende en momentos sucesivos, de una temporalidad sin duración.* (SICHES, Luis Recasens. *Los Temas de la Filosofía del Derecho*: en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934. P. 134 e segs..)

⁸⁸⁶STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215.

captada como conduta *em* interferência subjetiva ou como conduta *de* interferência subjetiva. Explícite-se o aludido, por meio da notável explanação de Cossio:

*El Derecho no es forma de vida, sino que es la vida misma bajo uno de sus aspectos irrecusables. El Derecho como la Moral abarca toda la conducta y toda acción contiene su aspecto jurídico y su aspecto moral independientemente, pues cada acción puede ser captada como conducta en interferencia intersubjetiva o como conducta interferencia subjetiva. La distinción es eidéticamente exhaustiva porque no hay otra manera de interferencia posible: o la persona interfiere existencialmente consigo misma en el hacer y el omitir, o interfiere con los demás coexistencialmente en el hacer y el impedir. Es verdad que nadie puede impedirme de pensar lo que se me ocurra en mi intimidad: pero esto no significa que este acto escape al ámbito jurídico por falta de conducta en interferencia intersubjetiva. La conclusión correcta, llena por su propia constitución esencial el hombre tiene la facultad jurídica de pensar íntimamente lo que se le ocurra. Despunta en este el valor jurídico de la persona, sobre el que alguna vez ha de levantarse la metafísica de la Justicia, como un límite óptico que el juego coexistencial no podría hacer desaparecer. La reinstauración del concepto de facultad jurídica tiene por aquí una vía que no se ha apreciado debidamente. Pero ha de decirse, sin embargo, que la abstracta conducta que presenta ese ejemplo límite, en los hechos se presenta encapsulada dentro de formas de conducta más directamente expresivos de su contenido anímico, por ejemplo pensar y comunicar, o pensar en cierto estado de reposo y tranquilidad, etc.. En tal caso, es obvio que la comunicación y el reposo son conducta compartida en el sentido antes definido y que la imposibilidad definidora de lo jurídico se ofrece en ellas plenamente. Con ello volveríamos, sobre base realista, a la tesis de que lo jurídico abarca toda la conducta.*⁸⁸⁷

Conclui-se que a nova apreensão é a consideração ôntica da conduta como tal em sua interferência intersubjetiva constitutiva do Direito (entendido de forma diversa da conhecida pela tradição grego-escolástica) de ações possíveis, que se constitui no objeto de conhecimento jurídico⁸⁸⁸.

Pelo acertadamente exposto, ocorre a introjeção da compreensão hermenêutica filosófica que pressupõe uma inserção no processo de transmissão que lhe é antecipatório cuja condição ontológico-linguístico é o círculo hermenêutico⁸⁸⁹.

As discussões da hermenêutica jurídica (seguia seu caminho dogmático e metodológico, desenvolvendo um discurso positivista que culminou no peculiar sincretismo moldado por uma base formalista e sistemática, ligeiramente temperada com argumentos

⁸⁸⁷ COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 81-82.

⁸⁸⁸ *Esta nueva aprehensión es la consideración óptica de la conducta como tal en su interferencia intersubjetiva de acciones posibles, que las constituye en el objeto del conocimiento jurídico cuando, sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente el ámbito total del Derecho para diferenciarlo de todo lo que fuere ajurídico. Esta intersubjetividad constitutiva del Derecho no ha entenderse como vulgarmente se la entiende al influjo de la tradición greco-escolástica. Esta ilustre tradición, al hablar de intersubjetividad como relación de alteridad, contempla el problema del destinatario beneficiario de la acción humana cuando este destinatario es otra persona que el propio sujeto actuante. Así se distinguen los deberes para con uno mismo, para con los demás y para con Dios, donde el Derecho figuraría en el segundo grupo a la par de la claridad, de la amistad, etc.* (COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 80.)

⁸⁸⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 184.

teleológicos) não se envolveram com as da hermenêutica filosófica⁸⁹⁰, pois vieram inter-relacionar-se em meados do século XX. A partir deste lapso temporal abriu-se espaço para a reflexão profunda da teoria e na filosofia do Direito, pois apresentam suas próprias tradições explicativas e a hermenêutica filosófica vai além delas (um modo de superação real da mítica história da *Fata Morgana*), assim a ideia de que o Direito não se esgota no texto, ou no puro enunciado legislativo, pois o labor interpretativo passa a ser uma mediação indispensável para a concretização do enunciado legal, a fim de poder aplicá-lo aos casos que com ele se vai resolver, e de que essa *interpretação*, que tem um componente sempre criativo, contextual e pessoal, é construtiva ou co-construtiva, (segundo o radicalismo da respectiva teórica) da norma jurídica mesma, do próprio objeto Direito⁸⁹¹. Note-se que não se adentrará nas questões formadoras da hermenêutica⁸⁹².

⁸⁹⁰COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica Jurídica*. In: Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. P. 175.

⁸⁹¹En lo que al jurista le interesa, la obra de Gadamer añade posiblemente profundidad -y elegancia- a esa visión, pero poca novedad. (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 2.)

⁸⁹²A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, adquirido vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido. Se em Aristóteles o *Peri hermeneias* dizia respeito a uma gramática que examinava as estruturas do logos apofântico e, na Idade Média ficava reduzida a uma concepção exegético-teológica, é na modernidade, com o domínio da razão. Que surge a hermenêutica entendida para além do apofântico, transformando-se em *ars* interpretativa. A hermenêutica aparece em título literário, pela primeira vez em 1654, com J. Dannhauser, a partir do qual torna-se possível fazer a distinção entre hermenêutica teológica-filosófica e uma hermenêutica jurídica. Na história moderna, tanto na hermenêutica teológica como na hermenêutica jurídica, a expressão tem sido entendida como ou técnica (método), com efeito diretivo sobre a lei divina e a lei humana. O ponto comum entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica reside no fato e que sempre houve, em ambas, uma tensão entre o texto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, seja em um processo judicial, seja em uma pregação religiosa. Essa tensão entre texto e o sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, todos ligados, no entanto, às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. Assim, ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermeneuta no ato interpretativo, mediante a criação, v.g., de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensão cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são de fato atos separados; ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do interprete ou da objetividade do texto não passa(ra)m de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto. A crise que atravessava a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria da crise que atravessa a filosofia dos anos 20, do início do século passado. No plano do direito, na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao poder hermenêutico dos juízes. (STRECK, Lenio Luiz. *Interpretação a Constituição Sísifo e a Tarefa do Hermeneuta*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1. n. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007. p. 125-126.)

Some-se ao exposto que a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, por muitas vezes tentou-se estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade, ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto⁸⁹³, pois neste contexto a hermenêutica encontra-se em um lugar que intermediou: entre a familiaridade e a estranheza⁸⁹⁴.

A hermenêutica filosófica estrategicamente posiciona-se sofisticadamente na teoria da hermenêutica jurídica⁸⁹⁵, pois ela não é outra coisa que, uma adaptação desta hermenêutica geral, nascida propriamente da análise interpretativa dos textos bíblicos⁸⁹⁶, também chamada de hermenêutica pré-gadameriana⁸⁹⁷, que fora construída no período da *reforma protestante*, que assim foi incorporada por romanistas italianos e alemães ao estudo das fontes do Direito. Note que antes das grandes codificações, as fontes do Direito eram principalmente as disposições dos monarcas, as sentenças dos tribunais, o direito consuetudinário das regiões, a legislação canônica e naturalmente o Direito Romano. No que se refere ao estudo do Direito Romano os juristas profissionais acessavam as suas fontes, sendo elas: o Digesto, o Código das Novelas, em que para ter acesso a eles deveriam os operadores jurídicos deter o domínio das mesmas disciplinas utilizadas na interpretação bíblica.⁸⁹⁸ Utilizavam na interpretação teleológica cânones como a gramática, a retórica e a dialética. Sobre este aspecto:

*De esta forma, la gramática se ocupaba del estudio del latín, la crítica fijaba el texto confrontando los manuscritos originales, la retórica servía para corregir impropiedades o llenar lagunas y la dialéctica, para dotar de unidad y universalidad a los materiales. El ensayo pionero más influyente sobre hermenéutica de las fuentes del Derecho es el capítulo cuarto del Sistema de Derecho Romano Actual, escrito por Savigny, quien lideró la Escuela Histórica del Derecho en Alemania.*⁸⁹⁹

⁸⁹³STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 268.

⁸⁹⁴DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2004.p. 276.

⁸⁹⁵... sofisticata strategia di «posizionamento» nel quadro delle varie prospettive ermeneutico-filosofiche disponibili, anche e non da ultimo perché a vera e propria teoria ermeneutica del diritto. (CAPPELLINI, Paolo. *L'interpretazione Inesauribile Ovvero Della Normale Creativita' Dell'interprete*. In: *Ars interpretandi*. Annuario di Ermeneutica Giuridica, 1996. Disponível em: http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf. Acessado em: 20-12-2012. P. 412.)

⁸⁹⁶GARDEAZÁBAL, Mauricio Rengifo. *Hermenéutica y Racionalidad Jurídica*. In: **PRECEDENTE, 2003 / Precedente: Anuario Jurídico**, 2003. P. 160.

⁸⁹⁷AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 12.

⁸⁹⁸GARDEAZÁBAL, Mauricio Rengifo. *Hermenéutica y Racionalidad Jurídica*. In: **PRECEDENTE, 2003 / Precedente: Anuario Jurídico**, 2003. P. 156.

⁸⁹⁹GARDEAZÁBAL, Mauricio Rengifo. *Hermenéutica y Racionalidad Jurídica*. In: **PRECEDENTE, 2003 / Precedente: Anuario Jurídico**, 2003. P. 156.

A teoria hermenêutica filosófica que se *introjeta* em uma nova hermenêutica jurídica se demonstra como algo que possa superar os paradigmas rígidos que delinear(m) o Direito⁹⁰⁰, pois os velhos e arcaicos paradigmas não resistem às teses da viragem linguístico-ontológica, superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da *desobjetificação* provocada pelo “circulo hermenêutico”⁹⁰¹ e pela diferença ontológica.⁹⁰²

Antes de evoluir, costure-se que a hermenêutica jurídica agregando-se a hermenêutica filosófica, vem a superar a *tensão existente entre texto proposto e o sentido* o qual esta apresenta solução por meio de vários caminhos, todos ligados, no entanto, às condições de acesso do homem ao conhecimento, haja vistam que a nova consciência filosófica é voltada ao “Homem, Medida das Coisas”.

- a) ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermeneuta no ato interpretativo, mediante a criação, *v.g.*, de uma teoria geral da interpretação;
- b) ou se reconhece que a pretensão cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são, de fato, atos separados;
- c) ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do interprete ou da objetividade do texto não passaram de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.⁹⁰³

É correto afirmar, que se deu à hermenêutica o que a ela já pertencia, significa dizer que, reconheceu-se deste modo seu legítimo lugar entre as mais influentes explicações da

⁹⁰⁰AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 2.

⁹⁰¹*La interpretación jurídica puede realizarse tanto dentro como fuera del derecho. El análisis puede hacerse respecto las normas concretas particulares, o considerar el derecho en su conjunto social, fuera del ordenamiento jurídico, en su sentido totalitario.*

*El autor italiano afirma la necesidad de interpretar el derecho y lo hace desde una postura interna hacia una postura externa, es decir, desde el examen de las cuestiones jurídicas hasta comprender el significado del derecho en su conjunto, en su aspecto totalitario, íntegro, unitario. Pero igualmente indica la necesidad de hacerlo al contrario, desde una perspectiva externa hacia la interna, desde la captación del sentido global del derecho hasta la toma de conciencia de su articulación en un ordenamiento jurídico. A esta labor, Vittorio Frosini la denomina interpretación del “círculo hermenéutico”, que es “una relación dinámica y continua que se establece entre el sujeto y el objeto de la interpretación, entre el intérprete, el del intérprete y su conciencia jurídica global conforme a la cual el intérprete piensa y actúa”. Esta relación que se establece la basa Vittorio Frosini siempre atendiendo a la norma, no olvidándose nunca de su significado aunque eso sí, dándole una proyección más extensa para llegar a la aplicación práctica y adecuada de la norma jurídica. (MORGAN-EVANS, Elisenda de Villamor. **El Elemento Valorativo en la Interpretación del Derecho**. Tesis Doctoral. Derecho de la Universidad de Extremadura, Cáceres. Cáceres: Edita: Universidad de Extremadura Servicio de Publicaciones c/ Pizarro, 8, 2001. P. 204.)*

⁹⁰²STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 268.

⁹⁰³STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 268.

constituição do indivíduo e das sociedades⁹⁰⁴. **Ressalta-se, que:** *El hombre es un animal hermenéutico, porque habla, y por eso mismo la filosofía hermenéutica re-encuentra la unidad del hombre consigo mismo y con el mundo.*⁹⁰⁵

A hermenêutica jurídica existencial fundada pela filosofia hermenêutica⁹⁰⁶ heideggeriana⁹⁰⁷ e a hermenêutica filosófica gadameriana^{908, 909} não pode ser vista como

⁹⁰⁴ *Pero quedarse, sin más, en sus explicaciones, implicaría renunciar a partes cruciales de la filosofía moral, política y jurídica, dejar sin respuesta (o sin sentido) preguntas determinantes que tienen que ver, siempre, con la búsqueda de patrones normativos, llámense de justicia, de bondad, de legitimidad, de racionalidad, etc.* (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 2.)

⁹⁰⁵ D'AGOSTINO, Francesco. *Interpretación y Hermenéutica*. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: < http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12-12-2012. P. 43-44.

⁹⁰⁶ A filosofia hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica filosófica gadameriana tem sido acusadas de proporcionar um irracionalismo, circunstância que afastaria (*sic*) a hermenêutica de qualquer proposta de discurso ético, alijando-a, conseqüentemente, de qualquer racionalismo na argumentação. *Evidentemente não é possível concordar com essa crítica*. Pensar assim e desconhecer o nível em que a (filosofia) hermenêutica (filosófica) se move, que é, precisamente, uma dimensão transcendental (não clássica). Não se trata, portanto, nesse nível, de um irracionalismo, mas, antes, da condição primeira que deve ser pensada para que se torne possível qualquer discurso ético. Desse modo, a filosofia hermenêutica, longe de negar qualquer aspecto da legitimidade da argumentação (ou de qualquer teoria discursiva), quer abrir o espaço em que todo o argumentar é possível. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105 e segs.)

⁹⁰⁷ Não menos importante é Heidegger, procurando ultrapassar as concepções de ser e usando a pesquisa hermenêutica no centro de seu esforço ontológico. A noção de funcionamento da consciência como subjetividade transcendental, tão cara a Husserl, inspira Heidegger pela estrada teórica de sua ideia do ser-no-mundo. Tem-se, agora, uma Hermenêutica fenomenológica. E é a dimensão mesma de um método fenomenológico que o torna Hermenêutica. A fenomenologia não será necessariamente construída como revelação da consciência. É também um meio de revelar o ser. Fenomenizar-se é tornar-se manifesto. É um mostrar-se tal como é na própria manifestação. De forma que a investigação fenomenológica é também investigação hermenêutica. A essência mesma do conhecimento verdadeiro é ser dirigido pelo poder que a coisa tem de ser revelar. A interpretação se fundamenta na realidade que vem a nosso encontro, na manifestação da coisa que se nos depara. Não é, pois, algo da consciência humana. Não é coisa que se funde nas categorias. A compreensão é a capacidade que cada um tem de captar as possibilidades do ser, no conjunto do mundo vital em que cada um de nós existe. É ontologicamente essencial e antecede a qualquer ato do ser. Mas sua essência não reside na simples captação situacional de cada um, e sim na revelação das potencialidades reais do ser, no contexto de situação de cada um. Mas as entidades do mundo são captadas em relação ao mundo, o qual já é dado. O mundo físico do homem é formado por entidades que são no mundo, mas não são o mundo. Só o homem tem mundo; ainda assim só vê através dele. Dessa forma, o sentido dos objetos do conhecimento está na relação que esses experimentam com a totalidade de significações e de intenções, num sistema recíproco. Por ruptura, o sentido dos objetos se clarifica, emergido diretamente do mundo. Hermeneuticamente, não é o olhar analítico e contemplativo que revela o ser das coisas. Isso acontece no momento em que o ser sai da sombra e ingressa no contexto funcional do mundo. Não há interpretação sem pressupostos. A existência de posições prévias, por sua vez, decorre da verdade de que o encontro do interprete com o objeto interpretando não se verifica fora do tempo e do espaço, num contexto exterior ao próprio horizonte de experiências e de interesses. Pelo contrário, acontece num lugar e num tempo determinados. Todavia, há a pré-estruturação da compreensão, que não é somente uma propriedade da consciência a se pôr diante de um mundo já dado, assentando-se num mundo que já contém sujeito e objeto. Heidegger supera a dicotomia sujeito-objeto, imaginando uma espécie de estrutura ontológica de compreensão, na medida em que descreve a compreensão e a interpretação como algo posto antes dessa dicotomia. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 176-177.; Ver ainda: HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. P. 80-89; ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007; e GRONDIN, Jean. *Introducción a la Hermenêutica Filosófica*. Barcelona: Herder, 1999.)

⁹⁰⁸ Em sua análise da consciência histórica, Gadamer começa por Heidegger, inclusive no que tange à pré-estrutura da compreensão, a História é compreendida apenas e sempre à luz de uma consciência que se situa no

uma teoria apregoada pela irracionalidade, pois ela visa compreender o Homem como medida das coisas, formando-se de uma nova consciência filosófica, que há de ser elevada a teoria científica da arte de interpretar, ou ainda de um lado pode ser vista como arte, e de outro lado com ciência, ou vice-e-versa, ou ainda melhor, ciência e arte⁹¹⁰.

A hermenêutica filosófica vem a corrigir e dar uma nova consciência filosófica à interpretação das normas de direito positivo, essa nova consciência implica, por conseguinte em duas convicções: *a primeira* se refere, que seja possível formular interpretações verdadeiras, ou, para ser mais preciso, exatas (*richtig*); *a segunda*, que seja possível formular interpretações passivas, o qual não entre em jogo a personalidade do intérprete⁹¹¹.

presente. Mas existe uma operacionalidade do passado no presente, pois este só é visto e compreendido através da quadratura herdada do passado. No entanto, o passado é um fluxo no qual nos movemos, sem que a tradição se revele contrariamente a nós. Antes, é algo em que nos situamos e pelo qual existimos. É todo compreensão. o receptáculo e o meio de comunicação da tradição é a linguagem. Tanto a linguagem, como a dimensão histórica, quanto o ser estão inteiramente mesclados, a ponto de afirmar que a linguisticidade do ser é um acontecimento da linguagem na história e a história. A historicidade da compreensão consiste naquela temporalidade intrínseca da compreensão mesma, que encara o mundo sempre numa visão de passado, presente e futuro. Dessa forma, o sentido de uma obra do passado não há de ser buscado somente nos seus próprios termos, porém à vista dos questionamentos que se ponham sob o ângulo do presente, os quais, a seu turno, se focalizados como juízos próprios, são também juízos prévios, mais do que isso, constituem a realidade histórica do ser. Daí a importância que esses juízos prévios tem na interpretação. Não nos impede acolhê-los, da mesma forma como não nos compete rejeitá-los, pois são o substrato de nossa capacidade de compreensão histórica. Em Gadamer o problema, por conseguinte, não se acha na tradição ou na autoridade. Trata-se somente de um perpassar das concepções em cujo seio nos situamos. Basta, portanto, identificar corretamente os pressupostos adequados, separando-os daqueles que nos põe freios intelectuais, causando-nos prejuízos ao pensamento e aos modos aconselháveis de ver a realidade. Assim, a interpretação correta em si mesma é uma impossibilidade. É ilusório querê-la, porque a interpretação faz-se em relação com o presente, e este nunca é fixo. A aferição da correção interpretativa é uma questão relacional, donde a correção da interpretação é alguma coisa relativa. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 177-178. Ver ainda: HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. P. 80-89; ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007; e GRONDIN, Jean. *Introducción a la Hermenêutica Filosófica*. Barcelona: Herder, 1999.)

⁹⁰⁹De todo modo, importa lembrar – como, alias, já referido no decorrer destas reflexões – que a hermenêutica não quer ter a última palavra; não se retira o valor da teoria da argumentação e de seu principal instrumento, a ponderação e os modos pelos quais esta e (ou pode ser) feita. A crítica aqui elaborada parte do espaço de fala da metodologia do direito compreendida como teoria do direito nesta etapa da história. Trata-se, pois, de uma questão paradigmática: o paradigma da filosofia da consciência possui especificidades (e por isso é um paradigma) que não guardam relação com a fenomenologia hermenêutica. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 294-295.)

⁹¹⁰*En efecto, si entendemos, siguiendo a Aristóteles, la ciencia como un conjunto estructurado de conocimientos, en el que los principios dan la organización a los demás enunciados, podemos considerar como ciencia a la hermenéutica; y si entendemos —igualmente con Aristóteles— el arte o técnica como el conjunto de reglas que rigen una actividad, también podemos ver la hermenéutica como arte, que enseña a aplicar correctamente la interpretación. Esto se ve a semejanza de la lógica, que también es ciencia y arte: construye ordenadamente el corpus de sus conocimientos, y los dispone en reglas de procedimiento que se aplican a los razonamientos concretos.* (PUENTE, Mauricio Beuchot. *Perfiles esenciales de la hermenéutica: hermenéutica analógica*. Proyecto Ensayo Hispánico. Teoría y Crítica. Disponível em: <<http://www.ensayistas.org/critica/teoria/beuchot/>> Acessado em: 30-12-2012. P. 2.)

⁹¹¹D'AGOSTINO, Francesc. *Interpretación y Hermenêutica*. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12-12-2012. P. 45-46.

Complemente-se que ambos os autores superaram ainda a perspectiva psicologista que estão impregnadas nos estudos de Scheiermacher e Dilthey^{912, 913}, que também reflete na teoria Bettiana que é similar a elas⁹¹⁴, pois os autores produziram uma *hermenêutica romantista*⁹¹⁵, pois na experiência hermenêutica que lhes é introduzida o significado é sempre *intersubjetivo* apresentando soluções “via” critérios intrínsecos, apartando-se das tentações-despóticas-psicológicas do não-sentido, porquanto pode indicar com clareza tais critérios⁹¹⁶ que se produzem e se esclarecem ao interno de um diálogo interpretativo, para o qual compreender é sempre primariamente um abrir, e depois um reportar-se é talvez o melhor modo.⁹¹⁷ *Com a interpretação, de um lado se tem-se a compreensão que é um caráter radicalmente temporal e de outro a pré-compreensão é atemporal e a mesma se serve da*

⁹¹²CAPPELLINI, Paolo. *L'interpretazione Inesauribile Ovvero Della Normale Creativita' Dell'interprete*. In: Ars interpretandi. Anuario di Ermeneutica Giuridica, 1996. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf>. Acessado em: 20-12-2012.. 408.

