

O papel das forças extraparlamentares no processo de criação do direito: o juiz, o ativismo e a democracia

The role of extra-parliamentary forces in the creating law process: the judge, activism and democracy

Patrícia Spagnolo Parise Costa¹

José Rodrigo Rodríguez²

Universidade de Rio Verde (Brasil)

Sumário: 1. Introdução. 2. Montesquieu e a separação dos poderes. 2.1 A Teoria de Montesquieu no pensamento de Franz Neumann. 3 A atividade interpretativa do juiz: reflexões sobre judicialização e ativismo judicial. 3.1 Ativismo judicial e zona de autarquia. 3.2 Ativismo judicial, segurança jurídica e democracia. 4. Considerações finais. Referências.

Resumo: A ideia de ativismo judicial foi construída sobre a tradicional teoria da separação de poderes de Montesquieu, em que um Poder Judiciário proativo denotaria lesão ao Estado Democrático de Direito, por interferência na atuação dos poderes políticos. Neste âmbito, emergiram os seguintes questionamentos: como o ativismo judicial poderia ser pensado a partir de um arranjo desnaturalizado de separação de poderes? Poderiam os juízes atuarem na criação do Direito na condição definida por Franz Neumann como força extraparlamentar de mudança social? Quais seriam os limites para tal? A partir de tais perguntas, objetivou-se demonstrar os equívocos de Montesquieu e a possível viabilidade de os juízes atuarem no processo de mudança social, por meio da criação do Direito. Ademais, pretendeu-se comparar as figuras do ativismo judicial e da zona de autarquia. Para tanto, valeu-se da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo. Concluiu-se que o ativismo pode ser pensado em termos frutíferos, desde que instrumentos de democratização aptos a propiciar o diálogo entre o Judiciário e o povo sejam fortalecidos, de forma a legitimar as decisões judiciais, evitando a ocorrência de zonas de autarquia. Desta forma, os juízes estariam aptos a figurarem no processo criador do direito, como agentes de representação extraparlamentar.

Palavras chave: Franz Neumann. Separação dos Poderes. Ativismo. Democracia. Representação extraparlamentar.

Abstract: The idea of judicial activism was built on Montesquieu's traditional theory of separation of powers, in which a proactive Judiciary would denote injury to the Democratic Rule of Law, due to interference in the performance of political powers. In this context, the following questions emerged: how could judicial activism be thought from a denaturalized arrangement of separation of powers? Could the judges act as a law creator in the condition defined by Franz Neumann as an extra-

¹ Professora de Direito Constitucional na Universidade de Rio Verde - UNIRV/GO. Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP/SP. E-mail: ps.parise@hotmail.com.

² Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS (Graduação, Mestrado e Doutorado) e Pesquisador do CEBRAP/SP. E-mail: jrodrigorodriguez@gmail.com.

parliamentary force for social change? What would be the limits for this? From these questions, the objective was to demonstrate Montesquieu's mistakes and the viability of the judges' participation in social change process, through the creation of Law. Furthermore, the study intendeds to compare the figures of judicial activism and the autarchy zone. For this, it was used bibliographic research and the deductive method. It was concluded that activism can be thought positively, as long as democratization instruments are able to promote the dialogue between the Judiciary and the people are strengthened, in order to legitimize judicial decisions, avoiding the occurrence of autarchy zones. So, the judges would be able to appear in the process that creates the law, as extra-parliamentary representation agents.

Keywords: Franz Neumann. Separation of Powers. Activism. Democracy. Extra-parliamentary representation.

1. INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro tem se investido no papel de protagonista em meio a um expressivo cenário de instabilidade dos poderes políticos. A intensa judicialização da política e das relações sociais, consequência de uma atuação possivelmente insuficiente do Legislativo e do Executivo, especialmente quanto à efetivação de direitos sociais, aliada à crescente pluralidade e complexidade da sociedade, tem acarretado práticas judiciais que, segundo boa parte da comunidade jurídica, é ativista e, portanto, lesiva ao Estado Democrático de Direito, por violar o princípio da separação de poderes. Chama atenção, em especial, a atuação do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição.

Contudo, o chamado ativismo judicial parece estar assentado em uma visão tradicional da teoria da separação de poderes. A teoria de Montesquieu foi criada em um cenário político e jurídico muito diferente do atual.

Veja-se que para os teóricos críticos do Direitoa tradicional teoria da separação dos poderes já não consegue ser suficiente para trazer soluções aos problemas jurídicos contemporâneos. Isso porque essa ideia naturalizada obsta a participação das forças extraparlamentares (juizes, por exemplo) no processo de criação do Direito.

Neste contexto, é possível que a partir de outro paradigma de separação de poderes, o próprio ativismo judicial venha a ser pensado em outra perspectiva, inclusive à luz do direito autárquico.

Assim, o estudo toma como ponto de partida as críticas de Franz Neumann à teoria da separação de poderes de Montesquieu, produzidas em sua obra intitulada: *Estado Democrático e Estado Autoritário* (1969).

Para o autor, a conhecida fórmula tripartite não é capaz de oferecer o aporte necessário para atender à dinâmica dos movimentos sociais e aprimorar a concretização dos direitos condizentes com os ideais de liberdade e igualdade, uma vez que sempre pugnou pela proeminência do poder legislativo, levando ao pensamento de que as mudanças sociais só poderiam ser atingidas por meio de leis promulgadas pelo Parlamento, cenário no qual aos órgãos administrativos e os juizes só restaria a atribuição de aplicar as leis, negando às forças extraparlamentares a capacidade de criação do Direito.

Em alinhamento com as ideias de Neumann, advém a constatação de que o mundo atual se encontra em profunda crise de representação democrática, levando à visão de que o sufrágio universal não é o mais importante para se definir uma sociedade democrática, em meio a uma sociedade que, progressivamente, vem perdendo a confiança nos políticos.

E neste aspecto, a constatação de Neumann acerca da possibilidade de que forças extraparlamentares (administradores e juizes) operem na criação do Direito,

fora do *lôcus* da representação do Parlamento, vem se fortalecendo nos estudos de diversos autores contemporâneos³, abordados no decorrer deste artigo.

Pois bem, é neste cenário que se colocam os seguintes questionamentos: tomando a teoria de Franz Neumann como ponto de partida e alinhando-a com as doutrinas contemporâneas que tratam sobre representação e democracia, é possível, em um novo paradigma de separação de poderes, que os juízes assumam o papel de criadores da lei e de transformação social, na condição de agentes de representação extraparlamentar? Quais são os limites a esse papel? Como o ativismo judicial pode ser pensado nesse paradigma?

Objetiva-se, portanto, diante da atual crise de representação democrática, analisar a relação estabelecida por Neumann entre Direito e democracia, considerando suas críticas ao modelo tradicional de separação de poderes de Montesquieu, para então avaliar as convergências de sua obra com as ideias de autores contemporâneos sobre o papel dos juízes no processo de mudança social, em um cenário em que as forças extraparlamentares vêm tomando espaço na busca do aprimoramento da democracia.

Vale pontuar que os textos de Neumann permanecem atuais e oferecem elementos significativos para a Teoria Crítica do Direito, e servem de parâmetro para realizar reflexões a partir da observação empírica da atuação dos juízes na contemporaneidade, no Brasil e em outros países do mundo, em meio à reconhecida indeterminação do Direito, que leva a diversas críticas à atuação judicial, tidas como ativistas.

Eis, então, a importância deste estudo, que ainda hoje suscita discussões em nome de uma atuação legítima do Poder Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, de forma a preservar os preceitos do Estado Democrático de Direito e aprimorar as práticas democráticas. Ademais, há de se lembrar que as decisões em âmbito de jurisdição constitucional têm um impacto em toda a sociedade e no próprio direito brasileiro.

Para a realização da pesquisa o método de abordagem utilizado é o dedutivo, considerando que o estudo parte da compreensão das regras gerais que permeiam as nuances do tema, para, então, envolver as particularidades que se apoiarão na teoria de base proposta.

Quanto ao procedimento, vale-se do método histórico para que seja abordado o percurso de formação das ideias e críticas de Franz Neumann, em especial sobre a teoria tradicional de separação de poderes, chegando à análise de teorias contemporâneas que versam sobre o tema, inclusive no que se refere à própria ideia de ativismo judicial.

Por fim, a técnica de pesquisa escolhida é a de documentação indireta, mais especificamente, a pesquisa bibliográfica, abrangendo as fontes sobre a temática estudada.

³ Autores como Gurza Lavalle, Houtzager e Castello entendem que há um espaço, na contemporaneidade, para se vislumbrar a existência de agentes de representação extraparlamentar. Contudo, apontam somente para a existência de estruturas administrativas vinculadas ao Poder Executivo, como os Conselhos Gestores Municipais. (GURZA LAVALLE, A.; HOUTZAGER, P.; CASTELLO, G. "Democracia, pluralização da representação e sociedade civil", *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006). Ademais, José Rodrigo Rodríguez tem trabalhado com a ideia de um novo desenho para as instituições, de forma a aperfeiçoar a prática democrática e atingir o ideal de uma Teoria Crítica do Direito, de fato, emancipatória. (RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*, LiberArs, São Paulo, 2019).

