

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAYRA BEÇON KUSSAKAWA

A INTERPRETAÇÃO CRIATIVA DO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO
DOS PODERES

CURITIBA
2009

MAYRA BEÇON KUSSAKAWA

A INTERPRETAÇÃO CRIATIVA DO JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Celso Luiz Ludwig

CURITIBA
2009

RESUMO

O processo de interpretação levado a cabo pelo Judiciário desperta debates acerca da legitimidade deste poder em produzir normas. A leitura inicial do princípio da separação dos poderes faz supor que a produção normativa é de exclusividade do Legislativo. A atuação do intérprete na escolha de sentido da norma, por sua vez, é exercício sem o qual não há possibilidade de aplicação da lei. O objetivo deste trabalho foi fazer a releitura do princípio da separação dos poderes a fim de verificar a existência, ou não, de lesão quando do exercício criativo dos tribunais na interpretação e aplicação das normas. Foi levado em conta o aspecto político da questão, que envolve a ideia de soberania popular e Estado Democrático. Também foi considerado o movimento que acreditava ser o legislador o único legitimado a produzir as normas até a desmistificação da onipotência do legislador, chegando à conclusão sobre a possibilidade de outras frentes de produção normativa. Ainda foi avaliado o papel do intérprete diante do texto de lei, ao fazer escolhas para dali extrair a norma aplicável. Por fim, foram verificados os fatores que conduziram ao crescimento do Judiciário, o que foi balizado com o estudo que se fez sobre a separação dos poderes. Concluiu-se pela possibilidade de haver interpretação criativa sem lesionar o equilíbrio entre os Poderes, desde que não haja usurpação das funções precípuas de cada um.

Palavras-chave: Separação dos poderes. Hermenêutica. Positivismo Jurídico. Ativismo judicial.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	5
2	Origem, evolução e desdobramentos da teoria da Separação dos Poderes	7
2.1	Unidade do poder	7
2.2	A teoria da Separação dos Poderes	8
2.2.1	A Separação dos Poderes na Inglaterra: Breve levantamento político das origens da teoria.....	9
2.2.1.1	Modelo inglês: influência de John Locke.....	10
2.2.1.2	Evolução da teoria	13
2.2.2	Montesquieu: pai da teoria da Separação dos Poderes?.....	14
2.2.3	Separação dos poderes na constituição americana	18
2.3	A teoria na atualidade.....	20
3	Teorias do Direito e as Escolas da interpretação.....	23
3.1	Do Direito Natural ao Positivismo.....	23
3.1.1	O Poder Judiciário: do direito natural ao Positivismo.....	24
3.2	Escola Histórica do Direito	26
3.3	Escola da Exegese	29
3.4	Movimento do Direito Livre	32
4	Criação e aplicação do Direito	35
4.1	A Função normativa e função legislativa.....	35
4.1.1	A visão kelseniana – aplicação e criação da norma	36
4.2	A diferença entre o texto e a norma.....	38
4.3	A participação do intérprete na criação da norma.....	41
4.3.1	Subjetivismo vs. objetivismo.....	41
4.3.2	O hermeneuta e a norma	42
4.4	Embate entre juristas e legisladores pelo poder de dizer o Direito	47
4.4.1	O poder de legislar	48
4.4.2	O poder de dizer o direito	49
4.4.3	A disputa na história	50
5	O poder de dizer o Direito hoje	52
5.1	Fundamentos da atuação alargada do Judiciário.....	52
5.1.1	Legitimidade democrática	53
5.2	A atualidade da discussão	54
5.2.1	Crise de legitimidade dos eleitos.....	56
5.2.2	Ativismo Judicial	57
5.2.2.1	Atuação do STF	59
5.3	Fim da separação dos poderes?.....	61
5.3.1	A usurpação pelo intérprete da função de legislar	64
5.3.2	A atenuação dos limites de cada Poder	65
5.3.3	Possível conciliação	67
6	Conclusão.....	69
7	Bibliografia.....	71

1 Introdução

Tem-se observado nos últimos tempos o fenômeno denominado ativismo judicial, fenômeno este gerador de grandes polêmicas. Questiona-se, sobretudo dentro da própria área jurídica, se a função interpretativa dos aplicadores do Direito não estaria ultrapassando os limites da interpretação e adentrando na esfera legislativa, no sentido de se tornarem os intérpretes verdadeiros legisladores positivos.

Diante disso, o presente trabalho se propõe a investigar os fundamentos desta atuação mais ampla do intérprete à luz do princípio constitucional da separação dos poderes. Pretende-se fazer este estudo a partir de dois enfoques principais, quais sejam, o viés político, que norteia a análise sobre o princípio referido e suas implicações até os dias atuais, e o viés filosófico, que permitirá analisar o papel do hermeneuta diante da norma e de sua criação.

Pretende-se balizar a questão tendo em vista, sempre, a necessária participação do intérprete na extração da norma da lei e o respeito aos princípios político-constitucionais ainda vigentes.

O primeiro ponto a ser abordado, portanto, diz respeito ao Princípio da Separação dos Poderes e à teoria de mesmo nome no qual se pretende investigar as origens e a evolução deste que é um dos mais importantes pilares do Estado Democrático. Além de reler as obras de Locke e Montesquieu, buscar-se-á delimitar o real sentido das proposições dos pensadores originais desta forma de divisão do exercício do poder.

Em um segundo momento, o foco principal passará a ser as Teorias do Direito, porém sem nunca perder de vista os aspectos políticos por trás dos movimentos do Positivismo, da Escola Histórica e do Direito Livre. Isso porque a mudança na forma como se vê o Direito está intimamente ligada à evolução da sociedade e de sua visão política.

Ainda com o foco sobre as Teorias do Direito, o terceiro ponto tem como objetivo abordar, a partir da filosofia, a relação intérprete-norma no momento da aplicação da lei ao caso concreto. O que há de mais relevante a ser apontado relaciona-se à proposta de Hans Kelsen sobre a criação e a aplicação da norma, além das diversas posições acerca da diferença entre texto e norma. Neste capítulo

pretende-se deixar claro que a função normativa não se resume à função legislativa, indo além da mera edição de textos legais.

Por fim, o último ponto prestar-se-á a estudar conjuntamente os aspectos político e filosófico da dicotomia entre o poder de legislar e o poder de dizer o Direito. Temas atuais, como a crise de legitimidade dos eleitos e o ativismo judicial, serão abordados a fim de estabelecer os limites e a abrangência da teoria da separação dos poderes nos dias de hoje, frente a essa nova realidade social, além de verificar a possibilidade de delimitação mais rígida entre os Poderes do Estado como forma de evitar a usurpação da função de um pelo outro.

A abordagem de todos estes pontos, portanto, será necessária para que se conclua se a atividade cada vez mais ampla dos intérpretes aplicadores do Direito, sobretudo nos Tribunais Superiores, lesa o princípio da separação dos poderes, ou se, como afirma Cappelletti, a atuação mais alargada do Judiciário é medida necessária para a efetivação real do referido princípio, já que proporciona maior equilíbrio entre os poderes diante da nova conformação da sociedade.

Não há, porém, qualquer pretensão de formular uma conclusão definitiva sobre o tema, pois há muito a se investigar e vários outros pontos a serem abordados. Nada obstante, o desfecho do trabalho monográfico conduzirá, inevitavelmente, a singelas conclusões com base em todos os aspectos apontados durante o estudo.

2 Origem, evolução e desdobramentos da teoria da Separação dos Poderes

2.1 Unidade do poder

Antes de se falar na teoria da separação dos poderes, é preciso destacar que, apesar do que aparenta a nomenclatura, não se trata, realmente, de uma divisão do poder estatal em várias partes; a propósito, falar em repartir o poder é algo tido como impossível.

Desde a soberania dos monarcas absolutos até a sua transferência para as mãos do povo, o verdadeiro soberano, partimos de uma ideia única de poder. Rousseau já no século XVIII decretou que o poder soberano é uno e indivisível.¹ Hoje ainda temos esta mesma percepção do poder, como decorrência desta primeira colocação de Rousseau: “Se o poder soberano é, por natureza, uno e indivisível não pode conceber-se a sua repartição por diferentes pretendentes à sua titularidade sem desvirtuar essa natureza.”²

E realmente não há como dividir algo que pertence a um único titular, que reconhecemos hoje como sendo o povo.

O que se quer dizer com esta lembrança é que, apesar de tradicionalmente falar-se em separação dos poderes, o que há, efetivamente, é uma divisão de tarefas, de atividades a serem praticadas pelo Estado, as quais são entregues a diferentes órgãos. “Assim, se o Estado é uma ordem jurídica, o poder estatal é a capacitação para a realização dos fins dessa ordem.”³ E este poder, conforme explicita Eros Grau citando Alessi, traduz-se em uma função. A confusão estabelece-se quando continuamos a chamar de “Poderes” os órgãos aos quais cabem determinadas funções,⁴ quais sejam, função de legislar, de julgar e de

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 41.

³ GRAU, Eros. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 236.

⁴ CLÈVE, C. M. *Op. Cit.*, p. 30.

executar. Nada obstante, tendo em vista o difundido emprego da palavra “Poder” para designar Executivo, Legislativo e Judiciário, neste trabalho, por vezes, utilizar-se-á este vocábulo para designar os órgãos referidos.

Feita esta ressalva quanto à indivisibilidade do poder, é possível adentrar na teoria da separação dos poderes, bem entendida como separação de funções.

2.2 A teoria da Separação dos Poderes

A teoria da separação dos poderes teve várias e diversificadas versões durante a história, indo da Inglaterra de Locke, passando por Montesquieu e chegando à Constituição dos Estados Unidos da América. Seria equivocado dizer que sua conformação permaneceu a mesma desde sua origem até hoje. Fato é que a teoria da Separação dos Poderes permanece intacta em forma de princípio, este um dos baluartes republicanos do funcionamento do Estado de Direito até os dias atuais. Como diz Eros Grau, “a separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal (...)”.⁵ E não é à toa que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 sentenciou: o Estado que não consagra o princípio da separação dos poderes não possui uma verdadeira Constituição.⁶

A aparente irrelevância da teoria na atualidade é combatida:

Se, neste ponto da história, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional, cumpre lembrar que, como idéia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organização do poder para a garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado.⁷

De fato, a teoria da separação dos poderes, e o princípio decorrente, ainda levanta questionamentos, sobretudo quando se tem em conta a crescente

⁵ GRAU, Eros. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 225.

⁶ “Toda sociedade na qual a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição”. Em tradução livre de: « Art. 16 – *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. (Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen)* ».

⁷ CLÈVE, C. M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

imbricação entre os diversos ramos do Estado. Esse é um dos motivos que conduzem ao seu estudo mais detalhado nos pontos que seguem nesta monografia.

2.2.1 A Separação dos Poderes na Inglaterra: Breve levantamento político das origens da teoria

A versão mais primitiva da teoria da Separação dos Poderes surgiu na Inglaterra ligada aos ideais antiabsolutistas, sendo associada à *rule of law*,⁸ esta considerada o equivalente do Estado de Direito.

Em princípio, tinha-se o rei como o emanador supremo das leis, legitimado pelo *ius divinum*. Somente a partir do século XVII o trabalho parlamentar começou a adquirir importância e, conseqüentemente, passou a conflitar com o papel até então atinente ao rei. A partir deste momento, os juristas do *Common Law* começaram a questionar a não submissão do soberano às leis. Já no início deste século os conflitos entre o monarca e o Parlamento eram constantes, culminando na guerra civil.

Após o lapso de mais de 40 anos entre a Guerra Civil Inglesa, o Protetorado de Cromwell e a Restauração da Dinastia Stuart, reavivou-se o conflito entre o rei e o Parlamento, sobretudo diante da disputa entre absolutistas e liberais. Em um insustentável cenário de desmandos do monarca Jaime II, a Revolução Gloriosa liderada pelos parlamentares era inevitável. Tudo isso culminou com a assinatura da *Bill of Rights*, na qual o novo rei, Guilherme de Orange, abriu mão de muitos poderes em favor do Parlamento.

Tem-se, então, o enorme ganho de poder do Parlamento, chegando a considerar-se este um tirano mais temível que o próprio monarca absoluto. Diz Cappelletti:

Enquanto os parlamentos nacionais eram aceitos como 'supremos', nenhuma *lex superior* e, assim, nenhuma declaração de direitos com força vinculativa também para o legislador, podia considerar-se necessária. Na verdade, exatamente em razão da supremacia dos parlamentos, nem sequer era concebível. Os mencionados '*Higher Law*' e '*Bill of Rights*',

⁸ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 44.

nacionais e supranacionais, tornaram-se, ao contrário, concebíveis ou absolutamente necessários no próprio momento em que os povos sentiram que certas normas e princípios, exprimindo valores fundamentais e irrenunciáveis, podiam ser ameaçados, e de fato se encontravam ameaçados, pelos próprios poderes legislativos.⁹

Diante desta nova perspectiva, a doutrina da separação dos poderes aparece na Inglaterra como solução para o desequilíbrio que ali se estabeleceu entre o Executivo, encabeçado pelo monarca, e o Legislativo titulado pelo Parlamento.

2.2.1.1 Modelo inglês: influência de John Locke

A novidade trazida pela teoria da separação dos poderes ao modelo de organização inglês foi a divisão de tarefas com base nas *funções* estatais e não mais nos estamentos sociais. É neste ponto que esta doutrina afasta-se da teoria da constituição mista, apesar das semelhanças superficiais que faziam supor que esta última também se relacionava com a ideia da separação de poderes.

A tradição inglesa do século XVII assentava-se na doutrina da constituição mista, que nada mais era do que a divisão do exercício do poder político entre as diferentes camadas sociais da época: Rei, Nobreza (Câmara dos Lordes) e Comuns. Buscava-se unir as diversas ordens em torno do poder do Estado, tido como uno e indivisível. A doutrina da separação dos poderes surgiu a partir dos opositores deste modelo de constituição mista, apoiadores da soberania popular.¹⁰

Convém mencionar que até o começo do século XVIII o termo “função executiva” designava, na verdade, a função judicial, tendo o seu significado modificado-se apenas modernamente.¹¹ Montesquieu, por exemplo, ao elencar os poderes existentes no Estado, afirmou haver o legislativo, o executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o executivo das coisas que dependem do direito civil. Em seguida, ele elucida que este terceiro poder era o que punia os

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 65.

¹⁰ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 43.

¹¹ *Ibidem*, p. 50.

crimes e julgava as querelas dos indivíduos, passando a denominá-lo de poder de julgar.¹²

Assim, em princípio, a separação dos poderes visava a estabelecer limites mais efetivos entre a função legislativa e a executiva (entendida como o poder jurisdicional dos juízes da *Common Law*), a fim de que não fosse o mesmo órgão a criar a lei e aplicá-la.

O início da teoria da separação dos poderes na Inglaterra está intimamente ligado aos ideais de liberdade pregados por John Locke, constituindo, assim, um dos pilares do liberalismo. Este pensador distinguia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Federativo, mas acabava afirmando ser impossível separar a administração dos dois últimos. Assim, a separação orgânica que propôs era *dual*, sendo relevante apenas a distinção entre o Legislativo e os outros poderes.¹³

Para Locke, se o governo exacerbasse no uso do poder, ameaçando a liberdade da sociedade, tornava-se ilegal e tirânico, donde seria legítimo ao povo resistir contra esta situação.¹⁴ O povo poderia lutar contra os poderes que atentassem contra seus objetivos primordiais, quais sejam, a conservação dos interesses coletivos e da própria sociedade.¹⁵

Desta forma, a primeira ideia que se teve de separação dos poderes foi utilizada como garantia das liberdades, favorecida pelo primado da lei. Era necessário assegurar a autonomia legislativa em relação à função executiva a fim de alcançar a justiça. Contudo, neste momento, a autonomia entre as funções não vinha, necessariamente, acompanhada da autonomia dos órgãos titulares de cada poder.

Foi a partir de meado do séc. XVII que o Parlamento passou a ser considerado coincidente com o Poder Legislativo, embora fosse claro que o órgão

¹² MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Vol. I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005, p. 201.

¹³ GRAU, E. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 228.

¹⁴ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: Francisco C. Weffort (org.). *Os clássicos da política*. v. 1. p. 81-89, São Paulo: Editora Ática, 2005, p. 87-88.

