

Sobre a interacção entre o juiz e o legislador democrático no pensamento de GUIDO CALABRESI

Mestre João Lemos Esteves

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sumário: O presente artigo visa estudar a interpretação original expendida pelo teórico, Professor de Direito (na Universidade de Yale) e Juiz Federal em Nova Iorque, GUIDO CALABRESI, sobre o princípio da separação de poderes. Mais concretamente, focaremos a nossa atenção na relação estabelecida entre o poder judiciário e o legislador democraticamente legitimado para proceder à actualização de leis – as quais incorporam valores políticos essenciais da colectividade – e, conseqüentemente, introduzir alterações na Ordem Jurídica.

1.A Lei e o precedente judicial no quadro das fontes de Direito

GUIDO CALABRESI, no seu estudo sobre o comportamento e as decisões mais significativas do poder judiciário, começa por realçar que são os tribunais que conferem os traços identitários de um sistema jurídico: assim, as especificidades usualmente atribuídas ao sistema da *common law* correspondem, no fundo, aos critérios de actuação dos tribunais nesse espaço jurídico. Donde, a caracterização/avaliação do papel dos tribunais num sistema de governo como o gizado pela Constituição dos Estados Unidos da América terá necessariamente que se iniciar pela sua inserção na evolução histórica da *common law* e nos valores em que este “*sistema de Direito*” se alicerça. Como é amplamente salientado pela doutrina, no sistema jurídico anglo-americano, a jurisprudência constitui a principal fonte de Direito: as decisões dos tribunais, que dirimem os litígios entre entes privados ou entre entes públicos e privados, estabelecem *critérios de decisão* vinculativos para os tribunais que se vierem a pronunciar sobre *casos análogos* no futuro.¹

Ora, face ao estatuto da *jurisprudência* como principal fonte reguladora das relações sociais, o poder de os juízes criarem Direito afigurava-se como uma evidência, uma decorrência necessária e natural de uma ordem social e política que se pretendia flexível, pragmática, atenta à justiça do caso concreto e avessa a generalizações dúbias e abstracções teóricas. O *judicial law-making* apresentava-se, desta forma, como um elemento estruturante da realização do Direito: e não, ao invés do que sucedia já então no sistema jurídico romano-germânico, como um elemento anódino, susceptível de conflitar com princípios basilares da organização jurídico-política dos Estados.²

¹ Na doutrina portuguesa, para mais desenvolvimentos sobre os traços identitários do sistema da *common law*, V. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Comparado*, AAFDL, 2001, em especial, pp. 39 e ss. ; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA/JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, Coimbra, Almedina, 2013, e DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Coimbra, Almedina, pp. 302 e ss. Este último autor procede a uma análise rigorosa e desenvolvida do sistema jurídico da Common Law, evidenciando a relevância da jurisprudência como fonte de Direito e a possibilidade do *distinguishing*, isto é de os tribunais afastarem o precedente, invocando e justificando devidamente as diferenças que o caso *sub judice* apresenta face à factualidade que serviu de base à decisão judicial anterior.

² Este facto explica que, nos meios académicos e na prática jurídica norte-americana, a discussão em redor da legitimidade e dos limites da *criatividade judicial* na interpretação-aplicação do Direito seja relativamente recente. Note-se que para autores, como GUIDO CALABRESI, o século XIX corresponde

Actualmente, no entanto, mesmo nos países que adoptam o sistema jurídico da “common law”, designadamente nos Estados Unidos da América, a lei assume um cada vez maior protagonismo enquanto fonte de regulação *jurígena* das múltiplas vertentes da vida social. Assiste-se, conseqüentemente, a uma “leificação” (*statuterification*) da vida social, fenómeno cuja génese histórica pode ser localizada na década de vinte do século transacto.³ Segundo GUIDO CALABRESI, as razões para a crescente preponderância da lei no sistema de fontes de Direito resumem-se, essencialmente, a três:

- a) Mudança da concepção colectiva sobre a extensão dos fins do Estado e os mecanismos da intervenção estadual no “mercado livre”. Face às contingências da Grande Depressão e a premência de regular a economia para promover o seu relançamento, os Estados aprovam regras legislativas detalhadas, com recurso a conceitos e valorações *extrajurídicos* - as quais passam a ditar as regras de actuação dos operadores económicos, bem como funcionam como *regras habilitantes* para intervenções das entidades públicas (quer ao nível central, quer ao nível estadual e local⁴) na correcção de disfuncionalidades do “mercado” e para concessão de estímulos para o exercício de actividades que geram *externalidades* sociais positivas. Ou seja, a transição do *Estado Liberal “puro”* para o *Estado Liberal-Social* provocou, a um tempo, a erosão da jurisprudência como fonte primacial de Direito e o reforço da lei como instrumento de ordenação político-jurídica da vida social⁵;

ao “século dourado” da *common law*: as áreas da vida social reguladas por via legislativa (*statutes*) eram reduzidas, permitindo que os juizes, apreciando as circunstâncias do caso concreto e ponderando os valores em jogo, construíssem a solução juridicamente mais adequada ao caso (o qual, posteriormente, serviria de referência para resolução de casos semelhantes por parte dos órgãos do poder judiciário). V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, pp. 6 e 72-73.

³ Nos Estados Unidos da América, com o programa de reformas estruturais de cariz económico e social da Administração de Franklin Delano Roosevelt, que ficou para a História conhecido como “*New Deal*”. Na Europa, recorde-se, que os programas político-constitucionais que alargaram as funções do Estado para domínios de cariz social surgiram, igualmente, no pós- 1.ª Guerra Mundial, sendo paradigmática a Constituição de Weimar de 1919.

⁴ Note-se que os Estados Unidos da América são um Estado Federal, em que constitucionalmente são reservadas competências próprias aos estados federados. E, no interior de cada estado, há ainda que ter em conta os poderes reservados às entidades administrativas de maior proximidade, cuja configuração varia de estado para estado (pense-se, por exemplo, nos *counties*).

⁵ O *Estado Liberal “puro”* corresponde à concepção burguesa do Estado que triunfou com as Revoluções Liberais dos séculos XVIII/XIX, na Europa e na América do Norte. Defende uma limitação das funções estaduais à preservação da soberania nacional, da segurança e da liberdade individual dos cidadãos. A economia deveria ser regulada pelas “livres forças do mercado”, guiadas pela “mão invisível”, teorizada (e assim crismada) pelo economista inglês Adam Smith, que se tende a identificar com a lei da oferta e da

b) A estrutura federal dos Estados Unidos da América representou, ela própria, um factor impulsionador da proliferação de leis (*statutes*). De facto, os significativos poderes reconhecidos aos estados federados conduzem a uma disparidade na interpretação e aplicação de conceitos e princípios de Direito. Destaque-se que, incluído nos poderes reconhecidos aos estados federados, se encontra o de definir e implementar uma organização judiciária própria ⁶: conseqüentemente, os juizes dos tribunais do Alabama podem solucionar um caso de forma diversa dos juizes do Estado do Delaware, ainda que aplicando os mesmos princípios jurídicos. O mesmo fenómeno de disparidade na aplicação-realização do Direito se pode verificar no que concerne à regulação normativa por via legislativa: assim, também o órgão legislativo do estado do Alabama pode aprovar medidas normativas não coincidentes, no todo ou em parte, com aquelas dimanadas do órgão do poder legislativo do estado do Delaware. Neste sentido, impõe-se uma autoridade que possa uniformizar o Direito aplicável, assegurando o funcionamento eficiente do mercado interno. A União só se torna um projecto político viável se, cumulativamente com o reconhecimento da *pluralidade* e *pluralismo* dos diversos entes que a compõem, for garantida por uma liderança política forte e legítima, quer no plano de facto, quer no plano do Direito. A diversidade política e cultural dos estados federados não poderá significar a *deterioração da unidade política* dos Estados Unidos da América: a certeza e a segurança jurídicas constituem premissas necessárias para a livre circulação e *interacção* entre sujeitos provenientes das entidades políticas que compõem o território da União. Pois bem, o valor da certeza e clareza (*certainty*) do Direito é mais facilmente alcançável através de *leis escritas, formais, tendencialmente gerais e abstractas*, do que por via de decisões jurisprudenciais avulsas e atentas à factualidade do caso que é submetido à sua apreciação. Eis, pois, mais um dos factores impulsionadores da “leificação”

