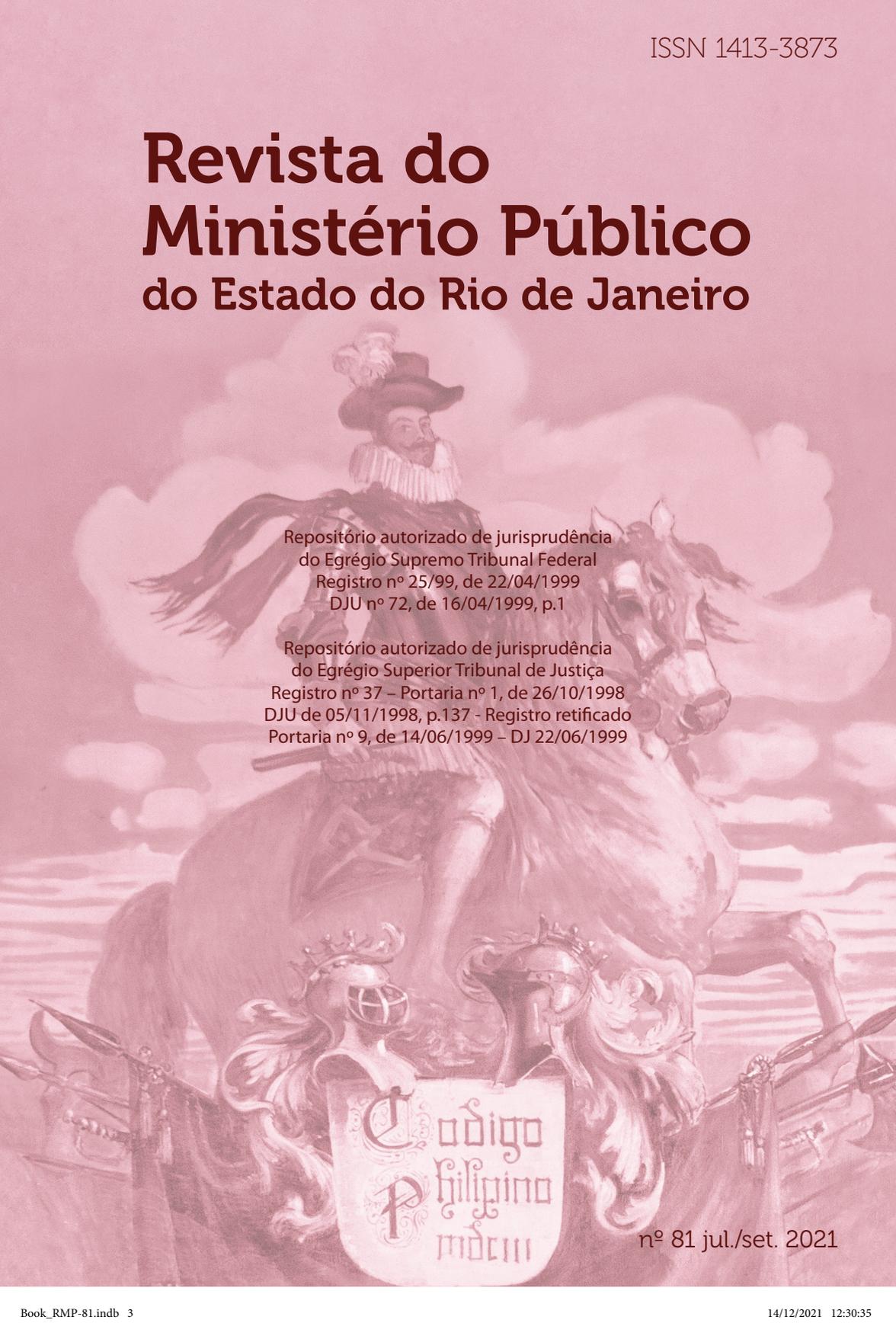


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
– DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



Codigo
Philgino
mdcciii

nº 81 jul./set. 2021

Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática

Bruno de Sá Barcelos Cavaco*

Sumário

1. Protagonismo do Judiciário na cena contemporânea e judicialização da política. 2. Cena atual e ressignificação da separação dos poderes. 3. O exame das capacidades institucionais. 4. Capacidades institucionais e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 5. Perspectivas e expectativas. Referências bibliográficas.

Resumo

Este ensaio procura fazer uma breve análise acerca de como a teoria institucional e o argumento das capacidades institucionais podem restar funcionalizados à equalização de conflitos interinstitucionais na contemporaneidade. Partindo-se das inarredáveis premissas da judicialização da política (e das próprias relações sociais) e do exaurimento do modelo clássico-liberal da separação dos poderes, propõe-se a adoção devidamente regrada e contextualizada das “capacidades institucionais”, haurida sob o marco consequencialista previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a fim de que uma nova cena institucional e democrática venha a lúmen, em uma verdadeira transposição paradigmática.

Abstract

This paper aims at analyzing how institutional theory and the argument of institutional capacities can remain functionalized to the equalization of interinstitutional conflicts in contemporary times. Starting from the unquestionable premises of the judicialization of politics (and of the social relations themselves) and the exhaustion of the classic-liberal model of the separation of powers, it is proposed to adopt properly regulated and contextualized “institutional capacities”, drawn up under the consequential framework foreseen in the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, so that a new institutional and democratic scene comes to light, in a true paradigmatic transposition.

Palavras-chave: Separação de poderes. Ressignificação. Capacidades institucionais. Consequencialismo. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

* Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Membro efetivo do IBDP.

Keywords: *Separation of powers. Resignification. Institutional capabilities. Consequentialism. Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law.*

1. Protagonismo do Judiciário na cena contemporânea e judicialização da política

Para fins de necessária contextualização, fundamental tecer algumas nodais linhas sobre o recrudescimento do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas.

Na trilha da derrocada dos ideais dos Estados Sociais e a deficiência das demais instâncias políticas em realizar suas atividades essenciais, vem-se atribuindo um papel peculiar ao Judiciário na implementação de uma espécie de democracia muito particular, mediante a judicialização da política.

Tal expressão ganhou delineamento a partir do paradigmático trabalho coordenado por Tate e Vallinder¹, intitulado *The Global Expansion of Judicial Power (1995)*.

A judicialização da política perpassa todo o discurso jurídico do século XX e corporifica o coroamento de um movimento de reforço do papel do Judiciário (após a superação da fase autonomista do Direito Processual), devido à incapacidade de as instituições majoritárias darem provimento às demandas sociais e à consequente busca destas perante o Estado-Juiz.

Tal fenômeno de escala global, marcado pela transferência de poder das instâncias políticas representativas para os tribunais, vem se dando em inúmeros países desde o final da Segunda Guerra Mundial, em ondas associadas a processos de democratização.

As modalidades de transferência são várias, desde a adoção de constituições analíticas e generosas no catálogo de direitos, passando pela criação de tribunais de extração constitucional, pela ampliação do acesso à justiça a interesses metaindividuais até os impactos da assinatura de tratados internacionais sobre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Em termos mais específicos, a judicialização da política tem reconfigurado a face da democracia representativa em duas dimensões principais, quais sejam: a fiscalização abstrato-normativa de leis em sentido estrito e de atos emanados do executivo e, principalmente, a fraturante interferência dos Tribunais no estabelecimento e condução governamental de políticas públicas.