¹⁵ NATEL, Maurício da Luz. *O Suprimento Judicial da Omissão Legislativa: Possibilidades ante o atual conteúdo do Princípio da Tripartição de Poderes*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 59.

não possuía, exclusivamente, esta função.¹⁶ Isto se deu, sobretudo, com as frequentes declarações acerca da soberania do povo, detentor de todo poder da nação. A própria *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, da Revolução Francesa, em seu art. 6º,¹⁷ veio consolidar mais tarde a ideia de que a lei era expressão da *volonté générale*, sendo esta construída através dos representantes do povo, ou seja, pelo Parlamento. Daí decorria a legitimidade dos representantes escolhidos pelo “verdadeiro soberano” para estabelecer as leis. A vontade geral passou a ser coincidente com a vontade dos representantes na assembléia.¹⁸

Neste sentido, por muito tempo o Poder Legislativo foi considerado o maior dos poderes, justamente por este argumento de legitimação. Seria o único Poder cujas atribuições seriam obra do próprio soberano (povo), enquanto o Executivo e o Judiciário seriam nada mais que “funcionários” do soberano, não o representando em suas atividades.¹⁹ O próprio Locke pregava esta superioridade.²⁰ Uma nova versão da doutrina da separação dos poderes apresentou-se, sendo esta “colocada a serviço da exigência democrática da supremacia do legislador eleito, representante da vontade coletiva.”²¹ Nota-se, então, que o órgão titular do poder passou a ser relevante dentro da teoria e era ao Poder Legislativo que os demais poderes deviam obediência.

¹⁶ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 53.

¹⁷ “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja protegendo, seja punindo. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade, e sem outra distinção que aquela de suas virtudes e de seus talentos”. Em tradução livre de : « Art. 6º - *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

¹⁸ CHAMON JR., Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica* – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 55.

¹⁹ *Ibidem*, p. 57.

²⁰ “Destarte, salvantes as hipóteses em que o Legislativo haja [*sic*] de modo descurado em relação à conservação dos interesses da coletividade, será ele o poder supremo. Tal conclusão é natural para John LOCKE, na medida em que será de responsabilidade do Legislativo a feitura das Leis, às quais os outros poderes deverão obediência.” (*Ibidem*, p. 53).

²¹ PIÇARRA, N. *Op. Cit.*, p. 58.

Contudo, ainda que o Poder Legislativo fosse reconhecido como mais importante que os demais, não seria lícito que também tendesse à arbitrariedade. Neste sentido, para Locke, até mesmo o poder fundado na vontade popular necessitava de limites, em respeito ao princípio primeiro da liberdade.

Questiona-se se John Locke seria, realmente, um teórico da separação dos poderes, ou se apenas lançou premissas utilizadas posteriormente por outros pensadores. O filósofo inglês não tinha em suas teorizações a ideia de um poder judicial autônomo e de equilíbrio entre os poderes, traços incorporados à teoria apenas no séc. XVIII, sobretudo por Montesquieu.²² Todavia, não é possível olvidar sua contribuição para o modelo inicial da separação dos poderes na Inglaterra, aperfeiçoada ao longo do tempo, principalmente após a guerra civil e o retorno da monarquia.

2.2.1.2 Evolução da teoria

Nem mesmo a restauração da monarquia com os Stuart suprimiu a teoria da separação dos poderes, pois ela já integrava a constituição inglesa. O que ocorreu, no entanto, foi sua aproximação com a teoria da monarquia mista.

A versão primeira da separação dos poderes – que pôde ser encontrada na Inglaterra revolucionária – preconizava a separação orgânico-funcional dos poderes em garantia da liberdade, com base na diferença material entre as funções, sobretudo legislativa e executiva (agora entendida no sentido moderno de função de administração).²³ Era preciso que órgãos diferentes exercessem tarefas diferentes para serem mais eficientes.²⁴ Esta separação orgânica e funcional facilitaria o controle recíproco entre os poderes, configurando limites e balanceando cada um.²⁵

²² PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 78.

²³ Deve-se ter em mente que o Poder Judiciário só ganhou autonomia em relação aos demais ramos a partir do séc. XVIII.

²⁴ PIÇARRA, N. *Op. Cit.*, p. 60.

²⁵ Para Bolingbroke, por exemplo, a independência orgânica era essencial para o equilíbrio entre os centros de poder.

Este modelo da separação dos poderes é conhecido como *balance of powers* e tem estreita ligação com a ideia de *checks and balances* da doutrina norte-americana,²⁶ além de ter desembocado na teoria dos freios e contrapesos.

A aplicação da balança dos poderes direcionava-se à organização constitucional na qual a função legislativa era entendida como a principal atividade estatal.

Nuno Piçarra indica a existência de duas versões da *balance of powers*: uma intraorgânica e outra interorgânica. A primeira consistia, basicamente, no estabelecimento de limitações internas ao próprio Poder Legislativo, com o controle recíproco e simultâneo pelos estamentos (rei, nobreza e povo) que compunham o Parlamento. Assim, impedir-se-ia o abuso e a usurpação de funções.²⁷

É possível notar na versão intraorgânica a semelhança com a teoria da constituição mista, com o enfoque principal sobre a função legislativa.

Já a ideia da balança interorgânica era que houvesse equilíbrio das funções devido à independência dos órgãos, de modo que cada qual teria mecanismos próprios de controle dos demais. Passa-se do equilíbrio entre as forças políticas sociais para o equilíbrio entre os órgãos; passa-se da preocupação central com o Poder Legislativo para a relação entre este poder e o Executivo a partir da interação entre os órgãos.²⁸

Nota-se, portanto, que a ideia da balança dos poderes foi incorporada pela teoria da separação dos poderes, sendo essencial para a pretendida harmonia e controle recíproco entre os poderes.

2.2.2 Montesquieu: pai da teoria da Separação dos Poderes?

A doutrina da separação dos poderes que chega até nós parte de Montesquieu e não diretamente da experiência inglesa ou norte-americana.

²⁶ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 62.

²⁷ *Ibidem*, p. 80.

²⁸ *Ibidem*, p. 82.

Contudo, não se deve esquecer os antecedentes da teoria em Aristóteles, Bolinbroke e Locke.²⁹

Por isso ainda se questiona a “paternidade” da teoria da separação dos poderes, mas é certo que o filósofo mais associado à doutrina que conhecemos é, sem dúvida, o Barão de Montesquieu. É fato que o Estado de Direito tem como um de seus pilares o princípio da Separação dos Poderes e sua configuração atual vem, sobretudo, das formulações deste autor sobre a teoria de mesmo nome.

Não obstante, muito se fala sobre a influência inglesa de John Locke nas proposições de Montesquieu; fato é que este deu acabamento à teoria, delineando seus traços mais peculiares, tal como conhecemos hoje.

O nobre pensador francês analisou o modelo governamental inglês a partir do sistema bicameral do Parlamento. Seu intento era encontrar razões para a decadência da monarquia a fim de achar respostas para um modelo de governo mais estável.³⁰ Ele parte, sim, de premissas políticas inglesas, tais como a idéia de liberdade vinculada à lei,³¹ mas acrescenta novos aspectos. Uma novidade encontrada nas teorizações de Montesquieu é a inclusão da função judicial, ao lado da legislativa e executiva, como função essencial do Estado. Ressalta-se, portanto, que a análise feita por ele baseou-se em uma separação *tríplice* dos poderes, ao contrário do que fez Locke ao unir os poderes Executivo e Federativo. E, como enuncia Grau, o barão “não cogita de uma efetiva separação dos poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”.³²

Embora seja apontada a autonomia da função judicial em relação às funções legislativa e executiva, certo é que o filósofo não lhe atribuiu qualquer papel de destaque; ao contrário, ao Judiciário cabia apenas reproduzir a lei nos casos concretos.

²⁹ GRAU, E. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 226.

³⁰ ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: Francisco C. Weffort (org.). *Os clássicos da política*. v. 1. p. 111-120, São Paulo: Editora Ática, 2005, p. 114.

³¹ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 90.

³² GRAU, E. *Op.Cit.*, p. 230.

É nítida a concepção iluminista que Montesquieu possui em relação à função judicial, já que se apoia em uma ideia de legalidade absoluta. Para o autor, o juiz apenas diz a lei, pois esta já tem critérios suficientes para a solução de conflitos: “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.”³³ Desta forma, Montesquieu não acreditava que as sentenças judiciais tivessem algo de constitutivo, vez que desnecessária ante uma lei geral e abstrata, pretensamente completa.³⁴

Segundo o Barão, “o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo”,³⁵ e mais adiante confirma: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo.”³⁶ Desta forma, desfaz-se o mito de que a teoria da separação dos poderes, tal como pensada por Montesquieu, pressupunha a igualdade de forças entre os três ramos.³⁷

Uma das grandes contribuições de Montesquieu que o diferenciam dos seus predecessores é o fato de ele ter sido o primeiro a tratar da divisão funcional pautada por uma separação também orgânica.³⁸ Aliás, a única separação absoluta proposta pelo pensador é a orgânica, de forma a se manter a liberdade. Não se pode dizer, contudo, que a separação dos poderes enquanto funções do Estado seja absoluta, vez que está a reger a teoria a busca do equilíbrio e não do isolamento.³⁹

Portanto, é possível extrair de Montesquieu duas concepções de separação dos poderes: uma orgânico-funcional e outra social. A primeira diz respeito à necessidade de independência entre os órgãos e funções, a fim de se encontrar o

³³ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. v. I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005, p. 208.

³⁴ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 96-97.

³⁵ MONTESQUIEU. *Op. Cit.*, p. 203.

³⁶ *Ibidem*, p. 205.

³⁷ ALBUQUERQUE, J. A. G. Montesquieu: sociedade e poder. In: Francisco C. Weffort (org.). *Os clássicos da política*. v. 1. p. 111-120, São Paulo: Editora Ática, 2005, p. 119.

³⁸ CLÈVE, C. M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 24

³⁹ NATEL, M. da L. *O Suprimento Judicial da Omissão Legislativa: Possibilidades ante o atual conteúdo do Princípio da Tripartição de Poderes*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 67.

equilíbrio. Já a segunda relaciona-se com a divisão da sociedade em forças políticas (Rei, Nobreza e Povo), as quais exercem conjuntamente o poder.⁴⁰ Esta se trata de “um problema político, de correlação de forças, e não um problema jurídico-administrativo, de organização de funções.”⁴¹

Exclui-se da divisão social o Poder Judiciário, pois, para o pensador francês, este não deveria estar ligado a qualquer estamento, tampouco consistiria em uma força social. Assim, não passaria de um poder sem qualquer expressão política.⁴²

O jogo de interdependência entre as forças sociais com vistas a evitar a centralização de poder em um só ponto é essencial para o equilíbrio e estabilidade do Estado, da mesma forma que preserva o Estado de Direito. Conforme Albuquerque, “a estabilidade do regime ideal está em que a correlação entre as forças reais da sociedade possa se expressar também nas instituições políticas.”⁴³ Assim, o poder de uma força social controlaria as demais e *vice-versa*. Ao contrário do que se pode ler em Locke, não há subordinação de um poder ao outro.⁴⁴

O que se verifica, então, é que a teoria de Montesquieu tinha como ponto principal a busca do equilíbrio e a interdependência entre os Poderes a fim de se alcançar um modelo de governo mais estável, embora relegasse ao segundo plano o Judiciário. É nesta busca pela harmonia entre as forças estatais que sua teoria mantém-se atual, apesar de não ser de todo original, ante o modelo inglês já consagrado.⁴⁵

⁴⁰ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 120.

⁴¹ ALBUQUERQUE, J. A. G. Montesquieu: sociedade e poder. In: Francisco C. Weffort (org.). *Os clássicos da política*. v. 1. p. 111-120, São Paulo: Editora Ática, 2005, p. 120.

⁴² PIÇARRA, N. *Op. Cit.*, p. 110.

⁴³ ALBUQUERQUE, J. A. G. *Op. Cit.*, p. 120.

⁴⁴ NATEL, M da L. *O Suprimento Judicial da Omissão Legislativa: Possibilidades ante o atual conteúdo do Princípio da Tripartição de Poderes*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 69.

⁴⁵ PIÇARRA, N. *Op. Cit.*, p. 122.

2.2.3 Separação dos poderes na constituição americana

Logo após a declaração de independência dos Estados Unidos da América, foram firmados os Artigos da Confederação, o primeiro documento de governo do novo Estado independente, sendo ratificados por todos os Estados em 1781. Tal documento foi posteriormente substituído, em 1788, pela Constituição dos Estados Unidos, após uma série de discussões na Convenção Federal na Filadélfia, esta encabeçada por Alexander Hamilton e James Madison.⁴⁶ Nascia aí o federalismo.

Foi também neste contexto que foi publicada uma série de textos, até então de autoria desconhecida, tratando de temas políticos. A estes ensaios chamou-se “O Federalista”, escritos por John Jay, além dos já citados Alexander Hamilton e James Madison.

Um dos temas centrais de “O Federalista” é o controle do poder, através de limitações bem definidas. Neste ponto, há certa convergência com o pensamento de Montesquieu e sua teoria da separação dos poderes. A preocupação dos federalistas era encontrar um modelo eficaz de limitação do poder, distinto da proposta inglesa de governo misto, baseada em divisão do governo entre os estamentos sociais (Rei, Lordes e Comuns),⁴⁷ e do modelo da Antiguidade de povo virtuoso.⁴⁸ Adotou-se, então, o princípio da separação dos poderes como solução para evitar a tirania caso o poder ficasse concentrado.⁴⁹

Assim, os poderes devem ser fortes o suficiente para se resguardarem das investidas dos demais ramos, mantendo-se o equilíbrio e a independência entre eles. Neste sentido, afirmou Madison no artigo 51 de “O Federalista”: “Se o magistrado executivo ou os juízes não fossem independentes da legislatura neste

⁴⁶ LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: Francisco C. Weffort (org.). *Os clássicos da política*. v. 1. p. 245-255, São Paulo: Editora Ática, 2005, p. 246.

⁴⁷ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 43.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 250.

⁴⁹ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. A Separação dos Poderes na Constituição Americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p. 23-35, 1994, p. 24.

aspecto particular, a sua independência em todos os outros aspectos seria meramente nominal.”⁵⁰

Fato é, contudo, que atingir esta harmonia não é simples, de forma que, por vezes, o poder executivo mostra-se uma ameaça (caso da monarquia) e, por vezes, o legislativo tende à tirania (caso da república). Havia até o momento da promulgação da Constituição Americana certo descontentamento com a experiência parlamentar durante o governo dos Estados da Confederação.⁵¹ Da mesma forma, buscava-se ao máximo limitar o poderoso Executivo, de modo que a proposta de poder de veto do Presidente contra as propostas do Congresso, no Congresso da Filadélfia, foi rejeitada.

Já o Judiciário, sempre foi considerado o mais frágil dos poderes, eis que destituído de iniciativa. Conforme Hamilton no texto nº. 78, “o judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los.”⁵² A compensação do déficit vem com a atribuição à Corte Suprema Americana de prerrogativas mais alargadas, tal como a guarda da Constituição. Contudo, este papel primordial do Supremo Tribunal não veio à tona no texto constitucional de 1788, apesar da simpatia dos federalistas pelo enfraquecido Poder Judiciário.⁵³

O conflito entre os poderes é desejável, eis que representa uma forma de impedir a centralização, em apenas um órgão, das prerrogativas do Estado. A esta interdependência chama-se de sistema de *checks and balances*, doutrina vinculada à balança dos poderes do tipo interorgânica, já referida.⁵⁴ Desta forma, nota-se que

⁵⁰ MADISON, James. A estrutura do governo deve fornecer os freios e contrapesos (checks and balances) adequados entre os diversos departamentos. *The Independent Journal*, Nova Iorque, 6 fev.1788. O Federalista nº. 51.

⁵¹ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. A Separação dos Poderes na Constituição Americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p. 23-35, 1994, p. 24.

⁵² HAMILTON, Alexander. The Judiciary Department. *The Independent Journal*, Nova Iorque, 14 jun. 1788. O Federalista nº. 78.

⁵³ VASCONCELOS, P. C. B. de. *Op. Cit.*, p. 32.