2 MONTESQUIEU E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para a melhor compreensão sobre o tema, é essencial uma breve passagem sobre a teoria da separação dos poderes na perspectiva de Montesquieu. Vale ressaltar que a origem dessa doutrina, comumente atribuída ao autor francês, na verdade, remonta a Antiguidade Clássica, com a ideia de constituição mista. Contudo, em razão da extensão do tema, não seria possível trazer o estado da arte sobre a separação dos poderes no espaço deste artigo.

Apesar de Montesquieu não ter sido o inventor da teoria, no continente europeu prevaleceu a ideia de que a história da fórmula tripartite teria começado com ele, e não, diretamente, da tradição e da constituição inglesa. Em razão disso, surgiram muitas controvérsias em torno da teoria, levando a tomada de diferentes acepções sobre a mesma, muito díspares e até mesmo, contraditórias.⁴

O fato é que coube a Montesquieu sistematizar a teoria a partir de uma visão própria, espelhada na Constituição inglesa da época, ou ao que ele idealizava que seria uma constituição. Em sua obra *Do Espírito das Leis*, de 1748, uma de suas grandes contribuições foi a adoção de um conceito científico de lei no âmbito das ciências humanas, rompendo com a tradicional submissão da política à teologia.

Era seu objeto de investigação a maneira como as instituições políticas funcionavam, e como o poder se distribuía na sociedade, entre os diferentes grupos e classes da população.

A fórmula de Montesquieu não se limitou a discernir os poderes através de uma distinção abstrata e racional das funções, ao contrário, se preocupou em separar o exercício de determinadas funções entre titulares distintos, aspecto que diferenciou sua teoria de outros autores que trataram sobre o tema, a exemplo de John Locke. Também é mérito de Montesquieu uma teoria de Estado ideal, em que a separação de poderes caberia de forma universal.⁵ É por isso que as formas de governo são aspectos de relevância no seu texto:

Existem três espécies de governos: o republicano, o monárquico e o despótico. [...] o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos.⁶

Outro aspecto que se deve pontuar é que a sua ideia de liberdade era proximamente ligada à de legalidade. Por isso, a separação dos poderes na sua concepção decorria de uma variação da versão *rule of law* que, “negando valor à liberdade natural, reporta a liberdade própria do homem à lei”.⁷

Ademais, a sua separação de poderes de Montesquieu era dirigida à liberdade das autoridades públicas e suas relações, de forma que cada uma delas pudesse exercer sua atribuição de poder. Isso em uma estrutura em que não houvesse

⁴ Neste particular, vale lembrar que a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu tinha fulcro nos ideais do Estado Liberal. Os defensores da República, por outro lado, influenciados por Rousseau, entendiam que o poder, cujo titular era o povo – Soberano – era uno, portanto, indivisível. A teoria de Rousseau, certamente, implicou em uma visão distinta da teoria de Montesquieu e acabou por fortalecer, ainda mais, a ideia de supremacia do Parlamento.

⁵ CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoria general del Estado*. Tradução de José Lión Depetre, 2. ed. México, FCE, 1988.

⁶ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, Rio de Janeiro, Ediouro. [s.d]. (Coleção Universidade de Bolso), p.45.

⁷ PIRRAÇA, N. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, 1989, p. 90.

superioridade de uma esfera de poder sobre a outra, pois somente assim, existiria limitação entre elas.⁸

E a partir desses pontos basilares, Montesquieu⁹ construiu sua fórmula tripartite de separação de poderes:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige e anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

Montesquieu acreditava que, para prevenir a tirania, haveria a necessidade de que a constituição estabelecesse uma separação orgânica-pessoal dos poderes, voltada à criação e à execução das leis reforçando a centralidade da lei enquanto instrumento criador do direito. Neste cenário, defendia a separação entre Legislativo e Executivo:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.¹⁰

Para Montesquieu a função legislativa e a executiva estavam "entre si numa relação de função exclusivamente soberana e criadora (a função legislativa) para função subordinada e estritamente aplicadora (função executiva)".¹¹

Quanto à função judicial¹², Montesquieu¹³ também defendia sua separação das outras duas:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Importa ressaltar que a função judicial, na concepção de Montesquieu, reduzia-se à mera subsunção do caso à lei genérica e abstrata. O juiz, portanto, se enquadrava no adjetivo "boca-de-lei". Ademais, o judiciário deveria permanecer separado do legislativo – para que o juiz não agisse como legislador – e do executivo – para que o juiz não tivesse a força de um opressor.

⁸ CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Tradução de José Lión Depetre, 2. ed. FCE, México, 1988.

⁹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

¹⁰ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 169.

¹¹ PIRRAÇA, N. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, 1989, p. 95.

¹² Schmitt teceu uma crítica à visão minimalista de atuação do poder judicial de Montesquieu: "*Sobre este tercer poder fomula Montesquieu la opinión misteriosa de que es en alguna manera nulo, em quelque façon nulle*". (SCHMITT, C. *Teoria de la constitucion*. Tradução de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p. 214).

¹³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 134.

Entretanto, sua teoria se mostrou desconectada com o que viria no futuro. Veja-se. Montesquieu defendia uma atuação diferenciada do Judiciário nas repúblicas, nos governos despóticos e nas monarquias, relacionando o despotismo e a república com a existência de leis simples, leis que não precisam ser interpretadas pelo Poder Judiciário.¹⁴

Isso porque nos estados republicanos seria da natureza da constituição que os juízes seguissem a letra da lei, pois nesse regime todos os homens deveriam ser tratados como iguais, ao contrário das monarquias, sistema de governo em que o Judiciário teria que se esforçar para julgar sempre da mesma forma, porque as leis seriam mais diversificadas e complexas, sobre a vida, a propriedade e a honra das pessoas.¹⁵

A partir desta ideia, portanto, caberia ao juiz a simples prática da subsunção no âmbito dos governos republicanos. Montesquieu não previu, contudo, que, nas repúblicas, a pluralidade acarretaria a complexidade de situações que não seriam condizentes com leis simples. Ora, segundo explica Rodrigo Rodriguez, a própria busca por igualdade dos diversos movimentos sociais resultou na criação de uma multiplicidade de leis especiais:

[...] parece claro que defender hoje a interpretação presa ao texto da lei nos mesmos termos de Montesquieu significaria opor-se a toda a legislação especial dos últimos dois séculos, tendo em vista os "problemas interpretativos que elas provocam; a contar das leis destinadas a regular a situação de pessoas pobres, velhas, jovens e crianças, ainda que em bases estritamente assistencialistas; uma legislação que constitui os primórdios do que se viria a transformar nos estados de bem-estar social do século XX.¹⁶

A tais argumentos, Sampaio Ferraz Jr.¹⁷ acrescenta que Montesquieu traçou mais um preceito de arte política do que jurídica em sua divisão dos poderes, ou seja, pretendeu estabelecer um princípio para evitar o despotismo real e não para organizar o sistema estatal e distribuir competências. O princípio, portanto, não era destinado à separação dos poderes em si, mas para estabelecer controles recíprocos, lembrando que dos três poderes, o Judiciário era o que menos tinha a ver com força política. Por outro lado, o reconhecia como a mais alta autoridade nos governos constitucionais.

Por fim, sem pretensão de esgotar a análise sobre a sua teoria, não é demais enfatizar que Montesquieu desenvolveu e aprofundou a versão *rule of law* da separação dos poderes, com vistas a garantir a supremacia da lei e impedir o arbítrio. Ele elevou a doutrina da separação dos poderes ao papel de princípio fundamental orientador dos Estados liberais e acabou por contribuir com o fortalecimento da ideia de supremacia do Parlamento sobre os demais poderes. As consequências da ideia de centralidade da lei são debatidas no tópico a seguir.

2.1 A Teoria de Montesquieu no Pensamento de Franz Neumann

Franz Neumann¹⁸ foi um jurista e cientista político alemão que pertenceu à Escola de Frankfurt. Foi um dos primeiros autores a trabalhar o Direito no âmbito da

¹⁴RODRIGO RODRIGUEZ, J. "A desintegração do status quo", *Novos Estudos*, n.96, julho 2013a.

¹⁵RODRIGO RODRIGUEZ, J. "A desintegração do status quo", *Novos Estudos*, n.96, julho 2013a.

¹⁶RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito* (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 56

¹⁷SAMPAIO FERRAZ JR., T. *Argumentação Jurídica*, São Paulo, Editora Manole, 2014.

¹⁸ NEUMANN, F. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1969.

Teoria Crítica. Produziu uma vasta obra e dentre elas, toma-se como aporte deste artigo: Estado Autoritário, Estado Democrático, publicado em 1969.