Percebe-se, nesse contexto, a tentativa de arranjos e rearranjos institucionais preordenados à delimitação dos espaços dos diversos sistemas (político, jurídico e econômico), em um subjacente contexto de interferências recíprocas e, precipuamente, da crise de representação.

¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York Univ. Press, 1997.

Aqui, vale dizer, já se enuncia o cerne do presente ensaio, qual seja, o argumento das capacidades institucionais como percurso necessário para a equalização de conflitos interinstitucionais na contemporaneidade.

Pois bem.

Volvendo ao tema, em precisa radiografia dos tempos modernos, Garapon² constata a judicialização das relações sociais em nossa época, ao afirmar que os juízes são cada vez mais instados a se manifestar em uma variadíssima gama de setores da vida social.

Contudo, o Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas públicas. Aliás, em determinadas circunstâncias, corre-se o risco de “criar” cidadãos de segunda classe (despolitização da sociedade), os quais, em vez de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo jurisdicista.

Nessa senda, mesmo diante de inequívoca ineficiência estrutural, não se pode olvidar que a crise de legitimação estatal a acoirar fundamentalmente os países periféricos coloca o Judiciário em papel de proeminência, ocupando espaços contramajoritários e conferindo concreitude aos direitos fundamentais não observados pelas demais instâncias políticas³.

Marcado por um déficit histórico e premido pela assunção de uma cultura constitucional tardia, observa-se em âmbito nacional a utilização *correntia* da judicialização, com vistas à implementação de direitos fundamentais (o que, na forma do modelo de 1988, pode conduzir a judicialização da política como expressão e possibilidade de correção de nosso histórico déficit democrático).

Nada mais do que um dos vários sintomas inseridos em uma patológica moldura de quase colapso das instituições brasileiras.

De acordo com Campilongo⁴, a representação política está em crise⁵.

² Nas precisas palavras do autor francês, “o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso”. (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24).

³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, *passim*.

⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, *passim*.

⁵ Em sentido contrário, a partir de uma visão sociológica sobre o tema, ver: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 7-8. Para a autora, com esteio em profundo estudo empírico: “as falsas premissas do silogismo da judicialização não resistem ao teste dos fatos. Para concluir-se que a política é judicializada, o STF é ativista e o Legislativo encontra-se enfraquecido, faz-se necessário olhar não apenas para o volume de ações impetradas, mas também para os resultados daquelas efetivamente decididas pelo STF. Como ele decide as ações contra normas promulgadas pelo Legislativo? E como ele as decide no mérito, e não apenas liminarmente, de modo a efetivamente limitar a expressão da vontade majoritárias? Essas perguntas ainda não foram respondidas pela literatura sobre judicialização, assim como não o foram outras igualmente relevantes para uma defesa minimante consistente do argumento de que há algum tipo de retração do Legislativo, seja na origem,

Apesar de o sistema político desempenhar hoje uma função específica, as demais expectativas criadas no plano da sociedade redundaram em eloquente fracasso, notadamente pela infatigabilidade de se decidir no presente como será o futuro.

Persiste uma ingênua convicção na capacidade prestigiadora do sistema político, determinante da crise da representação hodierna. Essa ambição totalizante do sistema político invariavelmente deságua em frustrações. Para os fracassos, encontram-se desculpas simplórias, sem que se discutam politicamente os limites do sistema político.

A ausência de representatividade política adequada conduz a outra falácia: a eventual capacidade do mercado para decidir, substituindo os mecanismos de escolha coletiva. Sai a política e entra a economia, transferindo-se para o sistema econômico os malogros do sistema político.

No espaço legislativo, assiste-se a uma democracia representativa em crise e a um parlamento sem agenda. Por seu turno, o Executivo não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais⁶.

Lord Woolf⁷, durante a reforma inglesa de 1988, a qual flertou com o *civil law*, asseverou que um enorme numerário financeiro era usado pelo sistema judicial para resolução de um contencioso decorrente do não cumprimento de direitos fundamentais sociais, e que seria melhor direcionar esses valores no gasto e asseguramento de políticas públicas de saúde, habitação e aos quais se poderiam agregar, no Brasil, inúmeros outros direitos fundamentais não assegurados minimamente a nossos cidadãos, geradores de milhões em nosso sistema judiciário.

Barroso⁸ afirma, nesse passo, que a concretização da democracia não se perfaz tão somente com a observância estrita do princípio majoritário, mas também e,

seja nos efeitos do processo de judicialização. É possível comprovar empiricamente a existência de um vazio normativo no Congresso Nacional a respeito daqueles temas nos quais o STF é chamado a decidir no controle abstrato de constitucionalidade? E essas decisões tendem a refrear a produção legislativa, permitindo ao Congresso que o STF substitua sua vontade pela dele? Seriam muitas as questões a serem respondidas para que se pudesse operar a passagem da premissa que se apoia no grande volume de ADIs impetradas no STF para a conclusão que o Congresso legisla pouco e mal. O limitado repertório de casos que usualmente acompanham os libelos que associam a expansão do poder judicial do STF à retração da capacidade de representação do Legislativo também não é, de nenhum modo, suficiente para conferir lógica ao falaz silogismo da judicialização. Ademais, tais casos já mencionados consistem naquilo que, em Estatística, denomina-se *outliers*, isto é, registros que se desviam significativamente do restante dos dados componentes de uma amostra". Mais a frente, a partir da experiência brasileira, nomeadamente com esteio na atividade judicante do Pretório Excelso, a autora afirma que a judicialização nacional acaba por fortalecer a representação, *in verbis*: "desde 1988 o STF vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos poderes Legislativo e Executivo, ajustadas as premissas, tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação". (*Idem, Ibidem*, p. 9).

⁶ BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 13.

⁷ WOOLF, Harry. Civil justice in the United Kingdom. *The American Journal of Comparative Law*, p. 709-736, 1997.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, 1996.

fundamentalmente, com a efetivação dos direitos fundamentais proclamados na tessitura constitucional.

Nesse diapasão, atribui-se aos direitos fundamentais (teorização adequada dos direitos fundamentais) uma dúplici função, qual seja, de integração dos indivíduos no processo político-comunitário e de ampliação do chamado espaço público.

Testemunha-se, nessa vereda, uma criação progressiva de uma nova arena pública em torno do Poder Judiciário, externa ao circuito clássico sociedade civil-partidos-representação-formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular.

Cada vez mais, o Judiciário é instado a se manifestar sobre questões que extrapolam a arena estritamente legal, sendo obrigado a se posicionar sobre a intimidade e a vida privada das pessoas.

No paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, ter acesso aos direitos não significa apenas ser livre contra os abusos do poder, nem recebê-los segunda uma concepção alheia de bem-estar (multiculturalismo das sociedades pós-modernas e o conseqüente dissenso racional acerca dos *standards* mínimos dos valores fundamentais⁹).

Sob outro giro, não se pode negar que a desneutralização¹⁰, a emergência de seu ativismo e, sobretudo, a judicialização da política são processos afirmativos do Judiciário, em escala mundial, compreendendo tanto os sistemas de *commom law* como os de *civil law* (de todo modo, mister assinalar uma irreversível tendência no cenário globalizado de uma interpenetração entre os sistemas de *civil law* e *common law*¹¹).