procura. Já o Estado Liberal-Social, conjuga o direito de propriedade privada, a economia capitalista, com um alargamento das funções estaduais na regulação da economia e na correcção ou atenuação das desigualdades sociais geradas pelo *output* do livre jogo das forças de mercado. V., para mais desenvolvimentos, e porque não se justifica um tratamento exaustivo deste ponto na presente investigação, FERNANDO ARAÚJO, *Adam Smith e o Conceito Mecanicista da Liberdade*, Coimbra, Almedina, 2001, e *Introdução à Economia*, Coimbra, Almedina, 2007, sobretudo, a Parte II, referente à Microeconomia.

⁶ Organização essa que, no essencial, replica a estrutura dos tribunais federais: em cada estado federado, encontramos tribunais inferiores e de recurso. O topo da “pirâmide” judiciária é ocupado por um Supremo Tribunal de cada Estado (v.g., Supremo Tribunal da Califórnia, Supremo Tribunal de Nova Iorque ou Supremo Tribunal do Alabama).

(“*statuterification*”) do Direito: a premência de preservar a unidade na diversidade político-cultural de um *Estado Federal centrífugo*⁷;

- c) Outro dos factores impulsionadores da preponderância legislativa na regulação da vida social é o princípio mais estruturante das democracias constitucionais: o princípio da *separação de poderes*. A preponderância dos precedentes judiciais no processo de produção de regras jurídicas no sistema da *common law* poderia conduzir à “*fossilização*” das soluções jurídicas, porquanto só os tribunais estariam legitimados a proceder à actualização dos seus juízos, sem, no entanto, disporem do *poder de propulsão* de revisão das suas decisões pretéritas. Os tribunais não escolhem, nem incentivam os casos que julgam carecer de uma intervenção judiciária para a sua resolução/regulação: em regra, só os particulares interessados é que estão habilitados a suscitar a intervenção dos tribunais para tutelar os seus direitos e interesses legalmente protegidos. Por outro lado, tais resoluções jurídicas poderiam contraditar a vontade da maioria política representada no órgão incumbido do exercício da função legislativa. Desta forma, a única via ao alcance do legislador para ultrapassar as decisões dos tribunais vinculativas para todos os casos análogos e proceder à adaptação do Direito aplicável passa pela aprovação de leis, nos termos constitucionalmente previstos e respeitados os limites aí estabelecidos. Numa frase: a aprovação de actos legislativos (*statutes*) constituiu um mecanismo de actualização do sistema jurídico mais expedito e célere. Como decorrência lógica do princípio da supremacia do Parlamento, os juízes teriam que aplicar a lei, ainda que existisse um precedente judicial aplicável ao caso em juízo, e contendo uma regra de decisão antinómica. O fenómeno da “*statuterification*” é, enfim, uma expressão de afirmação/reforço do poder do legislador face ao poder judiciário.⁸

Atentemos na última razão para a afirmação da preponderância da lei no actual sistema de fontes de Direito, mesmo no sistema da *common law*,: a actualização das soluções jurídicas às mutações sociais e às novas exigências da economia, ultrapassando as limitações e a inércia do poder judicial neste particular. Pois bem, a questão que se coloca nos tempos hodiernos, perante a “*leificação*” do Direito, deve ser formulada da

⁷ V. sobre a diferença entre Estados Federados centrífugos e Estados Federados centrípetos, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional I*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 70.

⁸ O que, no fundo, confirma a tese advogada por alguns sectores doutrinários, segundo a qual o princípio da separação de poderes, mais do que uma divisão orgânica das diferentes funções do Estado, pressupõe e gera uma “*tensão*”, uma “*luta*” entre os diversos órgãos tendente à afirmação da sua supremacia na direcção política da colectividade.

seguinte forma: como reagir à obsolescência das leis, à sua desadequação face aos novos movimentos sociais, às necessidades da comunidade política e às constantes vicissitudes da economia? É que, na época dourada da *common law*, os tribunais, quando confrontados com uma decisão judicial anterior obsoleta, desactualizada, sem aderência às estruturas sociais que visava regular, poderiam afastar a decisão, criando uma nova solução mais consentânea com os problemas efectivos da conjuntura histórica em que os tribunais eram chamados a intervir. Ou seja, se é verdade que os tribunais não estariam habilitados a intervir *ex professo* para “sintonizar” o Direito com os problemas sociais coevos, não o é menos que também eram os tribunais os responsáveis pela sua aplicação aos litígios surgidos na vida quotidiana. Assim sendo, sempre que um caso submetido a juízo careceria de uma regulação díspar face a um caso análogo anterior (em virtude da alteração das estruturas sociais), os tribunais, dotados de um estatuto privilegiado no processo de criação jurídica, teriam legitimidade para encontrar a *melhor* solução. O sistema da *comon law* apresenta soluções – como o *distinguishing* – que permitem maleabilizar a rigidez da regra do *stare decisis*.

Com a ascensão do papel da lei como fonte de Direito, o paradigma mudou substancialmente: o problema da adaptação das regras jurídicas ao devir social mantém-se (ou apresenta-se com ainda mais pujança!). E facilmente se percebe a justificação da sua pertinência: um número significativo de leis vigora ainda apenas devido à inércia do legislador, o qual não reviu ou não revogou oportunamente tais actos legislativos. Ora, o juiz que seja confrontado com a contingência de aplicar a lei já ultrapassada pela evolução social, económica ou tecnológica (*timeworn statutes*), não poderá recorrer para solucionar o caso à tradicional regra da *common law*: ao afastamento da regra anterior por uma nova regra de criação jurisprudencial. Porquê? Porque a tal obsta o princípio da supremacia parlamentar e, mais remotamente, o princípio da separação de poderes. Os juízes devem deferência à vontade legislativa expressa em acto legislativo válido, sendo a sua função é a de aplicar o Direito, atendendo à complexidade do seu sistema de fontes, de regras e ponderando os valores em presença. Não podem, porém, usurpar a função do legislador, afastando ou substituindo a sua vontade validamente expressa.

Como deve então o juiz actuar? Impedido de simplesmente se negar a resolver o caso, sob pena de denegação de justiça, o juiz deverá simplesmente aplicar, sem qualquer indagação sobre o seu mérito ou a sua actualidade, a lei reguladora do caso concreto? Ou, em alternativa, identificar a lei pertinente para dirimir o litígio *sub judice*,

avaliar a sua actualidade, o que implica aferir se ainda serve a função que motivou a sua aprovação, e remeter para o legislador a tarefa de revisão do acto legislativo? Ou, por último, será que os tribunais poderão legitimamente, em tempos de “*lex imperii*”, atribuir relevância à regra tradicional da *common law* atrás descrita, e, por conseguinte, proceder à *actualização-revisão* dos actos legislativos, independentemente (ou por causa) da reiterada e prolongada inércia do legislador? Este é, pois, o ponto central da investigação expedida pelo mui ilustre Professor e agora Juiz Federal norte-americano GUIDO CALABRESI: a *legitimidade* dos tribunais para modelar, não apenas os efeitos produzidos pelas regras legais (i.e, a sua eficácia), mas o seu próprio *conteúdo regulativo*, procedendo a uma interpretação criativa da estrutura⁹ das leis para as adaptar às mudanças estruturais ocorridas na comunidade política.