Neumann voltou-se ao tratamento histórico e sociológico do fenômeno jurídico, em especial, no que se refere ao problema da atuação dos juizes na aplicação da lei, que desde à sua época, suscitava discussões, especialmente no âmbito da teoria da separação dos poderes de Montesquieu.

Neumann foi um forte crítico à fórmula tripartite do autor francês. Suas críticas se desenvolveram, especialmente, em torno do significado da lei geral no sistema jurídico liberal.

Veja-se, desde Locke a ideia de supremacia do poder legislativo, fundada no conceito de lei geral e abstrata, foi fortalecida e amplamente difundida na própria Inglaterra, França, Estados Unidos (com algumas variantes) e mesmo na Alemanha (até meados do século XIX, por influência francesa, a Alemanha incorporou a ideia de lei geral no contexto descrito)¹⁹.

De toda sorte, foi na obra de Montesquieu que se identificou a exigência de que o Estado governasse por meio das leis gerais. E para Neumann o grande problema da teoria de Montesquieu²⁰, fundada na ideia de centralidade da lei (*rule of law*), é que ela não implicava na igualdade entre os três poderes. De fato, o Legislativo se sobrepunha aos outros dois e era compreendido como única força capaz de criar o Direito.

Assim, ao administrador e ao juiz caberia, somente, a concretização das regras gerais, ou seja, sua aplicação nos casos concretos. Nessa perspectiva, deixar-se-ia de considerar que a administração é instrumento essencial de utilização do poder político com vistas aos interesses sociais.

A função judicial, por sua vez, seria tida como meramente lógica, já que o juiz não passaria de um porta-voz da lei. A título de exemplo, importa mencionar, no contexto da Revolução Francesa, os decretos de 16 e 24 de agosto de 1790, que proibiram aos tribunais qualquer interpretação da lei. Havendo dúvida, o Judiciário deveria recorrer à legislatura. Lembrando que esses decretos foram abolidos em 1828.²¹

Nessa perspectiva, então, Neumann passou a trabalhar nas causas e consequências sociais do que denominou de teoria do domínio absoluto do direito,

¹⁹ De acordo com Neumann, “na Alemanha da metade do século XIX, a doutrina constitucional era inteiramente dominada pela distinção mencionada acima, entre leis gerais (materiais) e individuais (formais). Apenas a lei geral constitui o direito. As leis individuais estão em contravenção com o postulado da igualdade. Sob a influência de Paul Laband, a asserção do caráter geral da lei é abandonada. Ele admite que as leis emitidas pelo Parlamento são tipicamente gerais, mas nega que a generalidade seja uma característica essencial da lei, introduzindo, inclusive, outra distinção entre lei formal e lei material. Lei formal – a forma com que a vontade do Estado é declarada, sem consideração de seus conteúdos (ex: a lei formal do orçamento, emitida de acordo com o art. 5º da Constituição de Bismarck – não cria direitos para os indivíduos). Lei material – é a promulgação de uma norma que cria o direito (ordem executiva, como uma ordem policial que regula o tráfico)”. (NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1969, p. 48).

²⁰ Neumann não teceu somente críticas à Montesquieu. Apontou, também, vários aspectos positivos, capazes de estabelecer segurança jurídica: inadmissibilidade de legislação retroativa como consequência lógica do caráter geral do direito; os rígidos requisitos para que cada atividade do Estado que interfira na vida e liberdade deva ser comprovadamente facultativa; a necessidade de precisão nos pronunciamentos legais, assegurando, assim, um máximo de calculabilidade. (NEUMANN, F. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1969).

²¹ NEUMANN, F. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1969, p. 158.

referindo-se à subordinação dos juízes às leis. De fato, acreditava que o “governo pela lei mostrava tanto a força como a fraqueza da burguesia”²². Isso significa que a lei era tomada com as funções de: a) obscurecer o domínio da burguesia, b) tornar o sistema econômico calculável e c) garantir um mínimo de liberdade igualdade.

Quanto à primeira função, é preciso lembrar que a burguesia, na Inglaterra e na França, detinha a devida parcela de representação no Parlamento e, assim, legislava em atendimento aos seus próprios interesses, detendo, portanto, o monopólio da mudança social e a função ideológica de mascarar quem eram, de fato, os detentores do poder. O império da lei servia para negar às forças extraparlamentares o poder para criar o direito. Neumann²³ argumentava que:

A doutrina esconde a disposição das classes dirigentes para abrirem caminho para as reformas sociais, pois a lentidão da engrenagem parlamentar transforma o único meio de mudança legal em um meio destinado a preservar o *status quo* da elite.

No que se refere à segunda função, Neumann acreditava que a supremacia da lei servia a uma pré-condição da competição capitalista, uma vez que era necessário atribuir o devido grau de calculabilidade e confiança no sistema de leis e na administração. A participação da burguesia no controle do orçamento também se fazia presente para atender a tal desiderato.

Neste mesmo contexto, outro aspecto merecedor de observação, segundo o autor, era a necessidade de se propiciar um nível razoável de certeza de cumprimento dos contratos, algo que só poderia ser concretizado por meio de leis gerais que admitissem o mínimo possível de discricção aos juízes.

A terceira função da lei geral teria um fundamento ético, ou seja, o de garantir um mínimo de liberdade (pessoal e política) e igualdade, preceitos basilares típicos do Estado Liberal. Para Neumann, esses ideais também estariam insculpidos na própria ideia de separação dos poderes.

Pois bem. Em análise a todos esses aspectos, não é difícil concluir que a teoria de Neumann convergiu para o fortalecimento da ideia de que o juiz figuraria como importante agente no processo de criação do direito, de forma que este não permanecesse estagnado e distante das demandas sociais. Neste sentido, era visível a relação que estabelecia entre direito e sociedade, como impulsionadora da mudança social.

Ademais, importa mencionar que o autor defendia, também, um estreito vínculo entre direito e democracia, como garantia do contínuo reconhecimento das esferas de liberdade e igualdade. Isso porque somente por meio de uma democracia institucionalizada, haveria espaço para a livre escolha entre oportunidades iguais, reconhecidas juridicamente.

Veja-se, por fim, que toda a ideia descrita por Neumann encontra aporte em uma visão desnaturalizada de separação de poderes. E as discussões que seguem também são propostas a partir de um paradigma distinto da fórmula de Montesquieu.

2.2 Novos Paradigmas de Separação de Poderes no Direito Contemporâneo

A desnaturalização da fórmula tripartite de Montesquieu vem sendo trabalhada por vários autores no decorrer da história. Neste tópico, pretende-se

²²NEUMANN, F. *O Império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. Tradução de Rúrion Soares Melo, Prefácio e Revisão da Tradução: José Rodrigo Rodriguez, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2013, p. 417.

²³ NEUMANN, F. *O Império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. Tradução Rúrion Soares Melo, Prefácio e Revisão da Tradução: José Rodrigo Rodriguez, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2013, p. 417.

discorrer sobre a proposta de Bruce Ackerman²⁴, desenvolvida a partir da premissa de que tradicional divisão de poderes não seria capaz de proteger de forma eficaz os direitos fundamentais, que muitas vezes, seriam tolhidos em nome de interesses políticos de uma elite política.²⁵

Ackerman observou o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não poderiam ser categorizadas como legislativas, judiciais ou executivas. Essas novas formas institucionais serviriam ao chamado sistema de freios e contrapesos. Foi com tal ideia que sugeriu um modelo parlamentarista limitado nos EUA, de forma que o primeiro-ministro ficasse no cargo desde que conseguisse manter o apoio do Parlamento e que o poder deste tivesse como freio e contrapeso diferentes instituições, além da corte constitucional.

A título de ilustração, vale mencionar que o autor sugeriu uma estrutura que tivesse como cerne uma câmara democraticamente eleita com a função de escolher um governo e promulgar leis, contrapesada por um conjunto de poderes específicos. Sob o aspecto da legitimidade democrática, haveria a limitação das decisões por meio de referendos populares em série, respaldadas por um tribunal constitucional.

Do ponto de vista da especialização funcional, haveria um “poder revisor da integridade burocrática”, cujo papel seria fiscalizar o governo no que se refere a problemas de corrupção e abusos similares (este poder seria composto por “guardiões constitucionais”). Também haveria um “poder supervisor da democracia”, com o objetivo de salvaguardar os direitos de participação de cada cidadão, um “poder de justiça distributiva”, com a atribuição de planejar a provisão econômica mínima para os menos favorecidos, e um tribunal constitucional dedicado a proteção dos direitos fundamentais.²⁶

A obra de Ackerman serve para mostrar que a estrutura de controles recíprocos não precisa, necessariamente, ser construída em número de três. E que, a cada poder, não são necessárias atribuições exclusivas. Neste sentido, Rodrigo Rodríguez²⁷ e Urbinati²⁸ defendem ser possível, na contemporaneidade, construir uma representação democrática (ou *advocacy*, como prefere chamar) acoplado diferentes formatos, distintos da visão hegemônica predominante, ou seja, diferente daquela em que o Parlamento deve ser o cerne da vontade geral.