⁵⁴ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 82.

a proposta de separação dos poderes visava à constituição de um governo estável e equilibrado.⁵⁵

Neste sentido, enquanto a separação dos poderes, em Montesquieu, é “um mecanismo imediatamente voltado à promoção da liberdade do indivíduo”,⁵⁶ no sistema federalista norte-americano “ela está imediatamente voltada à otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho.”⁵⁷

2.3 A teoria na atualidade

Várias leituras podem ser (e, de fato, foram) feitas a partir do princípio da separação dos poderes. A mais radical vê na teoria de Montesquieu uma apologia ao isolamento total entre as funções e os respectivos órgãos estatais. É, obviamente, uma compreensão muito restrita do princípio.

Já a visão tradicional mais atenta ao significado da doutrina proposta por Montesquieu enxerga nela a interdependência entre os poderes em busca do equilíbrio; a separação dos poderes é encarada como forma de controle recíproco entre as forças estatais. Porém, tem como pressuposto que apenas o Legislativo cria normas e o Judiciário somente as aplica.

Fica evidente o papel diminuído do Poder Judiciário no contexto da obra do pensador francês; não há referência ao possível controle que este poder pudesse ter sobre os demais. E justamente por ser nulo e pautado unicamente no princípio da legalidade, o Poder Judiciário ficou restrito a dar voz à lei, sendo inconcebível incluir a vontade do julgador na decisão. Como afirma Bobbio, Montesquieu, juntamente com Beccaria, foi um dos responsáveis pela monopolização do direito por parte do legislador. Isso se deu porque, para o pensador francês, se o juiz “pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos

⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. A Separação dos Poderes na Constituição Americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p. 23-35, 1994, p. 25.

⁵⁶ GRAU, E. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 226.

⁵⁷ *Idem*.

poderes seria negado pela presença de dois legisladores.”⁵⁸ Se o julgador pudesse criar normas diversas das criadas pelo legislador, a atuação deste seria inútil.

Com apoio nesta visão – por muito tempo presente entre os filósofos – é que se plasmou a determinação de que os intérpretes (ou juízes) não teriam qualquer margem de arbítrio na aplicação das normas, eis que tudo estava posto na lei. Beccaria chega ao extremo de rejeitar qualquer interpretação da norma jurídica, pois ela daria sentido diverso ao que o legislador pretendia.⁵⁹ Como afirma Natel,⁶⁰ esta concepção influenciou a própria definição da função do Poder Judiciário: poder que aplica o direito, e apenas isso. Por muito tempo foi negada a parcela criativa na função jurisdicional. E o fundamento para esta negativa era justamente o princípio da separação de poderes, o qual seria violado caso um Poder, no exercício de suas atribuições principais, adentrasse nas atribuições de outro Poder. Neste sentido, toda e qualquer criação normativa era inerente apenas ao Legislativo.

As concepções tradicionais, todavia, podem ser consideradas ultrapassadas, pois não se encaixam na realidade hodierna. A compreensão mais atualizada da doutrina, portanto, busca conciliar a essência desta com as inevitáveis mudanças das atividades do Estado. Assim, já é possível reconhecer que os juízes não apenas aplicam as leis, mas também tomam parte na criação das normas, sem que isso configure afronta ao princípio em questão.

Aí está inserido o papel de destaque que passou a ter a hermenêutica no Direito como forma de extrair dos textos as normas. O papel mais ativo dos juízes é fato, sendo objeto de correntes e novas teorias do Direito.

Diante desta nova realidade, “não há dúvida que o controle jurisdicional constitui o ponto central da reflexão sobre o princípio da separação dos poderes do Estado Democrático de Direito.”⁶¹ A partir disso é que se questiona qual o sentido a ser atribuído hoje aos Poderes e suas funções, tendo em vista a mudança pela qual passou a teoria. Será possível compatibilizar o crescimento do controle exercido

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 40.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁰ NATEL, M. da L. *O Suprimento Judicial da Omissão Legislativa: Possibilidades ante o atual conteúdo do Princípio da Tripartição de Poderes*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 78.

⁶¹ PELICIONI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo*. São Paulo: LTr, 2008, p. 61.

pelo Judiciário sobre os outros ramos com a noção essencial de separação dos poderes que vem à tona quando tratamos desta doutrina?

Deve-se compreender, portanto, que, junto da evolução das teorias do Direito há uma transformação política; pode-se até dizer que esta antecede aquela. A atividade hermenêutica ganha importância dentro deste quadro, sendo certo que as escolhas feitas pelo intérprete na leitura das regras inserem-se em um contexto mais político e sociológico do que jurídico.

E junto com as transformações políticas e sociológicas vem a correspondente mudança da compreensão do Direito, ainda que tardia em relação às primeiras. O papel do intérprete alterou-se ao longo do tempo, conforme se pretende demonstrar no próximo capítulo.

3 Teorias do Direito e as Escolas da interpretação

3.1 Do Direito Natural ao Positivismo

Como afirmado ao final do capítulo anterior, é importante entender as mudanças políticas que se deram na sociedade, a fim de assimilar melhor a transformação da compreensão do Direito ao longo da história. Também é nesta alteração das concepções do Direito que se insere a análise do papel do intérprete e do aplicador das normas. Para tanto, essencial começar com o estudo da passagem do Direito Natural para o Direito Positivo, o que tem grande importância para a tradição do *Civil Law*.

Norberto Bobbio relata em seu “O Positivismo Jurídico” as diferenciações existentes entre direito natural e direito positivo desde o pensamento clássico, passando pelo medieval e indo até a modernidade. O autor encontrou diversas conceituações que visavam a distinguir os dois planos em filósofos clássicos e autores modernos. Limitamo-nos a apontar brevemente alguns pontos mais relevantes.

Na Idade Clássica, a principal diferença dizia respeito à abrangência: o direito natural seria universal, enquanto o positivo seria particular a uma determinada comunidade. Não se podia dizer que havia prevalência de um sobre o outro.⁶²

Já na Idade Média, o direito natural passou a prevalecer sobre o positivo, pois se associou o primeiro à natureza, ou antes a Deus, sendo possível aos homens reconhecê-lo através da razão. A compreensão da época enxergava uma lógica imanente no universo, a qual devia ser decifrada pelos homens.

Com a formação dos Estados Modernos, a ideia de Direito racional vinculou-se à ideia do Direito como expressão da soberania, um poder exercido pelo monarca. Era o príncipe o ser capaz de traduzir a ordem natural em leis humanas. Já vigia aí uma concepção monista da produção do Direito: com o assentamento do Estado Absolutista, este tomou para si o monopólio da produção normativa.

⁶² BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 25.

O Iluminismo, por sua vez, trouxe a substituição da vontade do soberano pela “vontade geral”, uma expressão da sociedade de cidadãos que se formou. A lei positivada nos textos legais passou a ganhar importância frente à ordem natural, o que iniciou a inversão da prevalência de um direito sobre o outro. Mas no séc. XVIII ainda havia estreita ligação com a concepção jusracionalista, pois, ainda que o único direito válido fosse o posto pelo Estado, ele não decorria do arbítrio do legislador, mas, sim, da razão humana.

Apenas com o movimento do Historicismo houve a dessacralização do direito natural, abrindo caminho para o Positivismo Jurídico,⁶³ o qual, segundo Bobbio, passa a tomar o direito positivo como único direito possível, excluindo o direito natural da categoria de direito.⁶⁴

As leis passaram a ser o único limite do homem, já que estas representavam os novos valores adotados pelo século XVIII, sobretudo a legalidade. E o mito de que elas advinham de uma ordem natural sucumbiu frente à compreensão de que é o poder o verdadeiro ditador das regras. O Código Civil Francês cuidou de eliminar qualquer resquício jusracionalista, como se nota pelas mudanças nos projetos que antecederam a versão final de 1804. Afirma Bobbio que as codificações representaram o fim da dualidade entre direito comum e direito estatal, vez que aquele foi absorvido por este. A partir daí o que se vê é a afirmação dos pressupostos e o desenvolvimento do Positivismo Jurídico.

3.1.1 O Poder Judiciário: do direito natural ao Positivismo

Antes da formação do Estado Moderno, os juízes não estavam tão atrelados ao direito positivo quando tinham de proferir uma decisão. Por não haver a superioridade da lei positivada sobre as demais fontes, o julgador podia decidir com base em juízos equitativos, em regras costumeiras, ou qualquer critério da razão natural.

⁶³ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 45.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 26.

Com o estabelecimento dos Estados Modernos, e com a centralização da produção normativa, o direito positivo passou a preponderar sobre o direito natural. Isso tornou inadmissível a solução de casos através de juízos de equidade. Como afirma Bobbio, “o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado.”⁶⁵ A partir daí é possível observar a perda da importância do papel do julgador na criação das normas, vez que o Estado era o único legitimado para tanto. É neste contexto que Pietro Sanches afirma “el Derecho racional solo lo es plenamente cuando se realiza en la voluntad del soberano; único intérprete del Derecho natural es el legislador”.⁶⁶

Com a Revolução Francesa, assentou-se a vontade geral como única forma de expressar as leis, dando a soberania ao povo. Contudo, não sendo possível o exercício deste poder por todos os cidadãos, a necessidade de representação se fez presente, sendo afirmada pela *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* no art. 6º. Esta ideia de que são os representantes que exprimem a *volonté générale* elevou o Legislativo ao posto de Poder maior em relação aos outros dois, somente superado pelo próprio poder popular.

Este fato deu margem não só à identificação – nem sempre correta – da vontade dos parlamentares com a vontade de todos como também à limitação das funções do Executivo e, sobretudo, do Judiciário. Por não serem realizadas por representantes do verdadeiro soberano, as atividades destes dois Poderes não exprimiriam uma vontade geral, razão pela qual deveriam sempre se referir ao Legislativo.

Com o movimento de codificação, que culminou na redação do *Code Napoléon*, o Positivismo começou a surgir a partir das interpretações do código, e não como algo estampado nele. Como afirma Bobbio, “é de fato àqueles [intérpretes] e não a estes [redatores] que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que constitui, como já se disse mais de uma vez, um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico”.⁶⁷

O referido dogma da onipotência do legislador era uma produção do Iluminismo e da concepção liberal do Estado: a fim de garantir os cidadãos contra as

⁶⁵ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 28.

⁶⁶ SANCHES, Luis Pietro. *Ideologia e Interpretacion Juridica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, p. 24.

⁶⁷ BOBBIO, N. *Op. Cit.*, p. 73.

arbitrariedades de uma decisão equitativa dado pelo juiz, preferiu-se conferir ao legislador o poder de produzir normas iguais para todos, impedindo decisões discrepantes.⁶⁸

Foi no contexto referido que se desenvolveu a compreensão segundo a qual o Judiciário não deteria qualquer poder de criação normativa, cabendo-lhe apenas aplicar estritamente as leis emanadas pelos legisladores.⁶⁹ A partir desta visão do Direito, o Judiciário ficou relegado a poder inferior, mesmo para a teoria da separação dos poderes de Montesquieu.

A inferioridade, porém, não perdurou, tendo em vista o reconhecimento da incompletude do Direito frente às mais diversas situações da vida. É cada vez mais evidente a necessidade de levar em conta outras fontes além da lei para resolver os casos que se colocam para os juízes. E neste sentido, novas correntes surgiram, propondo formas diversas de se construir o Direito.

Convém, portanto, analisar as diferentes concepções do Direito que se apresentaram ao longo da história, traçando a evolução em paralelo com as mudanças políticas e sociológicas.

3.2 Escola Histórica do Direito

A Escola Histórica teve suas bases lançadas no séc. XVIII e início do séc. XIX e surgiu como um pensamento jurídico derivado da compreensão filosófica da historicidade a qual se mostrou contrária ao racionalismo iluminista. A corrente refutava as concepções *a priori*, racionalmente delineadas, acreditando que a verdadeira fonte de conhecimento era o estudo da história. Os historicistas negavam, por exemplo, que o homem pudesse ter racionalmente criado o Estado através de um contrato social.

A concepção do Direito desta escola, portanto, tomava a norma como uma produção cultural histórica de um dado povo, tal como a língua, os costumes etc.

⁶⁸ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 38.

⁶⁹ CHAMON JR., L. A. *Teoria da Argumentação Jurídica – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 56.

Como estes fenômenos sociais, o direito varia no tempo e no espaço.⁷⁰ Assim, não era possível simplesmente deduzi-la racionalmente ou reputá-la obra exclusiva do legislador.

A partir daí verifica-se que a Escola Histórica priorizava o povo e sua produção cultural – aí inserido o direito – em detrimento do Estado, de forma que o direito deveria ser compreendido como fenômeno cultural próprio de determinada nação e não necessariamente um movimento político. O “espírito do povo” era enaltecido como grande fonte criadora, o que, de certa forma, aproximava esta compreensão de uma proposta naturalizante.⁷¹

Nestes termos, Savigny, um dos expoentes desta corrente, embora não deixasse de reconhecer o direito produto do poder estatal exercido por um legislador, o fazia tendo em mente que o direito positivado era apenas expressão daquela produção cultural oriunda dos costumes de um povo: “os costumes devem exprimir-se em leis, porque somente são leis verdadeiras as que traduzem as aspirações autênticas do povo.”⁷² Os seguidores da Escola Histórica entendiam os costumes como *declaração* do direito positivo e não como real fonte, já que esta seria o espírito do povo.⁷³ Para Kelsen, ao contrário, o costume criava Direito.

Assim, Savigny mostrou-se contrário ao processo de codificação que se queria para a Alemanha, por entendê-lo prematuro para aquela sociedade. Isso se deu porque os historicistas enxergavam os códigos como inovações jurídicas impostas à sociedade e não como produção do próprio povo. Além disso, a codificação representaria uma cristalização do direito não desejado pelos alemães.⁷⁴ É por esta razão que o Código Civil Alemão (*BGB*) tem quase um século de “atraso” em relação ao *Code Civil*.

O principal método de interpretação utilizado pelos historicistas era o histórico, que tinha como objetivo perquirir as condições de uma comunidade em

⁷⁰ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 51.

⁷¹ CHAMON JR., L. A. *Teoria da Argumentação Jurídica – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 120.

⁷² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 12.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 423.

⁷³ CHAMON JR., L. A. *Op. Cit.*, p. 119.

⁷⁴ BOBBIO, N. *Op. Cit.*, p. 52.

certa época a fim de dar conteúdo aos textos legais. O maior empecilho, contudo, era a ideologia existente também na história, capaz de distorcer o que se pretendia buscar: o espírito do povo.⁷⁵

Diante da subsidiariedade da legislação, os juristas ganharam papel de destaque, pois a eles era confiada a tarefa de compreender o direito que emanava do povo. Como relata Castanheira Neves,

a verdade é que nestes termos a escola histórica atribuía aos juristas a representação, como que autêntica, da consciência jurídica da comunidade (...), e não podia assim deixar de reconhecer-se que o direito resultaria fundamentalmente da sua elaboração doutrinal (...).⁷⁶

O ponto fraco da Escola Histórica, contudo, foi o fato de ter se perdido a real busca histórica *do direito*, dando lugar a uma mera releitura de documentos históricos *sobre o direito*. A dimensão histórica pretendida acabou capitulando em favor da dogmática necessária para sustentar cientificamente a corrente.⁷⁷ Além disso, uma das críticas mais agudas à escola foi a de que desenvolveu um *historicismo acrítico*,⁷⁸ isto é, sem levar em conta as próprias distorções de como a história acontece. Conforme relata Ana Maria D'Ávila Lopes, a Escola Histórica cometeu o grave erro de “simplesmente investigar historicamente o Direito e não, como deveria ter sido correto, utilizar sua história para compreendê-lo na atualidade.”⁷⁹ Ainda segundo a autora,

O erro foi reduzir o seu objeto a uma investigação “arqueológica” do passado, tornando numa dogmática formalista e conceptualista, afastada de seu contexto atual. O espírito do povo desaparecia como interlocutor de

⁷⁵ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 23.

⁷⁶ NEVES, A. Castanheira. *Digesta – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 210-211.

⁷⁷ Isso se deveu à enorme influência ainda presente da Escola da Exegese na Escola Histórica, o que contribuiu para a formalização excessiva da visão histórica pretendida pela corrente e seu consequente declínio.

⁷⁸ NEVES, A. C. *Op. Cit.*, p. 214.