É uma outra perspectiva, interessante, intelectualmente estimulante e que tem promovido o debate académico em torno da questão da legitimidade do Direito criado por via jurisprudencial, a defendida por GUIDO CALABRESI: o grande mérito (e singularidade) deste Autor consiste em deslocar o “centro nevrálgico” da análise sobre a legitimidade da intromissão do poder judiciário nas ponderações e opções do poder legislativo, democraticamente eleito e responsável da mera questão de constitucionalidade para um juízo mais vasto sobre a adequação da medida legislativa face à vontade da maioria política actual¹⁰, independentemente de qualquer juízo sobre a sua validade jurídica.

2. A ideia de “*continuidade e mudança*” no sistema jurídico e o problema das “leis obsoletas”

Um dos axiomas de fundamentação e racionalidade do Direito é a sua *continuidade*: o Direito tem uma intrínseca vocação de *durabilidade e estabilidade*, sendo seu escopo dar resposta aos desafios suscitados pelo projecto de manutenção da comunidade

⁹ Na estrutura da lei, consideramos abrangidas a previsão e a estatuição. De facto, a criatividade da interpretação judicial pode revelar-se na indeterminabilidade de situações que a regra legal visa regular (p.e, uma actividade económica que registou um crescimento exponencial nos anos seguintes à adopção da medida legislativa, mas, nesse momento, ainda relativamente desconhecida) ou nas consequências que a regra legal associa à verificação da sua previsão (p.e., uma determina sanção de mera ordenação social considerada, face aos valores dominantes e práticas comuns da comunidade no momento de intervenção judiciária, excessiva e, por conseguinte, ser aconselhável a sua atenuação).

¹⁰ Por maioria política *actual* entendemos os projectos políticos ou ideologias que dominam os órgãos representativos do povo e/ou órgãos de governo da colectividade política no momento em que os tribunais procedem à interpretação-aplicação da Lei.

política. A ordem jurídica apresenta-se, pois, como a negação do caos; a antítese da anarquia; o antídoto contra a permanente instabilidade.

No que concerne especificamente ao caso do sistema jurídico da *common law*, a *continuidade* é prosseguida pela regra do *stare decisis*: ao impor a vinculatividade das decisões jurisdicionais a todos os tribunais, os quais terão de decidir em sentido igual quando confrontados com casos factualmente análogos, garante-se uma uniformidade e certeza na aplicação do Direito, que afastam qualquer mudança abrupta ou *disrupção* da ordem jurídica. O mecanismo mais comum de introdução de alterações na ordem jurídica por via jurisprudencial – o já aqui mencionado *distinguishing* – representa, ele próprio, uma manifestação da ideia programática de “continuidade”. Isto porque o juiz, para, em termos juridicamente válidos, se desvincular do *precedente judicial* terá de justificar devidamente o seu *ius dictum*, explanando as divergências do caso concreto face ao *caso-objecto* da decisão anterior. Este dever de *fundamentação racional*, que exige uma apreciação detalhada, minuciosa, do caso submetido a juízo, consubstancia um “freio” para mudanças na ordem jurídica estabelecida e, conseqüentemente, uma *garantia acessória* da sua *continuidade*. O Direito de criação jurisprudencial (o *judge-made law*) é um sistema jurídico que preserva, essencialmente, a *continuidade*¹¹.

Contudo, mesmo no Direito legislado, encontramos *mecanismos de blindagem* da ordem jurídica contra mudanças súbitas e inesperadas. Basta atentar no exemplo das Constituições escritas (*written constitutions*): a generalidade das Leis Fundamentais consagra estritos mecanismos de “freios e contrapesos” entre as diversas estruturas decisórias do Estado, impondo limites funcionais à actuação da Administração, dos órgãos representativos encarregados do exercício da função legislativa e dos tribunais. Limites que obviamente condicionam a capacidade de introduzir alterações na ordem jurídica, favorecendo – mais uma vez – a sua continuidade.

Por outro lado, a tramitação complexa dos procedimentos para aprovação de actos legislativos, impondo a audição de diferentes entidades, a junção de pareceres ou audições públicas, prossegue um duplo objectivo: contribuir para que o poder público adopte a medida mais consentânea com o interesse público; por outra banda, dificultar o processo de introdução de mudanças na legislação vigente, *rigidificando* as soluções

¹¹ V. GUIDO CALABRESI, *The Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, p. 28.

normativas e evitando rupturas inesperadas e que sejam produto apenas de *impulsos de vontade de maiorias transitórias*. Resultado: a preferência pela *continuidade* da ordem jurídica em detrimento da sua permanente, sistemática renovação.

Mas, quererá significar a conclusão ora formulada, que a mudança é um elemento indesejado pelo Direito? Não: o Direito incumpriria o seu desiderato de regulação da vida social se cristalizasse as suas soluções, ignorando a evolução sentida em diversas áreas da comunidade política (a qual é, registre-se, cada vez mais célere). É que a ideia de *continuidade* encerra em si o imperativo de constante atenção às alterações económicas, tecnológicas, sociais: uma ordem jurídica insensível ao decurso do “*relógio histórico*” e ao pulsar da sociedade torna-se uma ordem *inefectiva*, insusceptível de ser observada pelos seus destinatários – logo, uma ordem jurídica irreversivelmente “condenada” a não perdurar no tempo.

Donde, os valores da *continuidade* e da *mudança* da “*paisagem jurídica*”¹² não são antagónicos. Não exprimem tão pouco uma contradição insanável: antes, são valores complementares que conferem *eficácia intertemporal* às regras jurídicas¹³. No entanto, afigura-se pertinente questionar se ambos os valores dispõem da mesma relevância; ou, diferentemente, se um deles prevalece sobre o outro.

A resposta, no entendimento de GUIDO CALABRESI, é a de que o valor da *continuidade* se sobrepõe à *mudança(s)*: o Direito – em geral e o sistema jurídico da “*common law*” em particular – é intrinsecamente conservador. Prefere a durabilidade, a

¹² A expressão “paisagem jurídica” é utilizada amiúde por GUIDO CALABRESI ao longo da sua obra “*A Common Law For the Age of Statutes*”: ela exprime a relação de complementaridade/conflito entre as fontes de Direito que compõem o sistema jurídico. Nos sistemas de *common law*, como já mencionámos no presente capítulo da nossa investigação, as fontes de direito jurisprudencial articulam-se, com maior ou menor complexidade e conflitualidade, com as cada vez mais relevantes (qualitativa e quantitativamente) leis formais (*statutes*).

¹³ Das regras jurídicas e, logo, naturalmente, das fontes de Direito: as fontes de Direito são meios de formação e manifestação das regras jurídicas. Para uma crítica do conceito “fontes de Direito”, por se prestar a equívocos evitáveis e não ser rigorosa sob o prisma da ciência jurídica, v. MARCELO REBELO DE SOUSA/ SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.^a edição, LEX Editora, p. 39. Note-se que a proliferação de leis formais que afastam precedentes judiciais sobre uma mesma *matéria-objecto* pode, igualmente, em si mesmo, ser considerado um expediente para o Direito reagir à mudança: embora sujeita à observância de certas regras procedimentais, a aprovação de leis revogatórias ou modificativas de leis vigentes revela-se mais fácil do que o afastamento do *precedente* por parte dos tribunais. É que esta última operação exige um nível de fundamentação racional inexistente na expressão da vontade legislativa. Em última ratio, a modificação/actualização de leis por via legislativa pode bastar-se (e basta-se, a maior parte das vezes) com o “argumento de autoridade”: a lei muda porque essa é a vontade da maioria política. Já os tribunais, por muito respeitado que seja ou por muita autoridade académica e científica que seja reconhecida aos juizes que os compõem, têm sempre o dever de fundamentar as razões de facto e de Direito que subjazem ao seu veredicto.