⁹¹³Ver: GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método*: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 3ª Ed.. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Págs. 273 a 275 e 335 a 368.

⁹¹⁴Como contributo *stritto* sensu à hermenêutica jurídica, Gadamer rompe com qualquer possibilidade de um saber reprodutivo acerca do Direito. Diz que é uma ficção insustentável a concepção de que é possível o intérprete se equiparar ao leitor originário, fazendo, aqui, uma crítica tanto a Scheiermacher como a Savigny, que ignorou a tensão entre sentido jurídico originário e o atual. contemporaneamente, abriu forte polêmica com Emilio Betti, que sustentava a possibilidade de um sentido autônomo do texto, que garantia o encontro do sentido originário e a intenção do autor. Para sua teoria, Betti busca um espaço intermediário entre o elemento objetivo e o subjetivo de toda a compreensão. Formula todo um conjunto de princípios hermenêuticos, onde o ponto central é a autonomia do sentido do texto. Gadamer vai dizer que a interpretação Bettiana se assemelha à interpretação psicológica de Scheiermacher. Nesse sentido, por mais que Betti intente superar o reducionismo psicológico, por muito que conceba sua tarefa como a reconstrução do texto espiritual de valores e conteúdos de sentido, não consegue fundamentar esse autêntico projeto hermenêutico mais do que através de uma espécie de analogia com a interpretação psicológica, redargue o mestre alemão, acrescentando que, com isto, Betti segue Scheiermacher, Boeckh, Croce e outros. E surpreendentemente, aduz Betti considera que, com este psicologismo estrito de cunho romântico, está assegurada a “objetividade da compreensão, que considera ameaçada por todos aqueles que, de braços como Heidegger, consideram errônea esta volta à subjetividade da intenção. (STRECK. Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 185-186.)

⁹¹⁵Chamada esta de hermenêutica romântica, que se perpetuou, al menos em algunos aspectos, a través de Nietzsche, en Foucault, Derrida y Vattimo, puede recibir la misma acusación de autorrefutante. (PUENTE, Mauricio Beuchot. *Perfiles esenciales de la hermenéutica: hermenéutica analógica*. Proyecto Ensayo Hispánico. Teoría y Crítica. Disponível em: < <http://www.ensayistas.org/critica/teoria/beuchot/>>Acessado em: 30-12-2012. P. 8.)

⁹¹⁶*El desafío al pensamiento hermenéutico es básicamente el siguiente: ¿puede el pensamiento hermenéutico mostrarnos criterios intrínsecos para apartar el saber jurídico de la tentación (y del riesgo) del no-sentido? La respuesta es afirmativa: el hermeneuta puede indicar con claridad tales criterios.*

No tiene que caer en el simple error -o en la ilusión- de considerar esos criterios objetivables o definitivamente conclusivos -como si la hermenéutica utilizara no criterios sino cánones o reglas. Los criterios a los cuales la hermenéutica puede recurrir han de ser entendidos, a su vez, hermenéuticamente. (D'AGOSTINO, Francesco. *Interpretación y Hermenéutica*. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: < http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12-12-2012. P. 14.)

⁹¹⁷CAPPELLINI, Paolo. *L'interpretazione Inesauribile Ovvero Della Normale Creativita' Dell'interprete*. In: Ars interpretandi. Anuario di Ermeneutica Giuridica, 1996. Disponível em: < http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf>. Acessado em: 20-12-2012. P. 408.

*historicidade e cultura*⁹¹⁸, *se as mesmas apresentarem tensões e conflitos, devem deste modo ser sanados pelo círculo hermenêutico filosófico*⁹¹⁹.

Assim, deve-se compreender que o círculo hermenêutico assume um elemento de *intuição*, ou melhor, em um entender o compreender que se explicita pela tessitura interpretativa em que a linguagem se apresenta como elemento primário, disso ultrapassa-se e desaparegoa-se do método cartesiano do puro e simples sujeito-objeto⁹²⁰, justificando-se no que se refere ao Dasein, o qual pela qual o *ser* é sempre o *ser* de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, conclui-se que o sentido é um existencial do *Dasein*, e não uma propriedade colada sobre o ente, colocado atrás deste ou que

⁹¹⁸*Per l'ermeneutica filosofica la comprensione ha un carattere radicalmente temporale. L'esperienza umana non è fatta di stati di coscienza atomistici e puntuali, ma di connessioni di significato che implicano un incessante riordinamento retrospettivo e prospettico. La coscienza ermeneutica è una coscienza storica, è esposta alla storia e alla sua azione in modo tale che questa azione non può essere oggettivata senza far venir meno lo stesso fenomeno storico. Ma l'oggettivazione epistemologica introduce in questa coscienza una sorta di distanziamento alienante (Verfremdung) che distrugge l'originaria relazione di appartenenza. Bisognerà, allora, recuperare la profonda unità della coscienza storica, mostrando la possibilità di superare la frattura tra la tradizione in cui e di cui vive l'interprete e quella a cui il testo, o più in generale il messaggio, appar tiene (Horizontverschmelzung). Ogni accostamento ai documenti storici non è mai neutrale. Ogni interprete porta con sé modelli istillati dalla propria tradizione e cultura. Questi pre-giudizi (Vorurteile) lo conducono ad avere determinate aspettative nei confronti dei significati di un testo. Il comprendere sarà, allora, un movimento circolare tra le aspettative o anticipazioni dell'interprete e i significati annidati nel testo. L'incontro e la fusione degli orizzonti è possibile, perché, da una parte, la consapevolezza dei pregiudizi dà la possibilità di governarli e di correggere, così, le aspettative e, dall'altra, i significati da comprendere si protendono al di là delle intenzioni dell'autore. Per questo ogni comprensione ermeneutica non è una mera riproduzione, ma ha un aspetto produttivo e si sviluppa come evento storico esso stesso, che a sua volta è disponibile per ulteriori attualizzazioni.* (VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006,1. P. 7-8.)

⁹¹⁹O círculo hermenêutico é, assim, algo decorrente da evidência de que o ato de compreender é um ato referencial, ou seja, compreendermos alguma coisa quando a comparamos com alguma coisa já conhecida. O que compreendemos agrupa-se em unidades sistêmicas. Esses círculos compostos de partes permitem a definição das partes e, ao mesmo tempo, a formação do todo, que é círculo. Um conceito individual somente se gera porque existe um contexto ou horizonte em que se situa, resultando disso que a compreensão é circular, de uma feita que a interação dialética existente entre o todo e a parte enseja que, mutuamente, um dê sentido ao outro. Eis o círculo hermenêutico, que pode até contes uma contradição lógica, quando implica a asserção de que teríamos de conhecer o todo antes de poder captar o sentido das partes. Mas a verdade é que não é a Lógica que valida todas as tarefas da compressão. Sem prejuízo do aspecto comparativo, há a dimensão intuitiva na eficácia operacional do círculo hermenêutico, eficácia, essa, que também implica a ocorrência de um conhecimento prévio mínimo, sem o qual a compreensão redonda impossível. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 175.)

⁹²⁰*El círculo hermenéutico asume un elemento de intuición. Un conocimiento previo mínimo es necesario para entender. Sin esto no se puede entrar al círculo. El que habla y el que escucha deben compartir el lenguaje y el tema de su discurso. Entender o comprender tiene una estructura que entra en juego en toda interpretación. Esta estructura va más allá del modelo cartesiano de objeto-sujeto. La esperanza de interpretar algo sin prejuicios y presupuestos desaparece en esta forma de entendimiento. Lo que aparece a partir del objeto es lo que el sujeto permite que aparezca. Es ingenuo asumir que lo que está allá es autoevidente. El pre-entendimiento reposa en el contexto del mundo. Las cosas se hacen visibles por medio de los significados, el entendimiento y la interpretación. El entendimiento se hace explícito a través de la interpretación. El lenguaje es la articulación primaria del entendimiento situacional e histórico. Sin lenguaje el hombre no podría ser comprendido ni comprender.* (ESPITIA, Edelmira Castillo. *La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenómenos Humanos*. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Acessado em: 21-12-2012.)

paira não se sabe onde, em uma especei de reino intermediário⁹²¹. Em ato reflexivo, questiona-se: *¿En qué medida se puede llamar nihilista esta visión de la constitución hermenéutica del Dasein!*⁹²²

A antecipação de sentido que guia nossa compreensão de um texto não é a subjetividade, portanto tal guia passa a ser determinada desde a comunidade que nos une como tradição, note-se que nossa relação com a tradição está submetida a um processo de contínua transformação⁹²³, lembre-se o que fora acima explanado em relação à cultura e a linguagem que são a morada do ser.

Nesta senda, vê-se que a hermenêutica filosófica tem por objeto a problemática da compreensão do senso comum, a coisa de que fala o texto vive na prática de compreender e de interpretar⁹²⁴ que tem como estrutura construtiva central do ser no mundo, o ser no mundo significa em realidade estar em contato efetivo com todas as coisas que constituem o mundo, isso significa estar familiarizado com a totalidade de significações, com um contexto de referências⁹²⁵.

Já a hermenêutica jurídica de cunho filosófico⁹²⁶ *supera* o mecanicismo da interpretação e do intérprete, que passa a realizar o **acoplamento-ajustamento ideal entre normas e fatos**, que se fundem à **compreensão – pré-compreensão**, à interpretação e à aplicação dos modelos jurídicos, momento este em que o intérprete desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a prolatar uma decisão.

Pode-se entender que a *filosofia hermenêutica* aporta uma mais profunda consciência das determinações operantes sobre qualquer interpretação e dos limites resultantes de

⁹²¹STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 291.

⁹²²*Primero, en uno de los sentidos atribuidos por Nietzsche a este término; en una nota colocada por los editores al comienzo de la edición de 1906 de La voluntad de poderío, nihilismo es aquella situación en la cual, como en la revolución copernicana, "el hombre se aparta del centro hacia la X". Para Nietzsche esto significa que nihilismo es la situación en la que el hombre reconoce explícitamente la ausencia de fundamento como constitutiva de su propia condición (lo que, en otros términos, Nietzsche llama a la muerte de Dios). Ahora bien, la no identificación de ser y fundamento constituye uno de los puntos más explícitos de la ontología heideggeriana. El ser no es fundamentó, toda relación de fundación se da siempre en el interior de épocas particulares del ser, pero las épocas como tales están abiertas, no fundadas, por el ser.* (VATTIMO, Gianni. *El fin de la Modernidad: Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. 2ª Ed. Barcelona Editorial Gedisa, 1987. p. 104-105.)

⁹²³AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 18.

⁹²⁴VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: Etica & Política/ Ethics & Politics, 2006,1. P. 16.

⁹²⁵VATTIMO, Gianni. *El fin de la Modernidad: Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. 2ª Ed. Barcelona Editorial Gedisa, 1987. P. 103.

⁹²⁶Vide: ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

qualquer pretensão de objetividade neste ponto⁹²⁷, nasce assim *como um novo paradigma cognitivo* para o saber e a prática jurídicos que envolvem a reformulação preliminar daquele território metodológico no qual são radicalmente delimitadas as possibilidades de percepção e funcionamento do direito, note-se que *ela* sugere formas alternativas, menos cientificistas e mais *historizadas*, que apreendem o direito como um entre diversos outros componentes do fenômeno normativo comportamental, essencialmente mais geral⁹²⁸.

A interpretação é a forma explícita da compreensão⁹²⁹, e esta última integra-se na aplicação, que “passa, necessariamente, pela concepção de uma hermenêutica jurídica que, ultrapassado as concepções metafísico-ontológicas, assume seu papel de (inter)mediação e, portanto, de produção/construção/adjudicação do sentido.”⁹³⁰

A estreita pertença que unia na sua origem hermenêutica filológica com a jurídica repousa sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teologia, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. [...] Aqui, compreender é sempre também aplicar.⁹³¹

É impossível fazer a *cisão entre compreender e aplicar*. Esta cisão não passa de um dualismo metafísico, pois interpretar e dar sentido (*Sinngebung* - é, agora, produtiva - o intérprete sempre atribui sentido), e não reproduzir sentido (*Auslegung* - não e mais reprodutiva - o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”), tome por consequência, que o *acontecer da interpretação* (*Auslegung-Sinngebung*) ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque *compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos*⁹³², afirme-se que existe uma

⁹²⁷Para JUAN AMADO este vê a importância salutar que detém a hermenêutica filosófica, mas este complementa ainda que para evitar à arbitrariedade desta interpretação a teoria da argumentação lhes complementar para a realização de uma atividade completa: “..., ao tempo de que as teorias da argumentação se ocupam das pautas melhores para eliminar dentro do possível a arbitrariedade do raciocínio judicial, sempre,, claro é, assumindo que este se desenvolve dentro de um irrecusável horizonte, que é um horizonte, também hermenêutico.” (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenêutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 13.)

⁹²⁸ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 233-234.

⁹²⁹GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 450.

⁹³⁰STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 226.

⁹³¹GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 451.

⁹³²STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 467 e 277-278.

inesgotabilidade do sentido que constitui-se no fundamento filosófico da hermenêutica, porquanto, se houvesse unicidade de sentido, nem mesmo sentido haveria. Tampouco interpretação⁹³³. **Compreender é, pois, aplicar.** Filosoficamente, ao menos **depois da invasão da filosofia pela linguagem, não é possível separar interpretação e aplicação.** O sentido não se descola do âmbito da compreensão⁹³⁴.

Compreender é um modo de ser, *porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão*⁹³⁵ que pela hermenêutica filosófica tudo ele assume uma relevância bem mais profunda em quanto o compreender é intenso como um modo ser, é o modo próprio do ser humano⁹³⁶.

Quanto à compreensão para o mundo Jurídico, ela se dá através do fenômeno jurídico que é a conduta humana em interferência intersubjetiva⁹³⁷ (integridade de sentidos) o qual não poder-se-á fazer por meio de sinonímias, mas sim possuirá compreensão a partir da síntese hermenêutica da pré-compreensão do intérprete⁹³⁸. Concluye, por lo tanto, para que haya “la rectitud de la comprensión judicial solamente puede producirse mediante el adecuado procedimiento que ponga en juego y contraste sus prejuicios, a fin de poder reconocerlos como tales y someterlos a la crítica y el control intersubjetivo.”⁹³⁹

... para compreender em seu sentido um ato de conduta humana, temos que tomar este como expressão de algo. E este algo, por ser conduta um fenômeno de coexistência, e o conjunto de crenças, aspirações, sentimentos, etc., que, como ideais reais para programas nossas vidas, estão vigentes na sociedade em um momento histórico dado.⁹⁴⁰

Haja vista, que a Hermenêutica altera tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana, por meio de direções da *nova consciência filosófica*, para que se transforme em algo que a inteligência possa compreender, considerando que toda a “compreensão se dá a partir da

⁹³³FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 244.

⁹³⁴Aqui parece não ter sido bem compreendida a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar e aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, “em toda leitura tem lugar uma aplicação” (Gadamer). *Quando Gadamer diz isso, ele não está se referindo a aplicação da lei ou a aplicação judicial*. Mais do que isso, a *applicatio* não significa, como se poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 119.)

⁹³⁵STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 283.

⁹³⁶VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: *Ética & Política/ Ethics & Politics*, 2006,1. P. 2.

⁹³⁷COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 273.

⁹³⁸STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351.

⁹³⁹DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004. P. 278.

⁹⁴⁰COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. P. 273.

pré-compreensão do intérprete, a qual funciona, para a primeira, como condição de possibilidade do seu desenvolvimento”⁹⁴¹

No caso de que, se constate problemas no arranque compreensivo a pré-compreensão deve sim servir como ato corretivo, veja ela como suporte irreduzível do compreender que serve de base sobre a qual o conhecimento possível se constrói como uma tensão permanente entre o geral e o particular, é possível diluir esta tensão pela viabilidade que apresenta o círculo hermenêutico.⁹⁴²

Vista a questão desse modo, não haverá sinonímia; haverá compreensão do fenômeno jurídico a partir da síntese hermenêutica da pré-compreensão do intérprete, que fala desde a sua intersubjetividade (integridade de sentidos). haverá compreensão do fenômeno jurídico a partir da síntese hermenêutica da pré-compreensão do intérprete, que fala desde a sua intersubjetividade (integridade de sentidos).⁹⁴³

Potencialmente a pré-compreensão (*aspettativa di senso* - *Sinnerwartung*) constitui um aspecto de competência prática do intérprete no uso do texto normativo *que surge com o interrogar a disposição à luz do fato e o fato à luz de seu enunciado, segundo um procedimento de pergunta e resposta*⁹⁴⁴, que procura descobrir as próprias prevenções e pré-

941MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. 2º tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. P. 97.

⁹⁴²AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 18.

⁹⁴³STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 351.

⁹⁴⁴*Il concetto di precomprensione gode di una considerevole fortuna nella letteratura giuridica contemporanea. Ciò deriva probabilmente dal fatto che esso riconosce dignità teorica ad una consapevolezza ampiamente diffusa tra gli operatori del diritto: l'interpretazione dei testi normativi è sempre influenzata da valutazioni preventive di opportunità, di realizzabilità e di giustezza di un progetto decisionale, le quali condizionano inevitabilmente i suoi risultati. Il termine 'precomprensione' viene cioè comunemente utilizzato per svelare il reale funzionamento della prassi giudiziale, la quale si configura innanzitutto come una forma di mediazione tra interessi, prima ancora che come uno strumento per implementare le direttive del legislatore. L'ermeneutica giuridica ha canalizzato questa convinzione diffusa entro coordinate teoriche precise. Quando il giudice, il funzionario amministrativo, l'avvocato o lo scienziato del diritto si accostano ad una disposizione giuridica per comprenderne il contenuto, sono sempre guidati da una precomprensione, vale a dire da una prefigurazione di quanto la disposizione prescrive (significato) e della situazione di fatto che essa regola (riferimento). Ma come si caratterizza questa forma di "comprensione anticipata" nella riflessione dell'ermeneutica giuridica? Se intesa in senso lato, la precomprensione o «aspettativa di senso» (*Sinnerwartung*) costituisce un aspetto della competenza pratica dell'interprete nell'uso dei testi normativi, vale a dire della sua capacità di padroneggiare il linguaggio delle norme. Si tratta di una capacità che deriva sia della conoscenza sintattica e semantica della lingua, sia da conoscenze tecniche che concernono la specificità del linguaggio giuridico. Non solo. Considerata la plurivocità semantica del linguaggio normativo, vale a dire l'ambiguità dei testi giuridici e la vaghezza delle norme, tale competenza include la capacità di valutare quale soluzione interpretativa, tra quelle sintatticamente e semanticamente possibili, sia da considerare più opportuna, adeguata, pertinente. Ciò sulla scorta di conoscenze e valutazioni a più ampio raggio, che concernono il funzionamento delle dinamiche sociali, l'assetto dei rapporti politici ed istituzionali, come pure gli interessi e i valori considerati preminenti all'interno della società in un certo momento storico. L'ermeneutica giuridica non ha mancato di analizzare nel dettaglio i fattori che concorrono a determinare la competenza pratica dell'interprete, e con essa la precomprensione in senso*

juízos e realizar a compreensão⁹⁴⁵ desde a consciência histórica⁹⁴⁶, vinculando-se via círculo hermenêutico.

... qualquer pré-compreensão na atividade interpretativa do direito especifica-se objetivamente como jurídica pela sua circunstancia normativa e pelos indivíduos ligados ao âmbito institucional que tratam de se aproximar de um preceito normativo à vista da sua história jurisprudencial, das suas peculiaridades dogmáticas e demais aspectos originários do mundo do direito. Nesse sentido bastante amplo, qualificamos como jurídica a pré-compreensão daquelas pessoas e órgãos que quotidianamente lidam com o direito e compreendem institucionalmente como um processo de criação normativa pratica num quadro de compromisso com a validade.⁹⁴⁷

A interpretação jurídica articula e é articulada, hoje muito claramente ao interno da pré-compreensão que passa a ser uma função de horizonte histórico-cultural de determinada tradição⁹⁴⁸. Explicitada à relação existente entre compreensão e a pré-compreensão ambas norteadas pela hermenêutica filosófica. Segue-se daqui por diante com mais algumas digressões.

Quanto aos *pré-juízos* a que se refere a pré-compreensão, eles não são inventados, pois eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um “controle metodológico”, isso implica igualmente entender que nos movemos em um mundo em que a linguagem e

lato degli enunciati normativi. Tra gli ingredienti della precomprensione in senso lato, la cui “impronta semantica” indirizza l’attribuzione di senso, vale la pena ricordare la formazione dell’interprete, i canoni o argomenti interpretativi, le figure dogmatiche consolidate, l’opinione dottrinale dominante, i precedenti delle corti superiori, la previsione delle conseguenze decisionali, i principi inespressi dell’ordinamento. Tali fattori, se considerati dal punto di vista ermeneutico, non costituiscono un ostacolo o una fonte di alterazione della comprensione, come se il senso di un enunciato normativo potesse sussistere indipendentemente da essi. L’aspettativa di senso acquista invece un valore positivo: essa fa sì che il testo non rimanga muto, ma si presti a significare qualcosa per i suoi fruitori. La precomprensione costituisce cioè un presupposto tanto di una interpretazione corretta quanto di una interpretazione errata: essa si limita a rendere possibile il procedimento interpretativo, vale a dire la determinazione del senso, lasciando aperto il problema della sua correttezza.(CANALE, Damiano. **La precomprensione dell’interprete è arbitraria?**. In: *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006, 1. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. P. 3-4.)

⁹⁴⁵*Che la comprensione accompagna l’uomo nel suo rapporto con l’altro, occorre premettere che l’interpretazione si rivela come il processo umano più significativo per apprendere discorsivamente dall’altro l’esperienza di una estraneità che, se rimane tale, imprigiona il singolo nell’incapacità comunicativa, dunque, nell’asservimento all’esecuzione di informazioni pre-stabilite, al silenzio di una inesplicabile alterità non mediabile secondo la principalità sociale della comprensione reciproca.* (BARTOLI, Gianpaolo. **Hermeneutica Iuris**. Per una Lettura ‘Giuridica’ del Testo Normativo. i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it Agosto 2010, numero 9. P. 89-90.)