⁷⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_145/r145-12.pdf>. Acesso em 15/09/2009.

criação do Direito, para dar lugar a evocações retóricas e românticas da história.⁸⁰

3.3 Escola da Exegese

Foi uma corrente jurídica francesa do séc. XIX pós-revolucionário e que entendia o Direito como um conjunto de leis sistematizadas, as quais eram submetidas a uma hermenêutica estrita, analítico-dedutiva.⁸¹ A hermenêutica proposta pela Escola tinha como pano de fundo o fenômeno da codificação consubstanciado no seu expoente, o *Code Civil*. Mas é preciso mencionar que a compreensão do Direito adotada pela Escola não permaneceu estanque, pois teve que se adaptar às novas questões que se punham diante dela, até sua superação.⁸²

A Escola da Exegese via na lei a única fonte legítima do Direito, sendo claro que um dos principais pressupostos da corrente era o legalismo surgido com o Iluminismo e reafirmado com a Revolução Francesa. Somente a lei poderia criar normas, justamente por ser a única fonte fruto da soberania popular. Lúcio Antônio Chamon Jr. afirma sobre os adeptos da doutrina: “partem os autores rumo a um aprofundamento cego do ideal revolucionário francês de que todo o Direito somente poderia ser fruto da *volonté générale* expressada pelos representantes de toda a nação.”⁸³ Isso se justifica pela visão que tinham os revolucionários sobre os magistrados, postos a serviço dos desejos do Estado Absoluto e da elite: “os juristas

⁸⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_145/r145-12.pdf>. Acesso em 15/09/2009.

⁸¹ NEVES, A. Castanheira. *Digesta – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.181.

⁸² Bonnacase distingue três fases da Escola da Exegese: 1) instauração (1804-1830); 2) apogeu (1830-1880) e declínio (1880-1900). (Em NEVES, A. C. *Digesta – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 190 e CHAMON JR., L. A. *Teoria da Argumentação Jurídica – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 62).

⁸³ CHAMON JR., L. A. *Teoria da Argumentação Jurídica – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 63.

da revolução sabiam que de nada adiantariam as novas leis se aos juízes se permitisse reimplantar os valores da aristocracia através da interpretação judicial.”⁸⁴

A exclusividade da lei como fonte do Direito significava, inclusive, que os critérios de decisão em caso de controvérsia deveriam sair unicamente do conteúdo normativo da lei, não se admitindo qualquer elemento exterior a ela. Nota-se que os códigos eram vislumbrados como sistemas fechados e autossuficientes. Contudo, ainda havia resquícios da influência jusnaturalista, admitindo-se a existência de alguns princípios absolutos anteriores à vontade geral, mas nunca sobre ela sobrepostos. A isso Bonnacase chamou de *paradoxo* dentro da Escola da Exegese, segundo menciona Chamon Jr.⁸⁵

Neste sentido, verifica-se que o legislador era o único legitimado a produzir o Direito, vez que representava o povo soberano, sendo relegado ao intérprete aplicador somente a referência aos postulados estritamente legais. Os códigos representavam o ideal de plenitude enaltecido pela Escola. Este apego se relaciona com a leitura estrita da doutrina da separação dos poderes que era amplamente preconizada, de modo que o “juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo.”⁸⁶ Além disso, o juiz se eximia de qualquer responsabilidade em decisões difíceis, pois ela cabia unicamente ao autor das disposições.

Não havia, portanto, que se falar em papel criativo do julgador, vez que não era necessário criar nada diante de um sistema completo e bastante por si só. A “interpretação era então compreendida como um trabalho rigorosamente *declaratório*, por admitir-se como indiscutível o princípio de que toda a evolução do Direito só poderia se operar através do processo legislativo (...)”.⁸⁷ Da mesma forma, a ciência jurídica perdeu em criatividade neste período.

De acordo com esta compreensão do direito, os métodos interpretativos utilizados pelos adeptos da Escola da Exegese eram principalmente o método exegético e o sistemático. O primeiro era uma técnica que seguia a distribuição da

⁸⁴ BRUM, N. B. de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 17.

⁸⁵ CHAMON JR., L. A. *Op. Cit.*, p. 68.

⁸⁶ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 79.

⁸⁷ REALE, M. *Filosofia do direito*. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 416-417.

matéria feita pelo legislador, com meros comentários, artigo a artigo.⁸⁸ O segundo tinha respaldo na interpretação dada ao art. 4º do *Code Civil*⁸⁹ pelos positivistas, os quais entendiam que a solução de qualquer caso, inexistindo disposição específica, devia ser retirada do próprio sistema positivado.

Mas foi esta concepção de que o sistema inscrito nos códigos era completo que acabou por gerar uma das adaptações necessárias da Escola da Exegese. Nas palavras de Reale, “a *Escola da Exegese* encontrava em si mesma o princípio de sua negação.”⁹⁰ Seus adeptos não puderam negar que, embora toda a normatividade estivesse contida nos códigos, algumas disposições poderiam ser interpretadas de maneiras diversas.⁹¹ Foi então que a *intenção do legislador* passou a ser constantemente referenciada como única linha de interpretação possível e admissível. Era um recurso retórico utilizado para “dialetizar os rígidos sentidos das leis napoleônicas.”⁹² Foi a resposta encontrada pela Escola para não negar seus principais pressupostos, mantendo o apego à figura de representante supremo da vontade soberana do legislador.

⁸⁸ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 83.

⁸⁹ Art. 4º - *O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada*. Escreve Bobbio que, durante a Revolução Francesa, os juizes podiam abster-se de julgar, na ausência de normas precisas, remetendo o caso ao Legislativo para obter as previsões cabíveis. Isso era desejável, como forma de levar às últimas consequências o princípio da separação dos poderes. Porém, os redatores do Código de Napoleão inseriram este art. 4º, além do art. 9º, o qual dava critérios para decidir na ausência da lei. Ocorre que o art. 9º foi suprimido do código, levando os intérpretes, prescindindo do contexto que envolveu a norma, a entenderem que se tratava de uma indicação de que o juiz deveria sempre extrair da lei a solução, ainda que inexistente a norma precisa. A intenção dos redatores, contudo, era deixar uma abertura para a criação do direito pelos juizes, como revelou Portalis em certo discurso. (BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 75-77).

⁹⁰ “É claro que essa concepção, de repassado otimismo, prevaleceu enquanto perdurou um equilíbrio relativo entre os Códigos e a vida social e econômica.” (REALE, M. *Filosofia do direito*. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 417).

⁹¹ CHAMON JR. L. A. *Teoria da Argumentação Jurídica – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 64.

⁹² BRUM, N. B. de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 18.

Encontrar a vontade do legislador, entretanto, não se mostrou tarefa fácil, além de acabar por divinizar este personagem, conferindo-lhe a aura de onipotência. Conforme diz Gadamer, ao analisar o romantismo hermenêutico,

Chladenius chega a uma conclusão interessantíssima: constata que compreender plenamente um autor não é o mesmo que compreender plenamente um discurso ou um escrito (§ 86). A norma para a compreensão de um livro não seria, de modo algum, a intenção do autor. Pois, 'assim como os homens não são capazes de abranger tudo com sua visão, também suas palavras, discursos e escritos podem significar algo que eles próprios não tiveram a intenção de dizer ou escrever', e, portanto, 'quando se busca compreender seus escritos pode-se chegar a pensar, e, com razão, em coisas que aos autores não ocorreria'.⁹³

Isso significa que o texto pode ser compreendido para além das intenções de seu autor, pois nem sempre há exatidão entre o que se quer dizer e o que realmente se diz.

A modernização da sociedade e as novas exigências do Estado fizeram as insuficiências da lei revelarem-se, contribuindo para o desenvolvimento normativo fora dela. Ao notar que os códigos não perduravam no tempo, vez que lacunosos diante de novas demandas, o papel da jurisprudência, como afirma Castanheira Neves, tornou-se de protagonista na constituição do Direito:

O << *fétichisme de la loi écrite et codifiée*>> (GÉNY) cessou com o reconhecimento da distinção entre o direito e a lei, na intenção normativa, nos critérios hermenêutico-normativos, na indispensável integração e no aberto desenvolvimento extralegal da normatividade jurídica e do mesmo modo a jurisprudência, bem longe de ser << *la bouche de la loi*>>, revelava-se antes um poderoso e indispensável protagonista na histórica constituição do direito.⁹⁴

3.4 Movimento do Direito Livre

Totalmente oposto à proposta da Escola da Exegese encontra-se o Movimento do Direito Livre nascido na Alemanha no início do séc. XX com

⁹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de MEURER, F. P. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 253.

⁹⁴ NEVES, A. C. *Digesta* – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 191.

Kantorowicz⁹⁵ e que preconizava a produção metalegal do Direito, isto é, um direito para além da lei.

A concepção diferenciada do Direito desta corrente fazia com que seu objetivo fosse antes a justiça das decisões, tomadas dentro de uma sociedade que exigia mais igualdade material do que formal, do que a segurança jurídica e a previsibilidade do Direito.⁹⁶

O movimento negava qualquer ideia de legalismo estatista ou de sistema autossuficiente, tampouco via o Direito como lógico e racionalmente aplicável. Valorizava-se, ao contrário, a razão prática, sobrelevando a necessidade de se atender as exigências sociais.

Desta forma, tinha-se como traço marcante do movimento a valorização do momento da decisão, eis que é aí que se pode concretizar o direito através de um resultado prático razoável para todos. E era justamente diante deste valor que se admitia, dentro de alguns limites, a decisão *contra legem*, como nos mostra Castanheira Neves ao lembrar Kantorowicz: “só que [o juiz] já poderia prescindir da lei: 1) se ela não lhe oferecesse uma solução indubitável, e 2) se concluísse, livre e conscienciosamente, que o poder estadual (o legislador) existente ao tempo da decisão não teria provavelmente prescrito a solução enunciada na lei.”⁹⁷

Nota-se, portanto, que esta corrente buscava, sobretudo, decisões em acordo com as necessidades da sociedade da época, ainda que suspendendo a aplicação da lei. O papel do juiz no Movimento do Direito Livre era essencial para a efetivação dos propósitos visados pelos seus devotos. Neste momento é possível vislumbrar a grande importância da função criativa do aplicador do Direito.

Assim, os maiores méritos do Movimento do Direito Livre foram a revelação das lacunas no sistema jurídico e da não coincidência entre direito e lei, além da atribuição de importância ao momento da concretização do direito nas decisões. Contudo, esta escola não obteve êxito em estabelecer uma nova racionalidade ao sistema, vez que acabou por legar tudo ao puro subjetivismo.⁹⁸

⁹⁵ Kantorowicz escreveu um manifesto pela criação normativa pelos juízes intitulado *La lotta per la scienza del diritto*. (BOBBIO, N. Teoria geral do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 44-45).

⁹⁶ NEVES, A. C. *Digesta* – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 195.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 199.

Não obstante as críticas feitas ao Movimento, inegável foi sua contribuição para a construção de uma nova concepção do Direito, muito mais voltada para a efetivação de ideais de justiça do que para a sacralização da lei. Também com este movimento, o papel criador do intérprete aplicador do direito foi reconhecido como forma de corrigir as impropriedades da lei ao aplicá-la ao caso concreto. Este é um dos maiores méritos desta escola que, apesar de não ser unanimidade, conquistou vários adeptos, em diversos graus.

Outras Escolas com diferentes modos de ver o Direito existiram e existem, mas limitamo-nos a apontar apenas estas três, pois ilustram marcadamente as transformações pelas quais passaram as teorias da interpretação. Uma vez analisada esta sequência de diferentes concepções, pode-se adentrar efetivamente na questão da relação entre o intérprete e a norma, pondo em relevo sua criação e aplicação.

⁹⁸ NEVES, A. C. *Digesta* – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 200-201.

4 Criação e aplicação do Direito

4.1 A Função normativa e função legislativa

A separação dos poderes pode ser vista sob dois aspectos: um material e outro subjetivo. O poder entendido *materialmente* implica a distinção das funções conforme seu conteúdo; já o poder entendido *subjetivamente* implica dar ênfase ao órgão incumbido de cada função.

Montesquieu, por exemplo, propunha a separação entre os poderes no sentido subjetivo, pois recomendava equilíbrio entre os órgãos que exerciam cada função, vinculando a estes as atividades legislativa, executiva e judiciária, ao passo que Locke distinguia materialmente três funções (legislativa, executiva e federativa), sem vinculá-las a um específico órgão.⁹⁹

Para Eros Grau, a tripartição em Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo que adotamos se dá com base no critério subjetivo, haja vista a teoria de Montesquieu ser mais próxima para nós. No entanto, partindo do aspecto material, as funções poderiam ser estabelecidas como função normativa, função administrativa e função jurisdicional.¹⁰⁰

Cumprindo, então, distinguir a função normativa e a função legislativa. Segundo Eros Grau, apoiado nas teorizações de Alessi, uma e outra não se confundem.

O que Alessi afirma é que a norma não é necessariamente estatuída pelo exercício originário de um poder instituído para tanto, podendo haver emanção de normas de um poder derivado. É o que vemos na experiência da *Common Law*, segundo a qual a norma expressa na lei só é admitida no Direito inglês quando for aplicada e interpretada pelos tribunais,¹⁰¹ constituindo estes o poder que emana normas de forma derivada e não originária.

⁹⁹ GRAU, E. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 237.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 238.

¹⁰¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de CARVALHO, Hermínio A. São Paulo: Martins Fontes 1996, p. 346.

Assim, temos que a função normativa deve ser entendida como a que emana “estatuições primárias – isto é, operantes por força própria – contendo preceitos abstratos”,¹⁰² enquanto a função legislativa é a que emana “estatuições primárias, geralmente – mas não necessariamente – com conteúdo normativo, sob a forma de lei”.¹⁰³ Assim, a função legislativa, vista sob a perspectiva subjetiva, é consagrada ao órgão instituído para a sua realização, qual seja, o Poder Legislativo.

Conclui-se, portanto, que, embora a função legislativa seja atribuída exclusivamente ao Poder Legislativo, isto é, só a este “órgão” cabe a edição de leis, a função normativa não é exclusiva do referido poder, sendo lícito atribuí-la a outros poderes ou forças sociais. Diante disso, Alessi, nos dizeres de Grau, afirma que a lei não contém, necessariamente, uma norma, assim como uma norma não advém, necessariamente, de uma lei.¹⁰⁴

É neste sentido que se reconhece a capacidade de produzir normas, para além dos textos de lei, dos intérpretes aplicadores do Direito. E aí também reside o conflito, pois uma leitura mais superficial da teoria da separação dos poderes faz supor que a produção normativa é de exclusividade dos legisladores.

4.1.1 A visão kelseniana – aplicação e criação da norma

Enquanto, para Alessi, função normativa e função legislativa não se confundem, para Kelsen, criação e aplicação do Direito não são momentos dissociáveis, mas simultâneos.

Ao prever a norma hipotética da qual decorriam todas as demais, o pensador estabeleceu o fundamento primeiro de todas as normas. Assim, a primeira Constituição teria se fundado na *Grundnorm*, de forma que, da *aplicação* desta deu-se a *criação* daquela. E isso teria ocorrido sucessivamente até a Constituição mais recente e com as normas infraconstitucionais dela decorrentes, chegando às normas

¹⁰² GRAU, E. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 239-240.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 241.

¹⁰⁴ *Idem*.

individuais criadas nos casos concretos. Portanto, uma norma inferior deveria ser fundada, necessariamente, em uma norma superior, sob pena de não ter qualquer valor jurídico.¹⁰⁵ Isso só não se verificaria nas situações de total rompimento com a ordem posta, como no caso de golpes ou revoluções.

É neste sentido que Kelsen coloca em momentos idênticos aplicação e criação do Direito: aplicação da norma superior ou anterior para a criação da norma inferior ou posterior.

É o que também ocorre quando se trata de uma decisão judicial: há a aplicação da norma previamente instituída, de forma a criar uma norma individual cabível à situação da vida em foco.¹⁰⁶ Kelsen, portanto, identifica em sua obra “Teoria Pura do Direito” a função normativa de toda decisão judicial, o que vai ao encontro da ideia de Alessi sobre a produção de normas por centros diversos daqueles instituídos para ter esta como sua principal atividade. É nesta esteira que afirma:

Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.¹⁰⁷

Contudo, por ainda se ver atrelado à leitura tradicional da teoria da separação dos poderes, Kelsen acaba por negar o princípio correlato, vez que entendia que as funções do Estado referentes aos Poderes Legislativo e Judiciário eram justamente criar e aplicar as leis, respectivamente. Desta forma, sendo coincidentes os dois momentos, não se mantinha para o autor a lógica da separação,¹⁰⁸ ou seja, não havia como separar as funções que, para ele, se davam ao mesmo tempo.