persistência, a previsibilidade das soluções que dita para os conflitos sociais – do que a alteração sistemática, constante e frequentemente desprovida de critério. Assim era no velho paradigma da *common law* – assim é em tempos de “leificação” (*statuterification*) do sistema jurídico. Portanto, revela-se uma *impossibilidade lógica*, os juízes evitarem o problema de regras jurídicas obsoletas, descompassadas com o “tempo histórico” dos problemas que reclamam uma resolução jurígena – agora, já não face ao “*precedente judicial histórico*”, mas sim à lei aprovada pelo órgão competente e nos termos constitucionalmente prescritos. Ora, atenta a ideia de completude e auto-suficiência do Direito, a indagação da resposta para este (problemático) dilema judicial não pode deixar de equacionar os princípios gerais e as premissas jurídico-filosóficas *fundamentantes* do ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, GUIDO CALABRESI rejeita liminarmente a hipótese de os juízes aplicarem uma lei já obsoleta: esta, embora formalmente ainda em vigor (i.e, produzindo efeitos jurídicos), *materialmente* revela um *défice* ou *ausência total de efectividade* que, em consequência, frustra os objectivos que conduziram à sua aprovação pelo legislador (*legislative enactment*). Nem se invoque, neste ponto, a deferência constitucionalmente devida pelo poder judiciário ao poder legislativo: pelo contrário, o respeito pelas valorações políticas da maioria (ou das “*coligações de minorias*” que, numa sociedade pluralista, conseguem, em dada conjuntura, assumir maior protagonismo na expressão da vontade política da comunidade) implica a solução da recusa de aplicação judicial de leis obsoletas.

Isto porque, no douto parecer de GUIDO CALABRESI, a lei *desactualizada* já não reflecte a vontade da maioria política eleita no momento em que os tribunais são chamados a concretizar tal acto legislativo. As maiorias – as *coligações de minorias* - são cíclicas: volvido um determinado lapso de tempo, os cidadãos com *capacidade eleitoral activa* são chamados a sufragar os projectos políticos concorrentes, alternando as suas *preferências* (numa manifestação do rotativismo político-partidário). A um projecto político que reclama uma maior intervenção do Estado, poderá suceder um projecto político libertário.¹⁴

¹⁴ Com base na afirmação – muito certa e deveras elucidativa – de PAULO OTERO, podemos, pois, concluir que as “maiorias de hoje, são as minorias de amanhã; as minorias de hoje, são as maiorias de amanhã”. V. Direito Constitucional Português, I, Coimbra, 2009, Almedina, p. 112.

Neste contexto, uma lei, aprovada pela maioria de cariz intervencionista, entretanto tornada obsoleta pela *factualidade* da vida social, deverá ser aplicada pelo juiz, quando essa *maioria se converteu em minoria*? Mais: e se, entretanto, a maioria política actual, que reflecte ideias políticos mais libertários, discorda dessa medida legislativa, não a revogando, total ou parcialmente, por mera *inércia*? Por mero comodismo? Neste caso, só adoptando uma visão excessivamente formalista do Direito se poderá advogar que o juiz terá inexoravelmente que aplicar a lei obsoleta para respeitar e conferir concretização à volição da maioria política. Esta lei não é fruto da intencionalidade política da maioria dos membros da comunidade política: apenas resulta da inércia dos órgãos estaduais com competência legislativa em rever essa solução normativa.¹⁵ O problema da obsolescência dos actos legislativos requer mecanismos expeditos e agentes com legitimidade para proceder à sua actualização. Para efeitos da nossa investigação, releva encontrar uma resposta para esta (difícil) questão, colocando o enfoque no poder judiciário e sua relação com outros dois poderes constituídos: o *poder legislativo* e o *poder administrativo*.

2. Teses negacionistas da legitimidade dos tribunais para actualizar as leis obsoletas: as “virtudes passivas” e as agências administrativas

Certa doutrina considera que o poder judiciário é o menos constitucionalmente legitimado para ultrapassar a “patologia jurídico- democrática” que é a obsolescência das leis formais. Esta conclusão é sustentada, desde logo, mediante a invocação do princípio da *separação de poderes*: este, como sabemos, postula uma repartição das funções estaduais por diversos órgãos do poder político, não podendo os órgãos incumbidos de uma certa função praticar actos enquadráveis no *núcleo* de função estadual. Conexa com a teoria do núcleo essencial, encontra-se a ideia da *adequação funcional* : a cada órgão do Estado deve ser atribuída a função que se adequa à sua estrutura, meio de funcionamento e de *deliberação* e meios à disposição para alcançar os fins. Assim, o poder judiciário – cuja função primária é a interpretação-aplicação do Direito visando dirimir os litígios que ocorram na vida social – não é funcionalmente apto a valorar o mérito político, nem mesmo a adequação regulatória das leis que compõem a “paisagem jurídica” (*legal landscape*). Se o fizer, os tribunais incorrem em

¹⁵ Quanto muito se poderá afirmar que a lei obsoleta é produto de uma “*maioria política deposta*”, que entretanto se tornou minoria. V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for The Age of Statutes*, Cambridge, Massachussets.

violação do princípio da separação de poderes: a sua decisão consubstancia uma usurpação do *poder legislativo*. Só o legislador se encontra constitucionalmente legitimado a efectuar as escolhas políticas essenciais da comunidade – quer a nível primário (*regulação legislativa inovatória*), quer a nível secundário (*renovação legislativa: revogação total ou parcial*). O juiz, destarte, confrontado com uma lei obsoleta, não harmoniosa com a *topografia legal*, deverá abster-se de intervir. E, devido à virtualidade desta inacção judicial, trata-se de uma *virtude (judicial) passiva*.

Este modelo de comportamento judicial foi teorizado mais longamente pelo saudoso académico norte-americano, Alexander Bickel.¹⁶ Evitando repetições expositivas das premissas nucleares sufragadas por este autor, recorde-se que a doutrina da “*judicial restraint*” bickeliana assenta na convicção de que os tribunais estão impedidos de formular juízos políticos, essencialmente, devido à sua *inaptidão funcional* e à diferença de *razão discursiva* utilizada pelo legislador e pelos tribunais. Os juízes devem respeitar a vontade dos órgãos políticos do Estado, mesmo que os actos por eles praticados – *maxime*, para efeitos do nosso estudo, as *leis* – se apresentem já em *dessintonia* com a realidade social *lato sensu*.

Esta regra somente poderá comportar excepções quando estejam envolvidas questões de constitucionalidade, cumprindo aqui distinguir entre:

- a) Os casos de manifesta e irrefutável inconstitucionalidade de actos aprovados pela maioria dos representantes do povo, que os tribunais – no caso dos EUA, o último juízo judicial sobre a constitucionalidade das leis pertence ao Supremo Tribunal - poderão invalidar;
- b) Nos casos de leis de constitucionalidade duvidosa ou de no limbo entre a *constitucionalidade* e a *inconstitucionalidade*, os tribunais devem conter-se em afastar a solução legislativa, provocando um *diálogo* com o poder legislativo (*judicial-legislative colloquy*). Os tribunais têm a faculdade de *reenviar a lei* para uma segunda apreciação por parte do legislador (*legislative second-look*). Se o legislador pretender conservar a solução legislativa em vigor, embora obsoleta, os tribunais deverão resolver os casos *sub judice* de acordo com a respectiva estatuição. Se, ao invés, o legislador optar pela revisão da lei, então, os tribunais, respeitando a

¹⁶ Igualmente da Escola de Yale: recorde-se que BICKEL, na sua obra intitulada “*The Least Dangerous Branch*” formula uma defesa muito bem sustentada da autocontenção judicial.

deliberação da maioria política, deverão aplicá-la aos pleitos submetidos a juízo, em detrimento da lei obsoleta anterior.