⁹⁴⁶... a compreensão do texto está determinada permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão, portanto ela trata-se de descobrir as próprias prevenções e pré-juízos e realizar a compreensão desde a consciência histórica. (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 184-185.)

⁹⁴⁷ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito**. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 260-261.

⁹⁴⁸VIOLA, Francesco. **Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto**. In: *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006,1. P. 4.

condição de possibilidade, uma vez que significadas e que compreendemos a partir de textos que significam coisas (entes), e não por deduções feitas a partir de conceitos (universalidades), das quais “extrairíamos a singularidade”.⁹⁴⁹ É, enfim, linguagem que afirma nossa existência e dá, portanto, acesso ao mundo⁹⁵⁰.

Deve-se extrair da premissa “hermenêutica é mundo, é facticidade”⁹⁵¹, e é na facticidade (facticidade é o modo prático de ser-no-mundo) que dará sentido à hermenêutica (hermenêutica se move em um *a priori*)⁹⁵², portanto, o fato de que se trata sempre dá resposta a essa demanda permitindo individualizar a questão ao ponto de contato por meio do diálogo hermenêutico (Isso requer com que se cumpra consciência desta forma estrutural do operar humano que são implícitos na mesma pré-compreensão, subtraindo a mera facticidade. Não se trata de estrutura puramente formal se forem reguladas – como se deve ser reconhecida a mesma finalidade, embora entendida de várias formas.⁹⁵³)⁹⁵⁴.

⁹⁴⁹STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 288 e 348-349.

⁹⁵⁰HOMERDING, Adalberto Narciso. *O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer*. In: Revista Ajuris, Ano XXX – Nº 91, Setembro de 2003. Porto Alegre: Ajuris, 1974. P. 17.

⁹⁵¹HOMERDING, Adalberto Narciso. *O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer*. In: Revista Ajuris, Ano XXX – Nº 91, Setembro de 2003. Porto Alegre: Ajuris, 1974. P. 17.

⁹⁵²STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 348-349.

⁹⁵³VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: Etica & Politica/ Ethics & Politics, 2006,1. P. 9.

⁹⁵⁴*Le peculiarità del contesto giudiziario come contesto di decisione (e di giustificazione di ciò che viene deciso), le implicazioni del carattere autoritativo delle pronunce dei giudici, la tensione dialettica tra caso e regola (la riduzione del caso a mera proiezione di una regola è una semplificazione giuspositivistica che ha fatto il suo tempo) meritano una considerazione autonoma rispetto ad altri problemi filosofico-giuridici. Altrettanto è a dirsi per la questione della creatività giurisprudenziale e della sua conciliabilità con l'applicazione di regole preesistenti, per il rapporto del giudice con la tradizione, per la ricerca dei fondamenti del “precedente” quale termine di confronto della giurisprudenza con se stessa; e via enumerando. La vocazione ermeneutica di giurisprudenza e dottrina manifesta delle diversità di cui non si può dar ragione senza specificare e rendere ben distinto il discorso su queste due componenti del sapere giuridico. Distinzione, tuttavia, non vuol dire separatezza: le influenze reciproche di giurisprudenza e dottrina sono innegabili; e altro è rilevare l'autonomia, maggiore o minore, di un tema, altro sarebbe considerarlo in modo irrelato, ignorando le connessioni disciplinari e interdisciplinari di quel che si assume ad oggetto di studio. Il rilievo che il giudice procede – istituzionalmente – caso per caso ed ha un compito eminentemente pratico non toglie, ma al contrario giustifica, uno specifico interesse ermeneutico per la sua opera. In essa, interpretazione della legge ed interpretazione del “fatto” s'intrecciano strettamente e s'illuminano a vicenda. E questo loro reciproco illuminarsi ha un significato profondo per tutta l'esperienza giuridica. Se è connaturale ad essa che l'interpretazione dei fatti sia in relazione alle norme, non è meno vero che, a sua volta, l'interpretazione delle norme, per essere concreta e sagace, deve misurarsi attentamente con gli elementi fattuali a cui queste hanno riferimento. Il “fatto” che viene in considerazione nel mondo del diritto non è mai un'entità puramente naturalistica, avulsa da influenze culturali; si presenta sempre qualificato o qualificabile in relazione a ciò che la legge prescrive, vieta, autorizza, protegge. Ma bisogna essere consapevoli, altresì, che l'interpretazione normativa è vuota astrazione se non va al di là del segno linguistico e non si collega con avvedutezza ai fatti sottostanti, reali o ipotetici. Ad esempio occorrerà chiedersi: questo modo di giocare è conforme alle regole del gioco? questo comportamento è fedele al patto? questo danno si può qualificare come ingiusto e quindi come tale da comportare risarcimento? Regole e principi giuridici si riferiscono sempre a classi di fatti; ed è*

No tocante ao diálogo hermenêutico que se dá com a facticidade incide para com a pré-compreensão, que assim manifesta-se:

... a partir de um ver previ-o, um ter prévio e uma pré-visão, *já ha um e*. Quando o interprete (sujeito) busca fundamentar seu “modo de agir”/interpretar em uma instancia “superior”, em categorias ou marcos idealizados, fruto de concepções metafísicas ou de construção de “lugares ideais de fala”, ou ainda a partir de “consensos discursivos”, já ha um pronunciamento prévio do *Dasein*, que une universalidade e singularidade, onde o sentido e alcançado pré-ontologicamente.⁹⁵⁵

Contudo, pelo que foi devidamente explanado vê-se que a hermenêutica tem como tarefa: *comprender el sentido de las expresiones, acciones o acontecimientos, y decirlo de nuevo (decodificar el sentido y recodificarlo en otro lenguaje), hacerlo inteligible en un medio simbólico diferente de aquel en el que se constituyó originariamente como significante.*⁹⁵⁶

Explicitada a relação existente entre compreensão e a pré-compreensão ambas norteadas pela hermenêutica filosófica. Segue-se daqui por diante com mais algumas digressões.

A hermenêutica filosófica que antes parecia uma mera “conexão entre fundamento e ausência de fundamento”⁹⁵⁷, passa a *ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos*, dota-se assim de um espaço que deve ser examinado como sendo o lugar o qual se enraíza qualquer teoria do conhecimento ou da epistemologia⁹⁵⁸.

Explanadas acima algumas considerações que acabaram por dar fechamento e complementação sólida ao subitem anterior para, assim, daqui por diante, seguir de forma alógica por meio de uma nova consciência da filosofia consubstanciando-se esta pela hermenêutica de cunho ontológico-linguístico, passo a diante dar-se-á, rumo a Construção da Hermenêutica Jurídica delineada pela hermenêutica filosófica *Heideggeriana e Gadameriana*, que estes autores impõem por suas obras, elementos que ressignificam a base da hermenêutica

indispensabile, per comprendere a fondo lo spirito della legge, saper guardare a questi fatti, saperli immaginare o rivivere. Lo richiede anzitutto la dimensione semantica del linguaggio naturale, in cui sono necessariamente scritte, oggi come ieri, nella civiltà tecnologica avanzata come in epoca arcaica, le tavole della legge. (MARINELLI, Vincenzo. *Interesse e prospettive di studio dell’ermeneutica giudiziaria*. In: MARINELLI, Vincenzo. *Il problema dell’ermeneutica giudiziaria** In: *Analisi e Diritto 1998 Ricerche di Giurisprudenza Analitica a Cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. P. 157-158.)

⁹⁵⁵STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 348-349.

⁹⁵⁶DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004. P. 276.

⁹⁵⁷VATTIMO, Gianni. *El fin de la Modernidad: Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. 2ª Ed. Barcelona Editorial Gedisa, 1987. p. 103-104.

⁹⁵⁸STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 476.

jurídica: essa ressignificação passa pelos cosmos dado pela *superação da metafísica (clássica) pela ontologia*, fazendo assim com que nascesse a *Fenomenologia Hermenêutica* como atribuição de sentido para com a interpretação, em seguida tem-se em vista a construção chegando ao passo da *Compreensão* que indica o operar da interpretação, amalhando ela a *pré-compreensão* de pré-juízos históricos e calcados na tradição, veja que a compreensão e a pré-compreensão encontram-se vinculadas no *Círculo Hermenêutico*. E que este círculo veio a implicar um caminho que vai da filosofia hermenêutica a hermenêutica filosófica.

5.2 - HERMENÊUTICA JURÍDICA: BASES E FUNDAMENTOS NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA⁹⁵⁹

*Todas las abstracciones de la dogmática jurídica, todas las sutilezas de la hermenéutica, todas las arquitecturas de la sistemática se justifican y adquieren un sentido cuando se las considera no como fin en sí mismas, sino como medios dirigidos a hacer descender las leyes de su empíreo y hacerlas estar presentes y prácticamente operantes entre los hombres.*⁹⁶⁰

Neste tópico, buscar-se-á delimitar o tema no que cinge à hermenêutica jurídica que *vive oggi un momento di trasformazione*⁹⁶¹. A hermenêutica jurídica foi cunhada modernamente na hermenêutica filosófica a qual dimensiona a interpretação como **compreensão, aplicação e pré-compreensão**, e tem como missão dar um caminho efetivamente claro, seguro, e possível de compatibilizar-se com as necessidades sociais de realização do Direito. É correto afirmar que a hermenêutica filosófica apresenta alguns problemas⁹⁶², mas diante de sua sofisticação que lhe é atribuída pela nova consciência filosófica defende-se no ora trabalho *a hermenêutica cunhada pelo giro ontológico-linguístico, por óbvio que toma esse norte, pois seguimos as pretextos doutrinárias da hermenêutica filosófica*) ela é a que se apresenta como a melhor “via” para a interpretação,

⁹⁵⁹Il percorso dell'ermeneutica filosofica è quello che prende le mosse dai discorsi giuridici, in cui si parla della «cosa-diritto», per risalire ai fini che li giustificano. È un percorso induttivo e non già deduttivo, come conviene alla ragion pratica. Il discorso è quella situazione di linguaggio in cui si attua il comprendere e l'intendersi. All'interno di questa «situazione discorsiva», che è prima di tutto un evento, dovrà poi operarsi il controllo razionale o analitico, ma non è questo che potrà qualificare come «giuridico» l'evento stesso. Al contrario è dal carattere specifico della situazione discorsiva che dipende il modo in cui si possono saggiare le sue pretese di validità. (VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: Etica & Politica/ Ethics & Politics, 2006,1. P. 14.)

⁹⁶⁰CALAMANDREI, Piero. *Los Estudios de Derecho Procesal en Italia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956. p. 105.

⁹⁶¹CANALE, Damiano. *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*. In: Etica & Politica/ Ethics & Politics, 2006, 1. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. p. 1-2.

⁹⁶²L'attenzione dell'ermeneutica filosofica si rivolge a quelle forme di vita comune che il discorso stesso costruisce e istanzia. Il suo problema centrale non è quello della determinazione dei significati all'interno di un senso già costituito, come potrebbe essere quello di una cultura o di un linguaggio già esistenti e praticati. Questa è una questione d'interpretazione, che presuppone già costituito il linguaggio dell'interazione e si muove dentro un mondo già segnato dalla reciprocità, dalla cooperazione e da un senso intersoggettivo contestuale, che in qualche modo guida l'interprete e costituisce un vincolo nei confronti dell'opera di ascrizione dei significati. (U. Scarpelli, *L'interpretazione. Premesse alla teoria dell'interpretazione giuridica*, in U. Scarpelli e V. Tomeo (a cura di), *Società, norme e valori*, Giuffrè, Milano 1984, p. 164; aponta neste sentido, VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: Etica & Politica/ Ethics & Politics, 2006,1. P. 15.)

que deixa de ser mero *ars interpretativo*⁹⁶³ e ainda alguns há veem como método interpretativo.⁹⁶⁴

Lembre-se que, no ambiente jurídico, a *hermenêutica técnica*, ou melhor, clássica tem servido de abrigo metodológico para os que creem (ou para os que preferem fazer crer e creem) ser a interpretação uma atividade neutra e científica, na qual outros universos de sentido, como o dos valores, dos interesses e da subjetividade, não enxergam ingerência alguma⁹⁶⁵, veja, ainda que por meio de um rigor e objetividade-neutralidade científica de um labor interpretativo, movimento este que encontrou adeptos no âmbito das ciências do espírito, o qual aquela preocupação se mostrou ainda mais premente porque, afora os que defendiam a liberdade de interpretação, logo surgiram, também, os pregadores da livre criação do direito, um projeto revolucionário que os seus arquitetos imaginavam executar sobre ruínas da dogmática jurídica^{966 967}.

⁹⁶³STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 209.

⁹⁶⁴*En cuanto a la afirmación de que la filosofía hermenéutica no aporta las soluciones que el jurista busca, se quiere decir que la hermenéutica gadameriana se detiene precisamente allí donde más interesa en derecho la teoría de la interpretación: a la hora de proporcionar pautas del correcto interpretar, criterios de racionalidad u objetividad interpretativa. No olvidemos que en la praxis de aplicación del derecho se pide a los jueces que obren con imparcialidad y objetividad, evitando en lo posible que su decisión esté condicionada por puros datos subjetivos, prejuicios, simpatías, etc. Y puesto que hay plena conciencia de que esa praxis de aplicación de las normas jurídicas es, en una parte importantísima, práctica interpretativa de textos legales (y de hechos), lo que se busca es una metodología jurídica normativa que marque los criterios de la correcta -en el sentido de racional, objetiva, intersubjetivamente aceptable, respetuosa con la separación de poderes y el valor de las respectivas voluntades en el entramado del Estado de Derecho- asignación de significado a los enunciados legales. Tal cosa, es bien sabido, ni la da ni intenta darla la hermenéutica existencial al estilo de Gadamer. (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 2.)*

⁹⁶⁵ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 233-234.

⁹⁶⁶*La posizione ermeneutica non solo rifiuta la considerazione dell'interpretazione della scienza giuridica come un meta-discorso rispetto a quello del legislatore, ma anche non accetta la distinzione tra l'interpretazione dei contenuti giuridici (la vecchia dogmatica) e lo studio della struttura formale dell'ordinamento giuridico (la teoria formale del diritto). E sempre attraverso la prassi interpretativa e al suo interno che si possono individuare i criteri di validità e d'identità dell'ordinamento giuridico. L'interpretazione non è «giuridica» perché si dirige verso certi oggetti, ma al contrario questi oggetti sono «giuridici» perché appartengono ad una prassi interpretativa che chiamiamo «diritto». La rinuncia alla referenzialità epistemologica, cioè alla referenza del linguaggio al mondo esterno, non significa affatto rifiuto di ogni referenza del linguaggio giuridico. Sulla base di una concezione analogica della referenzialità dobbiamo chiederci a cosa (e come) il linguaggio giuridico effettivamente si riferisce. Il linguaggio giuridico si riferisce - come il discorso parlato - al mondo comune dei suoi fruitori e - come il discorso scritto - si rivolge ad un destinatario tendenzialmente universale. Il linguaggio giuridico si colloca tra due azioni, quella da cui origina e quella che regola. Esso opera una connessione di azioni e così rende possibile la vita sociale e la comunicazione intersoggettiva. Da una parte al polo opposto del riferimento, cioè alle spalle del linguaggio, c'è un potere d'iniziativa, un cominciare che mette in moto un processo d'azione, un'iniziativa efficace che genera senso. Dall'altra, come esito della situazione discorsiva, c'è l'azione che deve essere compiuta in modo che il senso sia salvato e con esso la comunicazione e la cooperazione. L'azione cooperativa stessa è, dunque, il referente del discorso giuridico. Tuttavia essa non è qualcosa di esterno al discorso giuridico stesso. Il linguaggio giuridico, mentre si riferisce al diritto, e esso stesso diritto e appartiene alla sua pratica. Ma ovviamente l'esplicazione di ciò richiede un passo avanti ulteriore verso un più profondo livello di analisi del diritto. (VIOLA, Francesco. *Ermeneutica e Diritto*. In: Ars*

Per un verso si tratta di un ampliamento di orizzonti che rispecchia uno dei tratti salienti dell'ermeneutica filosofica novecentesca, la quale si riconosce non come un metodo per interpretare un testo o, più in generale, come un insieme di dottrine, quanto piuttosto come uno stile di interrogazione filosofica, come un «modo per accostarsi ad un problema». Per altro verso, tuttavia, questo allargamento tematico ha reso più vaghi i caratteri distintivi del lavoro ermeneutico in campo giuridico. Se a partire dagli anni Sessanta del Novecento lo stimolo esercitato dall'opera di Hans-Georg Gadamer, e il nuovo statuto da questa riconosciuto al problema dell'interpretazione, aveva fatto da collante per filosofi del diritto di estrazione assai diversa, l'attenzione oggi riservata ad ambiti tematici in gran parte nuovi ha favorito un crescente disinteresse per i fondamenti dello stile ermeneutico, a vantaggio di forme di ibridazione con apparati concettuali ripresi dal neo-giusnaturalismo, dalla teoria del discorso, dal post-strutturalismo, dal neocostituzionalismo, dalle dottrine della democrazia deliberativa e così via. Un'ibridazione che testimonia certo la ricerca di un dialogo con altre tradizioni filosofiche, da sempre tratto distintivo dello stile ermeneutico, ma che rischia, per converso, di generare in quest'ultimo una progressiva perdita di identità. Credo tuttavia che proprio le nuove sfide cui è posta dinanzi la filosofia del diritto contemporanea consiglino di tornare a riflettere criticamente su alcuni snodi chiave della tradizione ermeneutica. Ciò non certo per preservare il suo codice genetico da mutazioni indesiderate, ma perché tali snodi conservano un carattere problematico che si presta a percorsi di ricerca ancora degni di attenzione.⁹⁶⁸

Porém, essa hermenêutica obsoleta tentava a todo custo fazer desaparecer o intérprete no anonimato dos métodos e na indiferença aos resultados das decisões⁹⁶⁹, causando por óbvio uma atividade mecânica-matemática “na” simples interrogação da norma a luz do fato e o fato a luz da norma, deste modo individualiza correlação semântica há questão de fato e questão de direito, o intérprete passa a ser guiado pelo critério da coerência⁹⁷⁰.

Já a hermenêutica jurídica de cunho filosófico *supera* o mecanicismo da interpretação e do intérprete, que passa a realizar o *acoplamento-ajustamento ideal entre normas e fatos*, que se fundem a *compreensão – pré-compreensão a interpretação-aplicação* dos modelos jurídicos, momento este que o intérprete desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a prolatar uma decisão. Mesmo com a visível evolução introduzida pela hermenêutica filosófica na jurídica alguns teóricos do direito põe em dúvida⁹⁷¹ a viabilidade e operabilidade desta.

interpretandi. Anuario di Ermeneutica Giuridica. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_viola.pdf>. Acessado em: 20-12-2012. P. 185)

⁹⁶⁷KANTOROWICZ, Hermann, *A Luta pela Ciência do Direito*. In: La Ciencia del Derecho. Buenos Aires: Losada, 1949. P. 323-371.

⁹⁶⁸CANALE, Damiano. *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*. In: Etica & Politica/ Ethics & Politics, 2006, 1. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. P. 1-2.

⁹⁶⁹ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 237.

⁹⁷⁰CANALE, Damiano. *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*. In: Etica & Politica/ Ethics & Politics, 2006, 1. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. P. 4.

⁹⁷¹*Resulta curioso y significativo constatar cómo bastantes de los teóricos del derecho que han usado, mejor o peor, de los esquemas de la hermenéutica gadameriana para explicar el modo en que puede acontecer y*

Volta-se neste exato momento, pois lhe é natural dentro da nova hermenêutica jurídica fundada na hermenêutica filosófica, adequar os elementos que fazem parte do *circulo hermenêutico*, ater-se-á ao a *compreensão*⁹⁷² e a *pré-compreensão voltadas ao Direito*^{973 974}, ou mais especificamente aprofundadas a Filosofia do Direito⁹⁷⁵.

acontece la interpretación de las normas jurídicas no se han detenido ahí y han echado mano de instrumentos distintos para responder a la pregunta central de la metodología normativa de la interpretación jurídica, la de cómo debe proceder el intérprete para que los frutos de su interpretación sean objetivamente correctos o, al menos, para que no puedan reputarse de perfectamente subjetivos y caprichosos, lo cual, en derecho, no lo olvidemos, suena a peligrosísima arbitrariedad que pone en cuestión nuestra seguridad en tanto que ciudadanos bajo el imperio de la ley. (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 21.)

⁹⁷²*Occorre dunque concentrare l'attenzione sul punto d'accesso all'interpretazione di un testo giuridico, alla ricerca di un criterio che consenta di vagliarne la correttezza. Un criterio certo interno al comprendere giuridico, ma non di meno suscettibile di una trattazione metodologica – per quanto sui generis – e dunque funzionale alle esigenze di certezza del diritto e di legittimazione democratica che caratterizzano gli ordinamenti occidentali contemporanei.* (CANALE, Damiano. *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*. In: *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006, 1. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. P. 3.)

⁹⁷³Em termos hermenêuticos, a pré-compreensão é aquele lugar inicial de onde arranca uma interpretação, um ponto de origem. Apreciar a pré-compreensão na atividade do hermeneuta relacionada a textos jurídicos é algo complexo, pois parecem ai existir ao menos dois níveis distintos, embora altamente implicados: chamaremos esses níveis de pré-compreensão jurídica e de pré-compreensão da subjetividade do interprete. Também integra essa pré-compreensão jurídica o capital formado pelo recolhimento dos vestígios interpretativos e aplicativos deixados por questões idênticas ou semelhantes analisadas por que outrora também fez parte desse sistema jurídico. Referimos inclusive constar a jurisprudência no âmbito dessa pré-compreensão jurídica. Qualquer sistema jurídico é assim ele mesmo e também a história de suas pré-compreensões que a todo o momento definem, de fora, o espectro da discricionariedade no interior da qual pode operar a criatividade. Esse aspecto de discricionariedade é composto pelo espaço deixado áquilo que não foi completamente definido, de modo taxativo ou vinculante, pela pré-compreensão jurídica. Dessa maneira, a variação da discricionariedade do interprete, conforme suas pré-compreensões subjetivas, em grande parte é delimitada, desde o exterior, pela pré-compreensão jurídica, cuja oclusão opera de fora para dentro. (ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 247 e 261.)