Segundo Vianna¹², o Judiciário abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação.

Para Zaffaroni¹³, o limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado Moderno. A Justiça moderna não pode ser apolítica, mesmo porque é inarredável o reconhecimento de que o Poder Judiciário é governo.

A definição do Judiciário, por isso, não pode ser estabelecida na “afirmação de que não estabelece regras *erga omnes*, de que não é colegislador”, porquanto a realidade tem demonstrado que não lhe resta, às vezes, outro recurso do que sê-lo.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. cit., p. 290.

¹⁰ Sobre a desconstrução do mito da neutralidade do juiz e do processo no que toca à construção do direito do caso concreto, v. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26 e ss. e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

¹¹ TROCKER, Nicolò. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012, *passim*.

¹² VIANNA, Luiz Werneck; et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Nesse mesmo sentido, Pogrebinski¹⁴ ressalta que o conceito de representação política deve ser alargado de modo a abranger as Cortes Constitucionais, que não podem, afinal, deixar de ser reconhecidas como instituições políticas.

A análise empírica aqui cederá lugar a uma argumentação normativa que, por meio de uma discussão dos conceitos de delegação, legitimidade e *accountability*, buscará defender que o que se chama de judicialização pode vir a ser encarado como representação.

Trata-se de ampliar a representação política como expressão da vontade majoritária, concebendo novos arranjos institucionais para sua vocalização.

Especificamente sobre o tema, afigura-se imperiosa a advertência veiculada pelo multicitado mestre Cappelletti¹⁵ no sentido de que não se pode apostar em uma *república de juízes* (juristocracia).

A criatividade da função jurisdicional pressupõe desvendar a seguinte questão: o Juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, de criação do Direito.

Pouco importa, segundo se sustenta, se há diferenciação ontológica entre interpretação e criação do Direito¹⁶. O verdadeiro problema está no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito pelos Tribunais.

Sustenta, ainda, o Mestre de Florença, que, na tarefa de criar a lei, o juiz não detém total liberdade para interpretação, pois o sistema jurídico estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais.

Não há oposição entre as duas atividades, já que o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo legislativo, o que é feito por meio da interpretação. A norma do caso concreto, como cediço, somente se perfaz mediante a integração erigida pelo processo hermenêutico.

A questão, frise-se, está no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação. O grau de criatividade é maior quando a decisão do juiz está baseada na equidade, e menor quando julga e interpreta argumentando em alguma lei ou precedente.

Porém, em ambos os casos, a atividade do juiz se assemelha ao do legislador, visto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade¹⁷.

¹⁴ POGREBINSCHI, Thamy. *Op. cit.*, p. 11.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; trad: DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Juízes legisladores?* SA Fabris Editor, 1999, p. 36-39.

¹⁶ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo. cit.* p. 16.

¹⁷ Mesmo tendo como pano de fundo a seara penal, as ideias desenvolvidas sob a ótica do sistema constitucional podem ser transpostas para a hipótese em comento. Nesse passo, o eminente penalista constrói didática metáfora ao desenhar os espaços de conformação legiferante deixados pelo constituinte originário ao legislador derivado, comparando-os aos sinais verde, amarelo e vermelho, a depender do exaurimento do tratamento da matéria de natureza constitucional. (FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, *passim*).

A dúvida levantada por Cappelletti é se essa concepção de juiz-legislador não minaria a ideia fundamental da separação dos poderes, ameaçando a democracia e conduzindo ao Estado totalitário.

Nessa perspectiva, Calmon de Passos¹⁸ mergulha fundo nas mazelas do fenômeno em questão, assentando que a “juridificação das relações sociais e a judicialização de sua aplicação, sem a democratização da sociedade, mascara um retrocesso assustador”¹⁹.

Em igual direção, temendo a despolitização da sociedade, Garapon²⁰ diagnostica que a brutal aceleração da expansão jurídica nesse quartel de século não é conjuntural, mas ligada à própria dinâmica hodierna das sociedades democráticas.

¹⁸ Como fundamento para tanto, destaca Calmon de Passos que: “todo ato de aplicação do direito tem uma dimensão de criação do Direito. Mas esse espaço jamais pode significar que a decisão a nível micro deslegitime, desatenda ou inviabilize os objetivos postos a nível macro. Se formos rigorosos no atentar para os fatos, veremos que pouco vale teorizar sobre a supremacia do povo, como titular do poder constituinte ou de seus representantes, os legisladores, ou dos administradores e julgadores. Constituição, leis, decretos, contratos são textos, linguagem, sempre impotente, por si só, para interferir na realidade, na cruza dos fatos. Se quisermos ser fiéis à realidade, devemos concluir que ‘direito’, em termos socialmente operantes, é apenas aquele que o detentor do monopólio do uso legítimo da força diz que é direito e assegura a efetividade de sua decisão. Impensável e ideologicamente perverso imaginar o magistrado como um agente político vocacionado para se contrapor ao poder político e ao poder econômico ou conformá-los. Parece, portanto, que há um dilema intransponível ou impossível de solução a se pretender dar ao magistrado o poder de submeter o poder político e o econômico. O magistrado desempenha sempre o papel que lhe é adequado em função de como se organiza politicamente a sociedade e do processo de produção que foi institucionalizado. O Poder Judiciário só pode atuar a nível micro e nestes termos seu agir se assemelha à esmola que antigamente se dava, toda sexta ou sábado, não me lembro bem, aos mendigos que batiam a nossa porta: um pãozinho de Santo Antonio e uma xícara de farinha. Engana a fome, mas não elimina a mendicância. O que há de grave no ativismo judicial é que ele dá a esmola não desfalcando seu patrimônio, mas o do povo brasileiro, porquanto, penalizando a empresa, ou a inviabiliza ou ela transfere o ônus para o consumido; e penalizando o Estado, penaliza o contribuinte, que é dele o dinheiro que diz público e que por isso mesmo é descuidado às vezes criminosamente”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 63-64).

¹⁹ Nesse sentido, são válidas as advertências de Streck no que pertine à construção de condições de possibilidade preordenadas à evitação de arbitrariedades. Em sendo assim, o Professor da UNISINOS pontifica que: “se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma linguístico-filosófico, superando qualquer possibilidade de modelos interpretativos (se quiser, hermenêuticos) sustentados no esquema sujeito-objeto”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 393).

²⁰ Contextualizando o tema, o eminente magistrado francês afirma que: “essa reviravolta judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O ativismo judiciário, de que ele é o sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo, que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e, logicamente, a força da mídia. Os juízes só podem assumir tal posição se encontrarem uma nova visão política, pois aparentemente ela não se satisfaz mais com as instâncias políticas tradicionais. Sua linguagem é a do direito – dos direitos do homem na Europa, dos direitos das minorias na América –, e a sua gramática, o processo. O enfraquecimento do Estado é apenas a consequência da globalização da economia: o mercado, ao mesmo tempo em que despreza o poder tutelar do Estado, multiplica a recorrência ao jurídico. Esse movimento duplo – fluxo do direito e refluxo do Estado – é facilmente percebido e, de resto, seria ele assim tão novo?”. (GARAPON, Antoine. *Op. cit.*, p. 26.).