Em ambas as hipóteses, conforme facilmente se constata, o ónus de actualização das leis incorre sobre o legislador. A razão invocada para atribuição deste “monopólio” de revisão legal prende-se com a responsabilidade política do legislador face aos eleitores, através de eleições regulares e periódicas: o eleitorado repercutirá o “custo”, as consequências, da não actualização das leis no legislador. Ora, a inexistência de tal elemento de *responsabilidade política* caracteriza a função judicial: logo, os tribunais não dispõem de legitimidade constitucional para proceder à *adaptação temporal* das leis.

2.1. Excurso: a doutrina das “virtudes passivas” e os “subterfúgios constitucionais”

A doutrina das “virtudes passivas”, por limitar a intervenção dos tribunais na actualização de leis às situações se suscitem dúvidas de inconstitucionalidade, apresenta uma directa conexão com a tendência apelidada por GUIDO CALABRESI como “*o voo para a Constituição*”¹⁷. No fundo, trata-se da invocação constante da Constituição e a alegação de direitos constitucionais como forma de promoção da actuação judicial no processo de afastamento de soluções legais que já não se “encaixam” na *topografia legal*. Para este efeito, os práticos do Direito têm recorrido a subterfúgios jurídico-constitucionais como a alegação de posições jurídico-activas fundamentais previstos/protegidos nas “*penumbras*” de normas constitucionais.

O *iter* argumentativo do Tribunal consistiu apenas no enquadramento de certa posição jurídica no *âmbito de protecção* de princípios da Constituição Federal dos EUA, como a “*equal protection clause*” ou o “*due process*”, sem qualquer arrimo na letra da Constituição, no contexto histórico da sua aprovação ou na teleologia da norma constitucional. O Tribunal, recorrendo assim ao *subterfúgio* constitucional para

¹⁷ “*The flight to the Constitution*”, v. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, p. 8.

legitimar a sua intervenção, actua de forma *não principalista (non-principled)*, sem critério referencial de decisão.¹⁸

Ora, para GUIDO CALABRESI, este recurso permanente às regras e princípios da Lei Fundamental, para ultrapassar o problema colocado aos juízes confrontados com leis *obsoletas* por inércia do legislador, é passível de múltiplas objecções dogmáticas, entre as quais se destacam:

- 1) Em vez de reconhecer o papel do judiciário na actualização de *leis obsoletas*, o recurso ao subterfúgio da constitucionalidade (ou da *quase-constitucionalidade*) produz o efeito de *degradação da normatividade* da Lei Fundamental, bem como suscita interrogações sobre a *admissibilidade* e *autoridade* do mecanismo da *judicial review*. Tal deve-se à circunstância de a banalização da invocação da Constituição para adaptar a lei obsoleta à nova *topografia legal* ter como corolário a desprotecção dos direitos individuais, aos quais a maioria constituinte pretendeu conferir uma tutela (mais) reforçada. O entendimento segundo o qual a Lei Fundamental desempenha uma função de “*guarda-chuva*”, protegendo qualquer situação jurídica activa, através de construções interpretativas dúbias – como é o exemplo claro das “*penumbras*” dos direitos -, conduz a uma indistinção entre “o essencial” e o “acessório”, entre o conteúdo normativo expresso na Constituição e aquele que decorre de um mero exercício especulativo, debilitando a garantia dos direitos individuais reputados como “*mais fundamentais*” pela Constituição.¹⁹

Por outra banda, o *subterfúgio constitucional* ora descrito acarretará uma debilitação do poder de controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos do poder público: a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, com a sua consequente

¹⁸ As decisões de acolhimento de inconstitucionalidade com base numa interpretação *discricionária* do princípio da igualdade ou do *devido processo legal* vieram, aliás, a suscitar intensa crítica doutrinária. Nem mesmo o Supremo Tribunal parece ter ficado convencido com a sua própria argumentação: isto porque em casos posteriores, perante as mesmas circunstâncias, o Supremo Tribunal rejeitou aplicar os supra-mencionados princípios para invalidar actos do poder legislativo ou, sequer provocar uma reacção legislativa na actualização desses actos. Daí constituírem muitas vezes decisões *não-principialistas*: não procedem à interpretação-aplicação de regras e princípios constitucionais independentemente das circunstâncias específicas do caso concreto e das valorações político-ideológicas subjacentes ao caso. Conforme escreve GUIDO CALABRESI: “the penumbras of constitutional prohibitions and rights to privacy were much mentioned, but these concepts had not been, and were not soon to be, applied by the Court in principled fashion in other closely related cases in *Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press.p. 8

¹⁹ Podemos afirmar, assim, que a concretização do desígnio protector constitucional dos direitos fundamentais é inversamente proporcional à alegação de posições jurídicas protegidas pela Lei Fundamental sem qualquer fundamento na sua letra, na sua história ou na intenção do poder constituinte. A construção de interpretações excessivamente criativa dos preceitos constitucionais afecta a protecção do direito de propriedade ou da esfera nuclear do direito à privacidade.

invalidação, será encarada como um meio ardiloso de o tribunal se substituir à vontade soberana do povo exprimida através dos seus representantes. Desta forma, a *judicial review* corre o risco de se converter, apenas, numa fonte de conflitos institucionais com o poder legislativo e com o *povo*²⁰: ambos tenderão a negar a sua *legitimidade constitucional* e a *autoridade* das suas decisões será contestada;

2) A declaração de inconstitucionalidade de leis obsoletas leva à frustração do escopo primacial que justifica a intervenção do poder judiciário nestas situações: a de promover um diálogo entre o poder legislativo e os tribunais. De facto, uma decisão de provimento dos tribunais quanto à inconstitucionalidade de actos legislativos produz inevitavelmente o efeito da sua inaplicabilidade ou expurgação do ordenamento jurídico. Uma lei inconstitucional é uma lei nula (*void*), não produzindo efeitos, em regra, desde o momento da sua entrada em vigor. Todavia, o problema colocado pelas leis obsoletas é diverso: aqui, não estamos perante normas que infrinjam disposições constitucionais, que merecem um juízo de censurabilidade da ordem jurídica que redunde na sua invalidade, mas sim leis que se encontram desajustadas face à *topografia legal*.²¹

Estamos, pois, perante regras legais que, evidenciando, embora, uma quebra sistemática no sistema jurídico, não consubstanciam inexoravelmente *normas inconstitucionais*²². Ora, nesta *constelação* de casos, a invalidação da lei com fundamento na sua contrariedade à Constituição não resolve o problema da inércia legislativa: o único resultado será o de originar uma *lacuna de regulação*, prolongando-se a *inactividade* do legislador.

²⁰ Note-se que o povo é o detentor originário da soberania.

²¹ Reiteramos aqui, mais uma vez, que este desajustamento face à *topografia legal* se traduz na não correspondência entre a solução legal (*statute*) e as soluções plasmadas noutras fontes de Direito, de modo a que se possa afirmar que a primeira solução já não espelha a *concepção jurídica dominante*.

²² Leis desactualizadas, obsoletas, que já não dão resposta às necessidades sociais (sempre mutáveis em função de factores tão diferentes como as vicissitudes económicas, a evolução tecnológica e as mentalidades, hábitos e práticas sociais) podem ser perfeitamente constitucionais: não há qualquer proibição constitucional que normas que vigoram apenas por inércia do legislador, assim como não há qualquer comendo constitucional que comine com a invalidade jurídica o *mau direito*. O mau direito, sendo mau, pode ser constitucional. V. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística – Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor*, Lisboa, Verbo, 2007, em especial, pp. 357 e ss. Tudo isto sem prejuízo de um juízo de conformidade da solução material da lei violar princípios jurídicos fundamentais consagrados na Constituição – aí, a lei deverá ser declarada inconstitucional, sendo inválida. Como seria qualquer lei, independentemente de ser considerada como “lei obsoleta” ou não.