⁹⁷⁴*Precomprendere in senso stretto un enunciato normativo significa formulare un progetto di soluzione del caso, in virtù del quale viene ipotizzato sia quanto l'enunciato da interpretare prescrive, sia la situazione di fatto che esso regola. Si tratta tuttavia di un'ipotesi provvisoria, che attende di essere confermata o confutata durante il percorso interpretativo. Dal punto di vista ermeneutico quest'ultimo si sostanzia infatti nell'interrogare le disposizioni alla luce dei fatti e i fatti alla luce delle disposizioni, secondo un procedimento di domanda e risposta (circolo ermeneutico) che consente di determinare, in modo correlato, tanto il significato quanto il riferimento di un enunciato normativo. Detto più precisamente, la ricostruzione giudiziale dei fatti conduce l'interprete, alla luce della sua competenza pratica nell'uso del linguaggio giuridico, ad individuare l'enunciato normativo che potrebbe disciplinare il caso, prefigurando il riferimento dell'enunciato stesso; il contenuto direttivo (significato) di quest'ultimo consente a sua volta di perfezionare l'individuazione degli elementi di fatto giuridicamente rilevanti, innescando un percorso circolare che si conclude con la decisione giudiziale. Tale processo di mutua determinazione semantica non necessariamente avrà successo. L'interpretazione giudiziale (interpretazione-processo) viene infatti descritta dall'ermeneutica giuridica come un procedimento di "prova ed errore", mediante il quale vengono espunte dal giudizio le correlazioni tra norma (disposizione giuridica interpretata) e caso (ricostruzione giudiziale dei fatti) inadeguate, garantendo così l'individuazione del risultato interpretativo corretto.* (CANALE, Damiano. *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*. In: *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006, 1. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste. P. 4.)

⁹⁷⁵Se a verdade objetiva tinha um sentido ontológico (clássico), a verdade hermenêutica terá um sentido ontológico, resultante da diferença ontológica, em que ser e ente não estão cindidos (subjetivismo) nem colados (objetivismo). Portanto, o "conceito" de verdade esta ligado a possibilidade de elaborar juízos autênticos (legítimos), que dependerão de nossa pré-compreensão. Se nos movemos no mundo a partir de nossa inserção em determinado paradigma, a compreensão (interpretação) que fazemos sobre o direito (para ficar na

Alguns autores apontam, que além da polissemia das palavras e busca inadequada dos significados e significações, que refletem na semântica por meio desta interpretação que se opera na hermenêutica jurídica calcada na filosofia, e ainda ela pode ser considerada como uma interpretação antiformal assim podendo a mesma gerar interpretações-criações do direito⁹⁷⁶.

A hermenêutica filosófica vem a corrigir e dar uma nova consciência a interpretação das normas de direito positivo, essa nova consciência implica, por conseguinte em duas convicções: **a primeira** se refere, que seja possível formular interpretações verdadeiras, ou, para se mais precisos, exatas (*richtig*); **a segunda**, que seja possível formular interpretações passivas, o qual não entre em jogo a personalidade do interprete.⁹⁷⁷

Pode-se entender que a *filosofia hermenêutica* aporta uma mais profunda consciência das determinações operantes sobre qualquer interpretação e dos limites resultantes de qualquer pretensão de objetividade neste ponto⁹⁷⁸, nasce assim **como um novo paradigma cognitivo** para o saber e a prática jurídicos que envolvem a reformulação preliminar daquele território metodológico no qual são radialmente delimitadas as possibilidades de percepção e funcionamento do direito, note-se que *ela* sugere formas alternativas, menos cientificistas e

especificidade) dependera dessa questão metodológica. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 351.)

⁹⁷⁶*Da questo punto di vista, mi sforzerò, in primo luogo, di esaminare criticamente alcuni presupposti semantici che sono comunemente condivisi – anche se soltanto implicitamente – dalle due concezioni tradizionali (ma ancora oggi particolarmente influenti) dell’interpretazione giuridica, concezioni che si sono storicamente contrapposte più volte – sia pure in versioni differenti – nella cultura giuridica degli ultimi due secoli, ma che, a ben guardare, sono molto più strettamente imparentate fra di loro di quanto non sembri a prima vista: mi riferisco ai due grandi filoni del formalismo interpretativo e dell’antiformalismo interpretativo. In secondo luogo, proverò a criticare questi presupposti, cercando anche di fornire alcuni lineamenti per una teoria dinamica del significato che sia ingrado di fornire le basi semantiche per una concezione dell’interpretazione che si proponga – quantomeno come indicazione per una ricerca futur – come de indicazione per una ricerca futura – come decisamente alternativa alle due concezioni sopra mensionate. Per l’appunto, come una comue concezione assolutamente inadeguata, del significato (una concezione statica) stia alla base – anche se in modo totalmente implicito – dei due tradizionali approcci all’interpretazione, il formalismo e l’antiformalismo, nelle loro differenti versioni. Questa concezione produce, tra le altre conseguenze, indesiderabili, anche quella egata ad una configurazione dell’attività interpretativa sulla base della quale viene posta una sorta di alternativa dicotomica fra scoprire significati, e crearne di nuovi. L’interpretazione, insomma, viee ricondotta, di volta, ad una delle due qualificazioni dicotomiche: o a quella dela interpretazione-scoperta, o a quella della interpretazione-creazione.* (VILLA, Vittorio. *Interpretazione Giuridica e Significato: una Relazione Dinamica*. In: *Ars interpretandi*. Annuario di Ermeneutica Giuridica, 1998. Disponível em: http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf. Acessado em: 20-12-2012. P. 129 a 136.

⁹⁷⁷D'AGOSTINO, Francesco. *Interpretación y Hermenéutica*. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: < http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12-12-2012. P. 45-46.

⁹⁷⁸Para JUAN AMADO vê a importância salutar que detém a hermenêutica filosófica, mas este complementa ainda que para evitar à arbitrariedade desta interpretação a teoria da argumentação lhes complementaria para a realização de uma atividade completa: “..., ao tempo de que as teorias da argumentação se ocupam das pautas melhores para eliminar dentro do possível a arbitrariedade do *razonamento* judicial, sempre,, claro é, assumindo que este se desenvolve dentro de um *irrebasable* horizonte, que é um horizonte, também hermenêutico.” (AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: *Azafea*. Revista de Filosofía, 5, 2003. P. 13.)

mais *historizadas*, que apreendem o direito como um entre diversos outros componentes do fenômeno normativo comportamental, essencialmente mais geral⁹⁷⁹.

Constrói-se assim esse *novo paradigma cognitivo* proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma questão de método e passa a ser filosofia⁹⁸⁰, que se volta intrínseca e extrinsecamente ao estudo das condições gerais do compreender e de interpretar como um passo prévio e condicionante de todo outro desenho metódico da ciência, voltando-se a uma metaciência e metajurídica fazem ambas forçar e *sobrepasar* os métodos particulares e a construir um discurso de condição filosófica, e por obvio esta deve ser vista como uma metateoria, que será ela responsável pela refundação da ciência jurídica⁹⁸¹. Desde já, verifica-se que hermenêutica *não foi apenas relevante para o direito*, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade⁹⁸².

Antes de evoluir, deve-se destacar que uma metaciência e metajurídica destacadas pela nova hermenêutica jurídica de cunho filosófico acabam por revelar o antiformalismo aos pressupostos da estrita legalidade, justo pelo componente *contra legem*⁹⁸³.

⁹⁷⁹ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 233-234.

⁹⁸⁰STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 285.

⁹⁸¹FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La Hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992. P. 38.

⁹⁸²STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 68.

⁹⁸³*Questioni sia teoriche che metagiuridiche si pongono con riguardo alla fondamentale distinzione tra obiezione secundum legem ed obiezione contra legem. Un primo problema è quello della riconducibilità delle due specie al medesimo genus 'obiezione di coscienza'. Proprio il rifiuto di una tale assimilazione, ad esempio, sembra essere alla base dell'uso lessicale secondo il quale, per designare l'obiezione secundum legem, si parla di 'opzione (o ragione) di coscienza', riservando la locuzione 'obiezione' al caso dell'obiezione contra legem. Si pensi anche agli autori che contrappongono un'obiezione di coscienza solo 'in senso storico o logico' (quella secundum legem) all'obiezione di coscienza tout court. E' appena il caso di aggiungere come talvolta questi usi lessicali sottintendano una svalutazione dell'obiezione riconosciuta, contrapponendovi il carattere «eroico» dell'obiezione contra legem. Problemi ulteriori vanno segnalati anche riguardo a singoli termini presenti nelle locuzioni in esame. In particolare, le difficoltà sono relative a 'secundum' e, rispettivamente, 'contra' e al termine 'lex'. (...) La distinzione tra obiezione 'secundum legem' ed obiezione 'contra legem' risulta problematica almeno sotto due profili: uno di ordine logico, relativo alla (apparente) impossibilità logica della distinzione, ed uno di ordine teorico, relativo alla incertezza della distinzione. Il problema logico è legato alla circostanza che molti costituzionalisti delineano un diritto costituzionale all'obiezione, quasi prospettando una rilevanza giuridica dell'obiezione in sé, indipendentemente da una puntuale interpositio legislatoris¹⁵. In tale prospettiva è evidente la difficoltà di concepire delle obiezioni «contra legem». In proposito è appena il caso di accennare al problema classico, trattato generalmente con riguardo alla resistenza in senso lato, del paradosso di quelle costruzioni che tendono a configurare la disobbedienza come un «diritto». In questa sede non è consentito entrare nel merito delle questioni giusfilosofiche che la configurazione di tale peculiare diritto suscita, soprattutto in un'ottica coerentemente positivista. Sul mero piano lessicale, proprio della presente indagine, una via d'uscita è stata peraltro proposta: mantenere anche in questo caso la locuzione «obiezione contra legem», ma precisando ulteriormente che l'obiezione risulta «secundum ius». I problemi teorici suscitati dalla distinzione tra obiezione 'secundum legem' ed obiezione 'contra legem' sono invece legati alla incertezza della distinzione. L'incertezza è connessa alla stessa definizione di 'diritto', e deriva dalla influenza esercitata*

É salutar apontar que este acontecer interpretativo não venha a significar que pelo *giro linguístico-ontológico* estimule subjetivismos e/ou axiologismos, alçando o interprete a senhor do texto, ou que, a partir de uma operação ontológica, seja “possível” captar a essência dos textos jurídicos, como se estes contivessem conceitos em si mesmos. Há – e deve haver – limites no processo interpretativo. O processo hermenêutico não autoriza interpretações com cargas *arbitrárias* ou segundo a vontade e o conhecimento do interprete⁹⁸⁴, veja que esta interpretação é elevada a categoria cognitiva do direito⁹⁸⁵.

A (nova ou renovada) hermenêutica jurídica teve como imperativo supera-se a *ars interpretativa* que se calcava na simples relação sujeito-objeto reprodutiva (*Auslegung*) o qual interpreta-se para compreender, pois métodos ou técnicas de interpretação e-ou de se desenvolvimento em partes ou fases tendem a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito em nossa sociedade. Logo, a atual hermenêutica jurídica passa a se apropriar da hermenêutica filosófica, está centrada no *circulo hermenêutico* produtivo (*Sinngebung*) o qual se compreende para interpretar, tem como ideia chave no seu interior do qual o interprete fala e diz o ser já exige uma compreensão anterior

sulla dogmatica dalle teorie antipositivistiche (o anche solo antinormativistiche), che porta a delegare l'individuazione delle ipotesi di obiezione riconosciuta a fonti diverse dalla legge, quali, in particolare, la giurisprudenza (non solo costituzionale). Così, ad esempio, si afferma che «la previsione di principi intesi a disciplinare le obiezioni di coscienza è stata affidata agli organi giudiziari, ai giudici di ogni livello», cioè a «quello che è stato definito il diritto vivente». Tale incertezza, peraltro, si pone anche rispetto alla questione (preliminare) della configurabilità stessa di un'obiezione qualsivoglia, contra o secundum legem, come esemplificato dalla vicenda relativa alla obiezione fiscale, diffusa in Italia alla metà degli anni Ottanta, nel contesto del movimento pacifista. Al riguardo si sono formati due contrapposti indirizzi giudiziari e dottrinali: taluni affermano che si sia in presenza di una forma di obiezione riconosciuta, mentre per altri si tratta di una condotta obietante giuridicamente sanzionata. Secondo la prima opinione «il legislatore nell'assoggettare il mancato versamento diretto dell'imposta da parte del contribuente soltanto all'onere degli interessi e della soprattassa, ha rimesso alla facoltà del contribuente di scegliere tra il pagamento immediato e il pagamento differito mediante cartella esattoriale»²¹. Secondo l'opposto indirizzo, invece, «trattasi di vera e propria sanzione di un illecito amministrativo e non già di una controprestazione ad un preteso diritto di rinvio riconosciuto dallo Stato». Questa seconda fonte di incertezza appare quindi essere di natura lessicale, legata alla definizione di concetti propri della teoria del diritto, quali 'obbligo', 'sanzione', 'illecito'. (...) Un'altra fonte di indeterminatezza relativa alla distinzione tra 'obiezione contra legem' e 'obiezione secundum legem' è costituita dall'impiego del termine 'lex', per indicare l'oggetto dell'obiezione. A semplice titolo d'esempio si potrebbero considerare le seguenti questioni. E' inclusa la cosiddetta lex privata (§ 3.1.1.)? E' inclusa la cosiddetta lex imperfecta (§ 3.1.2.)? E' inclusa la cosiddetta lex proibitiva (§ 3.1.3.)? Anche in questo caso, come nel caso degli ultimi problemi evidenziati nel paragrafo precedente, l'indeterminatezza può essere circoscritta solo analizzando il lessico della teoria del diritto. (DANESI, Giorgio. *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*. In: *Analisi e Diritto 1998 Ricerche di Giurisprudenza Analitica a Cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. Págs. 81 e 82-83.)

⁹⁸⁴STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 467 e 277-278.

⁹⁸⁵FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992. P. 86.

(antecipação de sentido, porque o sentido é antecipado sempre por um sentido que é trazido pelo *Dasein*, que é pré-ontológico)⁹⁸⁶.

Quanto ao aspecto hermenêutico produtivo⁹⁸⁷, este é a base para a atividade criadora da função judicial, assim adequando-se perfeitamente tal atividade a interpretação criadora-constitutiva do Direito.

Assim é possível afirmar que com a nova teoria hermenêutica faz derivar algo mais que um novo método do conhecimento, é uma teoria de todo o conhecimento jurídico e é a base para uma nova concepção da ciência jurídica, que aqui supera o positivismo enquanto saber dogmático acerca de um texto normativo e isso se efetua pela inserção histórica e circunstanciada do sujeito responsável por compreender na tradição normativa⁹⁸⁸.

A hermenêutica em que aqui se tentou construir, pretende aprimorar e corrigir o modelo da moldura de Kelsen a partir da nova consciência filosófica dada pela ontologia-linguística corrigindo-se rumo à sedimentação de uma interpretação. Havemos assim de inscrever que a moldura das normas do círculo hermenêutico⁹⁸⁹.

Não se podem cunhar antonomásias para com a hermenêutica que se apregoa a nova consciência filosófica. E do espírito essencial da própria hermenêutica filosófica por ter caráter universal não asilar que lhes cunhem adições o seu termo hermenêutica, pois não existem modos diferentes de interpretar, assim segue exemplos, hermenêutica constitucional

⁹⁸⁶STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208-209 e 294-295.

⁹⁸⁷*Latissimo sensu, l'interprétation concerne également les faits de la cause, matière constitutive de la seconde prémisses du syllogisme et élément essentiel à la réalisation judiciaire du droit. Mise en évidence par des études critiques relatives au processus de qualification juridique du monde réel et au droit de la preuve, la dimension herméneutique de l'établissement des données factuelles au fondement du jugement n'est plus à démontrer. L'existence d'une interprétation constructive des faits judiciairement pertinents, «soeur Cendrillon de l'Exégèse», ne va pas pour autant de soi dans les représentations doctrinales tant elle menace la distinction traditionnelle du droit et du fait. Elle s'impose néanmoins sous le coup de récentes avancées théoriques en matière d'herméneutique juridique. Lieu de rencontre privilégié entre savoir juridique et savoir philosophique, ce terrain de recherche est depuis quelques années le lieu d'une importante production éditoriale, nationale et internationale. Dépassant la traditionnelle exposition dogmatique des directives d'interprétation guidant le travail des juristes, la science du droit prend conscience d'elle même comme «science du texte». Pour mieux décrire les modalités logiques et idéologiques de la découverte du sens en droit, notamment par le juge judiciaire, la théorie juridique troque le «fantasme du sens littéral» contre l'idée d'une signification toujours à construire. Prenant un tour plus ou moins radical, les thèses en présence convergent vers l'idée que «l'interprétation judiciaire manifeste une latitude dans l'application de la règle de droit qui ne peut (cependant) oblitérer totalement le rôle contraignant des règles, du but et des enjeux qui régissent cette activité». L'accent ainsi placé sur le processus interprétatif n'est pas sans conséquence sur le rôle dévolu à l'argumentation dans les représentations de la fonction de juger.* (COLSON, Renaud. *La Fonction de Juger. Étude historique et positive*. Volume n. 29. Version 1. Presses Páris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P. 228-230.)

⁹⁸⁸FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992. P. 86 e 106.

⁹⁸⁹ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. P. 246.

(sendo esta a *antonomásia* mais usual de todas⁹⁹⁰) ou hermenêutica a ser feita em países com múltiplas visões de mundo disputando espaço⁹⁹¹.

A hermenêutica filosófica projeta-se idealmente para com a hermenêutica jurídica, pois presta as exigências da contemporaneidade são ressemantizadas e passam por releituras, frente ao conjunto de necessidades e exigências que procuram respostas: o Direito, a Sociedade e o Homem, assim renovando e impondo soluções para com a reorganização do mundo-do-ser.

⁹⁹⁰Um dos problemas fulcrais está na própria convicção de que haveria uma “hermenêutica” própria e específica para o direito constitucional, o que por si só já é uma confissão de que hermenêutica não é uma “questão filosófica”, mas, sim, *epistemológica*. Fosse possível a existência de uma “hermenêutica específica” para tratar do direito constitucional, e teríamos que admitir as diversas “hermenêuticas regionais” (hermenêutica do direito penal, civil, etc). De igual maneira, teríamos que admitir que interpretar o direito é uma mera técnica e não um modo de compreender (modo-de-ser). Nesse universo, sempre há o risco das mixagens teoréticas, uma vez que, ao mesmo tempo em que se avance no sentido de afirmar que a interpretação *não mais é* um ato praticado “sem qualquer subjetividade”, admita-se que a interpretação tenha a presença de “grande margem de vontade” do intérprete. (STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 54.)

⁹⁹¹STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 487.

5.3 - **NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO**⁹⁹²: NO CENÁRIO DA ESPIRAL CONSTRUTIVA

*Conviene empezar con la interpretación de las fuentes materiales por la sencilla razón de que en ella se acepta sin discusión lo que en el ámbito de las fuentes formales es objeto de controversia. En toda interpretación el principio supremo consiste en la lealtad del intérprete con los protagonistas (interesados y poderosos). El arte de la interpretación científica se llama hermenéutica.*⁹⁹³

Vai-se além dos tópicos anteriores, quer um referenda a *Filosofia do Direito e a Hermenêutica Filosófica: (Nova) Hermenêutica Jurídica* e o outro a *Hermenêutica Jurídica: bases e fundamentos na Hermenêutica Filosófica*, pois aqui busca-se diferenciar a *Hermenêutica da Interpretação*⁹⁹⁴, pois face neste momento necessário esse enfoque, pois em

⁹⁹²A ação ou atividade de interpretar é interpretação, conceito que não se confunde com o de Hermenêutica, o qual, por sua vez, é traçado como o complexo estrutural e operacional voltado à produção do sentido. Mas do sentido adequado. Não de um sentido qualquer, porém daquele que, de permeio à essencial inesgotabilidade, revista-se de melhores condições de atender aos fins maiores da interpretação, que não podem fugir à função social desta. Tampouco à sua destinação de conduto para a justiça, dentro de um dinamismo de sentido apto a não engessar a vocação que o espírito tem para progredir. Estabilizando sem imobilizar, e deixando que a riqueza de sentido flua sem que isso importe que fique vagando à solta, destituída de quaisquer compromissos com os destinos convivências do ser humano, no caso em que viria muito mais em proveito do tumulto do que da liberdade, laboraria muito mais em benefício da insegurança do que do ideal de justiça, o qual encontra seu modelo exatamente na amoldabilidade que se possa conseguir frente a cada situação real de conflito concreto. A Hermenêutica ocupa-se, por conseguinte, da busca, quase sempre filosófica, dos regramentos capazes de tornar a interpretação cada vez mais útil aos fins a que se dedica. Quanto mais se exige da interpretação, mais aumenta a responsabilidade hermenêutica, de sorte, se a interpretação for mais integral, mais total terá que ser a Hermenêutica. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 242-243.)

⁹⁹³GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción al Derecho* (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar. P. 214.

⁹⁹⁴Vediamo ora quale paradigma della scienza giuridica può trarsi dal pensiero ermeneutico. In realtà -come ha mostrato Gadamer- la stessa ermeneutica filosofica ha tratto ispirazione dalla tradizione della scienza giuridica, che ha da sempre usato procedimenti di tipo ermeneutico. Tuttavia questi restavano confinati nell'arte dell'interpretazione, cioè nell'ambito di una "tecnica", senza assurgere ad una teoria della giurisprudenza. Ancora oggi l'ermeneutica giuridica così com'è praticata dai giuristi difficilmente si eleva al di sopra dell'uso metodico dei canoni ermeneutici. Gli sviluppi attuali della filosofia ermeneutica permettono, però, di fare un passo innanzi verso una teoria ermeneutica della scienza giuridica. Secondo la filosofia ermeneutica, invece, la giustificazione dell'interpretazione riposa sul carattere pratico dell'esperienza giuridica, cioè dall'esigenza di trovare il senso delle azioni sociali. Ciò significa che le radici dell'interpretazione si debbono ritrovare nella comprensione. Il centro filosofico dell'ermeneutica non si trova nell'interpretare ma nel comprendere. L'interpretazione come attività acquista un senso proprio perché avviene all'interno di una preliminare comprensione, che è il vero e proprio luogo del «senso». Ogni attività ha un significato solo all'interno di una totalità di senso. Di conseguenza la comprensione precede e condiziona l'interpretazione che a sua volta la sviluppa, la corregge e la libera dai fraintendimenti. Questa considerazione si appoggia su osservazioni elementari. Se non anticipiamo il senso del nostro discorso, non riusciamo neanche a costruirlo. Anche nella ricerca scientifica, perché il dato sia enucleato, occorre prima anticiparne il senso e poi verificarlo con il controllo sperimentale. Ma per la filosofia ermeneutica tutto ciò assume una rilevanza ben più profonda in quanto il comprendere è inteso come un modo d'essere, il modo proprio d'essere dell'uomo. Non soltanto il

seguida tratar-se-á da *Interpretação Jurídica do Direito*, o ora tópico é singelo, mas sim serve de acoplamento ao trabalho.