O desligamento das atividades de órgãos específicos e a visão da atividade de aplicação e criação normativa como resultado da articulação entre normas processuais e normas de conduta permitem que vejamos o Estado como composto de uma série de órgãos competentes para realizar as três atividades (legislativa, executiva e judiciária), conforme a articulação das normas substantivas e processuais construída especificamente para regular determinado objeto.²⁹

Em alinhamento com esse pensamento, talvez seja possível se pensar na atuação do Poder Judiciário como concretizador de direitos, ainda que ele tome para

²⁴ ACKERMAN, B. *La nueva división de poderes*. Tradução de José Manuel Salazar, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

²⁵ Vale abrir um parêntese para mencionar como exemplo de tal constatação, o presidencialismo de coalizão brasileiro, que se sustenta das barganhas feitas entre os poderes, frequentemente, em detrimento de direitos fundamentais.

²⁶ ACKERMAN, B. *La nueva división de poderes*. Tradução de José Manuel Salazar, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

²⁷ RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito* (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b.

²⁸ URBINATI, N. *Representative democracy: principles & genealogy*, Chicago University Press, Chicago, 2006.

²⁹ RODRIGO RODRIGUEZ, R. *Fuga do Direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 137.

si, o encargo de atuar, segundo Roberto Barroso³⁰ como coparticipe da criação da norma, desde que este processo não se traduza em uma postura personalista do intérprete-julgador.

Aqui, vale abrir um parêntese para abordar o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso³¹, que defende a atuação de uma corte constitucional em três papéis: o contramajoritário, o representativo e o iluminista.

No exercício do contramajoritário, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade das normas, inclusive podendo invalidar aqueles emanados dos poderes Legislativo e do Executivo. Os fundamentos para isso, de acordo com o autor são: "a) a proteção dos direitos fundamentais; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos".³²

O papel representativo, segundo o Ministro, precisa ser pensado em um paradigma diferente de separação de poderes, ou seja, a partir do pensamento de que somente aqueles eleitos pelo voto podem atuar como representantes dos interesses da sociedade. Ainda mais, considerando a crise de representação da atualidade, em que se questiona, inclusive, se, de fato, os legisladores representam a vontade popular.³³ E complementa: "não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário".³⁴

E ao tratar sobre o papel iluminista das cortes constitucionais, faz referência a uma "razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. [...] a razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância [...] de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos".³⁵

A princípio, tal pensamento parecer estar alinhado à ideia de que é possível, em uma condição desnaturalizada de separação dos poderes, que o Judiciário e, em particular, as cortes constitucionais possam representar a vontade popular. Contudo, há de se ter cuidado com essa conclusão, pois trata-se de ideia que pode levar à adoção de uma postura personalista, em que o juiz decide de acordo com sua consciência individual, acarretando concentração de poder em suas mãos e deslegitimando sua atuação.

Mas então, como pensar no juiz enquanto um agente de representação extraparlamentar, conforme se propõe neste estudo?

Para responder a essa pergunta, é preciso realizar a análise de dois aspectos. O primeiro versa sobre a questão da crise de representação democrática que não somente o Brasil, mas o mundo enfrenta.

Neste cenário, autores contemporâneos vêm desenvolvendo a ideia de que o sufrágio universal não é o mais importante para se definir uma sociedade

³⁰ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

³¹ROBERTO BARROSO, L. "A razão sem voto", em (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, São Paulo: FGV, 2017 e ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 8. ed., Saraiva, São Paulo, 2019.

³²ROBERTO BARROSO, L. "A razão sem voto", em VV.AA. (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R. coords.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, FGV, São Paulo, 2017, p. 48-49.

³³ROBERTO BARROSO, L. "A razão sem voto", em VV.AA. (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R. coords.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, FGV, São Paulo, 2017.

³⁴ROBERTO BARROSO, L. "A razão sem voto", em VV.AA. (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R. coords.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, FGV, São Paulo, 2017, p. 55.

³⁵ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 8. ed. Saraiva, São Paulo, 2019, p. 480.

democrática, em meio a uma sociedade que, progressivamente, vem perdendo a confiança nos políticos.³⁶

O nosso conhecimento sobre a relação entre a reforma da democracia no sentido do seu aprofundamento – e os processos de pluralização dos atores da representação, e de diversificação do lócus onde ela é exercida, encontra-se em uma posição curiosa, por assim dizer.³⁷

De fato, é uma posição curiosa. É um momento em que é preciso debater a questão da representatividade democrática em um contexto que, possivelmente, significará o resgate do conceito de democracia, sob uma perspectiva radical, uma nova visão sobre de representação e uma quebra do paradigma da tradicional teoria da separação de poderes.

Lembrando que democracia e representação são coisas diferentes. Democracia, de fato, conforme entende Manin³⁸, era a grega - direta. A representação adveio da necessidade de se organizar politicamente as sociedades que se tornavam cada vez mais numerosas e complexas. E a chamada “democracia representativa” foi ganhando expressividade e hoje é estudada a partir de novos contornos, de maneira a se tornar “mais democrática”.

A este respeito, Urbinati³⁹ entende que a democracia representativa é um modelo mais interessante do que a democracia direta, porque esta seria inviável em virtude do tamanho e do número de habitantes dos Estados contemporâneos. Pontua que, neste modelo, ao menos teoricamente, a existência de partidos e de associações na democracia representativa, simboliza que os indivíduos reunidos em assembleia se encontram ali para honrar seu compromisso com outros cidadãos, e não, para atuarem em favor dos seus próprios interesses.

Contudo, Rosavallon⁴⁰ denuncia uma democracia inacabada em meio a um processo de desenvolvimento das desigualdades no mundo. Para ele, a concretização da democracia tem sido problemática durante toda a história e um dos grandes problemas a ser enfrentado, nos dias de hoje, é o populismo, algo extremamente pernicioso aos fins democráticos. Para se buscar uma democracia refundada, melhorada, é preciso ter em mente que ela não se limita às eleições, vai além disso e chega ao reconhecimento de cada indivíduo em sua integridade:

O problema de todos os regimes populistas é que eles parecem exercer o poder majoritário e não considerar essas duas outras figuras centrais da democracia que é **o poder que qualquer pessoa tem através do reconhecimento dos direitos individuais e, também, podemos dizer, o poder universal da sociedade através das instituições independentes e das Cortes Constitucionais.**⁴¹ (Grifo nosso).

Rousseau⁴², em um posicionamento semelhante, entende que há um distanciamento entre voto e democracia, ou seja, a eleição não é garantia da

³⁶GURZA LAVALLE, A.; HOUTZAGER, P.; CASTELLO, G. “Democracia, pluralização da representação e sociedade civil”, *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006.

³⁷GURZALAVALLE, A.; HOUTZAGER, P.; CASTELLO, G. “Democracia, pluralização da representação e sociedade civil”, *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006, p. 49.

³⁸MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*. Versión de Fernando Vallespín, Alinza Editorial, Madrid, 1998.

³⁹URBINATI, N. *Democracy disfigured: opinion, truth and the people*, Harvard University Press, Cambridge, 2014.

⁴⁰ROSANVALLON, P. *A democracia inacabada*, Alameda, São Paulo, 2018.

⁴¹ROSANVALLON, P. *A democracia inacabada*, Alameda, São Paulo, 2018.

⁴²ROUSSEAU, D. *Radicalizar a democracia: proposições para uma refundação*. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Editora Unisinos, São Leopoldo, 2019.

qualidade democrática de uma sociedade. Inclusive, se posiciona no sentido de que para que exista democracia, não há necessidade de um representante eleito.

A deliberação é elemento fulcral para se falar em democracia em um modelo representativo. E por meio dessa ideia de deliberação, conclui que as regras não são fixas, imutáveis. E neste processo de mudança das regras sociais e jurídicas, a deliberação, como exigência democrática reflexiva, exige discussões longas e fundamentadas.

Certamente, toda a sociedade está legitimada para participar deste processo. Contudo, novos paradigmas de representação precisam ser pensados, de forma a viabilizar o fortalecimento desse ideal. É neste contexto que surge a ideia da pluralização da representação. GurzaLavalle e Isunza Vera ⁴³ tratam do assunto com propriedade:

A pluralização da representação implica mudanças inéditas no *locus*, funções e atores de representação – no último caso, vinculando ao exercício de responsabilidades representativas atores que a teoria costumou indicar sob signo da participação. Os canais de representação extraparlamentar são excêntricos, pois operam fora do *locus* por excelência da representação no governo representativo – o Parlamento -, não raro vinculados à estrutura administrativa do Poder Executivo.