Uma verdadeira derrubada do homem democrático, inevitavelmente desencantado após um quádruplo desabamento experimentado na pós-modernidade: político, simbólico, psíquico e normativo.

Em outro enfoque, no Estado de Bem Estar Social, cabe ao governo providenciar a execução de leis que garantam os novos direitos, inclusive os sociais, difusos e coletivos. Quanto mais abstrata for a legislação, mais espaço terão os juízes para interpretá-la.

Essa mudança de comportamento dos juízes corresponde à própria mudança do Estado Moderno (Bem Estar Social) e ao papel desempenhado pelo Direito.

Esse Estado assumiu cada vez mais compromissos – ao invés de deixar tudo nas mãos do mercado – e interveio drasticamente na vida social, necessitando, para isto, de uma forte produção legislativa e de uma máquina administrativa e burocrática ampla o suficiente para realizar tais tarefas.

Nesse sentido, ao tentar explicar a judicialização sob uma perspectiva mais teórica, Santos²¹ associa a expansão do direito nas sociedades contemporâneas à crise do Estado-Providência observada nos países centrais do capitalismo a partir do final da década de 1970.

O eminente professor lusitano arrola alguns fatores que corporificaram tal crise, quais sejam: (i) incapacidade financeira de o Estado atender às despesas sempre crescentes da previdência estatal; (ii) criação de enormes burocracias com elevado nível de ineficiência; (iii) clientelização e normalização dos cidadãos; (iv) revoluções tecnológicas que imprimiram significativas alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho; (v) difusão do modelo neoliberal; (vi) proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional – FMI); e (vii) globalização da economia.

Em outra vereda, a crise que se abatera sobre o *Welfare State* causou impactos profundos sobre o sistema jurídico, a atividade dos Tribunais e o significado sociopolítico do poder judicial nos países ditos desenvolvidos.

Entre tais impactos, destaca-se (i) a sobrejuridificação²² das práticas sociais, ao lado (ii) da explosão da litigiosidade; (iii) complexificação dos litígios; (iv) aumento das desigualdades sociais e enfraquecimento dos movimentos sociais; e (v) crise da representação política tradicional (sistema partidário e representação política).

Nessa nova realidade – gigantismo estatal, legislativo, administrativo e burocrático – aumentaram as funções e a responsabilidade dos juízes, sendo que a

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Consulta em: 09 nov. 2015.

²² Segundo Boaventura de Sousa Santos o instrumentalismo jurídico observado no Estado-Providência traduz-se: “em sucessivas explosões legislativas e conseqüentemente, numa sobrejuridificação da realidade social, que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico. Surge um caos normativo, que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção lógica” (*Idem, Ibidem*, p. 1).

justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

O Judiciário, portanto, se vê premido em uma esquina com duas opções, quais sejam: a) permanecer fiel à concepção tradicional do século XVIII, dos limites da função jurisdicional; b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador.

Dito isso, a ideia de constituição, fruto da engenharia política liberal-burguesa do século XIX, foi pensada como centro emanador do ordenamento jurídico.

O direito constitucional principiou o século XX como sinônimo de segurança e legitimidade.

Ocorre que, a par do triunfo da democracia liberal, adverte Cittadino²³ que a sociedade convive paradoxalmente com o fim da utopia igualitária, com as constantes violações de direitos humanos, com o sentimento de vazio associado a uma compreensão da política enquanto mera estratégia de engenharia social, com as concepções de Estado Mínimo e de mercado concorrencial que agravam a sensação de desamparo e fragilidade.

Consoante as percucientes lições de Santos²⁴, as promessas emancipatórias que ladearam a formação dos Estados Democráticos nunca passaram de fantasia jurídica.

Os centros de dominação estatal apenas trocaram suas vestes, agora trajando um modelo individualista e administrativo, além de ancorados em um pseudodiscurso de igualdade.

Em outra medida, a normatividade constitucional que consolida a eficácia ao sistema do *judicial review*²⁵, amplia, em decorrência, o espectro dos sujeitos institucionais na comunidade de intérpretes como direito à participação no controle da constitucionalidade das leis²⁶.

²³ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

²⁴ Em passagem emblemática, Boaventura de Sousa Santos afirma que: “somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (liberdade, igualdade, fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas. Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de Estados Democráticos clivados por sociedades fascizantes em que os índices de desenvolvimento são acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão social e degradação ecológica. Utilizando a expressão de Warat, a promessa de igualdade nunca passou de uma fantasia jurídica. ‘Uma nova forma de hierarquia se estabelece, desta maneira, sob a forma de uma sociedade individualista e administrativa. Se todos se tornam juridicamente iguais, eles vêm a ser igualmente dominados por uma instância que lhes é superior. A uniformidade, a igualização e a homogeneização dos indivíduos facilita o exercício do poder absoluto em vez de impedi-lo’”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez, 2008, p. 6).

²⁵ Segundo Zaneti Júnior, “na configuração constitucional que se estabeleceu no Brasil, em razão da sua tradição jurídica e da prática do *judicial review* frente ao permissivo constitucional do pleito civil *lato sensu*, tem institucionalizado, no Poder Judiciário, território privilegiado da democracia participativa e garantido o acesso do cidadão e dos corpos da sociedade civil à prática democrática”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...cit.*, p. 132).

²⁶ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

Uma nova formatação institucional possibilita, através da procedimentalização da aplicação do direito, a criação de outros *loci*, ainda que embrionários, de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário.

Nesse exato sentido, Carcova²⁷ delinea a função do Judiciário nos países periféricos do capitalismo internacional, os quais ele nomina de “novas democracias”.

Tais sociedades em desenvolvimento, como o Brasil, ostentam, como cediço, grave déficit democrático, cabendo ao Direito e, precipuamente, ao Judiciário o balizamento de um processo de ressignificação de práticas, normas e instituições, aptas a suplantarem a cultura do autoritarismo em direção à construção de um imaginário democrático.

Portanto, nessa quadra histórica, a ficção kantiana do sujeito pré-político dá lugar agora à intersubjetividade habermasiana²⁸, construída sob o fluxo da comunicação discursivo-linguística.

Ou seja, o sujeito racional e solitário está morto. É pela via da intersubjetividade que se regressa ao mundo da ética, do direito e da política.

Esse novo *locus* da esfera pública, erigido em torno do direito, de suas instituições e procedimentos (clara concepção habermasiana), estaria mobilizando formas e mecanismos de representação funcional, como o Poder Judiciário, Ministério Público, sindicalismo, vida associativa, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política.

O incontestável delineamento de uma complementariedade entre as representações política e funcional, mirando a compensação do déficit democrático, o que reforça a ideia de compartilhamento da jurisdição, pluralismo jurídico e ampliação dos espaços de emanação da processualidade.

Tais representações formam a noção de soberania complexa²⁹, a qual amplia a influência da sociedade no processo político, aproximando-se o corpo social de um esperado protagonismo no processo decisório estatal.

Em outras palavras, a autoinstituição do social pelos caminhos institucionalmente disponíveis, entre os quais e não somente os da democracia representativa.