Em suma, refere-se à *hermenêutica jurídica* como fornece os meios adequados à boa realização que se concretiza através da interpretação a qual também não se exaure em si mesma, pois ganha razão de ser quando encontra espaço para efetiva aplicação das normas jurídicas em situações concretas das relações intersubjetivas, tendo-se em conta a dimensão prática do direito⁹⁹⁵.

Explicita-se ainda que o “saber hermenêutico” é, portanto um saber complexo podendo ela seguir um método (racional-logicista) ou amétodica, que neste ultimo caso se usa da inesgotável nova-ou-renovada consciência da filosofia de cunho hermenêutico filosófico, pois em ambos os casos a hermenêutica ocupa-se da estrutura e da operacionalidade da interpretação, com o objeto de outorgar estabilidade a ultima, em benefício dos efeitos sociais do sentido, em termos de aplicação à convivência⁹⁹⁶.

Deste modo, devem-se cingir os conceitos: hermenêutica e interpretação, alcunhando-lhes a nova consciência filosófica que lhe é adotada pela hermenêutica filosófica. A hermenêutica passa a se produtiva (*Sinngebung*) dentro de uma circularidade (circularidade hermenêutica) implicando na transição da filosofia hermenêutica para se realizar com a hermenêutica filosófica, deste modo à interpretação como seu *modus operandi* se dá em algo que deve ser elevado a brocardo jurídico: interpretar é compreender.⁹⁹⁷

É de afirmar que existe uma diferença *funcional* entre a interpretação e a hermenêutica jurídica, mas deve-se salientar que ambas inter-relacionam-se e uma depende da outra para possam ser *praticadas*, pois a interpretação é momento de contato direto do intérprete com a norma jurídica, aplicando assim técnicas específicas, para a busca do seu real conteúdo compreensivo, já a hermenêutica jurídica é a ciência formada pelo conjunto sistêmico de técnicas, métodos e “a-métodos” interpretativos. Pois a hermenêutica jurídica pela qual se

discorso e la scrittura, ma tutte le creazioni umane sono compenstrate di un senso, che è compito dell'ermeneutica estrarre». Il senso di una pratica sociale interpretativa è la finalità generale dell'impresa di cui si tratta. Esso precede e illumina le azioni che sono poste al suo interno. Queste azioni possono essere corrette o non corrette (convenienti o sconvenienti, giuste o ingiuste, buone o cattive) in relazione a ciò a cui mirano, cioè propriamente possono essere sensate o insensate. Da questo punto di vista il senso di una pratica sociale è un compito a cui s'è chiamati, un'impresa che s'intraprende, un obiettivo generale che si persegue. Ciò significa che il senso che sta alla base della comprensione ermeneutica ha un carattere pratico e che una filosofia ermeneutica del diritto non potrà che essere una filosofia pratica. (VIOLA, Francesco. *Epistemologia ed ermeneutica della scienza giuridica*. Disponível em: < http://www.ciafic.edu.ar/documentos/Viola_1999.htm>.

Acessado em: 02-03-2013. P. 8.)

⁹⁹⁵GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 29.

⁹⁹⁶FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 97-98.

⁹⁹⁷STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 70 e segs.

defende, tem cunho na nova consciência filosófica, assim está não se apresenta com métodos (visto anteriormente a questão do método e afins) ela visa à compreensão por meio do *circulo hermenêutico* (Interpretar é compreender).

O orientar transcendental que tem o círculo hermenêutico se vê dotado pelo *plus* da nova consciência filosófica, forma-se a hermenêutica filosófica que *visa salvar* da alienação em que se acha, enquanto algo que apresentava tessitura rígida, escrita que se distanciam do presente vivo e atuante do diálogo, da dialética revivescente, portanto, para sair deste fosso, usa-se da interpretação como elixir de ressurreição que é uma afirmação, ato de encontrar a própria identidade do objeto da interpretação que do compreender surge. De tudo isso, reside à responsabilidade da Hermenêutica, a qual experimenta o dilema de ter que orientar os efeitos da interpretação^{998 999}.

A hermenêutica que aqui se defende notadamente e a filosófica que se acopla e contemporiza a hermenêutica jurídica, encontra esta guarida a Constituição que é uma coisa (ente) disponível, ela faz parte do modo da existencial, para que o interprete possa operar sobre ela como produto de um processo compreensivo, de uma *applicatio*. Esse compreender e um existencial, categoria pela qual o homem se constitui. E ainda a pré-compreensão acerca do que significa a Constituição torna-se condição de possibilidade para a configuração do

⁹⁹⁸ **A responsabilidade hermenêutica faz com que se respeite:** de um lado a dignidade do intérprete, como ser pensante, e doutro a dos indivíduos aos quais serão aplicados os frutos de sua interpretação, como titulares de um patrimônio de liberdade, que se estende desde as liberdades político-jurídicas, no caso da interpretação de normas, até a liberdade perante o belo, na hipótese de interpretação de obras de arte. Isto para dar só dois exemplos. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 178 e 144.)

⁹⁹⁹ Potremo dire infatti, per cercare di offrire un'efficace sintesi dei problemi che il pensiero ermeneutico ha attualmente di fronte, che Arte e limiti dell'interpretazione in un certo senso costituiscono le colonne d'Ercole, il punto di riferimento e di distinzione del sempre più ampio dibattito contemporaneo sull'ermeneutica. Da una parte – ed è questo un profilo che riveste un rilievo centrale per il diritto – si può considerare alla luce della lunga tradizione ermeneutica occidentale, l'interpretazione, la procedura interpretativa come arte. Secondo la felice ambiguità dell'Etica Nicomachea, la *techne* è ad un tempo arte e tecnica, avendo per fine di cercare co l'abilità e la teoria come possa prodursi qualcune delle cose che possono sia esserci. Proprio in quanto assume come suo fine la perfetta realizzazione tecnica della cosa de fare, l'arte comporta la conoscenza dei procedimenti necessari appunto per produrre tale cosa determinada, dunque essa gioca un ruolo importante nei contesti pratici. Nel caso del diritto – basti pensare al momento applicativo – possiamo dire che esso è quest'arte, anche se in quest'arte non si risolve totalmente, contenendo una tensione insopprimibile, anche se mai del tutto concretizzabile, verso una realizzazione piena e completa della giustizia. Un'arte, quella dell'interpretazione che, essendo costitutivamente chiaata a connettere razionalità tecnica e razionalità pratica, universalità delle norme e particolarità dei casi individuali, è, in quanto tale, costretta ad una serie di mediazioni, che necessariamente implicano un ampio spazio di creatività e di discrezione, un impegno valutativo e determinativo nei rapporti sociali e istituzionali: il processo ermeneutico è sforzo inesausto, aperto, nel momento dell'applicazione concreta, ad infiniti arricchimenti. (ZACCARIA, Giuseppe. *Arte e Limiti dell'interpretazione*. Dal Diritto all'ermeneutica, dell'ermeneutica al Diritto. In: Tavola Rotonda Padova, 17 ottobre 1995. P. 155-156)

lugar da co-originariedade, *o qual habita a estrutura previa do compreender a partir da virtuosidade do circulo hermenêuticos*¹⁰⁰⁰.

O saber hermenêutico é, portanto, um saber complexo. Ocupa-se da estrutura e da operacionalidade da interpretação, com o objeto de outorgar estabilidade à última, em benefício dos efeitos sociais do sentido, em termos de aplicação à convivência. Como não poderia deixar de ser, seus fundamentos são filosóficos, mas, enquanto ramo do conhecimento, é saber dotado de cientificidade, adquirida pela circunstância de ser um conhecimento unificado, nos parâmetros da doutrina spenceriana. Não foge por outro lado, a uma configuração normativa, na medida em que intenta obter frutos-de-utilização em prol da melhoria da sociedade dos homens, nas suas diversas dimensões: sociais propriamente ditas, políticas, econômicas, morais, jurídicas estéticas, etc. numas áreas, sua atuação tem mais espaço e maior eficácia. É o caso, para exemplificar, das áreas jurídica e política, onde é mais adequado falar-se em direcionamento do sentido, do que no tocante, ainda para exemplificar à área estética. De qualquer forma, a verdade filosófica de que o sentido é inesgotável se constitui no fundamento da Hermenêutica, uma vez que, se ele fosse uno e fixo, não haveria motivo algum para preocupar-se, num conjunto imenso de opções, a melhor alternativa, ou as melhores alternativas, para a convivência, eis que sequer conjunto de opções existiria. ***A inesgotabilidade de sentido é, por conseguinte, a base filosófica em que se assenta a Hermenêutica.*** Hermenêutica é, assim, guia de escolha do bom sentido. Essa escolha do bom sentido torna-se imperiosa no que tange à Hermenêutica Jurídica, uma vez que a opção pelo sentido pode, em muitos casos implicar a opção pela justiça, indispensável à convivência e à afirmação da grandeza do ser humano, bem como à própria justificação do Direito.¹⁰⁰¹

Em resumo: o Direito (em que cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe e superior) faz parte do modo-de-ser-no-mundo que serve para os demais textos jurídicos como um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito.

Por fim, o intérprete deve vislumbrar que as possibilidades semânticas do texto devem cruzar-se com todos os elementos das circunstâncias fáticas do caso, assim compatibilizando-se por uma interpretação, que sempre terá de ser constitucional (portanto, correta) e outra, inconstitucional (portanto, incorreta)¹⁰⁰².

Desse modo, (também) a Constituição não é um elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica; dela é impossível “deduzir” “outro” elemento “objetivado”. Por isso, é possível dizer que a noção de Constituição é um paradoxo, ao fundar

¹⁰⁰⁰STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 350-351.

¹⁰⁰¹Por último, desponta, no conceito reproduzido, a questão da eficácia do Direito, capaz de excluir, em sua aplicação, qualquer impedimento que se lhe anote. Ressurge a indagação: como saber o intérprete ou o aplicador do Direito qual o impedimento, se for o caso, a afastar, não dispondo ele de nada mais do que a multiplicidade de sentidos para funcionar a título de balizamento de sua opção Somente regras (digamos assim) da hermenêutica serão hábeis a conferir condições de seletividade entre os sentidos possíveis, do que surgirá algum rumo para o intérprete poder optar. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. Págs. 97-98 e 100.)

¹⁰⁰²STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. Págs. 134 e 347-348.

sem ser “fundamento *inconcussum*” (porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer “deduções”) e, ao mesmo tempo, embora sendo o ponto de partida (e de chegada) do ordenamento, frustra essa pretensão de ser esse ponto, já que esse “começo” sempre se renova na forma de antecipação de sentido e na circularidade hermenêutica¹⁰⁰³.

Pelo exposto, a hermenêutica jurídica a que aqui se reivindica: *la inesgotabilidad del sentido que se ofrece en la interpretación. Y un sentido inagotable es un sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor inagotable*¹⁰⁰⁴.

*In questo senso l'ermeneutica si presenta come un modo particolare d'intendere e di praticare le procedure interpretative. Tra i suoi caratteri distintivi ricordiamo qui, ad esempio, il richiamo alla totalità degli orizzonti interpretativi o il rifiuto di considerare la proposizione normativa come l'unità-base del testo.*¹⁰⁰⁵

Desta forma, passa a recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado-texto e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante. Faz-se assim uma reconstrução de coisas que nos eram postas como dogmas jurídicos de extremo aprisionamento do Direito¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 281-282.

¹⁰⁰⁴*La hermenéutica por un lado se empeña en afirmar el carácter múltiple, personal, antidogmático, imposible de objetivar de la interpretación, pero por el otro lado reduce toda tentación relativista y nihilista. Si todas las interpretaciones tienen el mismo valor, ninguna interpretación tiene propiamente ningún sentido: y esto es justamente opuesto a lo que la hermenéutica postula: la inesgotabilidad del sentido que se ofrece en la interpretación. Y un sentido inagotable es un sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor inagotable.* (D'AGOSTINO, Francesco. *Interpretación y Hermenéutica*. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12-12-2012. P. 13.)

¹⁰⁰⁵VIOLA, Francesco. *Ermeneutica e Diritto*. In: *Ars interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica*. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_viola.pdf>. Acessado em: 20-12-2012. P. 181-182.)

¹⁰⁰⁶Assim, por exemplo, não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena. A eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo hermeneuta-intérprete. (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 200.)

5.4 - *INTERPRETAÇÃO CRIADORA/CONSTRUTIVA DE DIREITO*

Interpretar es interpretare, que deriva de interpres, vale decir mediador, corredor, intermediario. El intérprete es un intermediario entre el texto y la realidad; y la interpretación es extraer el sentido, desentrañar el contenido, que el texto tiene con relación a la realidad.¹⁰⁰⁷

Antes de se adentrar ao assunto em específico, cabe interrogar-se a: *¿Quien decide sobre la interpretación de un texto? Aquel que es competente para decidir el derecho en el caso de especie que le es sometido, y este será el juez de primera instancia y, en caso de necesidad, el juez de apelación de casación¹⁰⁰⁸, y hoy en día muchísimo casos se remiten los Tribunales Constitucionales.*

Isso vem a dar luz ao caminho a se trilhar, para que melhor defenda-se o Ativismo Judicial Substancialista, avaliando-se pela perspectiva de uma construção no que se refere à Filosofia do Direito, que calca-se em uma interpretação de cunho hermenêutico jurídico, a qual a hermenêutica é vista como um *locus* que privilegia a criação do direito, superando as visões e construções teóricas que defendem ser a interpretação do direito de livre manifestação do juiz ou de uma interpretação que venha a ser autêntica. Defende-se a interpretação criativa-construtiva do Direito¹⁰⁰⁹, pois a mesma resulta em efeitos práticos.

A *Interpretação Criadora-Construtiva do Direito* interpõe-se na fusão de dois horizontes, entre a Hermenêutica Jurídica e Criação do Direito pela via Judicial¹⁰¹⁰, se dá na

¹⁰⁰⁷COUTUE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores 1963 . P. 15.

¹⁰⁰⁸PERELMANN, Ch.. *La Interpretación Jurídica*. Trad.: H. Petzold-Pernio. Cuadernos de Trabajo. N.º 7. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho Luz., 1974. P. 10.

¹⁰⁰⁹Anteriormente citado: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique *¿Qué Significa Juzgar?* In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009). P. 154-157.

¹⁰¹⁰Em debate doutrinário que muitas vezes deparamos com a convicção de que existe uma clara distinção entre a interpretação do direito e ativismo judicial. De acordo com esta distinção, a primeira é considerada uma legítima expressão da função judicial e a segunda sua degeneração, envolvendo invasão arbitrária de um juiz para a arena política, dando prioridade a outros do que aos valores jurídicos, tais como, no caso do Tribunal de Justiça, apoiar o processo de integração Europeia. Deve ser enfatizado que a mencionada convicção está deslocada, baseando-se em um conceito antigo e redutor da função judicial, em que o Juiz era visto como, um porta-voz-robô inanimado da Lei. Esse conceito confirma a ideia de que pela lógica puramente dedutiva, o Juiz pode determinar a lei, sem responsabilidade pessoal e por meios criativos. Por outro lado, *deve sublinhar-se que a função judicial envolve, por si só, não só a interpretação do direito, mas também a sua criação*. Se se aceita tal observação fundamental, a qual não apresenta distinção clara entre a análise ou interpretação jurídica de um lado e judicial e de outro legislativo. Na verdade os dois, longe de pertencer a diferentes esferas, o ex-legalista e o último político, estão dentro dos limites da função judicial legítima. A conclusão de que o processo legislativo é, por si só parte das funções judiciais nos permite reconsiderar o debate atual e tentar, em vez de explicar as decisões de tomada de lei como uma mudança da lei e para a política, para encontrar uma explicação dentro do próprio

seguinte premissa: se interpretar e compreender¹⁰¹¹, e o compreender e sempre aplicar¹⁰¹²(Gadamer¹⁰¹³), e aplicar e sempre criar direito (Kelsen¹⁰¹⁴), conclui-se que a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva (Dworkin¹⁰¹⁵).^{1016, 1017}

Já Perelman defende a interpretação criativa-construtiva do Direito como sendo a interpretação dinâmica¹⁰¹⁸.

sistema jurídico. Pode ser interessante, em primeiro lugar, examinar brevemente as razões para o nascimento e a expansão do papel criativo da interpretação judicial em geral, e, por outro, a especificidade do ativismo judicial europeu. (*In doctrinal debate we often come across the conviction that a clear distinction exists between legal interpretation and judicial activism. According to this distinction, the former is considered a legitimate expression of judicial function and the latter its degeneration, involving a judge's arbitrary intrusion into the political arena by giving priority to values other than legal ones, such as, in the case of the ECJ, supporting the process of European integration. It must be emphasised that the aforementioned conviction is misplaced, being based on an old and reductive concept of judicial function, whereby the judge was seen as an inanimate, robot-like spokesman of the law. This concept confirms the idea that by purely deductive logic the judge could ascertain the law without personal responsibility or creative means. By contrast, it must be underlined that judicial function involves per se not only the interpretation of law but also its creation. If one accepts this fundamental observation, there is no clear distinction between legal analysis or interpretation on the one hand and judicial law-making on the other. In fact both of them, far from belonging to different spheres, the former legal and the latter political, fall within the boundaries of legitimate judicial function. The conclusion that law-making is per se part of judicial functions allows us to reconsider the current debate and try, instead of explaining law-making decisions as a shift from law and towards politics, to find an explanation inside the legal system itself. It might be interesting, firstly, to briefly examine the reasons for the birth and expansion of the creative role of judicial interpretation in general, and, secondly, the specificity of European judicial activism.* (POLLICINO, Oreste. *Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint*. European & International Law. German Law Journal Vol. 05 No. 03, 2004. P. 285-286))

¹⁰¹¹Los protagonistas comprueban el sentido de una orden (tanto el que manda como el a quien la orden se dirige) o de un acuerdo (los interesados) mediante la comprensión. **Tanto la interpretación como la comprensión son maneras de comprobación de sentido, actitud que corresponde con respecto a toda conducta humana y con respecto a todos los productos de conducta humana.** (GOLDSCHIMIDT, Werner. *Introducción al Derecho* (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar. P. 206.)

¹⁰¹²GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 457.

¹⁰¹³GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997. P. 358.

¹⁰¹⁴A criação de Direito é sempre aplicação de Direito. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 193.)

¹⁰¹⁵DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 62-64.

¹⁰¹⁶... é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *Law-making*. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 24 – 25.)

¹⁰¹⁷*Si comprende, allora, che il binomio inscindibile di «interpretazione-applicazione» rappresenta nel diritto quella difficile conciliazione tra ragione e autorità che interessa tutta la vita pratica e la coesistenza umana. Ma ciò non significa necessariamente che questo binomio debba essere identificato con la separazione tra «ragione e volontà». L'ermeneutica ha una propria concezione dell'autorità e del suo rapporto con la ragione, concezione che è ben diversa da quella propria dell'imperativismo giuridico o del normativismo kelseniano. In ogni caso la discussione intorno all' adeguatezza dell' interpretazione non avrebbe senso se si avesse di essa un'idea puramente soggettivista. Ma resta irrisolto il tipo di rapporto che l'interpretazione ha con il suo oggetto. Questo problema a sua volta dipende dal modo stesso in cui viene concepito quest' oggetto, se esso sia isolabile dal contesto o riceva il suo significato dall' ambiente in cui opera. Pensiamo qui al grande ruolo che in tutta questa problematica svolgono le convenzioni linguistiche, di cui bisogna tener conto se si vuole comprendere il diritto.* (VIOLA, Francesco. *Ermeneutica e Diritto*. In: *Ars interpretandi*. Annuario di Ermeneutica Giuridica. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_viola.pdf>. Acessado em: 20-12-2012. P. 183.)

¹⁰¹⁸Tradicionalmente dos interpretaciones se oponen la una a la otra: la interpretación estática y la interpretación dinámica. La interpretación estática es aquella que se esfuerza en encontrar la voluntad del

Corrobore-se que a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva, pois é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Saliente-se que do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto¹⁰¹⁹.

No entanto, a interpretação¹⁰²⁰ é mais do que obra da ciência, pois se pode considerar *ius*¹⁰²¹, pois responde à mesma finalidade que a direito¹⁰²² 1023.

*Legislador que ha sancionado el texto de la ley. La interpretación dinámica es aquella que interpreta el texto en función del bien común o de la equidad, tal como el juez los concibe en el caso de especie que le es sometido. Estas dos concepciones de la interpretación parecen, ambas, poco satisfactorias. En efecto, en la concepción estática no es la opinión del juez sino la del mejor historiador del derecho la que debería prevalecer. Si es al juez al que se le concede el derecho y la competencia de decidir, debe ser porque no se trata, en esta materia, de historia, de verdad, de ciencia, sino de una decisión que se quieren que sea la mas justa posible. POI' otra parte, el recurso a la voluntad del legislador, normalmente sin poder en el momento en el cual la ley es aplicada, no es a menudo mas que una ficción cómoda, pues el legislador que se invoca no puede mas manifestarse. Por el contrario, in concepción dinámica de la interpretación presenta el riesgo de sustituir a la voluntad del legislador por la voluntad del juez y de suprimir la diferencia entre la regla que ha sido promulgada y aquella que se quisiera ver instaurada. La interpretación de lege lata seria sustituida por' aquella de lege ferenda, que no tornaría en cuenta en absoluto la voluntad manifiesta del legislador. (PERELMANN, Ch.. **La Interpretación Jurídica**. Trad.: H. Petzold-Pernio. Cuadernos de Trabajo. N.º 7. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofia del Derecho. Facultad de Derecho Luz., 1974. P. 11-12.)*

¹⁰¹⁹DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 62-64.