¹⁰⁵ NATEL, M. da L. *O Suprimento Judicial da Omissão Legislativa: Possibilidades ante o atual conteúdo do Princípio da Tripartição de Poderes*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 92.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 93.

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 5ª tiragem, 2003, p. 265.

¹⁰⁸ NATEL, M. da L. *Op. Cit.*, p. 104.

4.2 A diferença entre o texto e a norma

A partir do momento em que se clarificou a atividade legislativa como sendo tarefa do Estado e com a bandeira da legalidade levantada pelo Iluminismo e pela Revolução Francesa, desencadeou-se o fenômeno do positivismo, segundo o qual, a lei continha todo o direito.¹⁰⁹ Como explicita Castanheira Neves,

Com fundamento nos princípios da separação dos poderes (LOCKE, MONTESQUIEU) – *princípio liberal* – e da lei como expressão da <<*volonté générale*>> (ROUSSEAU, KANT) ou da vontade popular através dos seus representativos órgãos políticos – *princípio democrático* –, o direito veio identificar-se com a lei.¹¹⁰

Esta supremacia da lei adveio das suas características de generalidade e abstração, as quais eram concebidas como fatores decisivos para o alcance da justiça, uma vez que atendiam a uma infinidade de casos, além de trazer segurança para o ordenamento. “Somente a lei em razão de sua supremacia, portanto, poderia ser assumida como fonte criadora do Direito, uma vez que toda a origem do Direito, e seu único fundamento, era a própria vontade geral representada no Parlamento.”¹¹¹ Este era o pensamento da época pós-revolucionária.

Savigny, por exemplo, conforme relata Hespanha, em princípio, acreditava que o direito estava pautado unicamente nos textos de lei, de forma que a interpretação apenas buscava a vontade última do legislador. Assim, o trabalho dos juristas era clarificar esta vontade, sempre sob os limites do texto,¹¹² o que significava um reduzido espaço para a construção de uma ciência do Direito: ou se

¹⁰⁹ CLÈVE, C. M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 48.

¹¹⁰ NEVES, A. C. *Digesta – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 38.

¹¹¹ CHAMON JR., L. A. *Teoria da Argumentação Jurídica – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 59.

¹¹² HESPANHA, António Manuel. Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: Ricardo Marcelo Fonseca e Airton Cerqueira Leite Seelaender (org.). *História do Direito em perspectiva - Do Antigo Regime à Modernidade*. p. 154-202, Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 157.

tinha em mente a real vontade do soberano legislador ou se fixava um legislador fantástico, cuja vontade é fictícia.¹¹³

Essa ideia de que a norma equivale ao texto serviu de base para o chamado normativismo. Contudo, com o passar do tempo viu-se que tal concepção do direito não estava exatamente correta. Segundo Cappelletti,

visto que, especialmente nos países de 'Civil Law', o direito se identifica freqüentemente com a lei, a vontade majoritária, que está à base da legislação democrática, torna-se também, indiretamente, fundamento da legítima atividade jurisdicional, enquanto exatamente, 'baseada na lei'. Bem sabemos, porém, que, em certa medida, a 'lei' é um mito, que deve ser 'interpretada' e completada para traduzir-se em ação real e que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito.¹¹⁴ (grifo nosso)

É neste sentido que Lenio Streck afirma que os textos não são meros enunciados linguísticos, havendo algo além deles – as normas – que emergem da interpretação de tais textos.¹¹⁵

Citando Zagrebelsky, Eros Grau diz que “o conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais.”¹¹⁶

Utilizando-se da metáfora da Vênus de Milo, Grau concorda com Kelsen dizendo que a norma já está inserta no texto, cabendo ao intérprete revelá-la, assim como faz o escultor que trabalha o mármore, desbastando-o a fim de revelar a estátua grega que já ali se encontrava. A moldura representada pela Vênus de Milo a ser reproduzida pelos escultores – ou pelo texto normativo a ser interpretado – dá os parâmetros da escultura a ser produzida – ou da norma a ser aplicada. Vênus de Milo diferentes serão esculpidas, assim como normas diversas podem ser encontradas, mas sempre haverá a referência dada pela *moldura*.

¹¹³ HESPANHA, A M. Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: Ricardo Marcelo Fonseca e Airtón Cerqueira Leite Seelaender (org.). *História do Direito em perspectiva - Do Antigo Regime à Modernidade*. p. 154-202, Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 157-158.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 102.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Diferencia (ontologica) entre texto y norma: alejando el fantasma del relativismo*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em 19/03/2009, p. 1.

¹¹⁶ GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 23.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho também reconhece não haver coincidência entre texto e norma. Para o autor, o texto é apenas um fato gráfico e apoia-se em Franco Cordero ao falar sobre a atuação do intérprete: “de uma fórmula saem tantas normas quantas sejam as cabeças dissidentes.”¹¹⁷ Também diz ele que as palavras da lei têm um valor próprio, uma vez que foram utilizadas no lugar de outras; porém, tais palavras não seguram todo o sentido contido no texto. Por isso, as decisões *contra legem* seriam “a prova cabal de que o texto e a regra não aprisionam o sentido e, portanto, pode ele não estar *ex ante* ali presente”.¹¹⁸

Portanto, diante das posições mencionadas, claro está que a norma é o resultado da interpretação de um texto. Porém, não se deve dissociar uma e outro, visto que não há norma sem texto e *vice-versa*. Há uma interdependência necessária entre ambas. Desta forma, como explicita Streck, “la norma – así entendida – no puede superar el texto; ella no es superior al texto”.¹¹⁹

Porém, não se pode crer que é possível fazer uma interpretação pura de um texto, pois, como afirma Ana Maria d’Ávila Lopes, apoiada em Gadamer,

pretender que o intérprete possa realizar uma interpretação absolutamente objetiva ou pura de um texto, isto é, que possa reconstruir o seu sentido originário, significa não ter entendido nem percebido a historicidade de toda compreensão (a história efetual do texto), nem que os preconceitos do intérprete estão inseridos, queria-se ou não, no processo interpretativo, ‘uma compreensão, por mais controlada que seja, não consegue simplesmente ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete’.¹²⁰

É necessário, portanto, que o intérprete tome parte com suas próprias experiências na compreensão do texto, construindo a interpretação a partir da história efetual do texto.

¹¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Curitiba, v. 1, p. 37-44, 2005, p. 3.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 4

¹¹⁹ STRECK, L. *Diferencia (ontológica) entre texto y norma: alejando el fantasma del relativismo*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em 19/03/2009.

¹²⁰ LOPES, Ana Maria D’Ávila. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_145/r145-12.pdf>. Acesso em 15/09/2009.

4.3 A participação do intérprete na criação da norma

4.3.1 Subjetivismo vs. objetivismo

Na teoria tradicional da interpretação jurídica, sempre se questionou qual era o objetivo da interpretação, haja vista as escolas da hermenêutica que perpassaram a história. Mas, um dos grandes embates surgiu da polêmica entre duas correntes: a subjetivista e a objetivista.

A primeira corrente, ligada ao Positivismo Jurídico, via como objetivo da interpretação a busca da *mens legislatoris*, isto é, a vontade do legislador historicamente considerado; todavia, esta “intenção do legislador” podia ser real ou presumida a depender da possibilidade de se chegar efetivamente ao que o autor da lei pretendeu dizer ou, recorrendo à analogia, estabelecer o que ele teria previsto para o caso.¹²¹

Já a segunda corrente, do fim do séc. XIX, tinha a interpretação como forma de extrair do texto a *mens legis*, ou seja, o sentido extraível do próprio texto, autonomamente, independente de qualquer significado pretendido originalmente pelo legislador.

Assim, tinha-se que, enquanto o subjetivismo, estreitamente ligado ao legalismo, conduzia a uma interpretação fixa, haja vista que o legislador do qual se buscava a intenção era o que havia emanado determinada lei, o objetivismo “aceita da hermenêutica geral (...) a idéia de que a lei pode ser juridicamente mais sábia que a intenção do seu autor ou de que o intérprete a poderá compreender melhor do que a entendeu o próprio legislador.”¹²² Portanto, como aponta Streck, a interpretação subjetivista se dava *ex tunc*, levando-se em conta o momento originário da criação da lei; já a interpretação objetivista se dava *ex nunc*, considerando-se a análise sociológica que envolvia o texto.¹²³

¹²¹ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 87.

¹²² NEVES, A. C. *Digesta – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 356.

¹²³ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 101.

Na opinião do mesmo autor, ambas as correntes, quando levadas ao extremo, podem conduzir a situações indesejáveis: o subjetivismo, ao privilegiar o legislador, pode culminar em um autoritarismo personalista; o objetivismo, ao igualar os intérpretes, deslocando para eles a responsabilidade do legislador, pode levar ao anarquismo.¹²⁴

Apesar de ter em alta conta a “sobrenatural” vontade da lei, a corrente objetivista permitia maior flexibilidade da lei às exigências da sociedade, a qual não permanecia estática quando da edição de uma norma, mas evoluía e exigia novas soluções. Diante disso, o papel do jurista, atuando como intérprete, ganhou espaço, pois a ele se recorria para a contextualização da lei no tempo. Inegável passou a ser a consideração de que o intérprete, mais que o legislador, contribuía para a extração das normas dos textos legais.

4.3.2 O hermeneuta e a norma

A doutrina mais tradicional que se aventura em definir o que é interpretação ainda utiliza como melhor conceituação a noção de atividade voltada para revelar o verdadeiro sentido do texto ali posto pelo legislador. Há a vinculação à idéia de que a lei tem um sentido que deve apenas ser clarificado pelo intérprete. E não é raro ver referências, também em decisões dos tribunais, à busca da vontade ou da intenção do legislador.¹²⁵

¹²⁴ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 103-104.

¹²⁵ “III - A interpretação teleológica ao dispositivo supramencionado revela que a **intenção do legislador** foi o de punir aqueles que buscam furtar-se ao cumprimento da pena alternativa. IV - Writ conhecido em parte e, nessa extensão, concedida a ordem.” (STF. HC 95370/RS. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 31/03/2009);
 “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. COFINS. PESSOA JURÍDICA SEM EMPREGADOS. EXIGÊNCIA. 1. O enunciado do art. 195, caput, da CF/88 “a seguridade social será financiada por toda a sociedade” revela a **intenção do legislador** constituinte de não excluir de ninguém a responsabilidade de custeá-la. O vocábulo “empregador” constante do inciso I desse artigo abrange a pessoa jurídica empregadora em potencial. Precedentes: RE 335.256-AgR e RE 442.725-AgR. 2. Agravo regimental improvido.” (STF. RE 249841 AgR/PR. Relator Min. Ellen Gracie. Julgado em 28/03/2006);
 “5. A Lei n.º 10.150/2000, por seu turno, prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25/10/96, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n.º 8.692/93, o que revela a **intenção do legislador** de possibilitar a regularização dos

Contudo, a partir da visão adquirida pela corrente objetivista, a figura mítica da intenção do legislador passou a ser questionada e o trabalho daquele que interpreta, indo além da mera revelação da norma oculta, ganhou importância. Ao citar Gadamer, Streck revela a necessidade da atuação do intérprete junto à norma, como meio de permitir a permanência de um texto no tempo. Diz ele:

Cuando el intérprete procede a la adecuación de la ley, a las necesidades coyunturales que cercan el caso determinado, estará ciertamente realizando una tarea práctica, dice Gadamer, recordando que ‘esa ley es siempre deficiente, no porque lo sea por sí misma, sino porque, frente al ordenamiento al que intencionan las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas’.¹²⁶

Destoando da hermenêutica tradicional, Kelsen já reconhecia que a interpretação de um texto a fim de extrair dele uma norma era composta não apenas por um momento de conhecimento, como também por uma atitude seletiva do intérprete:

na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (...) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.¹²⁷

A fase cognoscitiva mencionada pelo autor é a chamada “moldura” que o pensador propõe como limite para a escolha do intérprete, haja vista que um mesmotexto pode revelar várias possibilidades legítimas, mas não é lícito que se saia de certas fronteiras delimitadas pelo conhecimento.

No mesmo sentido, afirma Lenio Streck que o jurista, no processo interpretativo, não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém aos seus interesses, de modo que o significado dela é

cognominados “contratos de gaveta”, originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor.” (STJ. *AgRg no Responsabilidade 838127/ DF. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 17/02/2009*)

¹²⁶ STRECK, L. *Diferencia (ontologica) entre texto y norma: alejando el fantasma del relativismo*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em 19/03/2009.

¹²⁷ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 5ª tiragem, 2003, p. 394.

dado de modo heterônomo, isto é, a partir do intérprete.¹²⁸ Contudo, por mais que o intérprete sempre atribua sentido ao texto, isso não significa que ele pode dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”.¹²⁹ Há que sempre se respeitar os limites dados pelo próprio enunciado, levando em conta a “moldura” dada por cada texto.

Também é possível extrair de Gadamer sua visão sobre o tema:

hoje em dia o trabalho do intérprete não é simplesmente reproduzir o que realmente diz o interlocutor que ele interpreta, mas deve fazer valer a opinião daquele como lhe parece necessário a partir da real situação da conversação na qual somente ele se encontra como conhecedor das duas línguas que estão em comércio.¹³⁰

Há quem defenda, em sentido contrário, ser possível a total inovação do ordenamento jurídico pelo julgador-intérprete, criando normas diversas daquelas existentes previamente. É nesta esteira que segue o pensamento de Mauro Cappelletti, ao dizer que

pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, *como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.*¹³¹ (grifo nosso)

Frederico Marques, por sua vez, considera possível a criação de normas pelo intérprete desde que o ordenamento seja omissivo ou de entendimento incerto. Assim, poderiam os tribunais, uniformizando seus entendimentos, impor essas novas regras *erga omnes*. Segundo o autor, essa conduta “além de ser hoje

¹²⁸ STRECK, L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 96.

¹²⁹ STRECK, L. *Diferencia (ontológica) entre texto y norma: alejando el fantasma del relativismo*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em 19/03/2009.

¹³⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Tradução de MEURER, F. P. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 407.

¹³¹ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 5ª tiragem, 2003, p. 394.

admitida pela doutrina jurídico-constitucional, tem raízes históricas na própria formação de nosso Direito.”¹³²

Apesar das opiniões divergentes, a opinião de Kelsen parece ser a mais acertada. O referido pensador, ao analisar a criação normativa promovida pelo jurista aplicador do direito – único a realizar a interpretação autêntica – reconheceu que o legislador tem uma vinculação ao ordenamento posto menor que o julgador, eis que sua prerrogativa é mesmo de inová-lo. Contudo, isso não retira o papel criador do juiz, o qual também goza de certa liberdade no momento da aplicação da lei. Não se olvide, porém, que Kelsen, apesar de reconhecer o momento voluntarioso do intérprete na determinação da norma, sempre tinha em mente os limites dados pelo próprio texto, isto é, a “moldura”: “Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, *na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral*, uma função voluntária”. (grifo nosso)¹³³

Eros Grau, por sua vez, afirma: “ele [intérprete] produz a norma, sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la”.¹³⁴ Em seguida o autor utiliza a metáfora da Vênus de Milo para afirmar, na mesma esteira que Kelsen, que a norma já está contida no texto, na forma de potência, aguardando o intérprete revelá-la. Por outro lado, Grau acrescenta que a interpretação a ser feita não é apenas da lei, mas também dos fatos que circundam o caso concreto, pois são estes que indicarão como o texto deverá ser esculpido a fim de revelar a melhor solução.

Ainda, sobre a questão da criação normativa pelos juízes, importante mencionar o pensamento trazido por Castanheira Neves em seu *Digesta*, condizente com a opinião de Streck e Kelsen sobre a necessidade de se respeitar os limites que a própria compreensão do texto impõe:

E tanto basta para compreendermos qual a verdadeira natureza normativamente constituinte da experiência jurídica jurisdicional. Se lhe é inegável uma criação normativo-jurídica – a criação justamente resultante da mediação jurídico-decisória, que não é dedução ou mera aplicação, mas judicativa ponderação de constituinte concretização –, também não lhe

¹³² MARQUES, José Frederico. *A Reforma do Poder Judiciário*, v. I, São Paulo: Editora Saraiva, 1979, p. 344.

¹³³ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 5ª tiragem, 2003, p. 393.