3. Sobre a competência para suprir as leis obsoletas e o respeito pelo princípio da separação de poderes

Pois bem, o objectivo – diremos mesmo, o fundamento – da intervenção do poder judiciário na modelação estrutural de *leis obsoletas* é promover o diálogo entre os dois ramos do poder político do Estado (o que GUIDO CALABRESI, primorosamente, apelida como “*legislative-judicial colloquy*”). A invalidação de uma lei obsoleta porque inconstitucional não provoca – ao invés, inviabiliza tal diálogo. *Primo*, porquanto impede o tribunal de solucionar o litígio *sub judice*: a expurgação da lei do ordenamento jurídico significa, desde logo, que o juiz não poderá actuar sobre o conteúdo da lei, adaptando-a e resolvendo o caso que lhe compete julgar. *Secundum*, o subterfúgio constitucional dificultará o processo de “segunda-apreciação” por parte do legislador, uma vez que, enfermado a lei obsoleta de inconstitucionalidade material, o legislador fica impedido de reeditar nova regulação material sobre a matéria. Saliente-se que estamos por ora a aventar o cenário de o tribunal, *maxime*, no exemplo concreto da experiência constitucional dos Estados Unidos da América, o Supremo Tribunal, julgar inconstitucional uma lei por esta se encontrar “fossilizada”, não reflectir a vontade das maiorias *actuais*.²³

Uma questão adicional forçosamente se impõe: mas, e se a maioria política *actual*, pretender manter inalterado o conteúdo material da lei (alegadamente) obsoleta? Da declaração de inconstitucionalidade por parte do tribunal, decorre que o legislador se encontra impedido de aprovar nova lei plasmando a mesma solução que a anterior. Daqui decorre uma conclusão irrefutável: o tribunal, recorrendo a este subterfúgio constitucional, não promove o diálogo com o poder legislativo – pelo contrário, impõe a sua decisão contra a maioria política *actual*. A única forma de o legislador (ou seja, os representantes do povo soberano deliberando entre si) reagir seria através de uma emenda constitucional. Ou, então, aguardar por uma decisão do poder judiciário que alterasse a decisão anterior. Em qualquer caso, o processo de actualização não poderia resultar de uma *relação dialógica* entre o judiciário e o legislativo: apenas de decisões

²³ Não estamos, pois, perante um caso de inconstitucionalidade por violação directa e imediata de um princípio constitucional fundamental. No caso muito específico das *leis obsoletas*, o raciocínio do juiz é o seguinte: 1) a lei é um “corpo estranho” face às soluções normativas contidas em outras leis e/ou na common law (decisões jurisprudenciais); 2) esta “obsolescência legal” pode violar regras ou princípios constitucionais, ou então, as “penumbras” de direitos constitucionais; 3) se assim for, a lei é declarada inconstitucional. Ou seja, a *obsolescência legal* é a causa *imediata e directa* do juízo de inconstitucionalidade do tribunal.

unilaterais de um dos ramos de poder estatal. Ora, do poder legislativo, observando os trâmites específicos constitucionais para a revisão da Constituição, ora do poder judiciário, mediante a revisão do *precedente*.²⁴

O “*voo para a Constituição*” deve, ainda, tomar em consideração as regras constitucionais, estatais e federais, previstas para aprovação de revisões ao texto constitucional. Poder-se-ia afirmar, destarte, que quanto mais rígido for o processo de introdução de emendas à Constituição, maior será a latitude do poder de intervenção dos tribunais na actualização de actos legislativos.²⁵ É que ninguém é melhor intérprete da vontade das “maiorias” do que as próprias maiorias: se a maioria dispõe de meios formais de exteriorização da sua vontade, podendo a sua deliberação ser *propulsora* de uma revisão constitucional, e optou por deles não se socorrer, então significa que se conformou com a solução normativa constante da lei, mesmo que *obsoletas*. Refira-se, no entanto, mais uma vez, que o problema da actualização judicial das soluções legais ou a modelação do respectivo conteúdo visando a sua *compatibilização sistemática* no quadro das fontes ordenadoras de Direito não pode ser reduzido a um convite para aprovação de alterações ao texto constitucional. Tal entendimento teria como consequência, deveras negativa, uma *turbulência constitucional* conflituante com o valor da *continuidade* da ordem jurídico-constitucional: as maiorias políticas conjunturais recorreriam a um *mecanismo de participação e deliberação política* forte para reverter decisões jurisdicionais *fracas*, isto é, decisões dos tribunais que, não reflectindo a vontade da “*coligação de minorias*”, limitam-se a introduzir modificações

²⁴ Sem prejuízo de ulteriores observações críticas sobre o pensamento de GUIDO CALABRESI exposto neste segmento da nossa investigação, aproveitamos este passo para ir mais longe que autor estudado. É que, em rigor, não só o processo de actualização de leis obsoletas, respeitando a vontade da maioria actual, dependeria de uma decisão unilateral ou do judiciário ou do legislativo, como este último poder ficaria substancialmente enfraquecido. Pela seguinte razão: a revisão da Constituição depende de um poder legislativo qualificado, cuja qualificação lhe confere mesmo a qualidade de um poder autónomo – o poder constituinte, o qual tem de observar estritas restrições temporais, materiais, procedimentais no exercício da sua função (pelo menos, o *poder constituinte derivado ou de revisão constitucional*). Conclusão é ainda mais drástica do que a retirada por GUIDO CALABRESI: o poder legislativo não pode superar a decisão de inconstitucionalidade do tribunal. Só o poder constituinte – favorecendo, desta forma, o poder de conformação do poder judiciário e, em última instância, o seu impacto na configuração concreta do sistema político.

²⁵ E, obviamente, quanto mais flexível for a Constituição no que concerne ao seu processo de revisão, menor será o poder reconhecido aos tribunais na actualização de *leis obsoletas*. Por exemplo, a Constituição do estado da Califórnia é particularmente permissiva à introdução de alterações ao texto constitucional, não só através dos mecanismos próprios da *democracia representativa*, mas igualmente consagrando mecanismos de democracia *semi-directa*, como o referendo (na Califórnia, os diplomas legais com impacto social relevante são submetidos frequentemente a referendo).

pouco significativas,²⁶ ou cujo grau de controvérsia é reduzido, na interpretação da solução legal considerada *incoerente* com o sistema jurídico considerado como um “todo” (i.e., soluções que resultam de outras leis e de outras fontes de Direito). Enfim, a maior flexibilidade do processo de revisão constitucional deve pressupor uma “contenção constitucional”: a Lei Fundamental deve desempenhar a sua função de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra ameaças provindas de poderes públicas ou particulares – e não como expediente de renovação do ordenamento jurídico, designadamente dos actos legislativos (*statutes*).²⁷

Uma outra solução seria confiar a tarefa de actualização das soluções legislativas a *agências administrativas*. Estas entidades aparentemente apresentam características estruturais que lhe deveriam conferir um estatuto privilegiado na missão de adaptar o conteúdo das soluções legais aos novos problemas da vida social *lato sensu*:

- i) Inserem-se no *poder executivo*, ao qual compete providenciar pela boa execução das leis e satisfação das necessidades colectivas;
- ii) A sua actividade é norteadada pelo interesse público, o que afastaria a suspeita de imposição de “agendas ideológicas” pessoais dos seus agentes ou de projectos políticos, em maior ou menor grau, ocultos;
- iii) Apresentam uma ligação mais directa com os problemas concretos, que surgem na prática quotidiana, o que se deveria traduzir num maior conhecimento, preparação e sensibilidade para ajustar o conteúdo das normas legais ao devir social;
- iv) Dispõem de meios financeiros e operacionais mais ajustados para reunir e armazenar informação tendente à tomada de decisão que mais se ajusta à maioria política – e à sua execução.