¹⁰²⁰LEGISLADORES, INTÉRPRETES E JUÍZES. – Os efeitos das leis são quase sempre complexos e, não raro, diferentes daqueles que, devido a rudimentares processos de indagação, eram previstos pelos legisladores e pelos estudiosos. Outras vezes, variam com os tempos, e dá-se a heterogonia de fins, que faz o mesmo instituto servir sucessivamente a funções diversas. De forma que deve a indagação científica atender ao método indutivo nas 3 (três) fases de elaboração jurídica, - na pré-legislativa ou doutrinária, na legislativa e na pós-legislativa ou exegetica, - de modo que na função retificadora, que lhe compete, seja (por sua vez e com mais fortes razões do que as geralmente admitidas) pré-legislativa. Nenhum estudo será mais fecundo que o das causas reais das instituições, mas é difícil e muito delicado. Mais seguro é o das relações sociais que por seu turno auxiliara o esclarecimento daquelas causas e daqueles efeitos, em sempre idênticos às causas e daqueles efeitos (fins) ideológicos, isto é, aos motivos psicológicos e fins desejados pelos legisladores. Pode bem ser que sejam muitos os efeitos e os fins desejados pelos legisladores. Pode bem ser que sejam muitos os efeitos da regra e somente a análise das relações poderá revela-los, aqui e acolá, o que não seria fácil ao estudo direto da instituição. As relações sociais mantém maior continuidade causal que as instituições que são efeitos formais; entre as relações de venda, troca, herança, etc., em que se revelam, pois que atuam condições econômicas, psicológicas, morais, políticas, etc., é que devem ser procuradas a gênese e evolução dos fenômenos jurídicos e não nas instituições propriamente ditas. O mesmo invólucro institucional, o mesmo texto de lei, pode ter sentidos diferentes em dois ou três períodos de vigência, às vezes distantes de um século, e somente nas relações sociais é que poderemos conhecer aqueles sentidos, porque é somente nas relações sociais que se encontram e podem ser apanhadas as normas que as regerem (historia jurídica), que as regem (documento atual), e que as devem reger (legislação e interpretação jurídica). (MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo IV. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 40-41.)

¹⁰²¹Il diritto in quanto senso specifico dell'operare umano a precedere e conferire significato ai testi, che proprio per questo sono considerati «giuridici». Nessuno di essi è però in grado di afferrare e racchiudere in sé tutto il senso del diritto, essendone ognuno solo una più o meno adeguata manifestazione (*instantiation*). Se non fosse così, comprensione e interpretazione sarebbero la stessa cosa e, conseguentemente, non sarebbero possibili criteri di valutazione relativi alla correttezza della seconda. Il diritto sarebbe interpretazione e null'altro che interpretazione senza poter dire di che cosa si tratti. Neppure si potrebbe rispondere conclusivamente che si tratta d'interpretare testi giuridici, perché questi sono essi stessi frutto d'interpretazioni, a meno che non li si considerino meri enunciati linguistici, i quali di per sé non hanno nulla di «giuridico». L'interpretazione è legata alla positività fino al punto da potersi affermare che la stessa positività del diritto è il risultato d'interpretazioni e il principio di altre interpretazioni. *Il senso propriamente non lo si interpreta, ma lo si comprende, e ciò dà luogo ad una catena infinita di eventi interpretativi. La questione metodologica della correttezza*

Neste sentido, o: “*derecho está siempre en proceso de hacerse a través de la llamada interpretación que es, en gran medida, un acto de creación. De ahí que esa interpretación que pretende saber simplemente cómo está hecho el derecho, qué es lo que manda el derecho, se equivoca; porque el derecho nunca está totalmente hecho*”¹⁰²⁴.

Evidente fica a aproximação entre Ativismo Judicial e a Interpretação criativa do Direito diante da Hermenêutica Jurídica de cunho filosófico, fica clara tal aproximação especificamente no que tange que a criação do direito pelo Judiciário que revela-se pela interpretação antiformal¹⁰²⁵.

Quanto ao formalismo, ou seja, ao rígido mecanismo dogmático representado pelo legalismo, faz com que se crie a necessidade de que as decisões judiciais passem a se tornar fontes do Direito, diante do ordenamento jurídico, pois como visto em alguns momentos no ora trabalho, a lei não contém “todo o Direito”, forçosamente o juiz-tribunal exerce a função

dell'interpretazione è, dunque, subordinata a quella ermeneutica delle condizioni di possibilità della comprensione dei testi giuridici. (VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006,1. P. 11.)

¹⁰²²BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. P. 173.

¹⁰²³Interpretar o Direito é desentrañar el sentido de una norma en su sentido plenario, presupone el conocimiento del derecho en su totalidad, y la coordinación necesaria de la parte con el todo. (COUTUE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963. P. 16.)

¹⁰²⁴GRANDA, Fernando de Trazegnies. *La Muerte del Legislador*. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1995. P. 864

¹⁰²⁵*Da questo punto di vista, mi sforzerò, in primo luogo, di esaminare criticamente alcuni presupposti semantici che sono comunemente condivisi – anche se soltanto implicitamente – dalle due concezioni tradizionali (ma ancora oggi particolarmente influenti) dell'interpretazione giuridica, concezioni che si sono storicamente contrapposte più volte – sia pure in versioni differenti – nella cultura giuridica degli ultimi due secoli, ma che, a ben guardare, sono molto più strettamente imparentate fra di loro di quanto non sembri a prima vista: mi riferisco ai due grandi filoni del formalismo interpretativo e dell'antiformalismo interpretativo. In secondo luogo, proverò a criticare questi presupposti, cercando anche di fornire alcuni lineamenti per una teoria dinamica del significato che sia ingrado di fornire le basi semantiche per una concezione dell'interpretazione che si proponga – quantomeno come indicazione per una ricerca futur – come de indicazione per una ricerca futura – come decisamente alternativa alle due concezioni sopra mensionate. Per l'appunto, come una comue concezione assolutamente inadeguata, del significato (una concezione statica) stia alla base – anche se in modo totalmente implicito – dei due tradizionali approcci all'interpretazione, il formalismo e l'antiformalismo, nelle loro differenti versioni. Questa concezione produce, tra le altre conseguenze, indesiderabili, anche quella egata ad una configurazione dell'attività interpretativa sulla base della quale viene posta una sorta di alternativa dicotomica fra scoprire significati, e crearne di nuovi. L'interpretazione, insomma, viee ricondotta, di volta, ad una delle due qualificazioni dicotomiche: o a quella dela interpretazione-scoperta, o a quella della interpretazione-creazione.* (VILLA, Vittorio. *Interpretazione Giuridica e Significato: una Relazione Dinamica*. In: *Ars interpretandi*. Annuario di Ermeneutica Giuridica, 1998. Disponivel em: http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf. Acessado em: 20-12-2012. P. 129 a 136.

criadora por meio de sua função Jurisdicional¹⁰²⁶, usando-se da interpretação e da hermenêutica¹⁰²⁷.

Acena-se, deste modo, que a interpretação Judicial não se exaure pela legalidade ou a formulações provenientes de codificações, pois, como símbolo que pode ser transgressor de um órgão que resume em si o espírito da estrutura jurídica dominante, compete-lhe alternativamente adequar a satisfação das necessidades fundamentais de novos sujeitos sociais aos recentes pressupostos paradigmáticos de valoração jurídica emancipadora¹⁰²⁸.

Necessário aludir que interpretação criadora-constitutiva do Direito se perpetuou ao longo do tempo, assim fazendo com que se repense a dogmática jurídica (legal e constitucional), pois nela se encontra uma profunda crise de paradigmas que tem como sustentação uma profunda dêsfuncionalidade do Direito, e retro-alimentada por um campo jurídico que funciona como um corpus no interior do qual o operador jurídico “conhece”, “contempla” e “assume” o seu lugar, a dogmática jurídica, deve ser re-tratada em uma perspectiva criativa/criadora¹⁰²⁹.

Neste sentido, deve-se aludir que, *“se estará ante una hermenéutica “re-creadora del sentido” de las normas del derecho positivo y preocupada de que este cumpla su función de acuerdo con la cambiante realidad social, o bien, ante una interpretación defensora del “statu quo” y opuesta a la necesidad de poner a tono al derecho positivo con las transformaciones de la sociedad donde el mismo pretende regir”*¹⁰³⁰.

¹⁰²⁶A intervenção dos Tribunais, embora não uniforme, à primeira vista poderia se tornar insuportável. Mas todo ordenamento prevê a possibilidade de transformar essa multiplicidade em unidade. Po e essa via jurisdicional é que se coloca o ordenamento jurídico como algo mais seguro, oferecendo menos opções de dúvidas que os textos normativos do Direito que brota puro da fonte legislativa, muitas vezes, extremamente confuso. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. P. 297 - 298.)

¹⁰²⁷Impõe-se precisar o modo como se efetiva o surgimento e a criação de um ordenamento jurídico desvinculado do rígido e mecânico dogmatismo representado pelo legalismo formalista. Caracterizando a importância das decisões judiciais como Fonte do Direito, verifica-se principalmente que a lei não contém todo o Direito. Isso é apenas um “mito”. Não obstante as disposições legislativas em contrário, ao juiz compete muito mais a criação do Direito do que a mera interpretação e aplicação da lei. Sem dúvida, o juiz exerce uma função criadora extremamente importante, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação contínua da ordem jurídica. (WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 182 – 183.)

¹⁰²⁸WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 188-190.

¹⁰²⁹STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma explosão hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 206.

¹⁰³⁰Refuta-se, mas importante salientar que para PERELMAN a teoria da argumentação se apresenta como instrumento indispensável para a interpretação jurídica. *Pois: Ahora bien, es desde “esta perspectiva que la teoría de la argumentación adquiere ... importancia ... Pues, es una argumentación adquiere, mas a menudo, será lo determinante para establecer la convicción del juez, ya que le permitirá motivar su decisión”*. (PERELMANN, Ch.. *La Interpretación Jurídica*. Trad.: H. Petzold-Pernio. Cuadernos de Trabajo. N.º 7. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho Luz., 1974. P. 5.)

Defende-se que toda a interpretação é construtivista/criadora de direito, este é um processo de vontade humana¹⁰³¹, o qual deve-se levar em conta à realidade política, que nada mais é que uma discussão que mobiliza todos os setores da sociedade, o qual as normas jurídicas se atualizam por meio do processo interpretativo¹⁰³².

Esse demonstra ser o ponto mais relevante da criação-construtiva pela via da interpretação do direito por parte do Judiciário, pois é através de função interpretativa que se alcança a desejável estabilidade jurídica, adequando-se a letra seca da lei a evolução operada no seio da sociedade¹⁰³³.

Pois, a interpretação nunca é dificultada por vínculos formais, que impeçam a evolução do Direito¹⁰³⁴ que é uma verdadeira evolução criadora¹⁰³⁵.

Demonstra a interpretação do Direito ser um dos maiores dilemas-paradoxos¹⁰³⁶ atuais da Teoria do Direito e do Estado, indagando-se desta feita, se a interpretação judicial é ato criativo do direito ou não, se a jurisdição é puramente declaração do direito ou se é criação do direito¹⁰³⁷.

¹⁰³¹A interpretação resguardadora do individuo é aquela que o respeita, que o descobre como unidade, mas que se completa na realidade de sua inserção social também, assim, levando em conta os desdobramentos subjetivos que essa objetivação no social venha implicar. Assim, desde que há ser humano, há interpretação. Esta é, de certo modo, etapa primordial no processo de identificação ôntica do ser humano. Não há razão sem capacidade de interpretar. E não há comprovação possível para a existência da capacidade de interpretar sem o ato de interpretar. Logo, não há razão sem interpretação, ou, noutros termos, é impossível a identidade humana sem a interpretação, pois o ser humano só se apercebe de si interpretando. É por intermédio da interpretação do outro e de si próprio que o ser humano se apercebe de sua realidade mesma. A interpretação é, portanto, necessária ao homem. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Heremênutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 147.)

¹⁰³²Fica difícil interpretar sem se levar em conta às realidades políticas quais passa o país. As discussões mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos, e se fazem sentir na interpretação do direito, em função do que se fala, então, de uma atualização das regras jurídicas por meio do processo interpretativo. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Heremênutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. P. 265.)

¹⁰³³BASTOS, Celso Ribeiro. *Heremênutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. P. 265.

¹⁰³⁴La interpretación nunca está trabada por vínculos formales, que impidan la evolución del derecho y la consecución de un resultado que parezca justo. (BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. P. 56.)

¹⁰³⁵MIRANDA, Pontes de. *À Margem do Direito: ensaio de Psicologia Jurídica*. Campinas: Bookseller, 1912. P. 88-89.

¹⁰³⁶En términos generales, nadie niega el papel creador del artista o del legislador. Sin duda crean algo que antes era inexistente. **La pregunta es si también puede haber creación en la interpretación.** A mi juicio sí. En construcción de algo distinto a la obra de arte o a la ley, aunque la nueva creación invariablemente se da a partir de aquéllas. (BONIFAZ A., Leticia. *La interpretación en el Derecho y en el Arte. Primeras Aproximaciones*. In: CÁCERES, Enrique; FLORES, Imer B.; SALDAÑA, Javier y Villanueva, Enrique (Coord..) *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. P.100.)

¹⁰³⁷El dilema de saber si la interpretación judicial es acto creativo o no, si la jurisdicción es pura declaración del derecho o es creación del derecho, es un tema virtualmente inagotable. Por nuestra parte nos hemos pronunciado en más de una oportunidad en el sentido de que la actividad jurisdiccional es actividad creativa del derecho. Debemos respetar los puntos de vista divergentes; pero debemos, asimismo, aclarar, en honor a la verdad, que hemos llegado a esa conclusión luego de muchas reflexiones, de muchas incertidumbres y ¡por qué

E ainda, o processo interpretativo implica sempre redefinições, ou mais do que isso, quando o Juiz-Tribunal aplica a lei, estará aplicando não o texto-em-si, mas o sentido que esse texto adquiriu na tradição, exurgindo sua interpretação a partir da necessária fusão de horizontes. Resta evidente que todo processo de interpretação é um processo de criação. Hermeneuticamente, não pode restar qualquer dúvida a esse respeito. Se examinar-se o conjunto das decisões que emanam dos juízes e dos tribunais, é possível constatar, sem muito esforço, atribuições de sentido das mais variadas¹⁰³⁸.

Faz-se o reconhecimento de que é essencial em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar o mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha, não deve ser confundido com afirmação de total liberdade do interprete. Discricionariedade não quer dizer que necessariamente, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos¹⁰³⁹ 1040

Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas o grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitavelmente um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas,

no decirlo! después de muchas vigílias. Pero ha ocurrido que una vez tomada esa posición, todo tiempo y meditación posteriores, no han hecho sino confirmar la exactitud de ese punto de vista. (COUTUE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963. P. 36.)

¹⁰³⁸STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 462.

¹⁰³⁹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 23 – 24.

¹⁰⁴⁰Trata-se de pura e simples atividade de interpretação e atuação do Direito é, inevitavelmente, criativa, onde as três explicações anteriores põem em evidência o mais alto grau de criatividade na época presente, afirmando que o remanescente, por outro lado, em qualquer época, a função jurisdicional enquanto foi e sempre será, seja em qual medida, criadora. A fé no caráter meramente mecânico de aplicação da regra jurídica há muito tempo esvaneceu-se. Mas isto não significa, porém, incorrer nos excessos do ius – liberalismo. Suponho, de fato, que nenhum de nós teria dificuldade em tornar sua afirmação recente, por vezes até um pouco banal, feita por um dos mais conservadores Juízes da *House of Lords* britânica, segundo a qual “onde o significado das palavras de uma lei é claro e unívoco, não é tarefa dos juízes inventar fantasiosas ambiguidades com o fim de não dar atuação àquele claro significado.”¹⁰⁴⁰ Mas todos nós sabemos, também, quantas vezes a linguagem das leis não é um modelo de clareza e, ainda, como outras formas de interpretação, formas que vão aquém daquela meramente verbal, mas também sabemos que há de prevalecer uma visão do Direito como um complexo de normas vivas e não como normas e palavras isoladas, imutáveis, destacadas do sistema de sua vida. Na verdade, não creio em alguém, no meio dos Membros de nossa Associação de estudiosos do processo civil, não sabia que em pouquíssimos casos, especialmente, entre aqueles que chegam às Cortes Superiores, possam ser decididos com base numa simples leitura de um artigo de lei, ou com fundamento numa mera argumentação da Lógica Formal. Ao contrário, quase sempre um caso pode ser visto sob dois ângulos diversos, com consequências que podem variar também no julgamento das pessoas mais equânimes e razoáveis. *Os juízes, longe de serem considerados “seres inanimados” descritos por Montesquieu¹⁰⁴⁰, são, ao contrario, homens e mulheres que devem, na grande maioria dos casos, prolatar suas decisões, não por si só self – evidente; devem fazê-lo com base em opções mais ou menos difíceis, onde sempre incide, também, um mínimo de discricionariedade, ou seja, de liberdade. “Os Juízes também são homens”; esta frase foi usada por Calamandrei para a tradução alemã do “Elogio dei giudici”, significando que o Direito não se revela os Juízes “quase” por uma mística adivinhação; o Direito não se revela àqueles, mas é “decidido” pelos juízes. Se estes últimos são a “boca” do Direito, eles são, também, em qualquer medida, os autores ou co-autores da sua realidade.* (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 14-15.)

obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, tece o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.¹⁰⁴¹

Quando se afirma a defesa pela existência de uma interpretação criativa-constructiva do direito defende junto a isso o Ativismo Judicial, que vem a realizar segundo alguns autores por vias de valores¹⁰⁴² morais, éticos, principiológicos^{1043, 1044} e axiológicos¹⁰⁴⁵, por a Constituição demonstrar ter uma textura aberta e ampliativa, assim dando amplos poderes ao interpretador do Direito, ou seja, ao Juiz-Tribunal que vem a efetivar a existência do Ativismo Judicial.

¹⁰⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 42.

¹⁰⁴² *Il meno che si possa dire è che i principi della costituzione sono indeterminati, mentre il modello ottocentesco di norma giuridica è all'insegna di un'elevata determinatezza proprio per assicurare la certezza del diritto e neutralizzare l'opera creativa dei giudici e dei giuristi. Il principio costituzionale indica un orientamento valorativo, un valore prioritario da rispettare o un'esigenza imprescindibile della convivenza civile, ma da tutto ciò si devono trarre regole più precise per governare i comportamenti concreti. Queste regole, però, sono più condizionate dalla particolarità dei casi, cosicché può succedere che casi diversi richiedano regole diverse per rispettare lo stesso principio. Queste considerazioni hanno effetti notevoli nel modo di pensare il diritto e la scienza che lo studia. L'identificazione del nucleo dei valori giuridici nei principi costituzionali presuppone il passaggio dalla politicizzazione del diritto alla giuridificazione della politica. Lo Stato di diritto dell'Ottocento è, infatti, costituito dall'insieme di regole che sono prodotte dal potere politico. Il diritto dipende dalla politica, cioè dalla volontà del sovrano. Questa è concepita come assoluta.* (VIOLA, Francesco. *Epistemologia ed ermeneutica della scienza giuridica*. Disponível em: <http://www.ciafic.edu.ar/documentos/Viola_1999.htm>. Acessado em: 02-03-2013. P. 4 e 5.)

¹⁰⁴³ O Juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Muller, já citado, é seu mais insigne formulador e jusfilosofo. Aos juiz da leis sucederá o juiz da Constituição. Ao juiz da legalidade, o juiz da legitimidade. Ao juiz da pré-compreensão da classe, o juiz da pré-compreensão da sociedade. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editora, 2001. P. 23.)

¹⁰⁴⁴ *A las concepciones de la interpretación que admiten el recurso a los principios (sean éstos de derecho natural o de derecho constitucional) se les objeta generalmente, en nombre de la certeza del derecho, que abrirían el camino al arbitrio de los intérpretes, autorizados a introducir puntos de vista cambiantes en la reconstrucción de las reglas jurídicas y en su aplicación. La certeza del derecho debería descansar, según esta opinión, en un «corte» de lo que excede por arriba y por abajo, es decir, de los principios y de los casos. El derecho debería asentarse sobre lo que queda en medio, las reglas.* (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*: Ley, Derechos, Justicia. Torino: EDIROTIA Trotta, 2002. P. 144-145.)

¹⁰⁴⁵ *Dentro de este desmoronamiento del legalismo emerge con mayor claridad la autentica denuncia de los principios jurídicos, como criterios valorativo que estimulan o proceso de interpretación en el que se engendra la decisión jurídica. Algo bien distinto de una fuente de repuesto, cuyo contenido se obtuviera generalizando el de las leyes hasta condensarlo centrifugamente. Se acepta que los principio generales tienen un carácter informador del ordenamiento jurídico pero cuesta superar las fronteras artificiales de las diversas fuentes. Resulta difícil comprender que toda realidad jurídica surge de la conjunción de un principio valorativo y unos hechos, y que toda ley – como proyecto de realidad jurídica – es sólo un anticipo de esta futura conjunción (que se consumará en la conducta del ciudadano o en la decisión del operador jurídico); pero la ley no pocas veces actuara realmente a posteriori: sirviendo de justificación formal a un principio valorativo que había puesto automáticamente en marcha la pre-comprensión judicial.* (OLLERO, Andres. *Interpretacion del Derecho y Positvismo Legalista*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. P. 172.)

Neste sentido, os juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, uma prática para eles rotineira, rigorosamente estão a produzir enunciados novos a partir de um texto que se mantém inalterado. São as chamadas novas leituras, das quais decorrem as viragens de jurisprudência que regeneram os sistemas jurídicos e lhes preservam a força normativa¹⁰⁴⁶.

Tem-se em análise pelo exposto que o grau de criatividade interpretativa cresce a passos largos frente aos diferentes graus de jurisdição, que vai dos Juízes Ordinários as Cortes Constitucionais, sendo que, as Cortes¹⁰⁴⁷ demonstram no dia-a-dia ter decisões judiciais amplamente criativas que apresentam múltiplas possibilidades no ato interpretativo, muito embora sofram críticas¹⁰⁴⁸.

A criatividade interpretativa por parte do Poder Judiciário em seu amplo campo de experiência vem a dar soluções bem mais céleres aos conflitos dos casos concretos que lhes são apresentados, neste campo de atuação consegue absorver as exigências das sociedades democráticas mais rapidamente, sob a forma de novas leituras sobre o prolixo ordenamento jurídico constitucional, criando assim, modelos jurídicos inteiramente novos. Haja vista, que por meio de decisões judiciais¹⁰⁴⁹.

A interpretação criativa-constitutiva constrói-se por um fator inevitável da função jurisdicional¹⁰⁵⁰, que por diversos fatores, características e exigências de nossa época, o qual

1046MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. 2º tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. P. 59.

¹⁰⁴⁷Por certo, as decisões da jurisdição constitucional contêm um elemento de configuração criadora. Porém, toda interpretação tem caráter criador. Ela permanece também então interpretação, quando ela serve à resposta a questões do Direito Constitucional e quando ela tem por objeto normas da amplitude e abertura como elas são próprias do Direito Constitucional. Suas decisões não são decisões políticas disfarçadas que estão em contradição com a essência da jurisdição verdadeira e, por isso, devem conduzir para a politização da justiça, e, também, não tem necessidade da consideração da categoria suspeitosa do “Direito Político” para justificar jurisdição constitucional como um *aliud* adiante de outras jurisdições, ambas as concepções estão, ainda, arraigadas a uma compreensão para a qual a interpretação é restringida a isto, encontrar algo que, “de fato, já existe decidido provisoriamente. (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª Edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998. P. 421-422.)