¹³⁴ GRAU, E. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2005, p. 28.

corresponde uma deliberada e explícita inovação, aquela deliberada e explícita inovação que vimos própria da criação jurídica legislativa. Nos juízos decisórios jurisdicionais vai sempre pressuposta e intencionalmente invocada uma normativa validade que se não pretende alterar ou substituir por outra que programaticamente se institua, pois visa-se tão-só afirmá-la, mediante uma determinação constitutivo-concretizadora, nos casos da sua problemática realização. Afirmção ou reafirmação sem formal inovação que nem por isso exclui, e antes postula, a abertura de um concreto desenvolvimento, em contínua reconstituição e renovação, e que é decerto ou acaba por ser nos seus resultados uma verdadeira criação. Criação material sem formal inovação, que o caso paralelo da actividade hermenêutica nos faz de todo compreensível.¹³⁵

Nota-se, portanto, que o autor reconhece a possibilidade de uma atividade constitutiva/concretizadora do intérprete diante de um texto, o que, embora não possa representar uma inovação formal, implica em renovação do ordenamento em razão dos resultados que provoca.

No atual estado de Direito, pode-se concluir, então, que o juiz não está mais submetido à literalidade da lei, mas também, não pode atuar à margem de qualquer vínculo, porque na medida em que cria o Direito, deve permanecer dentro dos limites que a correta compreensão e interpretação da norma, na sua aplicação a um caso concreto, impõe-lhe.¹³⁶

E o hermeneuta em seu movimento de interpretar e concretizar o direito lança mão de métodos que o auxiliam a demonstrar como a norma deve ser aplicada. Neste momento é inevitável a influência das convicções e ideologias próprias de cada um. Desta forma, as figuras da intenção do legislador e da lei cedem lugar à *vontade do intérprete*.

Claro é que a interpretação pode servir tanto para plasmar certa realidade posta, como também para tentar fazer o contrário, alterando alguma realidade. É neste sentido que Nilo Bairros de Brum sentencia: “a simples escolha de determinado método já denuncia o resultado a que se pretende chegar. Essa tendenciosidade intrínseca faz com que os métodos de interpretação do direito nada mais sejam que instrumentos a serviço da vontade do intérprete.”¹³⁷

¹³⁵ NEVES, A. C. *Digesta – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 32.

¹³⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_145/r145-12.pdf>. Acesso em 15/09/2009.

¹³⁷ BRUM, N. B. de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 14.

Além disso, hoje, o intérprete aplicador do direito deve conhecer muito mais que as disposições do Direito: Filosofia, Sociologia, Economia também devem estar no rol de conhecimentos do julgador. Só com uma visão interdisciplinar a transformação positiva da realidade poderá acontecer através da hermenêutica.¹³⁸ Por isso, Jacinto Nelson aposta na formação dos intérpretes, sobretudo os magistrados, como forma de tornar mais consciente a relação hermeneuta-norma.

4.4 Embate entre juristas e legisladores pelo poder de dizer o Direito

Deve-se dizer, em primeiro lugar, que ao falarmos do intérprete que extrai a norma do texto de lei, estamos buscando, essencialmente, analisar a atuação do intérprete que tem o dever de aplicar a norma a um caso, isto é, dos magistrados em geral. Após terem se estabelecido algumas ideias gerais, tecer-se-á breves observações acerca do papel criativo nos tribunais, em especial o STF e o conflito com a função legislativa do Estado.

Em princípio, era o próprio legislador quem dirimia as eventuais dúvidas quanto à interpretação de certas leis, tal como ocorria no instituto francês do *référé législatif*,¹³⁹ estabelecido pela lei de 16-24 de agosto de 1790, referente à organização judiciária francesa.¹⁴⁰

Com o tempo e com a necessidade de evitar o trancamento das funções legislativas,¹⁴¹ esta prerrogativa passou a ser do Judiciário, sendo este o intérprete por excelência das leis e da Constituição.

¹³⁸ COUTINHO, J. N. de M. *Dogmática crítica e limites linguísticos da lei*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Curitiba, v. 1, p. 37-44, 2005, p. 2.

¹³⁹ *Reféré législatif* era o instituto francês criado no pós-revolução, segundo o qual o julgador, na falta de solução legal ou critério para a decisão, remetia ao legislador o caso para que indicasse a solução.

¹⁴⁰ CHAMON JR., L. A. *Teoria da Argumentação Jurídica – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009, p. 42.

¹⁴¹ Segundo informa Chamon Junior, o instituto do *référé législatif* também se tornou um problema quando se vislumbrou a possibilidade do Legislativo ditar normas com efeitos retroativos, desequilibrando a pretendida harmonia entre os Poderes.

Também nasce aí o conflito constante entre legisladores e juristas quanto a um dos poderes mais importantes de qualquer sociedade, qual seja, o poder de dizer o direito.

4.4.1 O poder de legislar

Sendo a monopolização da produção normativa pelo Estado – junto com a monopolização do poder coercitivo – a solução para o caótico estado de natureza, a validade das leis depende da aprovação da sociedade que será submetida a elas. Uma vez que não seria viável que todos os cidadãos participassem da criação das leis, confiou-se este poder a um grupo de representantes. Aí está a origem teórica do Poder Legislativo baseado na soberania popular. “É, em última análise, na maioria parlamentar que a comunidade delega o exercício do poder mais ajustado à viabilização dos fins que motivaram a sua constituição: o poder de fazer as leis.”¹⁴²

Um dos pensadores que contribuiu para firmar a noção de soberania do povo foi Locke. Ele, analisando a realidade de sua época, coroou o povo como soberano, ainda que existisse um monarca, pois este deve agir de acordo com a vontade geral. Caso o soberano passasse a agir em desconsideração do desejo popular, deixaria de representar a coletividade, de forma que esta já não lhe deveria mais obediência. E é a noção de soberania que,

devidamente transferida para o povo ou para a nação, após as revoluções burguesas, especialmente a francesa de 1789, vai justificar não apenas o monopólio do Estado no tocante à produção normativa, como também o monopólio normativo de um dos poderes do Estado: o Legislativo.¹⁴³

Em princípio, a atividade legislativa era vinculada ao momento jurisdicional, sobretudo nos moldes do sistema inglês de formação do Direito do séc. XVII, em que a legislação era uma atividade excepcional, o que se modificou apenas

¹⁴² PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 69.

¹⁴³ CLÈVE, C. M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 46.

posteriormente.¹⁴⁴ Isso provavelmente se deveu à prevalência do direito natural sobre o direito positivo que existia neste momento, conforme já mencionado anteriormente. Na pré-modernidade, portanto, tratava-se de uma função apenas declarativa, “mas já a legislação moderno-iluminista e posterior se caracteriza essencialmente pela sua função constituinte.”¹⁴⁵ É a partir deste momento que a legislação passa a ter um caráter autônomo ao processo judicial. Sobre isso, afirma Nuno Piçarra:

Só a partir do momento em que a lei passa a ser concebida como algo de factível, de natureza constitutiva e não meramente declarativa, é que tem sentido falar de uma função legislativa em sentido próprio, autônoma em relação à função jurisdicional.¹⁴⁶

É neste momento que também se vislumbra a importância da doutrina da separação dos poderes, como forma de equilibrar o exercício das funções. Por exemplo, um dos fundamentos da separação entre Legislativo e Judiciário (antes chamado de Executivo) na Inglaterra foi a aversão à possibilidade de que aqueles que fazem as leis também as apliquem, além de poderem modificá-las a fim de justificar os atos praticados a cargo da função judicial.¹⁴⁷

Assim, ficou demonstrada a necessidade de desvincular o ato de legislar do momento de decisão e aplicação do direito, vez que a atuação conjunta dos dois poderes representava a violação do equilíbrio visado pela doutrina fundamental da época, a separação dos poderes.

4.4.2 O poder de dizer o direito

Com o destaque que ganhou o momento de criação das leis, natural que se iniciassem debates acerca da produção normativa, além de certa disputa pelo poder de ter nas mãos este momento originário do Direito.

¹⁴⁴ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional* – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 45.

¹⁴⁵ NEVES, A. C. *Digesta* – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 23-24.

¹⁴⁶ PIÇARRA, N. *Op. Cit.*, p. 46.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 52.

Nesta esteira, Castanheira Neves nos esclarece a importância dada à criação do direito como reflexo da manifestação de um poder: “o direito seria o que um poder, para tanto politicamente (político-constitucionalmente) legitimado, criasse como tal; a juridicidade seria a normatividade prescrita por este poder.”¹⁴⁸ Notadamente, este poder se tornou um dos mais visados e importantes no Estado de configuração constitucional, sobretudo por ser considerado por muito tempo a principal dentre as funções estatais.

4.4.3 A disputa na história

Antonio Manuel Hespanha faz um resgate histórico sobre a disputa entre legisladores e juristas pela última palavra a respeito da ordem jurídica. Segundo o autor, a hegemonia dos juristas, que dominavam a produção doutrinária até certo tempo da história, sucumbiu e perdeu lugar diante do legalismo.

Durante o predomínio do direito natural, os estudiosos do direito gozavam de grande prestígio, pois, não existindo disposições escritas, havia maior flexibilidade para fazer a ciência do Direito. Assim, os juristas eram responsáveis por analisar as regras gerais e universais que regeriam o mundo, sempre tendo como pressuposto o uso da razão.

Já a experiência jurídica legislativa foi

possibilitada essencialmente pelo pensamento jurídico moderno-iluminista e o conseqüente movimento de codificação, para se tornar depois a própria expressão do legalismo dos Estados post-revolucionários europeus, democráticos e constitucionais.¹⁴⁹

Durante o auge do Positivismo houve a perda de espaço por parte dos estudiosos do Direito, pois, como explica Bobbio, “a exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da

¹⁴⁸ NEVES, A. C. *Digesta* – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 13

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 37-38.

lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.”¹⁵⁰

À perda de importância da formação do Direito pelas palavras doutrinárias seguiu-se a busca por parte dos juristas da recuperação de seu espaço. Nas palavras de Hespanha, “era grande a nostalgia da época em que o direito era a sua doutrina – sábia, sensata, experimentada, recebida, produto de uma reflexão corporativa – e não as especulações dos *philosophes* ou *idéologues*, ou a vontade arbitrária dos parlamentares.”¹⁵¹

Foi então, no aflorar da questão do método (herança de René Descartes), que se abriu espaço para a produção doutrinária. A interpretação acabou servindo-se do método na busca da essência do Direito. É nesta brecha que atuam os juristas em geral, isto é, no campo da interpretação das leis.

Contudo, quando se pensa no jurista aplicador do direito, ou melhor, nos julgadores, verifica-se um movimento não só de simples interpretação dos textos de lei, mas também uma atuação no sentido da constituição de normas. É o que se pode chamar de papel criativo do juiz.

A nova postura dos juízes diante da lei justifica-se pela concepção de que o texto não encerra em si um único significado e um único caminho para sua interpretação. Ao contrário, é pela atitude construtiva do aplicador que se retira de um texto a sua normatividade, uma vez que lei e norma não se confundem. Hoje essa visão é cada vez mais evidente, e traz consigo novas perspectivas da constituição do Direito, como será apontado a seguir.

¹⁵⁰ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 80.

¹⁵¹ HESPANHA, A M. Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: Ricardo Marcelo Fonseca e Ailton Cerqueira Leite Seelaender (org.). *História do Direito em perspectiva - Do Antigo Regime à Modernidade*. p. 154-202, Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 154.

5 O poder de dizer o Direito hoje

5.1 Fundamentos da atuação alargada do Judiciário

A sociedade e o Estado mudaram. Este sofreu transformações que o conduziram de uma perspectiva liberal do séc. XIX para uma fase voltada para o social a partir de meados do séc. XX. O antigo dever de abstenção das relações privadas cedeu lugar ao dever de prestar serviços em favor dos cidadãos. Isso contribui para o fortalecimento do Estado e seu crescimento. E é claro que as funções estatais também se incrementaram, sobretudo a Executiva, que, em última instância, é a responsável pela promoção das prestações que o Estado Social deve às pessoas. Segundo Clève, “quer aceite esse ou aquele regime de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), cabe ao Executivo desempenhar a liderança política. Daí o seu relativo predomínio.”¹⁵²

É sob esta perspectiva que Cappelletti aponta como necessário e natural o correspondente crescimento da atuação do Judiciário:

Advirto logo que se trata, indubiosamente, de fenômeno de excepcional importância, não limitado ao campo do direito judiciário, pois de modo mais geral reflete a *expansão do estado* em todos os seus ramos, seja legislativo executivo ou judiciário. Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno.¹⁵³

O que se pode entender a partir das ideias apresentadas é que a atuação mais ativa do Judiciário vem como forma de manter o equilíbrio no sistema de controle recíproco entre os poderes, haja vista a tradicional supremacia do Legislativo, desde o séc. XVIII, e a forte influência política do Executivo na execução das atividades mais essenciais para a sociedade. Crescer é o caminho para não ser subjugado pelos demais Poderes.

¹⁵² CLÈVE, C. M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

¹⁵³ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 19.

5.1.1 Legitimidade democrática

Uma das grandes questões que se põem quando se fala da atuação alargada do Judiciário diz respeito à legitimidade democrática que faltaria aos julgadores, em contraposição com a representatividade que se apresenta do lado dos legisladores eleitos.

Cappelletti menciona que a independência dos juízes, que faz do Judiciário um poder forte e não sujeito a interferências dos demais poderes, denota também um aspecto distorcido, pois “tanto mais são esses independentes, tanto menos obrigados a ‘prestar contas’ das suas decisões ao povo ou à maioria deste e a seus representantes.”¹⁵⁴

Em relação a essa dúvida de legitimação, Luiz Flávio Gomes traz um argumento interessante para contrapor àqueles que negam qualquer legitimidade aos juízes. Segundo o autor, a Constituição concebeu duas formas de legitimação democrática, sendo uma representativa (referente ao sufrágio pelo qual os candidatos devem passar para representarem o povo) e outra legal (referente aos requisitos impostos pela CF para a investidura no cargo de juiz). Dentre os Poderes do Estado, foi ao Judiciário, encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal, que o constituinte originário confiou a guarda da Constituição.¹⁵⁵ E uma legitimação não deve confundir-se com a outra; bem ao contrário, pois aos juízes é vedado o exercício de atividades político-partidárias.

Assim, é a própria Constituição que define que os julgadores não são eleitos diretamente pela maioria. E se a representação deles fosse política, como bem aponta o autor, os julgamentos deveriam ser feitos de acordo com o propósito dos eleitores que os elegeram, ficando os juízes vinculados aos desígnios nem sempre corretos da opinião pública.¹⁵⁶

Além disso, a democracia, ao exigir procedimentos públicos e institucionalizados que reconhecem e garantem iguais direitos a todos os

¹⁵⁴ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 93.

¹⁵⁵ PELICIONI, A. C. *A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo.* São Paulo: LTr, 2008, p. 63.

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 28.

concidadãos de participação política, possibilita a existência de um Direito *reconhecido* como legítimo. E tanto o processo legislativo quanto o processo jurisdicional se dão por meio de procedimentos públicos e institucionalizados, de forma que este último garante efetivamente a produção legítima do Direito.¹⁵⁷

Também confirma a legitimidade dos julgadores Mauro Cappelletti. O autor italiano enxerga a legitimidade dos juízes em outros pontos que não a representatividade democrática. Em sua opinião, não faz sentido submeter todos os ramos à análise da maioria, pois abrirea espaço para uma ditadura.

Assim, a legitimação da atuação dos juízes na constituição de normas no momento da solução do caso concreto estaria na obrigatoriedade da fundamentação das decisões, expondo a solução para a apreciação pública.

Mais do que isso, a participação do povo seria ainda maior nos processos judiciais do que na burocracia administrativa ou legislativa, sobretudo pela possibilidade de contraditório e controle constitucional das decisões. E através desta maior inclusão que o Judiciário permitiria, os grupos marginais teriam mais apoio do que lhes oferecem os poderes políticos.¹⁵⁸

Verifica-se, portanto, que a questão da legitimidade da atuação dos tribunais, mais propriamente dos julgadores, não pode ser vista sob o prisma da representatividade democrática, ao menos em nosso sistema em que a carreira de magistratura segue ditames constitucionais que não incluem a eleição como via de acesso.