Apontam, portanto, para as diferentes possibilidades de representação no âmbito da sociedade contemporânea, a partir do entendimento que não há usurpação do governo representativo eleito pelo povo. Tratam-se de estruturas e agentes destinados a funções não legislativas, que podem abranger a fiscalização e gestão de políticas públicas, emissão de denúncias em face dos setores do poder público e da política.⁴⁴

A ideia da representação extraparlamentar trabalhada por Gurza Lavalle e Isunza Vera é voltada à atuação da Administração Pública, em geral. Versa, em especial, sobre a atuação dos conselhos gestores de políticas públicas municipais. E condiz com as ideias já abordadas por Neumann, de que as forças extraparlamentares são aptas à criação do Direito e à mudança social.

Justamente, neste contexto, emerge a importância do juiz para atuarna condição de agente de representação extraparlamentar (ou força extraparlamentar, como denominou Neumann). “Não apenas as normas gerais e abstratas são importantes para o estado de direito, mas também os atos de aplicação destas normas a casos concretos”⁴⁵, conforme decorre da atividade interpretativa.

Eis, então, o segundo aspecto a ser tratado para que se possa vislumbrar o papel do juiz como agente de representação extraparlamentar: as contenções que devem permear sua atividade interpretativa, de forma a tentar oferecer uma resposta à indeterminação do direito. Segundo Rodriguez,

[...] apenas o regime democrático e sua promessa de construir formas institucionais capazes de levar em conta todos os interesses sociais no processo de formação das normas jurídicas parece oferecer uma resposta adequada ao problema da indeterminação em uma sociedade multirracial, multi-religiosa e marcada pela presença de diversas posições ideológicas sobre os mais diversos assuntos.É

⁴³GURZA LAVALLE, A.; ISUNZA VERA, E. “A trama da crítica democrática: da participação à representação e à *accountability*”, *Lua Nova*, São Paulo, n. 84, set. 2011, p. 113.

⁴⁴GURZA LAVALLE, A.; ISUNZA VERA, E. “A trama da crítica democrática: da participação à representação e à *accountability*”, *Lua Nova*, São Paulo, n. 84, set. 2011, p. 113; 120.

⁴⁵RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*, LiberArs, São Paulo, 2019, p. 50.

preciso pensar a gestão da indeterminação de forma democrática para evitar a configuração aristocrática.⁴⁶

A atividade interpretativa do juiz, aqui fazendo referência a toda a magistratura, não deve estar desprovida de constrangimentos institucionais ou de algum modelo de racionalidade. Por mais que se possa admitir um paradigma diferente de separação de poderes, em que o Judiciário (e o próprio Supremo Tribunal Federal) possa atuar como legislador, o fortalecimento da argumentação do intérprete prescinde de uma consistente fundamentação e da valorização do debate público, de forma a propiciar a devida racionalidade ao ato decisório e evitar a ocorrência do que se chama de zona de autarquia, conceito a ser trabalhado no próximo tópico.

3 A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO JUIZ: REFLEXÕES SOBRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu, conforme já mencionado, influenciou fortemente diversos países do mundo, inclusive o Brasil. E as acirradas discussões no mundo jurídico, envolvendo a atividade do juiz enquanto intérprete das normas, estão diretamente ligadas à tradicional ideia de separação de poderes, de onde emerge o conhecido binômio judicialização e ativismo judicial.

Mas, antes que se possa aprofundar o debate acerca dessas figuras, vale uma breve imersão histórica para ilustrar os fatos que levaram à construção dos paradigmas de interpretação do direito, mormente, das normas constitucionais, que influenciaram a contemporânea teoria da decisão judicial.

Ressalte-se que grande parte da celeuma envolvendo ativismo decorre da interpretação e aplicação das normas constitucionais. Contudo, a visão voltada à necessidade de interpretação da constituição, em virtude de se considerá-la como norma suprema, só veio a ser consolidada na segunda metade do século XX, mais precisamente após os anos 50. O direito constitucional, até então, era um direito sem interpretação.⁴⁷

Até meados do século XX, os métodos tradicionais de interpretação jurídica buscavam a neutralidade em sua aplicação, afastando valores, inclusive, já que integrados em plena teoria positivista. Acontece que, em se tratando de interpretação das constituições, acabaram tornando-se insuficientes em muitas situações, já que prezavam pela simples subsunção do caso à norma⁴⁸.

No exercício interpretativo a partir da visão tradicional, portanto, percebe-se que a análise do caso concreto perante a norma converge para a subsunção. Este padrão interpretativo, típico do positivismo jurídico, perdurou até que a dinâmica social mostrou sua insuficiência diante dos novos fatos da vida. Roberto Barroso⁴⁹ ilustra bem este cenário: "a nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural".

No Brasil, os novos paradigmas hermenêuticos superaram os conceitos do pensamento jurídico clássico no final do século XX, com a finalidade de adotar uma postura mais lógica, criativa e justa quando da interpretação constitucional. Neste

⁴⁶RODRIGO RODRIGUEZ, J. "Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito", em VV.AA. (FRIZZO BRAGATO, F.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos*. [ebook]. N. 15. Karywa, São Leopoldo, 2019, p. 183.

⁴⁷PEREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*, 14. ed., Marcial Pons, Madrid, 2014.

⁴⁸ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

⁴⁹ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, p. 334.

cenário, Roberto Barroso⁵⁰leciona que emergem três novos paradigmas hermenêuticos: a superação do formalismo jurídico, a nova cultura jurídica pós-positivista e a ascensão do direito público e a centralidade da Constituição.

A superação do formalismo jurídico ocorreu por meio do abandono da ideia clássica de que o Direito era a expressão máxima da razão e justiça, e que sempre haveria uma norma perfeita no ordenamento jurídico para que o juiz realizasse a subsunção. Com o advento do pensamento neopositivista, houve uma mudança de perspectiva no direito. A ciência, que classicamente era voltada para as relações privadas, passou a valorizar as normas de caráter público, o que resultou em uma visão de centralidade e primazia da Constituição. E atrelado a esta ideia, entendeu-se que qualquer interpretação jurídica deveria ser realizada nos parâmetros dos valores e princípios da Constituição.

O autor aponta outros fatores que influenciaram a adoção de novos elementos de interpretação constitucional, alegando que esta não derrota a interpretação tradicional, mas emerge com vistas a suprir necessidades deficientemente supridas pelo modelo clássico. A nova interpretação surge, assim, para lidar com os casos difíceis, para os quais não existe solução pré-pronta no ordenamento. Os casos difíceis abrangem, em geral, normas definidoras de direitos fundamentais em conflito, para os quais, não raras vezes, é preciso o julgador realizar a ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade. É neste particular que o juiz atua como copartícipe da criação da norma.

Em meio a tais transformações nos fundamentos históricos, políticos e filosóficos que nutrem a atuação judicial, chega-se a um contexto em que, como coloca Rodrigo Rodriguez⁵¹, já se tem a suficiente experiência democrática para saber que “ser cidadão é ter a possibilidade de exercitar e efetivar deliberadamente a imaginação institucional”. Ou seja, buscar a concretização dos direitos os quais os poderes políticos não conseguem realizar. É então, que se fala em judicialização da política e das relações sociais e, paralelamente, em ativismo judicial.

Judicialização e ativismo são termos que, embora de diferentes conceituações, podem levar a certa confusão. Assim, é importante para o desenvolvimento das ideias aqui propostas, que se compreendam algumas generalidades que envolvem as duas figuras. E ninguém melhor para estabelecer essa distinção do que o jurista Luiz Streck⁵², uma das grandes autoridades brasileiras no âmbito da teoria do Direito:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in) competência - por motivo de inconstitucionalidade - de poderes ou instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço”, seja para manter o *status quo*).

Deste pensamento depreende-se que o ativismo advém como uma consequência da judicialização. Esta, por sua vez, enquanto fenômeno típico das

⁵⁰ROBERTO BARROSO. L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

⁵¹RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito* (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 192.

⁵²LUIZ STRECK, L. “O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?”, em VV.AA. (ENGLMANN, W.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, n. 12, 2016, p. 99-100.

sociedades contemporâneas em virtude de sua crescente complexidade e pluralidade, é responsável por dificultar, cada vez mais, a regulação.⁵³ Ou seja, os poderes políticos, muitas vezes, não conseguem acompanhar a complexidade social, a velocidade com que os movimentos sociais se impõem.

Ainda sobre o ativismo judicial, Tassinari⁵⁴ esclarece que o termo pode ser entendido em diferentes perspectivas:

a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade); b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade do ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.

Há também a ideia de ativismo relacionada à atuação do juiz como legislador positivo, conceito a ser retomado no tópico dedicado à análise do ativismo judicial diante da chamada zona de autarquia.

Embora se trate de um conceito fragmentado, é fato que o que se denomina ativismo repousa, mais proeminente, em discussões sobre a interpretação como ato de vontade, impulsionada por fatores políticos e morais.