Em sendo assim, a partir da radiografia minudenciada, não se verifica uma migração linear do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas, quanto pela cidadania social.

²⁷ CÁRCOVA, Carlos María. Los jueces en la encrucijada. Entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. In: CÁRCOVA, Carlos María (org.). *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Ed. Biblos, 1996. p. 135 – 149.

²⁸ Habermas busca ultrapassar o paradigma kantiano da subjetividade por um modelo dialógico e argumentativo, no contexto de uma filosofia da comunicação baseada no viés linguístico, a transição da reflexão monológica para o diálogo. (HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3.)

²⁹ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. Vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 320-332.

Em singelo e parcial arremate, concorda-se com Picardi³⁰ no sentido de que a ampliação do âmbito da jurisdição (uma vez constatado que, no nosso tempo, o pêndulo³¹ de orientou em tal sentido) não parece hoje apenas conjuntural, seja porque deita suas raízes, como se disse, na passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado Social de Direito, seja pela extensão e profundidade do fenômeno.

Afinal de contas, entre outros fatores, não se pode tergiversar sobre a prevalência do neopositivismo³², a par de sua vagueza semântica, como apertada síntese do pensamento jurídico contemporâneo, cujo tripé se apoia no: (i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; (ii) desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais e, o que interesse precipuamente ao presente item, (iii) redefinição do papel da jurisprudência como fonte do direito³³.

Nessa senda, partindo-se do caráter indubitavelmente criativo da interpretação, revela-se de assaz inocuidade lutar contra a força normativa subjacente ao sistema do *judge make the law*. Não há como fugir: quem interpreta atribui sentido, não apenas reconhece um sentido já existente³⁴⁻³⁵.

Em *terrae brasilis*, tal caráter se acentua, considerando o hibridismo do controle constitucional brasileiro, em que se miscigenam traços e expressões próprios do controle concreto de constitucionalidade haurido sob a experiência norte-americana, bem como do controle concentrado austríaco, o que acaba por colocar o Brasil em uma incontestada posição de vanguarda no cenário internacional, em se tratando da amplitude e possibilidades subjacentes ao controle de constitucionalidade³⁶.

2. Cena atual e ressignificação da separação dos poderes

Por ocasião de seu discurso de posse³⁷ na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Luiz Fux bem alertou que “*assistimos, cotidianamente,*

³⁰ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 9.

³¹ Em feliz passagem, Didier Jr. assevera que: “a história do pensamento jurídico costuma-se desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro. No final do ‘cabo de guerra’, chega-se ao equilíbrio”. (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 163).

³² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. cit., p. 78 e segs.

³³ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. cit., p. 160.

³⁴ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

³⁵ Acerca da incidibilidade entre interpretação e aplicação, Streck estabelece que “o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 227).

³⁶ Para uma detalhada e profunda abordagem sobre tal fenômeno, confira-se ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*, cit. p. 5-61.

³⁷ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>. Consulta em 27 jan. 2021.

o Poder Judiciário ser instado a decidir questões para as quais não dispõe de capacidade institucional. Mais ainda, a cláusula pétrea de que nenhuma lesão ou ameaça deva escapar à apreciação judicial, erigiu uma zona de conforto para os agentes políticos. Em consequência, alguns grupos de poder que não desejam arcar com as consequências de suas próprias decisões acabam por permitir a transferência voluntária e prematura de conflitos de natureza política para o Poder Judiciário, instando os juízes a plasmarem provimentos judiciais sobre temas que demandam debate em outras arenas”.

A passagem em destaque descortina uma sintomática esquizofrenia dos tempos atuais.

Parte-se de uma manifesta e redutora incompreensão da dinâmica interinstitucional forjada atualmente na pós-modernidade.

Ainda vicejam anacrônicas vozes que procuram repristinar de atualidade uma compreensão da concepção estática e arcaica da tripartição de poderes que há muito não se compadece com a intensa complexidade hodierna³⁸.

Muito embora já se reconheça um caráter fluido e dinâmico subjacente ao desenho institucional da separação de poderes – o qual aponta para atribuições preferenciais e não exclusivas de funções – ainda se sobrelevam remissões genéricas e ocas ao aludido princípio³⁹.

O princípio da separação de poderes, como cediço, foi incorporado ao discurso jurídico pelo célebre art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, desde então, se tornou um elemento onipresente nos Estados Modernos.

A Constituição da República de 1988 albergou-o em seu art. 2º, protegendo-o, inclusive, com o *status* de cláusula pétrea.

Em termos genéricos, o princípio da separação dos poderes impõe a decomposição do poder político em múltiplos órgãos estatais, titularizado por diferentes atores, fundamentando-se na ideia simples, porém poderosa, de que sua concentração favorece o arbítrio⁴⁰.

³⁸ Em tempos de intensa polarização político-partidária, a desinformação sobre as regras do jogo democrático se perfaz em paradoxal combustível para a vulneração do próprio Estado Democrático de Direito e seus pilares fundamentais. Nessa vereda, na trilha do Min. Luís Roberto Barroso, mister assentar que “Direito e Política são coisas diferentes. Essa é uma distinção essencial para a democracia. A política é feita de vontade, da vontade da maioria. O direito é o domínio da razão, da razão pública, que se projeta na Constituição e nas leis. As supremas cortes e tribunais constitucionais de todo o mundo – e ao Supremo Tribunal Federal no Brasil – cabe, acima de tudo, a interpretação da Constituição, que é a expressão maior da vontade popular, manifestada no momento de fundação ou refundação de uma nação. Em teoria, interpretar a Constituição é bem diferente de tomar decisões políticas. Na prática, porém, a interpretação não é uma atividade puramente técnica e mecânica, na qual a vontade e as convicções do agente não façam qualquer diferença. A valoração dos fatos e a atribuição de sentido às palavras da lei sempre envolverão uma dose de subjetividade. Como consequência, sempre haverá, ainda que residualmente, uma traço político nas decisões de um tribunal constitucional. Por essa razão, a linha divisória entre direito e política nem sempre é nítida e certamente não é fixa” (BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica. Um olhar sobre o Brasil e o mundo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 196-197).

³⁹ FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: Alguns Parâmetros Gerais para a Atuação Judicial. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 64, 2009. p. 55-79.

⁴⁰ A doutrina da separação dos poderes teve sua consagração na obra clássica de Montesquieu. Em “O Espírito das Leis”, o autor francês asseverou que não seria possível a existência de liberdade se o poder

Portanto, no modelo idealizado e oitocentista de separação de poderes, juízes não criam o Direito, mas se limitam a aplicar a Constituição e as leis, que são obras de agentes políticos eleitos para esse fim.

Porém, na complexidade das sociedades contemporâneas, com seu pluralismo, diversidade e velocidade das transformações, nem sempre é assim. Para muitas situações da vida, inexistente uma clara e prévia decisão política do Constituinte ou do legislador definindo a solução a ser adotada.

Quando isso ocorre, é o próprio juiz que tem que elaborá-la, o que o torna um coparticipante do processo de criação do direito. Nesse caso, a linha divisória entre a Política e o Direito deixa de ser nítida, por essa função criativa do juiz sempre terá uma natureza política⁴¹.

Partindo-se do caráter indubitavelmente criativo da interpretação, revela-se de assaz inocuidade lutar contra a força normativa subjacente ao sistema do *judge make the law*.