¹⁰⁴⁸STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 452-453.

1049No campo da experiência judicial – onde a criatividade do intérprete encontra soluções muito mais rápidas para os conflitos de interesses do que das respostas formuladas pelo legislador -, nesse terreno as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de novas leituras dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. 2º tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. P. 58.)

¹⁰⁵⁰... a importância da função judicial enquanto possível interpretação e aplicação progressiva e criadora do ordenamento jurídico na sua totalidade, colocando-se, nesse contexto, necessariamente a Constituição como instância máxima para aferição do sentido das normas. Há que se superar o formalismo jurídico, a partir de uma magistratura democrática. E onde melhor funciona esse tipo de Poder Judiciário é no interior do marco de uma

se vive o modelo de Estado Democrático de Direito, representado este pelas Constituições Modernas¹⁰⁵¹, passa a tornar o juiz, um legislador negativo, por ter alto grau de criatividade, e por se igualar ao Poder Legislativo¹⁰⁵².

Note que a criação do direito pela via judicial deve-se justificar frente uma interpretação criadora-constitutiva via hermenêutica jurídica contemporânea cunhada pela hermenêutica filosófica, sendo esta um caminho efetivamente claro, seguro, e possível de compatibilizar-se com as necessidades sociais e também para com a realização de direitos. Pois com a interpretação criativa do direito frente ao ordenamento jurídico à decisão judicial forma norma individualizada fazendo assim a compatibilização entre fato social e direito, haja vista que a lei por si não acompanha maneira dinâmica social e os anseios em que se submete a sociedade que apresenta-se complexa. Por fim, ocorre salientar que não se tem a liberdade interpretativa do julgador, mas sim este baliza-se pelo direito e não pela lei.

A interpretação do Direito faz com que os Juízes-Tribunais sejam impostos a tal labor frente a sua função jurisdicional, pois assim encontram-se constrangidos a ser criadores do direito. Note, que o Poder Judiciário é chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito¹⁰⁵³.

Conclui-se: que a fusão de horizontes, sendo eles: o ativismo judicial e a hermenêutica jurídica de cunho filosófico, ambos como apontam vários autores, apresentam-se pela

legislatura democrática, isto é, com dependência às leis e à Constituição, porém com a consciência ademais de todos os condicionamentos produzidos pela história e pela realidade social, tão fortemente presentes no denominado “uso tradicional do Direito”. Somente com, essa consciência será possível superar a deformante e deformada situação proporcionada pelas insuficiências e pelos obstáculos desse “uso tradicional”. Trata-se, pois, conclui Diaz, para que o Direito possa ser fator de câmbios sociais, de reintegrar normas, instituições e, em definitivo, o sistema jurídico social no qual surgiu. Ou seja, trata-se de não separar e isolar o que de fato vem unido. Assim, vendo o Direito como algo inevitavelmente comprometido com as tensões, interesses, lutas e conflitos, porém tendo que optar no exercício da função judicial, e desde o ponto de vista da ética crítica, por uma ou por outra das possíveis soluções – dentro da Constituição – se orientam em maior ou menor medida, porém com graduais formas mistas, em relação a um ou outro modelo ou “tipo ideal” de justiça: sobre o que recorta liberdades, direitos e participação em decisões e resultados, ou sobre outro que impulsiona o cambio social desde perspectivas de um progresso e de reais liberdades e igualdades. (ELIAS, Diaz. *Curso de Filosofia del Derecho*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998. P. 143-154.)

¹⁰⁵¹WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 192.

¹⁰⁵²Pois, o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Deve-se assim inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar á legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo . (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 73.)

¹⁰⁵³CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. P. 73-74.

interpretação judicial do direito, *como criação antiformal*¹⁰⁵⁴ do Direito, superando o formalismo do Direito que é imposto pela lei¹⁰⁵⁵.

Resta claro que para efeitos práticos do Direito, sem interpretação não existe possibilidade de que exista nenhuma ordem jurídica¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁴Da questo punto di vista, mi sforzerò, in primo luogo, di esaminare criticamente alcuni presupposti semantici che sono comunemente condivisi - anche se soltanto implicitamente - dalle due concezioni tradizionali (ma ancora oggi particolarmente influenti) dell'interpretazione giuridica, concezioni che si sono storicamente contrapposte più volte - sia pure in versioni differenti - nella cultura giuridica degli ultimi due secoli, ma che, a ben guardare, sono molto più strettamente imparentate fra di loro di quanto non sembri a prima vista: mi riferisco ai due grandi filoni del formalismo interpretativo e dell'antiformalismo interpretativo. In secondo luogo, proverò a criticare questi presupposti, cercando anche di fornire alcuni lineamenti per una teoria «dinamica» del significato che sia in grado di fornire le basi semantiche per una concezione dell'interpretazione che si proponga - quantomeno come indicazione per una ricerca futura - come decisamente alternativa alle due concezioni sopra menzionate. I dissensi cominciano, semmai, quando si tratta di precisare quali sono gli oggetti cui l'interpretazione fa riferimento (si tratta necessariamente di «oggetti linguistici»? E, in caso affermativo, di che tipo di oggetti si tratta, enunciati, enunciazioni, proposizioni, ecc.?), e di che tipo di attività si tratti («ricognitiva», «creativa» o qualcos'altro?). Il formalismo e l'antiformalismo si contrappongono nettamente proprio in relazione a quest'ultimo profilo. Secondo il primo, infatti, interpretare vuol dire, nel suo senso «genuíno», scoprire i significati preesistenti che le norme di solito posseggono (o dovrebbero possedere); per il secondo, invece, interpretare vuol dire, anche qui nel suo senso «genuíno», creare ex novo dei significati al momento dell'interpretazione, e dunque produrre la norma per il caso concreto (ovvero per una serie di «casi-tipo», ove si sia in presenza della interpretazione dottrinale). Si tratta, a mio avviso, di una lacuna piuttosto seria, perché è proprio questo il profilo (la dinamica del significato) che può servire non solo a chiarire alcuni aspetti fondamentali (ma soprattutto alcuni limiti) delle teorie tradizionali dell'interpretazione giuridica; ma anche a spingere verso una concezione di significato che, proprio in quanto alternativa a quella presupposta dagli approcci tradizionali, sia in grado di porre le basi per una visione diversa, e migliore, dell'interpretazione giuridica. Nel prosieguo di questo lavoro cercherà di mostrare, per l'appunto, come una comune concezione, assolutamente inadeguata, del significato (una concezione statica) stia alla base - anche se in modo totalmente implicito - dei due tradizionali approcci all'interpretazione, il formalismo e l'antiformalismo, nelle loro differenti versioni. Questa concezione produce, tra le altre conseguenze indesiderabili, anche quella legata ad una configurazione dell'attività interpretativa sulla base della quale viene posta una sorta di alternativa dicotomica fra «scoprire significati», e «crearne di nuovi». L'interpretazione, insomma, viene ricondotta, di volta in volta, ad una delle due qualificazioni dicotomiche: o a quella della «Interpretazione/scoperta», o a quella della «interpretazione/creazione». (VILLA, Vittorio. *Interpretazione giuridica e significato*: una relazione dinamica. In: *Ars interpretandi*. Annuario di Ermeneutica Giuridica. Disponibile em: < www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_villa.pdf>. Acessado em: 20-12-2012. Págs. 129-130 e 135-136.)

¹⁰⁵⁵*As leis não são direito*: a regra jurídica apenas está em conexão simbólica com a realidade. Mais evidente será a relatividade do enunciado quando advertirmos na índole social da realidade, em que o Direito é apenas um dos elementos integrantes dela e mantém, na composição, a sua especificidade. (MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo I. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 75.)

¹⁰⁵⁶Es muchísimo más: es un tema esencial lo mismo en la teoría práctica del Derecho. *Sin interpretación, no hay posibilidad de que exista ningún orden jurídico*. Cierto que algunas veces ha habido legisladores que prohibieron la interpretación de las normas que emitían: pero es evidente que tales legisladores o no sabían o lo que estaban diciendo - una descomunal estupidez - o querían decir otra cosa, probablemente querían decir que ordenaban una aplicación estricta y severa (lo cual, en fin de cuentas, constituye también una tontería de gran tamaño). *Lo primero*, como indique ya, y habré de demostrar en seguida, es un dislate, porque sin interpretación no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de funcionamiento de ningún orden jurídico. *Lo segundo* es una bobada, porque el legislador, dentro del ámbito de su competencia, tiene desde luego plenos poderes para dictar normas generales; pero, *en cambio, la función jurisdiccional y la manera de ejercerla escapa de cualquier función legislativa*, no pertenece a ella, no se la puede meter dentro de ella; y por tanto, cuando el legislador quiere decirles a los jueces de que modo han de interpretar la ley, sus palabras sobre esta materia han de resultar por necesidad inoperantes. El legislador puede incluir en sus mandatos legales todo cuanto estime oportuno; *pero la función jurisdiccional es una cosa diferente, y sólo puede ser de la competencia del órgano que la ejerza autorizadamente*. (SICHES, Luis Recásens. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Décima Edición. México: Editorial Porrúa, 2008. P. 627.)

Assim, não se pode negar que o Juiz-Tribunal da contemporaneidade nas sociedades modernas vem a estruturalmente participa do processo de formação do Direito, busca o mesmo a contínua realização impostas pelas exigências da Justiça, preenchendo lacunas normativas e adaptando a legislação à realidade que muda mais rápido do que o processo legislativo¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁷BINI, Marzio. *L'interpretazione Giurisprudenziale in Italia come Fonte Del Diritto: Il Caso Dei Contratti Collettivi Di Diritto Comune.* Disponível em: <<http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/Bini.pdf>>. Acessado em: 30-06-2013. P. 22.

6 - CONCLUSÃO

Importante destacar, que frente à construção de todo o trabalho, viu-se que o Poder Judiciário tem função essencial frente à sociedade (tanto coletiva quanto individual) e o Estado de Direito, mais especificamente no Estado Democrático de Direito ganha conformação o ora órgão. Supera o Juiz-Tribunal a interpretação mecânica da lei e parece resgatar o *iurisdictio* na atualidade¹⁰⁵⁸.

Note-se ainda, que o Direito nasce da sociedade, e assim sendo, pelas promessas estatuídas pelas Leis e pelas Constituições que ambas são descumpridas, e junto a isso a inefetividade dos demais Poderes (Legislativo e Executivo) que não dão respostas as questões há eles suscitadas, procura-se o Poder Judiciário para resolver tais problemas, tendo assim o acesso a justiça ampliado os reclames da sociedade, fazendo tanto com que o individuo e a sociedade venham a reconhecer. O Estado Juiz vem a fazer com que o Direito nasça da Sentença.

Pois, é com o Estado Democrático de Direito que a democracia passa a ser revisada, redimensiona a vontade do povo ao poder do povo sobre o povo, e este povo encontra no Poder Judiciário o seu *locus* democrático privilegiado por meio de uma jurisdição ativa, que quando na construção do Estado de Direito fora balizado como um órgão inerte.

Note-se que o binômio inercia-ativismo encontra-se de pano de fundo de todo trabalho. A partir destes elementos o juiz investe-se de novas funções, mas estas somente são reconhecidas diante do Estado Democrático de Direito, frente a uma crise do dogmatismo positivista, vendo-se que este não consegue mais acompanhar a velocidade das mudanças das sociedades modernas, assim o juiz pela necessidade natural em que faz parte de suas funções cria direito por meio de suas decisões.

De tudo isso, justifique-se que com a ruptura dos modelos de Estado Liberal e Social de Direito, devido a natural evolução Estatal imposta pelas atuais sociedades democráticas (leia-se democracia participativa e representativa), vê-se que a Jurisdição, mais

¹⁰⁵⁸De tal forma o Ativismo Judicial cunha-se e realiza-se ideologicamente na *Corte Warren*, mas antes mesmo de ser cunhado, é percebido no Direito Romano (*ALVARÓ D'ORS e BIONDO BIONDI*), onde os pretores, magistrados e Imperadores dotados da *iurisdictio* romana criavam direito (observe-se a *Autorictas* e a *Potestas*, pois a criação do direito somente justificava-se na *Autorictas*) com base na primazia do caso concreto, pois os Romanos prezavam por um Direito Prático, que viesse este a dar respostas aos problemas que lhes eram dados. Frise-se que na Grécia Antiga a figura do Juiz na Sociedade era relevante, pois este ditava o direito aos conflitos sociais que lhes eram postos (*PLATÃO e ARISTOTELES* demonstram em passagens de algumas de suas obras). O Iluminismo (*ADORNO*) veio a arquitetar a derrocada dos Juízes com o *Antigo Regime* imposto pelo Poder Legislativo que detinha uma composição puramente Burguesa, balizando assim sua atuação. O ora trabalho visa a superar o engessamento do Juiz.

especificamente com a Jurisdição Constitucional ganha relevo como instituição política frente aos seus iguais, ou seja, o Poder Legislativo e o Executivo, e ainda a sua função jurisdicional, que lhe tem como atribuição além de resolver os conflitos sociais, a de criar direito por meio de duas decisões.

Neste norte o Poder Judiciário passa a ser protagonista frente ao Estado Democrático de Direito, o qual tal órgão legitima-se democraticamente, assim se apoderando do real Poder pelo qual foi instituído, o que veio a legitimá-lo junto a tudo isso, foi de certo modo a inercia ou omissão dos demais órgãos estatais, mais especificamente o Poder Legislativo devido à complexidade e a engenharia social (dada sua dinâmica), por muitas vezes encontram-se assustado para com aprovação de algumas leis, leis estas que apresentam temas sensíveis e complexos.

Esse novo quadro judiciário, é tido como um poder dotado de Ativismo Judicial, e que deste nascem duas correntes, sendo elas, a procedimentalista e a substancialista. Na corrente procedimentalista há de se concluir que não prosperará diante do Estado Democrático de Direito, pois sua tese busca a racionalização do direito por via de leis, voltando-se assim ao Estado Liberal de Direito, reputa-se esta tese por voltar a um “governo das leis”, fazendo com que o juiz e os tribunais, apliquem somente o que se está codificado.

Quanto ao Ativismo Judicial pelo eixo Substancialista se demonstra próspero diante do Estado Democrático de Direito, o qual o juiz, por sua interpretação construtiva/criadora de direito, decide de forma mais adequada, usando do princípio da justiça, o qual por vezes toma decisões de cunho político, interferindo assim profundamente tanto no Poder Legiferante quanto no Poder Executivo.

Ocorre, desta forma, a Politização do Direito por via judicial, o qual demonstra criar um novo paradigma no qual o juiz transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia por meio da prestação jurisdicional que lhe é dada por via da existência de uma Jurisdição Constitucional, que passa a provocar transformações políticas, sociais e econômicas. Concluiu-se no ora trabalho que os juízes passam a legislar negativamente, segundo os preceitos abordados pela teoria substancialista que vem a transformar o juiz-tribunal no mais importante intérprete criador construtivo de Direito.

Sendo assim, o juiz-tribunal apresenta pelas decisões tomadas um cunho político relevante que lhe é impregnado, pois como demonstrou-se e incingível o Direito da Política e a Política do Direito. Neste norte, fica evidente a Politização do Direito pela via judicial que realiza-se com a Interpretação Judicial.

Reconheceu-se que realmente o juiz cria direito de modo transparente, o qual o Ativismo Judicial do eixo substancialista tem sido extraordinariamente benéfico para que se venha a romper o formalismo do Direito, e assim passa a abrir novos espaços diante do ordenamento jurídico. Junto ao Ativismo Judicial como criador de Direito.

Esta criação do direito vem a suprir a inercia de um lado e de outro a inflação legislativa de outro, pois no primeiro caso vem a suprir as Promessas Constitucionalizadas e de outro resolver os problemas da inflação legislativa.

Partindo-se deste caminho, demonstra evidente a resposta concreta acerca do papel ativo do Poder Judiciário no cenário atual, levando-se em conta a reformulação de suas funções, identificando que para isso o Legislativo lhes titou a responsabilidade política e lhes penalizou com as responsabilidades cíveis e penais, ou melhor jurídicas, e com a contemporaneidade o Judiciário dota-se de responsabilidade social, e que esta impulsiona a responsabilidade política. Assim, o Poder Judiciário entre em cena. Com este conjunto de responsabilidade o Judiciário justifica a criação interpretativa do Direito.

Buca justificar tal criação do direito por meio de uma interpretação que utilize-se da Hermeneutica Judicial de cunho filosófico, a qual vem a corresponder de forma mais adequada que a livre convicção de consciência do juiz, a qual poderá dar qualquer resposta, pois tal resposta seria calcada em uma interpretação livre, ou de outro modo gerar uma interpretação autêntica.

Melhor explana-se, que, a interpretação criadora-constructiva a Hermenêutica Jurídica filosófica aprego-se em uma nova consciência filosófica que refunda, repensa o direito e o homem no ambiente jurídico, construindo assim um novo *paradigma cognitivo*.

A Hermenêutica Jurídica filosófica passa a ser filosofia que se volta intrínseca e extrinsecamente ao estudo das condições gerais do compreender e de interpretar, voltando-se a uma metaciência e metajurídica fazem ambas forçar e sobrepassar dos métodos particulares e a construir um discurso de condição filosófica, e por óbvio esta deve ser vista como uma metateoria.

Com a fusão de horizontes, sendo eles: o ativismo judicial e a hermenêutica jurídica de cunho filosófico, como apontam vários autores, apresentam-se pela interpretação judicial do direito, como criação antiformal de direito, superando o formalismo do direito que é imposto pela lei.

Neste norte a criação do direito pela via judicial deve-se justificar frente uma interpretação criadora-constructiva via hermenêutica jurídica contemporânea cunhada pela

hermenêutica filosófica, sendo esta um caminho efetivamente claro, seguro, e possível de compatibilizar-se com as necessidades sociais e também para com a realização de direitos.

Saliente-se que com a interpretação criativa do direito frente ao ordenamento jurídico à decisão judicial forma norma individualizada fazendo assim a compatibilização entre fato social e direito, haja vista que a lei por si não acompanha maneira dinâmica social e os anseios em que se submete a sociedade que apresenta-se complexa.

Por fim, cabe salientar que não se tem a liberdade interpretativa do julgador, mas sim este baliza-se pelo direito e não pela lei.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGUIAR, Thais Florencio de. *A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal*. Ponto-e-Vírgula, 2: 142-159, 2007. P. 150. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/ponto-e-virgula/n2/pdf/11-thais.pdf>>. Acessado em: 13-07-2013.

AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. In: Azafea. Revista de Filosofía, 5, 2003.

APPIO, Eduardo. *Ativismo judicial só é admissível para as minorias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel>>. Acessado em: 13-07-2013.

ARAÚJO, António de. MAGALHÃES, Pedro Coutinho. *A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?* In: *Análise Social*, vol. XXXV (154-155), 2000, 207-246.

ARISTÓTOLES. *Ética a Nicômaco*. 3ª Ed.. Bauru – SP: Edipro, 2009.

ARRUDA JR, Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002

BACHOF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Vol. LVI. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

BADIN, Jean. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARBERIS, Mauro. *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*. In: *Analisi e Diritto* 2004, a cura di P. Comaducci e R. Guastini. Torino, 2014

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 06-12-2013.

_____. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política*. Disponível em: < www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acessado em: 13-07-2013.

BARTOLI, Gianpaolo. *Hermeneutica Iuris*. Per una Lettura ‘Giuridica’ del Testo Normativo. i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it Agosto 2010, numero 9.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BEAUTHIER, Régine; DE BROUX, Pierre-Olivier. *Le légitimisme, fondement de l'État moderne*. In: BEAUTHIER, Régine; DE BROUX, Pierre-Olivier. *Un regard historien: sources du droit, sources du pouvoir?* Volume 4.

BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico*. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. Civil Procedure Review, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª Ed. Rev. e Atual.. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

BINI, Marzio. *L'interpretazione Giurisprudenziale in Italia come Fonte Del Diritto: Il Caso Dei Contratti Collettivi Di Diritto Comune*. Disponível em: <<http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/Bini.pdf>>. Acessado em: 30-06-2013.

BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. P. 140.

BISOGLI, Giovanni. *Dipendenza Politica e Teoria Dell'interpretazione Giuridica*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. 2ª Edição. Editora Mandarim. São Paulo 2000.

_____. *Estado, Gobierno y Sociedad* – por una teoría general de la política. Breviados. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

_____. *Liberdade e Democracia*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.

_____. *La crisis de la democracia y la lección de los Clásicos*. In: BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. (orgs.). *Crisis de la Democracia*. 2ª Edição. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. *Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat*. Sequência (Florianópolis) no.64 Florianópolis jul. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2007. p. 40.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade* (Algumas Observações sobre o Brasil). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 7, 2003.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

BONIFAZ A., Leticia. *La interpretación en el Derecho y en el Arte. Primeras Aproximaciones*. In: CÁCERES, Enrique; FLORES, Imer B.; SALDAÑA, Javier y Villanueva, Enrique (Coord.) *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

BONORINO, Pablo Raúl; AYAZO, Jairo Iván Peña. *Filosofía del Derecho*. 2ª Ed.. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000. P

BRASIL, Bárbara Dayana. *Direitos Humanos e Democracia: A ponderação judicial de princípios constitucionais no neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007<<http://www.cejur.ufpr.br/revista/artigos/002-2sem-2007/artigo-10.pdf>>. p. 226. Acessado em: 26-01-2012.

BRINKS, Daniel. *New Courts for New Democracies: The Growth of Judicial Power in Latin America Since 1975*. Edgs Working Paper Number 3 University of Texas at Austin November 2, 2012.

BRITO, José de Sousa. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial*. Barcelona: Bosch, 1951.

CABALLERO, Alejandro Martínez. *Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991*. In: *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. Primera Edición. Bogotá, 1997. P. 110

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Uma Abordagem Garantista. 2ª Edição. Campinas: Millennium Editora, 2006.

CAENEGEM, R. C.. *Juízes, Legisladores e Professores*: Capítulos de História Jurídica Europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1945.

_____. *Los Estudios de Derecho Procesal en Italia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.

_____. *Opere Giuridiche*. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968.

_____. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968.

_____. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

CANALE, Damiano. *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*. In: *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006, 1. Università degli Studi di Trieste. Edizioni Università di Trieste.

CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire et prudence interprétative*. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/publications_2201/prudence_interpretative_9936.html>. Acessado em: 25-03-2013.