Tais fatores, lembre-se, remontam a história do direito. Diferentes filósofos construíram teorias que pudessem servir para controlar a racionalidade do ato de interpretação, muitos em contextos históricos, sociais e políticos distintos da realidade brasileira.⁵⁵

Os espaços de subjetividade na atividade hermenêutica já eram visíveis desde a obra de Hans Kelsen⁵⁶:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ainda ter uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito Positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.

Rodrigo Rodríguez⁵⁷, a esse respeito, acrescenta que: “fica claro que os juízes não podem ser completamente controlados nem pela lei nem pela ciência do direito, como Kelsen nos mostra [...]”.

Muito porque a função do juiz não consiste em mero ato de reconhecimento, conforme pontua Neumann. Ao contrário, “o processo judicial é uma mistura indistinguível de elementos teóricos e práticos de reconhecimento bem como de

⁵³ TEUBNER, G. *Direito comparado: fragmentos constitucionais – constitucionalismo social na globalização* (edição digital), Saraiva, São Paulo, 2016.

⁵⁴ TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 33.

⁵⁵ Importa ressaltar a carência de uma teoria da decisão própria ao Brasil, construída a partir da tradição jurídica pátria.

⁵⁶ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 393.

⁵⁷ RODRIGO RODRIGUEZ, J. “A política jurídica da Lava-Jato”, em VV.AA. (GONÇALVES SILVA, F.; RODRIGO RODRIGUEZ, J. coords.), *Manual de sociologia jurídica*, 3. ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 488.

elementos criativos, reprodutivos e produtivos, científicos e supra científicos, objetivos e subjetivos”.⁵⁸

Isso é algo que se coloca, inclusive, no que tange à interpretação das normas constitucionais. Sobre isso, Mendes⁵⁹ esclarece que é típica das constituições atuais a incorporação de valores morais ao domínio jurídico, não se limitando as Constituições a somente limitar a atuação do Estado e a discriminar competências.

Ademais, “as constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito, debates políticos e morais”.⁶⁰

Controvérsias à parte, ainda que esse posicionamento represente um paradigma outro, e que possa, sim, ser capaz de propiciar a concretização de direitos de maneira mais efetiva, não há como negar que se trata de um *modus operandi* que surge a partir de um espaço de discricionariedade, levando à ideia de ativismo, tão combatido por grande parte da doutrina brasileira.⁶¹

Para melhor compreender a razão pela qual tantos se colocam contrários à prática ativista, toma-se, mais uma vez, a obra de Luiz Streck⁶². O autor alerta que “a superação do positivismo implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial, o que em termos filosóficos se apresenta como o problema do solipsismo da razão prática”. Assim, essa postura hermenêutica que coloca o julgador na posição de copartícipe da criação da norma, converge para o personalismo judicial. É preciso, portanto, estabelecer constrangimentos a tal atuação.

Este posicionamento, de que a decisão personalista é lesiva ao Estado Democrático de Direito, é absolutamente incontroverso para os fins deste artigo. E, com fundamento em tal pressuposto, o que se propõe aqui é debater algumas ideias sobre possíveis formas de se lidar com o personalismo do juiz, sem naturalizar a ideia de separação dos poderes e, ao mesmo tempo, vislumbrar parâmetros de contenção para a atividade interpretativa.

Este estudo consiste, portanto, na tentativa de criar um conjunto de argumentos que oriente uma aplicação impessoal da Constituição sem recair no textualismo, levando em conta a tradição constitucional brasileira.

Para tanto, talvez seja possível pensar o ativismo a partir de outro prisma, com vistas a ordenar, no âmbito da estrutura dos poderes, arranjos diferentes da fórmula de Montesquieu, mas que sejam aptos a atender às novas e crescentes demandas em sociedade, conforme já demonstrado anteriormente, nas ideias de Bruce Ackerman. Mas, para tratar sobre o conceito de ativismo judicial a partir desse outro prisma, é preciso compreendê-lo à luz da chamada zona de autarquia.

⁵⁸ NEUMANN, F. *O Império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*, Tradução de Rúrion Soares Melo, Prefácio e Revisão da Tradução: José Rodrigo Rodriguez, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2013, p.386.

⁵⁹ MENDES, G.; BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*, 9. ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2014.

⁶⁰ MENDES, G.; BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

⁶¹ A doutrina tradicional vê o ativismo de forma tão prejudicial, que cabe lembrar o PL n. 4.754/2016, que propõe a ampliação dos casos de impeachment em que podem ser enquadrados os juízes do STF, que cometerem crime de responsabilidade ao “usurpar competência do poder legislativo ou poder executivo”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4754/2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 02 fev. 2020).

⁶² LUIZ STRECK, L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*, Letramento, Belo Horizonte, 2017, p. 220.

3.1 *Ativismo Judicial e Zona de Autarquia*

O conceito de zona de autarquia foi criado pelo autor crítico José Rodrigo Rodríguez e vem sendo aprimorado em seus escritos mais recentes. Adveio como resultado de anos de estudo e vasta produção científica sobre o campo da teoria do Direito. Por óbvio, não há espaço neste artigo, para que se discorra profundamente sobre todas as suas nuances, contudo, trata-se de uma ideia que pode se colocar muito proximamente ao ativismo judicial, razão pela qual estas breves considerações merecem ser tecidas.

Zona de autarquia é uma espécie de perversão do direito. O termo perversão do direito é utilizado como referência à circunstância na qual os detentores do poder utilizam o direito “para conferir aparência jurídica a espaços de puro arbítrio nos quais seria possível agir sem o controle da sociedade civil, em função apenas dos interesses dos poderosos”.⁶³

Designa, portanto, “um direito autocrático, em contraposição a um direito democrático, cuja gênese é determinada pelos conflitos sociais”.⁶⁴ Ocorre que há medida em que a sociedade civil veio se fortalecendo, inclusive por meio da democratização do direito, as lutas por direitos começaram a perturbar o *status quo* das elites economicamente dominantes.

Não é por outra razão que a efetivação de diversos destes direitos tende a ser combatida pelos agentes de poder por meio das várias modalidades de perversão do direito as quais, sem fazer parte de um projeto de criação de novos regimes autoritários, buscam criar, de maneira furtiva, espaços de decisão autárquicos ou excluir do âmbito de proteção do direito certos grupos de pessoas, ainda que sob a aparência de legalidade. Na falta de apoio político e de força para advogar a recriação de regimes autoritários, resta tentar frustrar a efetivação dos direitos por outros meios.⁶⁵

A zona de autarquia pode surgir durante a atividade interpretativa do juiz, e consiste nos espaços em que as decisões são desprovidas de um padrão de justificacão e racionalidade, e “não permitem o controle da argumentação pela sociedade, uma vez que não possibilitam a reconstrução organizada do raciocínio que serve de fundamento para a decisão ou para as decisões tomadas”⁶⁶.

Mas, em se tratando de racionalidade das decisões, o que, de fato, configuraria um discurso racional? Para Rodrigo Rodríguez⁶⁷,

[...] um discurso racional é aquele em que os falantes levantam pretensões de validade e são capazes de defendê-las, sem entrar em contradição, quando instados a fazê-lo. Não se pode sustentar, racionalmente, A e não A simultaneamente. Não se pode recusar,

⁶³RODRIGO RODRIGUEZ, J. “As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, v. 19, n. 37, 2016a, p. 103.

⁶⁴RODRIGO RODRIGUEZ, J. “Perversão do direito (e da democracia): seis casos / Perversion of law (and democracy): six cases”, *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 4, p. 266, dez. 2016b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22185>. Acesso em: 15 nov. 2019.

⁶⁵RODRIGO RODRIGUEZ, J. “Um novo ciclo autoritário: para uma democracia multinormativa.”, em VV.AA. (ENGELMANN, W.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, n. 14, 2018, p. 104-105.

⁶⁶RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*, LiberArs, São Paulo, 2019, p. 51.

⁶⁷RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*, FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 172-173.

racionalmente, a justificar uma asserção proferida quando alguém se põe a questioná-la, também não se pode, racionalmente, desqualificar o interlocutor que demanda por minhas razões ou impedir que qualquer outro faça o mesmo.

Pois bem. Diante de tais ponderações, é possível perceber que o ativismo judicial pode assumir sentido equivalente à zona de autarquia ou pode se revestir de significado diverso dela.

O ativismo entendido como atuação personalista é termo equivalente à zona de autarquia, trata-se de atuação que deve fortemente combatida por meio do estabelecimento/padronização de critérios ou modelos de racionalidade judicial, de forma a orientar a atividade do juiz, principalmente, com aperfeiçoamento de instrumentos de democratização no âmbito não só dos tribunais, mas de toda a magistratura, de forma que a sociedade possa exercer o controle e participar da atividade interpretativa.⁶⁸

Por outro lado, a decisão ativista produzida pelo juiz legislador, munida da devida racionalidade, com fundamentação plausível, que não perca de vista as balizas constitucionais e, por fim, que seja legitimada pelo suficiente debate público, pode ser vista positivamente. Pode constituir prática benéfica se pensada em um contexto desnaturalizado de separação de poderes, de forma a efetivar direitos.