Não há como fugir: quem interpreta atribui sentido, não apenas reconhece um sentido já existente⁴²⁻⁴³.

Nesse processo de normatização crescente da vida social⁴⁴, passamos a assistir ao crescimento das contradições entre pautas normativas não solúveis. A complexidade da regulação faz as prescrições serem mais abertas e menos precisas (com o reconhecimento da força normativa dos princípios e o desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais).

Como dito alhures, avultam-se tentativas de arranjos e rearranjos institucionais preordenados à delimitação dos espaços dos diversos sistemas (político, jurídico e

estivesse nas mãos de um só indivíduo, já que o poder seria ilimitado e tenderia o homem ao abuso. E, por isso, o exercício das atividades estatais deveria ser dividido entre três Poderes, de modo a formar um repouso ou uma inação (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, p. 173).

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica. Um olhar sobre o Brasil e o mundo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 198.

⁴² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: QuartierLatin, 2005, p. 131.

⁴³ Acerca da incidência entre interpretação e aplicação, Streck estabelece que “o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamental para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227).

⁴⁴ Nas precisas palavras do autor francês, “o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juizes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso”. (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24).

econômico), em um subjacente contexto de interferências recíprocas e, precipuamente, da crise de representação política⁴⁵.

Com efeito, parte-se da premissa de que há uma crise do paradigma da separação de poderes com seus contornos originais. O princípio da separação de poderes, à toda evidência, continua sendo de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito e suas inúmeras e diversas funções.

Porém, como as circunstâncias históricas e teóricas que o rodeiam não são as mesmas e os ideais que se pretende alcançar são distintos, não resta outro caminho senão o de se concluir pela imperiosa ressignificação do princípio da separação dos poderes.

As múltiplas e complexas necessidades da multifacetada e plural sociedade do século XXI impõem que o Estado Contemporâneo assuma responsabilidades nunca antes cogitadas.

Destarte, a releitura do princípio da separação de poderes não deve levar em consideração a pretensa noção de exclusividade que orbitava na tradição liberal em relação ao exercício das funções estatais.

A propósito, Piçarra⁴⁶ sustenta que a nova configuração do princípio da separação de poderes implica o esgotamento da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, tendo em vista uma progressiva diminuição de fronteiras, a relatividade dos critérios de caracterização material e de distinção entre elas.

Em igual direção, Ackerman⁴⁷ pontifica que a nova face da separação de poderes deve ser encarada a partir da perspectiva da especialização das funções de cada instituição de acordo com sua expertise técnica (racionalização e eficiência).

A referida premissa se aproxima da denominada *virada institucional*, enunciada por Sunstein e Vermeule⁴⁸, a partir de que se entende que o problema da legitimidade decisória não mais se resume à teoria normativo-interpretativa.

Por muito tempo os autores se restringiram a debater democracia e legitimidade numa esfera demasiadamente abstrata, e ignoraram questões práticas e relações institucionais determinantes para o resultado cognoscível desejável.

⁴⁵ Tais claudicantes e assimétricos movimentos de reacomodação institucional forjaram a edição da Lei nº 13.655/2018, o que será mais adiante explorado.

⁴⁶ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra editora, 1988, p. 264.

⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 114.

⁴⁸ O tema ganha especial relevância com SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, vol. 101, p. 885-951, fev. 2003.

3. O exame das capacidades institucionais

A aludida *virada institucional*⁴⁹ pode ser sintetizada na ideia de serem insuficientes as técnicas de interpretação do direito que não considerem os efeitos sistêmicos e a capacidade institucional do órgão responsável pela decisão⁵⁰.

Apesar de a preocupação institucional já fazer parte da agenda de outros teóricos, é razoável afirmar que o tema ganhou voz com o artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, publicado em 2003, intitulado *Interpretation and Institutions*⁵¹.

Tal movimento contemporâneo, que possui adeptos e críticos, é chamado de teoria das capacidades institucionais. O tema tem ocupado grande espaço na doutrina jurídico-político norte-americana e, mais recentemente, na brasileira. Esse debate dedica-se à necessidade de releitura do papel das instituições na revisão constitucional.

Dessa forma, o foco das questões relativas à interpretação jurídica deixa de ser *como a norma deve ser interpretada para ser quem deve interpretar*. Ou seja, a interpretação ideal é pautada mais na instituição concretamente do que na leviana tentativa de desvendar uma teoria aplicável abstratamente.

A capacidade institucional envolve habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico⁵².

⁴⁹ Essencial trazer as palavras de André Cyrino. Confira-se: “A proposta da virada institucional é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão”. CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 215. No mesmo sentido: CYRINO, André Rodrigues. *Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um amicus curiae regulatório*. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/andre-rodrigues-cyrino/separacao-de-poderes-regulacao-e-controle-judicial-por-um-amicus-curiae-regulatorio>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

⁵⁰ “Temos argumentado que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem atenção às questões institucionais. Uma extraordinária variedade de pessoas ilustres tem explorado estratégias interpretativas sem atentar para o fato de que tais estratégias, inevitavelmente, serão usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos sistêmicos que vão muito além do caso em questão. Dois mecanismos parecem principalmente responsáveis por esta cegueira institucional. Um deles é uma armadilha relacionada a quem desempenha o papel: os teóricos interpretativos se perguntam ‘como eu decidiria o caso, se eu fosse um juiz?’ – uma pergunta cuja forma muito suprime a questão fundamental de que as regras interpretativas relevantes serão utilizadas por juízes, em vez de teóricos. Outra é uma armadilha cognitiva: especialistas, como professores de Direito, criticam opiniões monocromáticas emitidas por juízes generalistas em casos particulares, desconsiderando que os mesmos juízes poderiam muito bem ter feito muito pior, ao longo de uma série de casos, na tentativa de emular a abordagem dos especialistas. No geral, a questão chave parece ser ‘como juízes perfeitos decidem os casos?’ ao invés de ‘como juízes falíveis devem proceder, à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um sistema complexo de ordem privada e pública?’. SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, vol. 101, p. 885-951, fev. 2003.

⁵¹ Idem, *Ibidem*.

⁵² Segundo Rodrigo Brandão, “a supremacia judicial tende a se fundar na crença de que o Judiciário apresenta uma capacidade institucional superior à do Legislativo para a interpretação da Constituição. Com efeito, diversos argumentos desta natureza podem ser colhidos na teoria constitucional. Dentre os principais, cite-se a maior propensão de o Judiciário (i) proteger “minorias insulares” do processo majoritário; (ii) zelar pelo tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito; (iii) preservar o pré-compromisso do povo contido na Constituição em face de maiorias transitórias que logrem aprovar leis; (iv) garantir o respeito ao Estado de Direito; (v) ser um Guardião da Constituição, função que somente pode ser cumprida de forma eficaz por um agente externo ao Parlamento; (vi) promover um processo

É tida como uma teoria hermenêutica que tenta fornecer critérios de comportamento judicial a partir da observação do arranjo institucional estabelecido pela própria Constituição.

Como mencionado, Sunstein e Vermeule cunharam o termo em *Interpretation and Institutions* e observaram que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial, e, neste sentido, a partir das capacidades institucionais destas autoridades, é possível entender como determinados agentes públicos devem interpretar certos dispositivos legais.