_____. *Activisme Judiciaire et Prudence Interprétative*. In: *Arch. phil. droit* 50 (2006).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da constituição*. 6ª Edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coimbra: Gadiva, 1993.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Prohibido*. Una aproximación histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

_____. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=>>>. Acessado em: 15-05-2013.

_____. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CAPPELLINI, Paolo. *L'interpretazione Inesauribile Ovvero Della Normale Creativita' Dell'interprete*. In: *Ars interpretandi*. Annuario di Ermeneutica Giuridica, 1996. Disponível em: http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf. Acessado em: 20-12-2012.

CARBONE, Carlos A.. *Tutela diferenciada poscuatelar*. 1ª ed. Rosario: Nova Tesis Ed. Urídica, 2012.

CÁRDENAS, Jaime. *Acerca de la Legitimidad Democrática del Juez Constitucional*. In: MAC-GRECOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldívar Lelo. (Coordinadores). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T. V. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1942

CARRIÓ, Genaro E.. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 3ª Ed.. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da Judicialização da Política no Brasil*. Curitiba: Revista de Sociologia e Política nº 23: 115-126-2004.

CASTORIADIS, Cornelius. *Democracia y Relativismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CAVALLARO, Antonio. *Terzietà del Giudice e Creatività della Giurisprudenza: il valore del precedente*. . i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale. Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it Dicembre 2010, numero 11 Citazione suggerita: A. Cavallaro, Terzietà del giudice e creatività della giurisprudenza: il valore del precedente, in: i-lex, 11, 2010, pp. 455 – 466 (www.i-lex.it) Pubblicato: 31.12.2010.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P. 266.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª Ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acessado em: 03-09-2013.

_____. *Ativismo judicial: o caso brasileiro*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acessado em: 09-30-2013.

COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

COLSON, Renaud. *La Fonction de Juger. Étude historique et positive*. Volume n. 29. Version 1. Presses Páris: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006. P

COMADUCI, Paolo. *L'interpretazione delle norme giuridiche*. La problemática attuale. In: Interpretazione e diritto giudiziale. Vol 1. Regole, metodi, modelli. Ed. M. Bessone.

COSSIO, Carlos. *La Plenitud del Orden Jurídico: y la Interpretación Judicial de la Ley*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999.

_____. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944.

_____. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954.

COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica Jurídica*. In: Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2006.

COUTUE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963.

_____. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. 2ª ed.. Buenos Aires: Depalma, 1988.

CROSS, Frank B.. LINDQUIST, Stefanie A.. *The Scientific Study of Judicial Activism*. *Scientific Study of Judicial Activism*. Minnesota Law Review.

Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/rb/rb22.htm>>. Acessado em: 60-08-2013.)

D'AGOSTINO, Francesco. *Interpretación y Hermenéutica*. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf>. Acessado em: 12-12-2012.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Estado de Direito e Cidadania*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (orgs.). *Direito Constitucional* Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. P. 197.

DAMASKA, Mirjan R.. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

DANESI, Giorgio. *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*. In: *Analisi e Diritto 1998 Ricerche di Giurisprudenza Analitica a Cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004.

DEL VECCHIO, G.. *Los Principios Generales del Derecho*. Barcelona: Librería Bosch, 1933.

DI RUFFÍA, Paolo Biscaretti. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Sexta Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

DINAMARCO, Cândido R.. *Instrumentalidade do Processo*. 14ª Ed.. São Paulo: Malheiro Editores, 2009.

DOBROWOSKI, Sílvio. *A Expansão do Poder no Estado Social* - Aspectos. Ideias para contê-la. In: Revista Informe Legislativo. Brasília a. 22 n° 86 abr./jun. 1985.

DUTRA, Dolmar José Volpato. **A Legalidade como Forma do Estado de Direito**. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/kr/v45n109/v45n109a04.pdf>. Acessado em: 30-12-2012

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EASTERBROOK, Frank H.. *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?* Journal Articles Faculty Scholarship Chicago Unbound University of Chicago Law School, 2002. P

EGAÑA, José Luiz Cea. *Presente y Futuro del Estado Social de Derecho*. Una visión Latinoamericana. . Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

ELIAS, Diaz. *Curso de Filosofía Del Derecho*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.

ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

ENTEL, Alicia; GERZOVICH, Diego; LENARDUCCI, Victor. *Escuela de Frankfurt*. Razón, Arte y Libertad. 1ª ed. 3ª reimp.. Buenos Aires: Eudeba, 2005.

ERCHOLC, Jorge O.. *¿Jueces "Civilistas" o "Publicistas"? Un estudio sobre el Perfil de los Jueces de la Corte Suprema y de los Modelos posibles del Tribunal*. In: Revista de derecho público. Buenos Aires. n° 1 (2003).

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Jurisdição Constitucional Estadual*. Revista Direito Publico. pág. 383 – 384. Disponível em: <<http://201.38.128.50/ojs/index.php/direitopublico/article/view/86>>. Acessado em:11-12-2012.

ESPITIA, Edelmira Castillo. *La Fenomenología Interpretativa como Alternativa apropiada para Estudiar los Fenomenos Humanos*. Investigación y Educación en Enfermería (Colombia) Num.1 Vol.XVIII. Disponível em:

<<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=1052>>. Consultado em: 21-12-2012.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1º Ed.. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo judicial*: por uma delimitação conceitual à Brasileira. In: *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n.12, p. 249-268, jan./jun. 2012.

FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basave. *Estructura y sentido de la judicatura función y misión del juez*. Universidad Autónoma de Nuevo León Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Monterrey, Nuevo León, México, 2000. P

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad D.I., 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en las crisis del Estado Nacional*. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

_____. *Derechos y Garantías*: La Ley del más débil. 4º Edição. Editorial Trotta, 2004,

_____. *El Papel de la Función Judicial en el Estado del Derecho*. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

_____. *Jueces y Política*. In: Revista Derechos y Libertades 3. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas.

_____. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

_____. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. 2 Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

FERREIRA, Pinto. *Jurisdição Constitucional*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERRER MAC-GRECOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil*: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FÍX-ZAMUDIO, Héctor. *La Legitimación democrática del Juez Constitucional*. In: FERRER MAC-GRECOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez*

constitucional: en el siglo XXI. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

FORERO, Rosalba Durán. *El individualismo Metodológico y Perspectivas de un Proyecto Democrático*. In: RODAS, Francisco Cortés; SOLÓRZABO, Alfonso Monsalve (orgs.). *Liberalismo y Comunitarismo Derechos Humanos y Democracia*. Política y Sociedad 17. Encuentro de Medellín. València: Edicions Alfons el Magnànm, 1996.

FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V.. *Direito à Democracia: Ensaio Transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALLO, Domenico. IPPOLITO, Franco (Cura). *Salviamo la Costituzione*. Milano: Chimienti Editore, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O Guardador das Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. P. 209.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Democracia y el Lugar de la Ley*. P. 92 e 79. Disponível em: < http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/garcia_de_enterria_eduardo.pdf>. Acessado em: 03-06-2013.

GARDEAZÁBAL, Mauricio Rengifo. *Hermenêutica y Racionalidad Jurídica*. In: Precedente, 2003 / Precedente: Anuario Juridico, 2003.

GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales*. Disponível em: < <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/derechoshumanos02.pdf>>. Acessado em: 06-09-2012.

GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes em Derecho Privado Positivo*. 2ª Ed.. Madrid: Editora Reus SA., 1925.

GÓES, Ricardo Tinoco de. *Jurisdição Democrática: uma visão Procedimentalista para a Tutela Substancial dos Direitos*. Revista Direito e Liberdade - ESMARN - v. 13, n. 2, p. 291 – 312 – jul/dez 2011.

GOLDSCHIMIDT, Werner. *Introducción al Derecho* (Estructura del Mundo Jurídico). Madrid: Aguilar

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRANDA, Fernando de Trazegnies. *La Muerte del Legislador*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1995.

GRONDIN, Jean. *Introducción a la Hermenéutica Filosófica*. Barcelona: Herder, 1999.

GROPPI, Tania. *¿Hacia una Justicia Constitucional "Dúctil"?* Tendencias Recientes de las Relaciones Entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana. Disponible em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>>. Acessado em: 28-03-2013.

GROPPI, Tania. *Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'italia?* Rassegna Parlamentare. Anno: 2010 - Volume: 52 - Fascicolo: 1.

GROSSI, Paolo. *Globalização, Direito, Ciência jurídica*. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009.

_____. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GROTE, Rainer. *Las relaciones entre Jurisdicción Constitucional y Justicia Ordinaria a la luz de la Experiencia Alemana*. In: FERRER MAC-GRECOR, Eduardo; SALGUEIRO, Jorge Silveiro. (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homebaje a Héctor Fix-Zamudio en cincuenta años como Investigador del Derecho*. Asunción - Paraguay: División de Investigación, Legislación y Publicaciones (DILP) del Centro Internacional de Estudios Judiciales, 2012.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Primera edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001.

HÄBERLE, Peter *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In: Direito Público, Vol. 1, No 25. Jan-Fev/2009 – Doutrina Estrangeira.

_____. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002.

_____. *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*. Trad. it. non rivista di J. Luther.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Verdad y justificación*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

HARO, Ricardo. *Algunas Reflexiones sobre el Estado Social y Democrático de Derecho*. Una visión Latinoamericana. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

HART, H. L. A.. *Ensaio sobre Teoria do Direito*. Trad.: José Garcez Ghirard, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HERNÁNDEZ, Walter. *La hermenéutica: el arte de entender los malentendidos*. In: Vida Universitaria, Tercera época No. 91 Año XXXI.

HESPANHA, António Manuel. *Ideias sobre a Interpretação*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª Edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HEYDON, Dyson Judicial. *Activism and the Death of the Rule of Law*. In: Quadrant Magazine; Jan/Feb 2003, Vol. 47 Issue 1,

HOFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: Edipuc, 2003.

_____. *A democracia no Mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *La senda del Derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

HOMERDING, Adalberto Narciso. *O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer*. In: Revista Ajuris, Ano XXX – Nº 91, Setembro de 2003. Porto Alegre: Ajuris, 1974.

_____. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: A necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo"*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=1137025&dou=1>. Acessado em: 28-12-2012.

HORN, Hans-Rudolf. *Inntervenciones Judiciales en Controversias Políticas*. In: HABERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo García. (Coords.). *El Control del Poder Homenaje a Diego Valadés*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

IHERING, R. Von. *El Espiritu del Derecho Romano*. En Diversas Fases de su Desarrollo. Tomo Cuarto. Madrid: Librería Editorial, 1904.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

JOBIN, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013.

_____. *O que Marbury v. Madson tem a ver com o Controle de Constitucionalidade de leis na Constituição da República Federativa do Brasil?*. In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo;

JOBIN, Marco Félix. *Controvérsias Constitucionais Atuais*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2014.

Judicial Activism – The Boundaries of the Judicial Roles. Lawasia Conference (10 November 2009). Ho Chi Minh City, Vietnam.

Justicia Constitucional Comparada. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1993.

KANTOROWICZ, Hermann, *A Luta pela Ciência do Direito*. In: La Ciencia del Derecho. Buenos Aires: Losada, 1949.

KATJU, Markandey. *Separation of Powers, Judicial Review and Judicial Activism*. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acessado em: 12-06-2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KMIEC, Keenan D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. *California Law Review*. October, 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 12-06-2013.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2002.

LEISTER, Margareth Anne. **Direitos Humanos Fundamentais e Estado de Direito Social**. Revista Mestrado em Direito. Osasco. Ano 7. nº 2. 2007. Disponível em: <<http://www.fieo.br/edifio/index.php/rmd/article/viewPDFInterstitial/88/145pág.82>>. Acessado em: 11-01-2013.

LEÓN XIII, *Encíclica*. Rerum Novarum, 15 de mayo de 1891, n. 29.

LINDAHL, Hans. *Iuris Dictio*. Colección Profesores. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1990.

LINZÁN, Luis Fernando Ávila. *Política, justicia y Constitución*. Série Critica y Derecho n. 2º. Corte Constitucional.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho*. In: *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 8, Nº 22, 1988.

_____. *Once Tesis Sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa*. In: FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes (compilador). *Tendencias Actuales del Derecho*. Segunda Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México Fondo de Cultura Económica, 2001.

LOCKE. *Two Treatises of Civil Government* (Segundo tratado do governo civil). London : Every-man's Library, 1966.

LÓPEZ, Carlos Fuentes. *El racionalismo jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

LORGA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel. *Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La Interpretación Evolutiva o Progresiva de la Norma Jurídica (El Derecho como Instrumento del Cambio Social)*. In: NARVÁEZ, José Ramón. MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coordinadores). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. In: Revista Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial*. Porto Alegre: Livradia do Advogado Editora, 2013.

LUKÁCS, George. *El Hombre y la Democracia*. Contrapunto, 1985.

MARINELLI, Vincenzo. *Interesse e prospettive di studio dell'ermeneutica giudiziaria*. In: MARINELLI, Vincenzo. *Il problema dell'ermeneutica giudiziaria** In: *Analisi e Diritto 1998 Ricerche di Giurisprudenza Analitica a Cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/2174>>. Acessado em: 12-12-2012.

MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006.

MELERO ALONSO, Eduardo. *La dogmática jurídica es política*. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas: un acercamiento desde el derecho público.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. 2º tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed, ver. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

MÉNDEZ, Ramos Francisco. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Librería Bosch, 1979.

MEZZAROBBA, Orides; WOLKMER, Antonio Carlos (Orgs.). *Crise da Justiça e Democratização do Direito*. Edição Única. Joaçaba: Editora Unoesc. 1999. p. 60.

MEZZETTI, Luca. *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*. Chile, Talca: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010.

MIEC, Keenan D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. California Law Review. October, 2004. Disponível em: http://www.constitution.org/lev/kmiec/judicial_activism.htm. Acessado em: 12-06-2013.

MIRANDA, Pontes de. *À Margem do Direito: ensaio de Psicologia Jurídica*. Campinas: Bookseller, 1912.

_____. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo I. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

_____. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo IV. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

_____. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *A racionalidade da decisão judicial política*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional e Princípio Majoritário*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORELLO, Augusto M.. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000.

MORGAN-EVANS, Elisenda de Villamor. *El Elemento Valorativo en la Interpretación del Derecho*. Tesis Doctoral. Derecho de la Universidad de Extremadura, Cáceres. Cáceres: Edita: Universidad de Extremadura Servicio de Publicaciones c/ Pizarro, 8, 2001.

MORIN, Edgar. *El Método: La Humanidad de la Humanidad. La Identidad Humana*. 1ª Ed. Madrid: Catedra Teorema, 2003.

_____. *La Vía*. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011.

MORISI, Massimo. *Giurisdizione e politica antiche domande sull'onda del caso italiano*. Barcelona: Università degli Studi di Firenze, Working Paper n.95., 1994

MORO, Sergio. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MULLER, Célia. *Os direitos fundamentais do consumidor no Estado Democrático de Direito*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Orgs.) *Direitos Humanos em Evolução*. 1ª ed. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.

NIÑO, Carlos S.. *La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989.

NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Editora, 1987.

NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Andrade Cattoni de. (coordenação). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

OLLERO, Andres. *Interpretacion del Derecho y Positivism Legalista*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001.

OTTO ERICH LANGFELDER. *Presentación del libro*. In: COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944.

Oxford Companion to the US Supreme Court: Judicial Activism. Disponível em: <http://www.answers.com/topic/judicial-activism#ixzz2i0MIZ9hV>. Acessado em: 17-08-2013.

PASSOS, Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Julgando os que os Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *A constitucionalização dos direitos sociais*. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, nº 6, setembro, 2001. CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 11-08-2013.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Colección Estructuras y Procesos. Madrid: Edotorial Trotta, 1997.

PERELMANN, Ch.. *La Interpretación Jurídica*. Trad.: H. Petzold-Pernio. Cuadernos de Trabajo. N.º 7. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho Luz., 1974.

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2005.

_____. *¿Qué Significa Juzgar?* In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009).

PEYRANO, Jorge W. *Acerca de los “Ismos” en Materia Procesal Civil*. Disponível em: <<http://elatenio.org/documents/trabajosBajar/ISMO.pdf>>. Acessado em: 04-06-2013.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

PICÓ i JUNOY, Juan. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y el eficacia*: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do Distrito Federal*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo_detalle&art_id=298>. Acessado em: 18-09-2013.

POLLICINO, Oreste. *Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint*. European & International Law. German Law Journal Vol. 05 No. 03, 2004.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *O Juiz no contexto da interpretação jurídica*. Bimestral. Idéias Legais - Ano 1 - nº 4 - Julho e agosto. Campo Grande – MS: Escola Superior da Magistratura da 24ª Região, 2005.

POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar Editóres, 1965.

PUENTE, Mauricio Beuchot. *Perfiles esenciales de la hermenéutica: hermenéutica analógica*. Proyecto Ensayo Hispánico. Teoría y Crítica. Disponível em: <<http://www.ensayistas.org/critica/teoria/beuchot/>>Acessado em: 30-12-2012.

PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de derecho*. 1ª ed. Barcelona: Editora Ariel, 1994.

PUY, Francisco. *El Derecho y el Estado en Nietzsche*. Madrid, Editora Nacional, 1966.

RAATZ, Igor. *A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado*: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 1ª Ed.. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

RAMÍREZ, Sergio García. *La Jurisdicción y los Valores de la Democracia*. In: RAMÍREZ, Sergio García. *Estudios Jurídicos*. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 30. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Autónoma de México, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAZ, Joseph. *¿Por qué Interpretar?* Traducción del original en inglés de Rolando Tamayo y Salmorán. In: Isonomía No. 5 / Octubre 1996.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. 3. Ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. P. 2.)

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

ROACH, Kent. *The Myths of Judicial Activism*. *Supreme Court Law Review* (2001), 14 S.C.L.R. (2d).

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAIS, Jose Luiz Bolzan. ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Por uma Tradução Democrática do Direito: Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *Constituição e Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P

SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*. In: DOXA - 2000, N. 23.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

_____. *Judicialização da Política*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opinioao/bss/078en.php>>. Acessado em 26-08-2013.

SAVIGNY, F. de. *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y Ciencia del Derecho*. Primera Serie. Volumen III. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1947.

SCHMITT. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1983.

SEIBT, Cezar Luís. *Da fenomenologia 'reflexiva' à fenomenologia hermenêutica*. In: Princípios: Revista de Filosofia. Natal (RN), v. 19, n. 31 Janeiro/Junho de 2012.

SICHES, Luis Recásens. *Experiencia jurídica de la cosa y Lógica razonable*. Décima Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

_____. *Los Temas de la Filosofía del Derecho: en perspectiva histórica y visión de Futuro*. Barcelona: Bosch, 1934.

_____. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973

SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acessado em: 03-05-2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Ed., revis. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Da Função à Estrutura*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. (orgs.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma Racionalista*. 2. Ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SLOTERDIJK, Peter. *Crítica de la razón cínica*. Ediciones Siruela, 1983.

STAMMELER, R.. *El Juez*. Habana: Cultural S.A., 1941.

STRECK, Lenio Luiz. *A necessária Constitucionalização do Direito o Óbvio a ser Desvelado*. Revista: Direito, Santa Cruz do Sul, n.9/10, pág. 51-67, Janeiro/Dezembro 1998.

_____. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação a Constituição Sísifo e a Tarefa do Hermeneuta*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1. n. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial*: nos limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. In: Revista Direito GV, São Paulo 8. (1) | P. 037-058 | Jan-Jun 2012.

TORRES, Miguel. *El Juez Español*. Lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser. Madrid: San Bernardo, 1875.

TRINDADE, André Karan; CASTRO, Fábio Caprio Leite. *A filosofia no Direito e a Temporalidade Jurídica*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1. n. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.

TROPER, Michel. *Le juge constitutionnel et la volonté générale*. In: *Analisi e diritto 1999 ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini* - G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

_____. *Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie*. . In: European Journal of Legal Studies. EJLS. Florence – Italy, 2007.

USERA, Raúl Canosa. *La interpretación Constitucional como modalidad del Control del Poder*. In: HABERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo García. (Coords.). *El Control del Poder Homenaje a Diego Valadés*. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Valor de la Constitución*. 1ª ed.. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

VALDEZ, Carlos Hugo. *El Estado Social de Derecho*. . Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

_____. *El Estado Social de Derecho*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VII. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

VANNEY, María Alejandra. *Libertd y Estado*. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d'Ors. Primera Edición. Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2009. P.

VATTIMO, Gianni. *El fin de la Modernidad: Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmodemar*. 2ª Ed. Barcelona Editorial Gedisa, 1987.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan 1997.

VILLA, Vittorio. *Interpretazione Giuridica e Significato: una Relazione Dinamica*. In: Ars interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica, 1998. Disponível em: http://www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_cappellini.pdf. Acessado em: 20-12-2012. P

VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da Justiça Constitucional e o Princípio da Maioria*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 VIOLA, Francesco. *Epistemologia ed ermeneutica della scienza giuridica*. Disponível em: <http://www.ciafic.edu.ar/documentos/Viola_1999.htm>. Acessado em: 02-03-2013.

VIOLA, Francesco. *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*. In: *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006,1.

VOGEL, Bernhard. *Economia Social de Mercado e Crise dos Bancos*. In: *Cadernos Adenauer X* (2009), n. 3. *Sair da crise: Economia Social de Mercado e Justiça Social*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4º ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 188.

_____. *O papel dos juízes na criação do Direito*. In: *Estudos Jurídicos*. v. 19, n. 47, set.-dez. 1986.

_____. *Pluralismo Jurídico*. 3ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001

YEPES, Rodrigo Uprimy. *Estado Social de Derecho y decisión Judicial Correcta: un intento de recapitulacion de los grandes modelos de interpretación jurídica*. In: *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. Primera Edición. Bogotá, 1997.

YUNG, Corey Rayburn. *Flexing Judicial Muscle: an Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts*. Copyright 2011 by Northwestern University School of Law. Printed in U.S.A. Vol. 105, No. 1.

ZACCARIA, Giuseppe. *Arte e Limiti dell'interpretazione*. Dal Diritto all'Ermeneutica, dell'Ermeneutica al Diritto. In: *Tavola Rotonda Padova*, 17 ottobre 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. Torino: Edirotia Trotta, 2002.

_____. *Jueces Constitucionales*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/inf/inf11.htm>>. Acessado: 20-08-2013.

ZAMORA, Jaqueline Jongitud. *Teorias éticas contemporâneas*. Disponível em: <<http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/procedimentalismo>>. Acessado em: 05-08-2013.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Ed.. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997

ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2006.