Veja-se, então, que não é desarrazoado pensar na prática ativista a partir de outro prisma. É importante perceber que

[...] abandonar a visão que embasa as ideias de judicialização da política e de ativismo judicial não significa abdicar de qualquer pretensão normativa. Significa apenas dar um passo atrás em relação a uma teoria normativa por demais determinada, que bloqueia tanto uma boa descrição dos conflitos como o surgimento de alternativas para encontrar melhores fórmulas institucionais de seu regramento democrático.⁶⁹

Mas, será que admitir que o Judiciário possa atuar como legislador positivo não acarreta questionamentos sobre a segurança jurídica das decisões judiciais? Certamente, sim. Veja-se as discussões que seguem.

3.2 Ativismo Judicial, Segurança Jurídica e Democracia

Considerando que o controle da discricionariedade do ato interpretativo, tanto mais envolvendo normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, tem sido um desafio para muitos filósofos do Direito, Rodrigo Rodriguez⁷⁰ explica que “a segurança jurídica tem sido pensada como a existência de respostas únicas e unívocas para os problemas jurídicos apresentados diante do Poder Judiciário”. E acrescenta:

A demanda por respostas desse tipo está ligada a uma estratégia legislativa que privilegia a edição de textos normativos fechados em detrimento de textos normativos abertos. Afinal os primeiros seriam supostamente capazes de conter o intérprete induzindo-o a adotar raciocínios textualistas.⁷¹

⁶⁸RODRIGO RODRIGUEZ, *J. Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*, LiberArs, São Paulo, 2019.

⁶⁹RODRIGO RODRIGUEZ, *J. Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*, FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 199.

⁷⁰RODRIGO RODRIGUEZ, *J. Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*, FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 202.

⁷¹RODRIGO RODRIGUEZ, *J. Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*, FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 202.

Contudo, Rodrigo Rodríguez⁷², explica que o texto ser aberto ou fechado não é empecilho para a atuação criativa do julgador, de fato, há tempos se tem observado que “os juizes encontram espaço para criar interpretações com fundamento em justificativas que extrapolam uma interpretação meramente literal dos mesmos”.

Importa acrescentar que, para que se possam buscar caminhos para uma atuação judicial condizente com a Constituição, ou seja, com os preceitos do Estado Democrático de Direito, é preciso redimensionar o conceito de segurança jurídica, que tradicionalmente, é pensada em função do texto da lei. Ou seja, é preciso direcionar a decisão judicial no sentido do fortalecimento da argumentação/justificação e, desta forma, atribuir-lhe a devida racionalidade.

[...] talvez seja mais adequado trabalhar com textos normativos abertos e, para buscar restringir as possibilidades interpretativas, criar mecanismos que formalizem de alguma maneira o procedimento destinado a solucionar casos concretos a partir deles. [...] no que se refere à atividade jurisdicional, os tribunais seriam o local adequado para promover este tipo de debate tendo em vista a padronização da interpretação e da fundamentação das normas jurídicas.⁷³

Outro aspecto que merece atenção nesse processo é o da despersonalização da função do juiz, “ transformando-a em uma função dialógica e sensível ao contexto”⁷⁴, ou seja, para lidar com a indeterminação do direito, há de se combater a gestão aristocrática da questão – fundada apenas na visão pessoal do julgador, ainda que bem fundamentada. Neste sentido, Rodrigo Rodríguez ensina que:

[...] uma boa interpretação jurídica, uma interpretação jurídica objetiva e não puramente subjetiva, deve ser *inclusiva*, ou seja, deve examinar exaustivamente o material jurídico que julgar vigente, as circunstâncias do caso concreto e as interpretações jurídicas concorrentes antes de propor a sua solução do problema.⁷⁵

Em especial, no que concerne à interpretação constitucional, Rodrigo Rodríguez⁷⁶ propõe parâmetros norteadores para a atuação do juiz durante a atividade hermenêutica. A tal conjunto de orientações, ele dá o nome de *originalismo democrático*, modelo que tem o intuito de atribuir um caráter discursivo e participativo à tarefa interpretativa:

Em uma palavra, trata-se propor um modelo de interpretação que ajude a promover a despersonalização de nosso Poder Judiciário, em

⁷²RODRIGO RODRIGUEZ, J. Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 202.

⁷³RODRIGO RODRIGUEZ, J. Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 203.

⁷⁴RODRIGO RODRIGUEZ, J.; SCHUCK DA SILVA, S. “Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans”, em VV.AA. (PETER DA SILVA, C.O.; MACHADO FILHO, R. D.; TOLEDO ARRUDA, D. T. B. coords.), *Ministro Edson Fachin: STF – 2015/2020*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2020. No prelo.

⁷⁵RODRIGO RODRIGUEZ, J.; SCHUCK DA SILVA, S. “Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans”, em VV.AA. (PETER DA SILVA, C.O.; MACHADO FILHO, R. D.; TOLEDO ARRUDA, D. T. B. coords.), *Ministro Edson Fachin: STF – 2015/2020*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2020. No prelo.

⁷⁶RODRIGO RODRIGUEZ, J. “Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, São Leopoldo, n. 11, setembro-dezembro, 2019, p. 461-479.

especial o Supremo Tribunal Federal e relativize a centralidade dos Juizes e Juizas no processo interpretativo, que seriam transformados não em heróis individuais, mas, possivelmente, em anti-heróis responsáveis por coordenar procedimentos participativos destinados a dar sentido ao texto constitucional.⁷⁷

Neste mesmo sentido, Gualano de Godoy⁷⁸, tratando em específico, das nuances da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, defende a ideia de que, considerando que a Constituição traz em seu bojo o compromisso fundamental de uma sociedade na qual seus membros se reconhecem como livres e iguais, os significados das normas que consagram tal compromisso, bem como seu conteúdo e alcance, só possuem razão de ser quando o povo figure como partícipe dessa tarefa. Ou seja, a atividade interpretativa em âmbito judicial deve ser compartilhada entre povo, os Poderes e as instituições, pensamento descrito pelo autor como constitucionalismo popular.

Ainda no que tange à prática da corte constitucional brasileira, vale lembrar a que a previsão da realização das audiências públicas, bem como da participação do *amicus curiae*, enquanto instrumentos de democratização, apesar de carecerem de aperfeiçoamento e maior constância, tem rendido bons frutos no que se refere às decisões judiciais.

Em sua pesquisa, realizada a partir da análise de alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, Gualano de Godoy⁷⁹ concluiu que nos votos dos Ministros, houve um alto grau de influência dos debates propiciados pelas audiências públicas e *amicus curiae*.

Neste contexto, Rodriguez⁸⁰ acredita que outros mecanismos podem ser criados, de forma a permitir a participação dos sujeitos sociais no processo de interpretação e criação de normas jurídicas no meio judicial, como júris constitucionais dedicados aos casos mais polêmicos, compostos por pessoas com diferentes origens e formações, escolhidas, por exemplo, pelo critério do mérito combinado com o sorteio.

Certamente, os pensamentos aqui expostos desnaturalizam a ideia de separação de poderes e possibilitam o fortalecimento da democracia e a legitimação da atuação do juiz durante sua atividade interpretativa, em especial, na medida em que roga por instrumentos que possibilitem o diálogo entre a sociedade e o Poder Judiciário. Eis, então, que emerge o papel do juiz como agente de representação extraparlamentar, apto a criar o direito e a promover a mudança social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Franz Neumann, autor crítico alemão, desenvolveu vasta obra, apontando os equívocos da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, a partir de uma visão histórica e sociológica do fenômeno jurídico.

Neumann entendia que a fórmula tripartite servia para manter o *status quo* da burguesia da época, negando às forças extraparlamentares (administração e poder judiciário) a devida participação no processo de criação do Direito. Criticou,

⁷⁷RODRIGO RODRIGUEZ, J. "Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo: Unisinos, n. 11, setembro-dezembro, 2019, p. 461-479.

⁷⁸GUALANO DE GODOY, M. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*, Fórum, Belo Horizonte, 2017.

⁷⁹GUALANO DE GODOY, M. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*, Fórum, Belo Horizonte, 2017.

⁸⁰RODRIGO RODRIGUEZ, J. "Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito", em VV.AA. (FRIZZO BRAGATO, F.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos*. [ebook]. N. 15. Karywa, São Leopoldo, 2019, p. 184-187.

em especial, a visão de Montesquieu acerca de uma atuação neutra do juiz, a quem cabia o mero papel de aplicador das leis.

As ideias de judicialização e ativismo foram construídas a partir de um paradigma tradicional da teoria da separação de poderes, em que a atuação do Judiciário, incluindo a das cortes constitucionais, deveria estar atrelada ao texto normativo, sob pena de que a decisão judicial viesse a ser contaminada pela discricionariedade.