Em outras palavras, a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder estaria mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria⁵³.

De modo panorâmico, a tese das capacidades institucionais formulada pelos referidos autores possui as seguintes características: a busca por uma releitura do formalismo, a defesa do consequencialismo e do textualismo, sua ancoragem em uma visão empírica e o resgate da deferência do Poder Judiciário.

Os diferenciais da teoria das capacidades institucionais estão na preocupação institucional, na promoção da teoria dos acordos incompletamente teorizados, na opção por *decisões de segunda ordem* e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos⁵⁴.

A propalada saída para resolver questões concretas seria recorrer à “*second-best option*”⁵⁵ disponível. Essa conteria uma solução não necessariamente compatível com

deliberativo guiado pela razão, e não pelas pressões de política partidária, circunstância que lhe conferiria uma representação argumentativa do povo.” In: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 202-203.

⁵³ Nesse aspecto, por exemplo, podem-se observar casos que envolvam matéria regulatória, em que o próprio legislador delegou competência, por se considerar inapto à tamanha técnica. No âmbito do Poder Judiciário, Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino destacam que “o Poder Judiciário, acostumado a lidar com casos concretos, com argumentos marcadamente dogmático-jurídicos, nem sempre dispõe de meios para rediscutir políticas econômicas, por vezes baseadas em estudos e análises sistêmicas, levados a cabo pelos agentes eleitos, ou, ainda, por órgãos técnicos criados para a regulação de determinados setores da economia. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do foador em contratos de locação limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 997-1007.

⁵⁴ Tais categorias são trabalhadas e submetidas a críticas pelo professor Clémerson Clève. Ele procura apontar os limites da teoria das capacidades institucionais, a insuficiência do textualismo e do consequencialismo, a impossibilidade de uma simples deferência do Judiciário perante o Executivo, a inafastabilidade dos fatores políticos e normativos sobre a decisão. CLÈVE, Clémerson Merlin. *Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica*. In: ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial, estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2016, p. 373-403.

⁵⁵ Sunstein e Vermeule se utilizam dos conceitos originalmente econômicos de *first* e *second-best option* para sustentar a tese de que, caso não seja possível se pôr em prática a teoria interpretativa tida como ideal (*first-best option*) – que, como se procurou mostrar, é o caso –, seria mais benéfico partir para uma alternativa inteiramente distinta – *second-best option* – do que simplesmente fazer ajustes muitas vezes irreconciliáveis na teoria tida como ideal.

o estado de coisas ideal do intérprete, mas, ao menos, partiria de dados e concepções derivados exclusivamente da realidade.

Na resolução de um embate concreto, ao invés de discutir qual é esse estado de coisas ideal, o intérprete deve reconhecer a ausência de ligação causal direta entre seu método interpretativo e o terreno institucional subjacente, contextualizando e adaptando seus métodos de acordo.

Com efeito, a capacidade institucional confere enfoque nos elementos que interferem nas habilidades cognitivas dos atores institucionais. De modo a esclarecer o argumento, a literatura jurídica⁵⁶ assinala que a capacidade institucional pode ser subdividida em *jurídica* e *epistêmica*.

No primeiro caso, a referência direta é ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição. No segundo caso, elas dizem respeito tanto às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações e dados, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento das informações e a utilização como fundamentos de suas ações.

Comparar vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza – sem violar o desenho constitucional – é uma forma legítima e útil de orientar a composição de tensões interinstitucionais.

Para Leal e Werneck, a ideia de capacidade institucional é acompanhada por uma concepção de separação de poderes e de desenho das instituições. Elas procuram distribuir funções e realizar seu exercício dentro da logística institucional de acordo com sua correspondente especialidade.

Nesses termos, a Constituição é comparada a uma planta da arquitetura institucional que procura ramificar e potencializar a realização de seus objetivos⁵⁷.

Sobre o tema, revela-se de suma importância levantar um ponto trazido por Vermeule⁵⁸: a esfera mais reduzida de desenho institucional se apresenta como uma saída democrática mais estratégica e eficaz do que a alcançada com alterações em arranjos de maior escala, como por exemplo, rupturas institucionais ou profundas reformas. Isso será também um norte neste trabalho.

⁵⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 2011, p. 6-50. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

⁵⁷ “A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um ‘arquiteto institucional’, que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos. Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar”. *Idem, Ibidem*.

⁵⁸ VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.

Ao se realizar uma comparação, é possível constatar que, em alguns casos, determinadas instituições – como o Congresso Nacional, a Presidência da República e as Agências Reguladoras – podem oferecer uma melhor resposta a determinado problema do que o Poder Judiciário, possuindo, portanto, “maior capacidade institucional”⁵⁹ para resolver a questão, em virtude de sua expertise técnica e de sua habilidade para lidar com o elemento político envolvido.

Em outros casos, porém, será exigida uma atuação proativa dos juízes⁶⁰.

Ao fim e ao cabo deste tópico, fundamental o destaque das premissas que informam e permeiam o percurso e o exame subjacente às capacidades institucionais, quais sejam: (i) pluralidade de atores e otimização das funções estatais pela especialização: o aspecto estrutural; (ii) a falibilidade das instituições “no mundo real”: contra a idealização dos órgãos decisores; (iii) o desenho estrutural e instrumental técnico: arquitetura normativa e funções em movimento; (iv) comparações empíricas: o caráter contextual e contingente do exame das capacidades institucionais (comparação de vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza, sem violar expressamente regras e funções do desenho constitucional) e (v) consequencialismo e exames preditivos.

4. Capacidades institucionais e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Exsurge, pois, candente questão já posta no cotidiano judiciário e que ganha outros contornos com a vigência da LINDB.

⁵⁹ Mesmo quando o argumento é estruturado de forma adequada, Fernando Leal e Diego Werneck afirmam que é possível falhar na sua aplicação de ao menos duas formas, confira-se: “Primeiro, o que chamamos de ‘problemas de informação’. Um dos méritos anunciados das comparações institucionais para a definição das capacidades de certas instituições é o seu aspecto empírico. As capacidades de instituições específicas devem ser definidas concretamente, dentro de um arranjo institucional específico, não abstratamente. Isso exige que se produza informação – necessariamente contingente – sobre as capacidades concretas de todas as informações envolvidas. (...) Segundo, chamamos a atenção para ‘o problema da observância’. Há duas possíveis dificuldades para o cumprimento fiel de todos os pressupostos do argumento mais geral do qual a consideração das capacidades institucionais é uma parte decisiva. O ponto central da crítica está relacionado às considerações de segunda ordem orientadas nos efeitos sistêmicos das alternativas decisórias que o argumento exige. As dificuldades de observância, nesse caso, aparecem se for possível sustentar que as condições tanto para a definição de estratégias de decisão e de posturas institucionais como para a aplicação, em um caso concreto, de uma resposta que possa ser a menos indicada em função dos seus efeitos dinâmicos, mas se mostra pontualmente a mais indicada, são excessivamente exigentes”. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, nº 1, 2016, p. 192-213. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁶⁰ Sobre os riscos da argumentação, Fernando Leal e Diego Werneck assinalam: “O risco é o de que ‘capacidades institucionais’ se tornem o novo “mantra” dos constitucionalistas brasileiros, sem que as implicações efetivamente originais e úteis do argumento sejam de fato incorporadas no debate”. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 2011, p. 6-50. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

Cuida-se da tensão entre a efetivação dos direitos fundamentais sociais e a denominada capacidade institucional⁶¹.