Contudo, confiar a tarefa de actualização das leis obsoletas a agências administrativas não corresponde à medida mais acertada para solucionar o problema. É que as características estruturais das entidades administrativas acima

²⁶ Saliente-se que as modificações à Lei Fundamental acabam por se repercutir no ordenamento jurídico na sua globalidade, desde o Direito Civil ao Direito Penal. Portanto, a constante revisão das suas normas quebraria não só o valor da continuidade da Constituição, mas sim de todo o ordenamento jurídico.

²⁷ Sob pena de a Constituinte revelar-se inapta para alcançar qualquer um dos dois objectivos acima elencados...

elencadas, mais do que vantagens, acabam por se revelar óbices para um desempenho positivo da tarefa ora objecto da nossa atenção, segundo GUIDO CALABRESI. Em que medida? Vejamos as razões que suportam a conclusão deste ilustre académico e juiz.

Em primeiro lugar, porque as agências administrativas tendem a ser profundamente *conservadoras*: as suas decisões reflectem e inclusive agravam a inércia na actualização do Direito, contribuindo para a “fossilização” das soluções legais. Tal deve-se à relutância das agências administrativas à mudança e a sua propensão para a continuidade: estas agências receiam as consequências de soluções inovatórias.²⁸ Como poderão ser objecto de responsabilização política (e até jurídica), as entidades administrativas preferem seguir os critérios de decisão com que estão familiarizadas e que com cujos efeitos já contam - do que inovar, decidindo de forma diferente, mas correndo o risco de o novo critério de decisão surtir efeitos danosos. Há, pois, uma tendência natural, estrutural das entidades administrativas, para *conservar*, para prolongar a vigência de regras legais que já não se encaixam na “paisagem jurídica”, que, desta forma, pretendem evitar a aplicação dos mecanismos de responsabilização da sua actividade.²⁹

Em segundo lugar, as entidades administrativas são estruturas complexas constituídas por inúmeros funcionários, agentes e colaboradores, cujo processo de decisão é moroso e sujeitos a um exigente formalismo. O processo de tomada de decisão próprio destas entidades poderá não ser o mais ajustado para conformar o conteúdo das leis às mudanças económicas, tecnológicas ou culturais – para além de diluir a responsabilização política pelos efeitos das decisões tomadas por uma extensa “máquina burocrática”.

²⁸ As mudanças legislativas podem ser “aborrecidas” para os destinatários das regras legais. Mas ultrapassados os problemas relacionados com a transição para o novo regime legal, as regras passam a representar barreiras à inovação e ao ingresso numa certa área, sector ou mercado. V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 47.

²⁹ Guido Calabresi realça esta dificuldade estrutural das entidades administrativas com uma clareza cristalina: “Suponha-se que a nova solução falha – o que acontece aos burocratas que incitou à mudança? São condenados por falhar na sua tarefa de protecção do público. O risco de semelhante condenação já não existe quando os mesmos burocratas claudicam na promoção de introdução de inovações”. E conclui: “Porque um erro que decorra da decisão de uma decisão a favor da inovação pode ser catastrófica para o *decisor*, podemos esperar que a maioria das decisões seja em sentido contrário à inovação” in *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 47.

Em terceiro lugar, as agências administrativas confrontam-se permanentemente com a pressão e a influência exercida pelos “grupos de interesses”, os quais beneficiam das regras antigas e, por conseguinte, inviabilizam a introdução de mudanças no ordenamento jurídico. A actualização de leis obsoletas por parte de entidades integradas no poder administrativo padece da mesma fragilidade/limitação do poder legislativo: a sua permeabilidade a “interesses” que se formaram e desenvolveram à sombra das leis antigas.³⁰

Em quarto lugar, convém ter presente que a tradição da *common law*, como a de qualquer ordenamento jurídico de uma democracia constitucional, preserva o equilíbrio entre dois valores essenciais: a *continuidade* e a *mudança*. Caso a colectividade optasse pela permanente mudança, então, sem controvérsia, seria a assembleia representativa dos cidadãos – porque dotada de maior (e mais directa) legitimidade democrática – a sua promotora primacial. Contudo, o eixo central da organização da colectividade política é a garantia entre a mudança e a continuidade, podendo, em casos pontuais, um valor prevalecer sobre o outro: assim se explica a relevância reconhecida ao *princípio da separação de poderes*.

O seu corolário de freios e contrapesos no exercício das funções estaduais tem como consequência a repartição destas por diversos órgãos que se limitam reciprocamente. Ora, se a colectividade teme a mudança abrupta por via legislativa, fixando limites à actividade do legislador e inviabilizando alterações bruscas no ordenamento jurídico: deve, igualmente temer o reconhecimento de um poder tão amplo às entidades administrativas, as quais, actuando no caso concreto, poderão gerar o caos no sistema jurídico.³¹

³⁰ Registe-se que estes interesses poderão não se identificar necessariamente com “grupos de interesses” ou *lobbying* puro, nem revelar intenções maliciosas por parte dos agentes que exercem pressão para impor tais “interesses”. Os destinatários das normas que dela retiram vantagens defendem a continuidade da sua vigência não só por este lado utilitarista, mas também porque acreditam na sua correcção: por lidar com estas regras ao longo do percurso pessoal e/ou profissional, criaram a convicção de que reflectem a solução que melhor prossegue o interesse público.

³¹ A verdade é que as tendências recentes de estruturação do aparelho administrativo do Estado apontam para a multiplicação destas entidades administrativas, cujos espaços de intervenção vários sectores da vida social. Como decidem atendendo às circunstâncias do caso concreto, confiar a actualização das regras legais a estas agências administrativas levaria a exponenciar as incongruências entre fontes de Direito, quebrando a unidade da “topografia jurídica”. Enfim, seria uma opção contraproducente: em vez de resolver o problema, agravá-lo-ia. Daí que GUIDO CALABRESI conclua no sentido de que soluções isoladas para o problema da

Outra resposta estrutural avançada por GUIDO CALABRESI para a problemática, que ora analisamos, passaria por condicionar a vigência das leis a certos lapsos temporais previamente definidos no momento da sua aprovação (*sunset laws*). No entanto, tal solução também não se revela satisfatória: no momento da aprovação do acto legislativo, o legislador não dispõe de elementos objectivos que lhe permitam fixar um termo que garanta a correspondência entre a solução jurídica vertida na lei e o seu suporte maioritário de apoio. Por outra banda, verificado o termo resolutivo, a lei cessaria a sua eficácia, deixando uma “lacuna” no ordenamento jurídico por preencher. Neste caso, enquanto a inércia legislativa persistir, o juiz não dispõe de um *critério legal de decisão expresso* sobre a matéria objecto da lei que caducou: terá, pois, o aplicador de Direito que recorrer a outros expedientes para dirimir um problema que seja submetido à sua apreciação e em que seria de aplicar a lei cuja eficácia se extinguiu.³²

Concluindo, enfim, pela insuficiência ou dificuldades inultrapassáveis das respostas estruturais ao problema da obsolescência legal, passemos a analisar a solução advogada por GUIDO CALABRESI.

3.1. Sobre quem deve recair o ónus de superação da inércia?

Como resulta das considerações expeditas anteriormente, a vigência e consequentemente aplicação de regras leis *obsoletas*, que se mantêm plenamente eficazes apenas porque uma maioria em determinado momento histórico as aprovou, suscita um problema de repartição do *ónus da inércia* (*burden of inertia*) ou, de forma mais completa, de *ónus de superação da inércia*. Será o poder legislativo que, por virtude do princípio maioritário, deverá modelar o conteúdo da lei, reflectindo as concepções da nova “coligação de minorias”, excluindo deste processo o poder

obsolescência legal por parte de entidades administrativas independentes ou, mais genericamente, da “burocracia”, se tenham revelado uma colossal desilusão. V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 45.