5.2 A atualidade da discussão

Clèmerson Merlin Clève não deixa de apontar o fenômeno de expansão das tarefas do Estado nos dias de hoje: “um tempo que exigiu do Estado a assunção de renovadas tarefas de tal modo que se agigantou.”¹⁵⁹ Mauro Cappelletti, por sua vez, enxerga no crescimento da atuação criativa dos tribunais um movimento natural e

¹⁵⁷ CHAMON JR., L. A. *Teoria da Argumentação Jurídica – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 80.

¹⁵⁸ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 94.

¹⁵⁹ CLÈVE, C. M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 43.

necessário, diante deste agigantamento do Estado como um todo, sobretudo no que diz respeito às funções administrativas e legislativas. Diz ele:

a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.¹⁶⁰

Corroborando com a ideia da necessidade do caminhar *pari passu* entre os poderes estatais, temos a experiência do sistema de Common Law, em que o Judiciário não é, nem de longe, considerado um ramo inferior aos outros. René David, por exemplo, deixa clara a importância do Poder Judiciário na realidade inglesa: “diversamente do que se passa no continente europeu, principalmente na França, existe na Inglaterra um verdadeiro Poder Judiciário, que por sua importância e dignidade não é inferior ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.”¹⁶¹ E prossegue o autor: “A existência de um Poder Judiciário plenamente independente e grandemente respeitado parece indispensável ao bom funcionamento das instituições inglesas, à formação e ao fortalecimento das quais os tribunais contribuíram fortemente através da história.”¹⁶²

Nota-se, assim, que o tema permanece com sua importância, sendo necessária uma melhor análise das implicações de uma atuação cada vez mais alargada do Poder Judiciário. Será este um movimento natural frente à nova configuração do Estado ou será um problema de uma indesejável interferência de um poder no outro? Há alguns pontos sobre esta questão que devem ser considerados.

¹⁶⁰ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 46-47.

¹⁶¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de CARVALHO, Hermínio A. São Paulo: Martins Fontes 1996, p. 338.

¹⁶² *Idem*.

5.2.1 Crise de legitimidade dos eleitos

Uma das possíveis causas que conduziram ao incremento da atividade criativa dos tribunais na aplicação do direito é a chamada crise de legitimidade dos eleitos. É notória a lentidão com que o Poder Legislativo acompanha a demanda por novas soluções que surge na sociedade. É o que reconhece Cappelletti:

Nesses estados, os parlamentos amiúde são excessivamente abundantes e por demais empenhados em questões e discussões de política geral e partidária, para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação. Paradoxalmente, os parlamentos 'atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas' que, para evitar a paralisia, encontram-se ante a necessidade 'de transferir a outrem grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação'.¹⁶³

Há o trancamento das pautas e disputas ideológicas que dificultam a edição de leis modernas e de acordo com a realidade social do momento. Apesar de se crer que os legisladores são os únicos legitimados para a produção jurídica de normas, tem aumentado a descrença popular nos seus eleitos, principalmente com os escândalos que assolam não apenas o Congresso, mas também o governo. "A vulnerabilidade destes parlamentares é um problema concreto e real, que desencadeia um processo de corrupção, não existente somente no Brasil."¹⁶⁴

Dia após dia há um bombardeio de novas denúncias e escândalos que atingem tanto o Senado como a Câmara dos Deputados, sem contar os casos de menor repercussão na casa de prefeitos e vereadores em todo o país. Já não se pode dizer que há a ideal representação entre cidadãos e eleitos, tal como deveria ser, a fim de prevalecer, realmente, a soberania popular. O povo não se reconhece nos representantes e em suas escolhas.

É nesta brecha que tem crescido a atuação dos tribunais: este é o espaço que encontram os cidadãos para ver atendidos seus interesses e reivindicações. O que se vê são os julgadores tentando suprir as omissões e déficits legislativos a fim de atender as necessidades que se apresentam.

¹⁶³ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 43.

¹⁶⁴ PELICIONI, A. C. *A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo.* São Paulo: LTr, 2008, p. 62.

Por outro lado, não se deve esquecer que o Judiciário também sofre com o trancamento de suas funções, com a enxurrada de processos que tem de apreciar. Sobrecarregado por ocupar os espaços deixados pelo Legislativo, o Judiciário também passa por um movimento de descrença pelos cidadãos em virtude da demora das soluções buscadas e pelos altos custos. Apesar disso, ainda é o meio mais democrático, no sentido de permitir maior participação dos interessados nos deslindes do processo, através do contraditório.

5.2.2 Ativismo Judicial

O ativismo judicial é um movimento crescente entre nós que preconiza a assunção pelo Judiciário de uma atitude mais ativa e criadora de direitos frente à sociedade que anseia por soluções rápidas e mais de acordo com a realidade da época. Este ativismo manifesta-se, sobretudo, em questões de grande repercussão, na concretização de direitos cujo impacto se estende por todo o território.

Embora muitos vejam com maus olhos a atitude ativa do Judiciário, não se pode negar que, muitas vezes, é mais do que necessária a criatividade dos juízes. É o que indica a existência de preceitos vagos e cláusulas gerais nos textos de lei. É a permissão dada pelo Legislativo para uma atuação alargada do Judiciário, principalmente no que concerne a direitos sociais. “Pela razão de que tais leis e direitos freqüentemente são muito vagos, fluidos e programáticos, mostra-se inevitável alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los.”¹⁶⁵ E reitera Cappelletti:

toda interpretação é criativa, e [que] sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, 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 do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.¹⁶⁶

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 60.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 42.

No mundo atual não há mais lugar para a simples subsunção do direito ao caso concreto sem qualquer interferência do intérprete. É preciso que o juiz abandone este velho paradigma para assumir a postura de procurar um Direito melhor.¹⁶⁷ Como afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “as dificuldades sociais não mais permitem um Direito meramente descritivo.”¹⁶⁸ Mas pondera o autor que neste espaço abre-se a brecha para a manipulação retórica do discurso democrático. De fato, ainda que a atuação mais ativa do Judiciário seja necessária diante da realidade que se põe, não se deve permitir que qualquer argumento seja trazido à tona como justificativa de uma decisão que se pretende justa e condizente com o caso concreto apresentado.

Desta forma, ainda que bem intencionado, o ativismo judiciário pode ser o canal para o uso de um discurso manipulador, o qual é capaz de assentar opiniões nem sempre bem refletidas. Este é o grande problema de legar ao intérprete a criação do sentido da norma, pois não há garantia de que o resultado será sempre bom para todos. Muitas vezes o que se vê são os aplicadores do Direito fazendo uso de sua prerrogativa de dar sentido ao texto normativo para distorcer e negar direitos e garantias fundamentais.

Exemplo disso é possível tirar das lições de Lenio Streck, em palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, na qual o palestrante chama a atenção para o fato de que, muitas vezes, permite-se criar um princípio a fim de mitigar o alcance e a força de uma lei. É o caso do princípio da razoabilidade aplicado na análise da legalidade das interceptações telefônicas. Apesar de a lei limitar em 15 dias a escuta, o juiz, argumentando com base no referido princípio, estende este prazo em desfavor do investigado.

O que se pretende afirmar, portanto, é que a atuação mais forte do Judiciário pode servir tanto para facilitar a concreção de direitos quanto para barrá-los. Fica tudo nas mãos da intenção do intérprete aplicador do direito.

E o intérprete pode ver-se “obrigado a atenuar o rigor da lei. Mas o faz, não porque não seja possível fazer melhor, mas porque senão estaria cometendo

¹⁶⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_145/r145-12.pdf>. Acesso em 15/09/2009.

¹⁶⁸ COUTINHO, J. N. de M. *Dogmática crítica e limites linguísticos da lei*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Curitiba, v. 1, p. 37-44, 2005, p. 3.

injustiça. Atenuando a lei não faz reduções à justiça, mas encontra um direito melhor.”¹⁶⁹

5.2.2.1 Atuação do STF

Como já se viu, não se pode negar hoje o papel criador de normas do julgador. Muitos acreditam que a principal diferença entre as normas produzidas pelo legislador e pelo juiz reside no fato de que as primeiras tendem a ser gerais e abstratas, enquanto as segundas são individuais e relacionadas a um caso concreto. Não obstante esta diferenciação, o que dizer das decisões dos Tribunais Superiores, as quais consistem em verdadeiros regramentos gerais, transcendendo os limites do caso concreto? E as súmulas, as orientações jurisprudenciais, instruções normativas?¹⁷⁰

Dentre as questões de atuação ampliada do Judiciário está a discussão sobre a postura do Supremo Tribunal Federal, a instância judicial máxima, à qual foi confiada a guarda da Constituição. Muito se questiona, diante da repercussão cada vez maior das decisões lá tomadas, se não estaria o Pretório Excelso exacerbando em sua função de julgar, adentrando na esfera legislativa.

Como exemplo da repercussão desta atividade alargada do nosso Supremo Tribunal Federal, cita-se um trecho de uma reportagem publicada na Revista Veja de agosto de 2008:

Ainda pôs em relevo, novamente, o papel de protagonista que o tribunal assumiu e que não vai abandonar, por três motivos: porque a paralisação do Congresso não terminará de súbito; porque, ao estilo da Suprema Corte americana, tem em sua pauta de curto prazo temas polêmicos e de influência direta no cotidiano dos brasileiros, como o debate sobre o

¹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de MEURER, F. P. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2004, P. 419.

¹⁷⁰ Aqui cabe a ressalva de que não se pretende discutir na presente monografia a natureza e as repercussões da edição de súmulas vinculantes, orientações ou qualquer outro expediente semelhante. O questionamento serve apenas como agente provocador da reflexão acerca do tema.

casamento homossexual; e porque, dentro da corte, consolida-se rapidamente uma cultura de 'ativismo judiciário'.¹⁷¹

Durante muito tempo o Judiciário teve medo de intervir nos outros Poderes. Só era possível sua atuação como legislador negativo, no controle da constitucionalidade das leis e ilegalidade de atos. É recente a tendência a atuar como legislador positivo, sobretudo porque o Supremo Tribunal tomou para si a função de concretizar direitos e garantias fundamentais negligenciadas pelo Executivo, além de discutir questões controversas – e de extrema relevância – que aguardam pelo processo legislativo.

É por isso que a atitude mais atuante do STF chega a ser considerada por muitos exorbitante, tendo em vista o princípio da separação dos poderes e a suposta atividade típica do Legislativo que este tribunal tem apresentado.

No entanto, há quem acredite exatamente no contrário: “Quando o Supremo Tribunal Federal age como garantidor da Constituição, atuando no equilíbrio e no controle dos demais Poderes, respeita a separação dos poderes do Estado, pois o Estado deve ser entendido como um corpo único e não fragmentado.”¹⁷²

Neste sentido também é a opinião de Cappelletti, já exposta no item 4.3 *supra* sobre os fundamentos da atuação alargada do Judiciário, ao dizer que o crescimento do Judiciário é necessário, justamente, para concretizar o princípio da separação dos poderes, eis que os demais ramos estatais agigantaram-se demais, afetando o equilíbrio almejado.

É através da interpretação da Constituição que os Ministros do STF fazem seu controle judicial, protegendo os princípios máximos lá inscritos. Ao realizar a interpretação autêntica, o órgão aplicador do direito produz uma norma jurídica individual, ou seja, cria Direito. E é assim que, muitas vezes, os tribunais superiores inovam no Direito.¹⁷³

Isso se dá, sobretudo, pela necessidade de concretização dos direitos mais fundamentais que a Constituição tutela, mas que não são efetivados pelo Executivo ou regulamentados pelo Legislativo. Sem falar no complicador de haver muitos

¹⁷¹ GRAIEB, Carlos. *A calma é só aparente*. Veja, São Paulo: Editora Abril, edição 2075, p. 60-64, 27 de agosto de 2008.

¹⁷² PELICIONI, A. C. *A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo*. São Paulo: LTr, 2008, p. 64.

¹⁷³ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 5ª tiragem, 2003, p. 394.

dispositivos sem conteúdo definitivamente delimitado, o que exige maior criatividade do julgador no preenchimento da norma.

Mas seriam as decisões tomadas apenas normativas individuais? Ou há algum traço de normatização geral e abstrata na atuação das mais altas cortes? Ao se considerar que os tribunais também criam normas gerais e abstratas, com base na diferenciação apontada no início deste tópico, tem-se que, da mesma forma, o julgador estaria invadindo a esfera do legislador. Em suma, a lesão ao princípio da separação dos poderes seria evidente.

5.3 Fim da separação dos poderes?

Diante do questionamento proposto, Maurício Natel, analisando a obra kelseniana, observou que a distinção baseada na generalidade/individualidade das normas não seria suficiente para diferenciar a produção normativa dos Poderes Legislativo e Judiciário. Isso porque o Judiciário também produz, em certas ocasiões, normas gerais.

Ao se deparar com esta realidade, Kelsen preferiu negar o princípio da separação dos poderes.¹⁷⁴ Em movimento contrário, Natel buscou em Cappelletti fundamentos para diferenciar de outra maneira a criação de normas por um e outro Poder. Adotou, então, a diferenciação com base no procedimento através do qual cada órgão cria suas normas.¹⁷⁵

Portanto, sendo diferente a criação de normas pelo Legislativo e pelo Judiciário, tendo em vista o procedimento adotado por cada um, não haveria que se falar em lesão à separação dos poderes. Uma vez que a divisão dos Poderes tem em conta, não o binômio criar/aplicar normas, nem o normas gerais/normas individuais, mas a forma como se dá a produção normativa, não haveria invasão de um órgão no âmbito do outro.

¹⁷⁴ Conforme exposto no ponto 4.1.1 *supra*.

¹⁷⁵ As diferenças apontadas por Cappelletti dizem respeito a três características próprias do juiz, que não necessariamente devem encontrar correspondência na atividade dos legisladores. São elas: inércia da jurisdição, imparcialidade e contraditório. (CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 75-76)

Não obstante, uma vez que tomamos como um dos pilares do Estado democrático de Direito o princípio da separação dos poderes, inevitável questionar se a interpretação constitutiva levada a cabo, muitas vezes, pelos tribunais não resulta em lesão ao referido princípio e, conseqüentemente, uma afronta à própria Constituição que o consagrou no art. 2º e colocou-o como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, III.¹⁷⁶

Este mesmo questionamento propõe Cappelletti em seu livro dedicado ao tema, “Juízes legisladores?”, onde diz:

Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo.¹⁷⁷

Eros Grau em sua obra “O Direito posto e o Direito pressuposto”, ao analisar a expedição de regulamentos pelo Poder Executivo, afirma: “só ocorre derrogação do princípio da divisão dos poderes onde e quando tiver se verificado – no caso – delegação de função legislativa”.¹⁷⁸ Assim, quando o Executivo expede regulamentos, ou o Judiciário regimentos internos, não há qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes, pois não há delegação da função legislativa, exclusiva do Poder Legislativo, senão de parcela da função normativa.

Quanto a este ponto não há dúvida. A questão torna-se controversa, contudo, quando se pensa na atuação dos julgadores no momento da aplicação do Direito, em que estes não estão produzindo regimentos, mas criando normas e, conseqüentemente, o próprio Direito.

¹⁷⁶ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 16/06/2009).

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 73

¹⁷⁸ GRAU, E. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 249.

Hans Kelsen aponta duas situações em que os tribunais acabam atuando como legisladores. A primeira refere-se à ausência de norma predeterminada diante de um caso concreto na qual o tribunal termina por criar um direito novo; a segunda diz respeito à pluralidade de interpretações de uma norma prévia, de forma que a interpretação adotada torna-se a norma geral. Para Kelsen, “em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere o poder para legislar”.¹⁷⁹ A consequência que daí advém é analisada por Kelsen como um conflito entre as funções do Estado: “Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais mas também normas jurídicas gerais, eles entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa”.¹⁸⁰

Contudo, Mauro Cappelletti não acredita que o fato dos juízes criarem novas normas no momento da aplicação do direito a um caso os torne mais do que julgadores, isto é, legisladores, justamente por serem os processos legislativo e jurisdicional totalmente distintos.¹⁸¹

E sobre a lesão ao princípio da separação dos poderes, o autor afirma que

mostra-se interessante ressaltar que a própria França, onde nasceu e se exaltou a idéia de *séparation*, como também outros países continentais (que por muito tempo compartilharam dessa idéia), estão se movimentando nesta 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.*¹⁸²

Na visão do jurista italiano, a atuação mais forte do Judiciário não representa um ataque à separação dos poderes, mas, ao contrário, um passo adiante na concretização deste princípio, uma vez que vivenciamos o agigantamento do Estado como um todo, atrelado à supervalorização do Poder Executivo, como já exposto

¹⁷⁹ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 5ª tiragem, 2003, p. 278.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 279.