Diuturnamente, diante da ampla inflexão derivada do vetor constitucional do acesso à ordem jurídica justa, direitos fundamentais sociais vêm sendo tutelados pelo Poder Judiciário, com base em argumentos abertos, sem que tenham sido examinados aspectos específicos dos casos concretos.

Para além disso, as decisões que tiveram por objeto a tutela de direitos sociais deixaram de considerar seus aspectos prospectivos e sistêmicos, ou, quando o fizeram, também não continham motivações dando conta de tais nuances.

Na equação consequencialista, o Judiciário se vê acossado entre duas esquilas: de um lado, obrigado a garantir a satisfação de todos, absolutamente todos os direitos previstos na Carta Cidadã, máxime para os hipossuficientes; em outro flanco, acusado pelo incremento da ingovernabilidade brasileira diante de uma interferência desmedida no campo da Administração Pública.

Em relevante estudo empírico sobre o tema, Daniel Wang⁶² concluiu que, embora os conceitos de “reserva do possível” e de “custos dos direitos” passassem a ser utilizados em julgados que tenham por objeto a efetivação de direitos sociais, o problema não residiria no resultado das decisões, mas sim na forma como eles estão fundamentadas.

Desta feita, a verificação da capacidade institucional dos agentes decisores envolvidos afigura-se em precedente lógico para fins de determinação de qual entidade está mais habilitada a produzir a melhor decisão em dada matéria.

Por conceito, Barroso⁶³ assevera que “a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, devendo ser sopesada de maneira criteriosa”.

Em tais hipóteses, segundo Aragão⁶⁴ os Tribunais devem reconhecer que o Poder Executivo tem aptidão especial que o torna melhor equipado para decidir determinadas questões de fato, o que se aproxima da própria ideia de deferência.

Nas penas do mesmo autor, a doutrina da deferência⁶⁵ (*intelligible principles doctrine*) advém da construção da Suprema Corte Americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável.

⁶¹ WANG, Daniel Wei Liang Wang. *Revista Direito GV*. São Paulo 4 (2), jul./dez. 2008.

⁶² *Idem*, *Ibidem*.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Consulta em 18 ago. 2019.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 10. n. 42. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70465. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁶⁵ *Idem*. *Ibidem*.

A capacidade institucional, portanto, pressupõe que questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem atenção às questões institucionais, com o que a deferência jurisdicional à atuação da Administração Pública encerraria óbice implícito à atuação do julgador⁶⁶.

O caminho decisório a ser percorrido (devido processo legal decisório) em tal lógica consequencialista⁶⁷ seria o seguinte: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, de um regime de transição.

Nesse contexto, bem como diante do novo paradigma que ora se descortina, o estudo do tema e suas repercussões na ordem normativa restam amplamente justificados, considerando a premente necessidade de aprofundamento do debate sobre em que termos deve ser feita a utilização das consequências no raciocínio decisório do julgador, bem como se os Tribunais Brasileiros estão preparados para tal impositiva realidade.

Como visto, não sobejam dúvidas acerca do potencial normativo transformador e subjacente aos dispositivos legais acrescidos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

5. Perspectivas e expectativas

Na trilha de um manifesto anacronismo subjacente ao conceito clássico do princípio constitucional da separação de poderes, a denominada virada institucional encerra, a toda evidência, inequívocas potencialidades para pavimentar o percurso necessário com vistas à equalização de conflitos interinstitucionais na contemporaneidade.

Contudo, uma advertência se faz imperiosa.

O argumento das capacidades institucionais, decididamente, não pode se tornar o mantra de juristas brasileiros, sem que as implicações efetivamente originais e úteis do argumento sejam de fato incorporadas no debate público.

Para evitar a arapuca anunciada, as premissas do (i) aspecto estrutural; (ii) da falibilidade das instituições “no mundo real”; (iii) do desenho estrutural e instrumental técnico; (iv) das comparações empíricas e do (v) consequencialismo e exames preditivos se perfazem em elementos absolutamente essenciais.

⁶⁶ O próprio Supremo Tribunal Federal já vem encampanando em alguns julgados o argumento das capacidades institucionais envolto e contrastado à necessidade de deferência judicial em temas tecnicamente complexos. Por todos, A G REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 28/05/2019.

⁶⁷ SUSTEIN, Cass R., Law and Administration after Chevron. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090.

Em outro flanco, a partir do paradigma normativo atualmente também integrado pela LINDB, revela-se inegável a necessidade de um estreito diálogo entre consequencialismo, capacidades institucionais e teoria da decisão.

Ou seja, sob um viés pragmático, a efetiva construção de uma operacionalização entre os marcos teóricos em destaque.

Para tanto, propõe-se um caminho decisório a ser percorrido (devido processo legal decisório), cujo *iter* lógico se desdobra nas seguintes fases: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhes é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.

Desta feita, os conflitos interinstitucionais tão em voga atualmente, sobretudo, por uma frenética e ainda incompreendida sobreposição das funções exercidas pelos Poderes da República, serão solucionados por meio da escolha do método de decisão mais capacitado para oferecer uma resposta adequada a determinado problema, de sorte a extrair do sistema jurídico uma performance qualitativa que preste obediência aos direitos fundamentais plasmados na Carta Constitucional.

Referências bibliográficas

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 28/05/2019. ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. Vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, *passim*.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 10. n. 42. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd="70465]. Acesso em: 10 jan. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de "Capacidades Institucionais". *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, nº 1, 2016, p. 192-213. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

_____. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 25, 2011,

p. 6-50. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênua. Um olhar sobre o Brasil e o mundo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Consulta em: 18 ago. 2019.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, *passim*.

CAPPELLETTI, Mauro; trad: DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Juízes legisladores?* SA Fabris Editor, 1999, p. 36-39.

CÁRCOVA, Carlos Maria. Los jueces en la encrucijada. Entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. In: CÁRCOVA, Carlos Maria (org.). *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Ed. Biblos, 1996. p. 135 – 149.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. In: ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial, estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2016.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

_____. *Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um amicus curiae regulatório*. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/andre-rodrigues-cyrino/separacao-de-poderes-regulacao-e-controle-judicial-por-um-amicus-curiae-regulatorio>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. *Desenho Institucional e Políticas Públicas: Alguns Parâmetros Gerais para a Atuação Judicial*. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 64, 2009.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Verdade e justificação. Ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>. Consulta em 27 jan. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez, 2008.

_____; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Consulta em 09 nov. 2015.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26 e ss.

SUSTEIN, Cass R. Law and Administration after Chevron. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090.

_____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885-951, fev. 2003.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York Univ. Press, 1997.

TROCKER, Nicolò. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WANG, Daniel Wei Liang Wang. *Revista Direito GV*. São Paulo 4 (2), jul./dez. 2008.

WOOLF, Harry. Civil justice in the United Kingdom. *The American Journal of Comparative Law*, p. 709-736, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.