O agir discricionário, eivado de elementos subjetivos, de política e de moral já era admitido desde Kelsen e, durante todo o correr da história da teoria da decisão, o que se observou foi que estes espaços de discricionariedade não puderam ser passíveis de contenção.

Contemporaneamente, no Brasil, é possível observar que o protagonismo do Poder Judiciário tem se colocado, cada vez mais, como pauta de discussão, em razão da postura personalista assumida pelos juízes, que levam ao chamado ativismo judicial, principalmente, em sede de jurisdição constitucional.

Certamente, o ativismo judicial enquanto expressão de uma atuação personalista do intérprete-juiz, precisa ser fortemente combatido em nome do Estado Democrático de Direito, de forma a se evitar a produção de decisões de natureza aristocrática, desconectadas com as demandas sociais.

Em contrapartida, a atuação do juiz enquanto legislador positivo, também compreendida como ativista, talvez possa ser considerada frutífera naquelas circunstâncias em que há necessidade de efetivar direitos fundamentais. Mesmo porque não há como desprezar que toda decisão judicial comporta uma dimensão criativa em seu cerne, além da aplicativa. Para que se possa pensar o ativismo nesta perspectiva, é preciso estar livre das amarras da tradicional teoria da separação dos poderes.

Ressalte-se, contudo, que há de se ter o devido cuidado para que a tarefa interpretativa e a decisão judicial não repousem sobre argumentos de autoridade, configurando os espaços de arbítrio chamados de zonas de autarquia.

Com vistas a prevenir a ocorrência de decisões autárquicas e, ao mesmo tempo, garantir a necessária segurança jurídica, é preciso compreender a importância do fortalecimento da argumentação/fundamentação das decisões, ou seja, o foco de discussão sobre a matéria julgada deve recair sobre a esfera argumentativa e não, necessariamente, sobre o texto da lei.

Neste contexto, o modelo interpretativo denominado originalismo democrático se mostra viável para orientar a tarefa do intérprete-juiz, na medida em que busca aliar o discurso à participação, de forma a trazer a necessária legitimação às decisões judiciais, em especial, na esfera da jurisdição constitucional. Ademais, trata-se de uma teoria que busca combater a atuação personalista do juiz, propiciando a transição da postura aristocrática para a dialógica.

As audiências públicas e a figura do *amicus curiae*, certamente, são instrumentos que permitem esse diálogo, especialmente, nas causas de grande repercussão e nas que envolvem direitos fundamentais.

Mas, esses mecanismos de democratização precisam ser aperfeiçoados e se tornarem mais corriqueiros, pois quanto mais espaço para a deliberação, mais legítimo se tornará o processo decisório e menor será a probabilidade da ocorrência de zonas de autarquia.

A partir desses limites é perfeitamente plausível que os juízes assumam a condição de agentes de representação extraparlamentar, atuando no processo de criação do Direito e da mudança social, fortalecendo, portanto, a democracia.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. *La nueva división de poderes*. Tradução de José Manuel Salazar, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4754/2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 02 fev. 2019.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Tradução de José Li3n Depetre, 2. ed. M3xico, FCE, 1988.
- GUALANO DE GODOY, M. *Devolver a constitui33o ao povo: cr3tica 3 supremacia judicial e di3logos institucionais*, F3rum, Belo Horizonte, 2017.
- GURZA LAVALLE, A.; HOUTZAGER, P.; CASTELLO, G. "Democracia, pluraliza33o da representa33o e sociedade civil", *Lua Nova*, S3o Paulo, n. 67, 2006.
- GURZA LAVALLE, A.; ISUNZA VERA, E. "A trama da cr3tica democr3tica: da participa33o 3 representa33o e 3 accountability", *Lua Nova*, S3o Paulo, n. 84, set. 2011.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, S3o Paulo, 2000, p. 393.
- LUIZ STRECK, L. *Dicion3rio de hermen3utica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito 3 luz da cr3tica hermen3utica do direito*, Letramento, Belo Horizonte, 2017.
- LUIZ STRECK, L. "O rubic3o e os quatro ovos do condor: de novo, o que 3 ativismo?", em VV.AA. (ENGELMANN, W.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Anu3rio do Programa de P3s-Gradua33o em Direito da Unisinos*, n. 12, 2016.
- MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*. Versi3n de Fernando Vallesp3n, Alinza Editorial, Madrid, 1998.
- MENDES, G. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, S3o Paulo, 2008, p. 941-942.
- MENDES, G.; BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*, 9. ed. rev. e atual., Saraiva, S3o Paulo, 2014.
- MONTESQUIEU. *Do esp3rito das leis*. Tradua33o de Cristina Murachco, Martins Fontes, S3o Paulo: 2000, p. 167-168.
- NEUMANN, F. *Estado democr3tico e estado autorit3rio*. Tradua33o de Luiz Cor33o, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1969.
- NEUMANN, F. *O Imp3rio do direito: teoria pol3tica e sistema jur3dico na sociedade moderna*. Tradua33o de R3rion Soares Melo, Pref3cio e Revis3o da Tradua33o: Jos3 Rodrigo Rodriguez, Editora Quartier Latin do Brasil, S3o Paulo, 2013.
- PEREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*, 14. ed., Marcial Pons, Madrid, 2014.
- PIRRA3A, N. *A separa33o dos poderes como doutrina e principio constitucional: um contributo das suas origens e evolu33o*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.
- ROBERTO BARROSO, L. "A raz3o sem voto", em VV.AA. (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R. coords.), *A raz3o e o voto: di3logos constitucionais com Lu3s Roberto Barroso*, FGV, S3o Paulo, 2017.
- ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contempor3neo: os conceitos fundamentais e a constru33o do novo modelo*, 2. ed., Saraiva, S3o Paulo, 2013.
- ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contempor3neo: os conceitos fundamentais e a constru33o do novo modelo*, 8. ed., Saraiva, S3o Paulo, 2019.
- RODRIGO RODRIGUEZ, J. "A desintegra33o do status quo", *Novos Estudos*, n.96, julho, 2013a, p. 49-66.
- RODRIGO RODRIGUEZ, R. "A pol3tica jur3dica da Lava-Jato", em VV.AA. (GON3ALVES SILVA, F.; RODRIGO RODRIGUEZ, J.), *Manual de sociologia jur3dica*, 3. ed., Saraiva, S3o Paulo, 2018.
- RODRIGO RODRIGUEZ, R. "As figuras da pervers3o do direito: para um modelo cr3tico de pesquisa jur3dica emp3rica", *Revista Proleg3menos Derechos y Valores*, v. 19, n. 37, 2016a.
- RODRIGO RODRIGUEZ, R. *Como decidem as cortes: para uma cr3tica do direito (brasileiro)*, FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b.
- RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*, LiberArs, S3o Paulo, 2019, p. 51.
- RODRIGO RODRIGUEZ, R. *Fuga do Direito: um estudo sobre o direito contempor3neo a partir de Franz Neumann*. Saraiva, S3o Paulo, 2009, p. 137.

- RODRIGO RODRIGUEZ, J. "Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, São Leopoldo, n. 11, setembro-dezembro, 2019, p. 461-479.
- RODRIGO RODRIGUEZ, R. "Perversão do direito (e da democracia): seis casos / Perversion of law (and democracy): six cases", *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 4, p. 261-294, dez. 2016b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22185>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- RODRIGO RODRIGUEZ, J. "Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito", em VV.AA. (FRIZZO BRAGATO, F.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos*. [ebook]. N. 15. Karywa, São Leopoldo, 2019, p. 183-187.
- RODRIGO RODRIGUEZ, R. "Um novo ciclo autoritário: para uma democracia multinormativa.", em VV.AA. (ENGELMANN, W.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, n. 14, 2018, p. 104-105.
- RODRIGO RODRIGUEZ, J.; SCHUCK DA SILVA, S. "Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans", em VV.AA. (PETER DA SILVA, C.O.; MACHADO FILHO, R. D.; TOLEDO ARRUDA, D. T. B. coords.), *Ministro Edson Fachin: STF – 2015/2020*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2020. No prelo.
- ROSANVALLON, P. *A democracia inacabada*, Alameda, São Paulo, 2018.
- ROUSSEAU, D. *Radicalizar a democracia: proposições para uma refundação*. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira, Editora Unisinos, São Leopoldo, 2019.
- SAMPAIO FERRAZ JR., T. *Argumentação Jurídica*, São Paulo: Editora Manole, 2014.
- SCHMITT, C. *Teoria de la constitucion*. Tradução de Franciso Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p. 214.
- TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.
- TEUBNER, G. *Direito comparado: fragmentos constitucionais – constitucionalismo social na globalização (edição digital)*, Saraiva, São Paulo, 2016.
- URBINATI, N. *Representative democracy: principles & genealogy*, Chicago University Press, Chicago, 2006.
- VICENTE HASSON RIBEIRO, D. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.