¹⁸¹ “Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente, como me proponho agora a demonstrar, essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional”. (CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 74).

¹⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 55.

antes, tendo em vista ser este o principal implementador das políticas públicas de que carece a sociedade contemporânea. Desta forma, a fim de manter o equilíbrio preconizado pela teoria em questão, o crescimento do Poder Judiciário, antes de preocupante, é necessário e desejável.

5.3.1 A usurpação pelo intérprete da função de legislar

Inegável, portanto, que o papel do julgador no Direito contemporâneo não deve ser de passividade e mera submissão à lei, mas, antes, de construção diuturna do direito em cada decisão, a qual perdeu o caráter tão só de declaração,¹⁸³ passando a ser considerada verdadeira criação normativa.

Deve-se mencionar, contudo, que Montesquieu não enxergava a possibilidade dos juízes atuarem a favor da Justiça em detrimento da lei. Para o pensador, ainda que a lei ensejasse uma situação por demais gravosa ao cidadão, cabia ao Poder Legislativo – e não aos juízes – corrigir esta discrepância, sempre através da lei.¹⁸⁴ Talvez aí possa ser notada alguma desconformidade da atuação criativa dos juízes em relação às ideias do maior teórico da separação dos poderes.

Ocorre, porém, que já não se tem a ideia de que a lei é a única fonte do Direito – nem mesmo na tradição do Civil Law – e tampouco se crê na suficiência do sistema positivado para a solução das demandas. Diante disso, também não é possível esperar uma atitude totalmente passiva dos juízes na solução dos casos, eis que são eles que estão mais próximos aos problemas concretos e atuais da sociedade, ao contrário do legislador, preocupado com os problemas em abstrato.¹⁸⁵

¹⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 130.

¹⁸⁴ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. v. I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005, p. 172

¹⁸⁵ Neste sentido é a teoria de Bickel: “Na descrição assaz vívida do professor Alexandre Bickel, existe realmente nos tribunais uma combinação única de dois elementos: de um lado, o que ele denominou de ‘isolamento’ típico do estudioso, isolamento crucial ‘na descoberta dos valores duradouros da sociedade’, e de outro lado, a quotidiana obrigação de tratar ‘com a realidade viva de controvérsias concretas’, diversamente do legislador que tem de lidar ‘tipicamente com problemas gerais, abstratos ou vagamente previstos’. Essa combinação única constitui também, pelo menos potencialmente, a força única da função jurisdicional.” (CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 104).

Como bem disse Calamandrei, em um regime de liberdade, não é admissível que os julgadores simplesmente apliquem a lei tal como produzida pelo legislador, eis que esta postura não corresponde mais aos deveres constitucionais do Judiciário.

É neste sentido que Cappelletti manifesta-se sobre a dúvida se o juiz interpreta ou cria direito: “A resposta dada neste ensaio à indagação (...) posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso – em que constitui, quando muito, regra não sem exceções – em que seja obrigado a aplicar lei uma preexistente”.¹⁸⁶

Contudo, com esta nova configuração do papel do Judiciário, novas atitudes são exigidas, sendo impossível ao julgador eximir-se de sua parcela de responsabilidade na escolha da melhor interpretação de um texto de lei. Estão envolvidas questões como a repercussão das decisões na realidade concreta da sociedade, o que exige uma análise completa pelo juiz sobre o caso. Não há lugar para a simples subsunção lógica e abstrata da norma ao fato. “E assim, o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma neutra”.¹⁸⁷

O ponto nevrálgico, portanto, superada a dúvida quanto à legitimidade dos juízes na criação do Direito, diz respeito aos limites de tal atuação.

5.3.2 A atenuação dos limites de cada Poder

Apesar de as interpretações mais ferrenhas da teoria da separação dos poderes tenderem a estabelecer uma separação rígida na atuação de cada “Poder”, sempre foi pressuposta uma interferência de um órgão em outro. Como afirma Clèmerson Merlin Clève,

importa salientar que o direito positivo dos Estados ocidentais jamais impediu a ocorrência de importantes interferências de poder para poder,

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 128.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 30.

respeitantes quer ao exercício de atividades de controle de um poder sobre os demais, quer ainda à prática de atos que, segundo a compreensão radical e dogmática, deveriam ser produzidos por outro poder.¹⁸⁸

Isso quer dizer que, na prática, nunca houve uma ferrenha aplicação da teoria tomada como um isolamento absoluto entre os órgãos respectivos a cada função, até porque o trabalho de Montesquieu não sugeria isso.

Mas também é evidente que o crescimento do Estado fez as funções se imbricarem cada vez mais, tornando-se difícil estabelecer os limites de cada Poder.

Cappelletti afirma que o crescimento dos ramos políticos também fez crescer o Judiciário, sendo necessária a ampliação de suas competências institucionais. Porém, não se devem ultrapassar os limites de cada poder: “Esse processo, de outra parte, não será e nunca deverá ser levado ao ponto de suprimir as profundas diferenças institucionais existentes entre os órgãos judiciários, de um lado, e os assim chamados ramos políticos de outro”.¹⁸⁹

Fato é que, ainda que esteja cada vez mais complicado diferenciar adequadamente os limites de cada Poder, não se deve admitir que um tome para si as funções do outro, o que, claramente, fere o princípio republicano da separação dos poderes.

Mas o questionamento sobre quais são os limites de cada Poder remanesce sem resposta; e assim deve permanecer por muito tempo, senão para sempre. Delimitar fronteiras bem definidas para a atuação de cada um não é tarefa fácil e tampouco profícua. Eventuais abusos de funções só podem resolver-se através dos pressupostos da própria teoria da separação dos poderes, quais sejam, o controle recíproco e a busca do equilíbrio. Cada Poder tem o dever de controlar as suas próprias e também as atividades alheias. É a ideia do sistema de *balance of powers* intraorgânico e interorgânico, apontado por Piçarra.¹⁹⁰ É por isso que o Estado deve estar fortalecido em todos os sentidos para que todos os Poderes possam exercer tal controle.

Neste sentido, o Judiciário, que por muito tempo teve seu papel diminuído, deve estar fortalecido. A ressalva, entretanto, pode ser feita em forma de

¹⁸⁸ CLÈVE, C. M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 89.

¹⁹⁰ Conforme exposto no ponto 2.2.1.2 *supra*.

questionamento: se o Judiciário tem a prerrogativa do controle jurisdicional sobre o Executivo e o Legislativo, de que forma ele próprio se vê controlado? Como diria Agostinho Ramalho Marques Neto, citado por Jacinto, “quem nos salva da bondade dos bons?”.¹⁹¹

5.3.3 Possível conciliação

Há três aspectos principais que devem ser levados em conta para a formulação de uma conclusão, ainda que incipiente, sobre o tema exposto.

O primeiro ponto diz respeito à atenção que se deve dar à soberania popular, muitas vezes esquecida no cenário político em que vivemos. A conquista desta supremacia, obtida a partir das Revoluções dos séculos XVII e XVIII, representou a colocação do poder nas mãos do povo, o que deu ensejo a uma nova forma de pensar politicamente a sociedade. Foi a partir do reconhecimento da soberania popular que a questão da representação política tornou-se ainda mais relevante, já que, teoricamente, é através dela que se faz ouvir o soberano.

O segundo ponto a destacar relaciona-se com o fato de se ter o princípio da separação dos poderes como um dos pilares mais intocáveis de qualquer Estado Democrático, uma herança também revolucionária que permanece intacta nas constituições modernas.

O terceiro ponto a ser considerado refere-se ao novo papel desempenhado pelo intérprete aplicador do Direito, que passou de mera função declaratória da lei a função constitutiva e, conseqüentemente, de maior responsabilidade.

Parece inegável que tanto a soberania popular quanto a separação dos poderes são pressupostos irrenunciáveis do Estado Democrático de Direito, ainda que suas configurações sejam passíveis de acomodações e adaptações; tampouco parece renunciável, hoje, o papel assumido pelo Judiciário de realmente tomar para si a função de constituir as normas e não somente declarar a lei.

Esta atuação do Judiciário, contudo, pode ser considerada, por alguns, nociva ao princípio da separação dos poderes e, indiretamente, à soberania popular,

¹⁹¹ COUTINHO, J. N. de M. Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática crítica e limites linguísticos da lei*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Curitiba, v. 1, p. 37-44, 2005, p. 10.

de forma que, sendo um processo irrefreável, torna-se necessário conciliar a interpretação constitutiva com a prerrogativa de criar lei dos legisladores.

Não é difícil enxergar a possibilidade da convivência da função de legislar com a função hermenêutica. Impossível não interpretar, ainda que cristalina a lei, mas tal interpretação não pode se deixar fugir dos limites propostos pelo texto, ou seja, pelo próprio legislador. Há muito não se crê na onipotência deste, porém, tendo em vista o respeito devido ao princípio constitucional da separação dos poderes e a tudo que representa a ideia de soberania popular, o papel do legislador não pode ser diminuído pelo aumento ilimitado da atividade hermenêutica jurisdicional. Assim, parece indispensável a observância pelo Poder Judiciário dos limites inerentes à tripartição dos poderes, a fim de ter respeitado o princípio democrático da soberania popular.

A limitação refere-se, sobretudo, a não invasão por um Poder na esfera de atuação dos demais, de forma que, ainda que seja salutar a atividade criativa dos intérpretes aplicadores do Direito, não se pode permitir que ela se exacerbe a ponto de invadir o âmbito das prerrogativas principais do Legislativo. É por este motivo que não se pode admitir decisões que extravasem totalmente a moldura proposta pelo legislador, inovando o ordenamento. O que se quer dizer, em síntese, é que a atividade hermenêutica deve sempre estar presente no processo de aplicação do Direito desde que não se torne meio de usurpação da função legislativa pelo intérprete.

6 Conclusão

O presente trabalho buscou desenvolver todos os pontos propostos inicialmente, ainda que não com a profundidade devida, mas em atenção à ideia principal de analisar o exercício de interpretação do hermeneuta frente a norma e as implicações de uma atuação mais alargada do Judiciário, ao interpretar criativamente, em relação ao princípio da separação dos poderes.

Verificou-se, primeiramente, que a teoria da separação dos poderes, com origens em estudos anteriores a Montesquieu, o principal pensador associado a ela, permanece como um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito. Em que pese as diversas interpretações dadas à teoria, mais correto é entendê-la como uma solução para evitar o desequilíbrio entre as funções estatais, permitindo a sua interdependência e harmonia em busca da estabilidade do Estado. Assim, longe de significar o isolamento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a separação dos poderes serve como forma de controle recíproco entre eles. Neste sentido, pode-se afirmar que o princípio permite imbricações entre os poderes a fim de equilibrá-los.

O contexto político em que se desenvolveu a teoria da separação dos poderes também propiciou mudanças na forma de como se entender o Direito. A partir da monopolização da produção legal pelo Estado e, posteriormente, a identificação do Poder Legislativo com o Parlamento, deu-se a abertura para o surgimento de movimentos filosóficos de compreensão do Direito, tais como a Escola da Exegese, que levou às últimas consequências o princípio da legalidade e a crença na onipotência do legislador. O processo de codificação pelo que passou a França foi o cenário perfeito para o desenvolvimento do Positivismo Jurídico, corrente que predominou durante muito tempo na Ciência do Direito.

Apesar disso, os pressupostos defendidos pelos exegetas e positivistas não conseguiram se ver mantidos, eis que a realidade social incumbiu-se de demonstrar a incompletude do ordenamento jurídico e a necessidade da interpretação para a aplicação das normas. Nesta esteira foi possível o desenvolvimento de outras formas de fazer o Direito, como o Movimento do Direito Livre, que mitiga a importância da lei para a solução dos conflitos. A alteração da hierarquia das fontes parece ser um processo cada vez mais visível e inevitável.

Neste sentido, a atuação do intérprete passou a ser imprescindível na aplicação do Direito, pois foi reconhecido que nenhum texto abriga em si um único significado possível, sendo a interpretação o meio necessário para identificar a melhor solução para cada caso. O momento da aplicação, portanto, passou a ser, também, um momento de escolha pelo intérprete, segundo seus critérios. Ficou patente a função de constituição do Direito que o julgador possui, eis que ao aplicar determinado dispositivo de lei, ele deve criar uma norma individual para a situação real que se põe a sua frente.

A função criativa que os Tribunais têm assumido, contudo, enseja discussões em relação à possível ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que a leitura mais restrita do referido princípio faz crer que a criação das normas é de exclusividade do Poder Legislativo, sendo ilegítimo ao Judiciário avançar nesta seara.

O ativismo judiciário, potencializado pela crise de legitimidade dos representantes eleitos pelo povo e os constantes escândalos que os envolvem, demonstra que a configuração dos poderes estatais não mais pode ser vista como outrora. O Judiciário tem, constantemente, atuado em áreas deixadas vazias pelo Legislativo, sobretudo pela lentidão com que tramitam os projetos de lei. Ademais, a sensação de maior abertura para a participação que o Judiciário proporciona aos cidadãos faz com que as pessoas procurem efetivar seus direitos através dos processos judiciais ao invés de alguma proposta legislativa.

Mauro Cappelletti, por exemplo, não crê que haja real ofensa ao princípio da separação dos poderes; antes, acredita que o aumento das funções do Judiciário é medida necessária para a sua concretização, em razão da maior importância atribuída ao Legislativo, quando da idealização da soberania popular, e ao Executivo, quando este implementa ações que visam a atender os interesses sociais. O Judiciário, de frágil e nulo, deve agigantar-se para que se atinja o equilíbrio entre os Poderes.

O trabalho encerra-se, portanto, observando os limites deste crescimento do Judiciário, ou seja, até que ponto o equilíbrio permanece intacto diante da atuação ampliada dos julgadores. A atividade hermenêutica é sempre desejada, desde que respeite os parâmetros constantes na própria lei. Temerário é pensar que o crescimento desenfreado de um Poder pode conduzir ao descontrole e desequilíbrio do Estado, o que não se pode admitir.

7 Bibliografia

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: Francisco C. Weffort (org.). *Os clássicos da política*. v. 1. p. 111-120, São Paulo: Editora Ática, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Tradução de PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 16/06/2009.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1993.

CHAMON JR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Curitiba, v. 1, p. 37-44, 2005.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de CARVALHO, Hermínio A. São Paulo: Martins Fontes 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Tradução de MEURER, F. P. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2004.

GRAIEB, Carlos. A calma é só aparente. *Veja*, São Paulo: Editora Abril, edição 2075, p. 60-64, 27 de agosto de 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2005.

_____. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

HAMILTON, Alexander. The Judiciary Department. *The Independent Journal*, Nova Iorque, 14 jun. 1788. O Federalista nº. 78.

HESPANHA, António Manuel. Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: Ricardo Marcelo Fonseca e Ailton Cerqueira Leite Seelaender (org.). *História do Direito em perspectiva - Do Antigo Regime à Modernidade*. p. 154-202, Curitiba: Editora Juruá, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 5ª tiragem, 2003.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: Francisco C. Weffort (org.). *Os clássicos da política*. v. 1. p. 245-255, São Paulo: Editora Ática, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_145/r145-12.pdf>. Acesso em 15/09/2009.

MADISON, James. A estrutura do governo deve fornecer os freios e contrapesos (checks and balances) adequados entre os diversos departamentos. *The Independent Journal*, Nova Iorque, 6 fev.1788. O Federalista nº. 51.

MARQUES, José Frederico. *A Reforma do Poder Judiciário*. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1979.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: Francisco C. Weffort (org.). *Os clássicos da política*. v. 1. p. 81-89, São Paulo: Editora Ática, 2005.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. v. I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005.
NATEL, Maurício da Luz. *O Suprimento Judicial da Omissão Legislativa: Possibilidades ante o atual conteúdo do Princípio da Tripartição de Poderes*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

NEVES, Castanheira A. *Digesta – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PELICIOLO, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo*. São Paulo: LTr, 2008.

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

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

SANCHIS, Luis Pietro. *Ideologia e Interpretacion Juridica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. *Diferencia (ontologica) entre texto y norma: alejando el fantasma del relativismo*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em 19/03/2009.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A Separação dos Poderes na Constituição Americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p. 23-35, 1994.