³² Face a estas situações, e porque não poderá deixar de decidir a causa que lhe é submetida, o juiz terá de encontrar, atendendo ao sistema jurídico como um todo – à “topografia ou paisagem legal”, utilizando a terminologia de GUIDO CALABRESI, uma regra ou um princípio que lhe permita “dizer o Direito” no caso concreto. Para tal, poderá recorrer a expedientes próprios da hermenêutica jurídica, como a conjugação dos elementos de interpretação, o raciocínio analógico ou a norma que o legislador aprovaria se tivesse previsto o caso *sub judice*. Note-se que a inércia legislativa, no caso de leis com termo resolutivo (as “*sunset laws*”), não só não é ultrapassada, como acaba por carecer de uma solução *intervencionista-criativista* dos tribunais.

judiciário? Ou, tomando em consideração as limitações do poder legislativo, esta tarefa de actualização deverá caber aos tribunais? ³³

Sob a perspectiva da *aptidão funcional*, os tribunais são os órgãos do poder político do Estado mais bem preparados e legitimados para identificar e adequar as leis obsoletas ao conjunto do sistema jurídico. A razão prende-se com a recondução do núcleo essencial caracterizador da função jurisdicional à identificação da solução jurídica aplicável, à sua concatenação com as demais fontes de Direito reveladores de outras tantas soluções aí vertidas, ao preenchimento de vazios normativos, à aplicação das regras jurídicas aos factos, reflectindo os valores dominantes da sociedade. Já o poder legislativo tem como função primacial a definição de escolhas políticas da colectividade traduzidas sob a forma de lei: o legislador quando aprova uma nova solução jurídica não considera a sua inserção no sistema jurídico – não releva a sua compatibilidade lógica e valorativa com os demais comandos jurídicos. A tarefa de aferição da actualidade das leis, concatenando-as com as demais leis e outras fontes de Direito do mesmo sistema jurídico, é, pois, na sua essência, integrante do *núcleo identitário* da função jurisdicional. É uma decorrência natural do seu poder de *ius dicere*. Não surpreende, assim, que os tribunais tenham exercido esse poder: mas nem sempre sabendo justificar devidamente a sua legitimidade. Ao invés de assumirem esta sua função de identificar leis descompassadas com as mutações ocorridas no seio do sistema social em sentido amplo, os tribunais têm optado por recorrer a subterfúgios³⁴ de várias ordens. Como refere GUIDO CALABRESI, “os tribunais têm usado uma picareta e qualificam-na como sendo uma navalha”³⁵.

Como devem, então, justificar os tribunais a legitimidade do Direito que vão criando, actualizando as regras legais obsoletas face à novel “*paisagem legal*”? A primeira resposta poderia ser dada com apelo à história e à *filiação cultural* do Direito dos Estados Unidos da América: este insere-se no sistema jurídico da *Common Law*, onde o

³³ Até porque a *obsolescência legal* é, em primeira linha, imputável ao legislador. Atribuir a responsabilidade de resolução do problema causado pela inactividade do legislador ao mesmo legislador inoperante desafiaria em alguma medida a lógica...

³⁴ Sem prejuízo de referências posteriores, note-se, desde já, que um dos subterfúgios identificados por GUIDO CALABRESI é imputado à *Harvard Legal Process School*. Segundo esta corrente doutrinária, os juízes não se poderiam imiscuir nas preferências do legislador – teriam de aplicar as regras legais segundo os critérios de interpretação, por exemplo, a da “intenção do legislador” (*legislative intent*). Até poderia suceder que da lei resultasse um sentido diferente do sentido originário, mas tal seria o resultado da actividade interpretativa dos tribunais.

³⁵ “ Courts have been using a pickax and calling it a case knife” in GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p.80.

precedente judicial sempre logrou obter um estatuto privilegiado entre as fontes de Direito.³⁶

Uma segunda abordagem deste problema consiste em pressupor um acto de delegação de poderes implícito do legislador para o poder judiciário. As leis, expressão da vontade da maioria, reflectem opções políticas, as quais serão concretizadas pelos tribunais. Ora, nesse poder de concretização das leis aos casos concretos pelo poder judiciário se incluiria a faculdade de proceder à actualização das *leis obsoletas*. Quando o poder judiciário dirime um litígio interpretando um dado comando legal, no fundo, está a aplicar ao caso concreto a vontade da maioria política: o legislador definiu, em termos tendencialmente gerais e abstractos, o critério de resolução para uma determinada constelação de casos, *delegando nos tribunais* a aplicação do critério maioritário aos casos concretos, ponderando as suas circunstâncias.

Na douta opinião de GUIDO CALABRESI, esta teoria, para além de muito pouco interessante, revela-se manifestamente insuficiente e pouco acutilante na explicação do poder dos tribunais na actualização das soluções legais “fossilizadas” pela inércia legislativa. De facto, a teoria da *delegação implícita de poderes*, mais do que clarificar dúvidas, suscita interrogações: desde logo, levanta o problema de averiguar a origem da delegação de poderes (“*houve efectivamente tal delegação?*”).³⁷ Acresce, ainda, que esta delegação de poderes carece de precisão quanto aos seus limites – nomeadamente, revela-se de enorme complexidade (se não mesmo se tratar de uma *impossibilidade absoluta*) definir o âmbito da delegação de poderes. E é até espúria, na medida em que a sua utilidade prática pressupõe uma resposta a uma pergunta a que a doutrina teoricamente deveria responder: qual o *âmbito temporal* da delegação de poderes? Dir-se-á que o próprio legislador poderá dar resposta, fixando um prazo de vigência do acto legislativo.

Mas então o nosso problema estaria resolvido: os tribunais teriam de aplicar a regra legal até à verificação do termo resolutivo. No limite, a tese da delegação de poderes implícita como fonte de legitimidade do poder de revisão das leis perderia a sua razão

³⁶ Já o vimos acima. Na presente investigação, privilegiaremos as teses de justificação da legitimidade do direito jurisprudencial que não sejam exclusivas ou predominantemente aplicáveis ao sistema jurídico da *Common Law*.

³⁷ Revela-se difícil justificar plenamente que o legislador ao aprovar uma determinada medida pretendeu conferir um *mandato* aos tribunais para efectuar uma *interpretação evolutiva* dos preceitos legais, partindo da vontade da maioria política, expressa num certo momento histórico, adaptando-os às mutações económicas, culturais e tecnológicas.

de ser: se o legislador definiu, *a priori*, um limite temporal para a vigência das leis, significa que o próprio órgão legislativo já fez um juízo sobre o *limite temporal* da conformidade da solução legal aprovada com a vontade da maioria política. Como o poder judiciário se encontra vinculado também a esse limite temporal, poder-se-ia concluir que o legislador “congelou” a regra legal, tornando-a imune a mutações fácticas e de outros sectores ou resoluções do ordenamento jurídico.³⁸

Enfim, poder-se-á, ainda, questionar, em sentido contrário à doutrina da delegação de poderes implícita entre o poder legislativo e o poder judiciário, a razão pela qual, em democracia, o legislador confere poderes de conformação sobre o conteúdo das leis a juízes não eleitos nem politicamente responsáveis. Em última instância, a opção do legislador em delegar poderes de actualização das leis obsoletas nos tribunais poderá constituir uma forma de atenuação (até eliminação) das suas responsabilidades na definição de políticas públicas, o que acrescendo à ausência de limites quanto ao âmbito da delegação de poderes, se traduzirá possivelmente na imposição de concepções pessoais, filosóficas, políticas e de justiça, dos juízes.³⁹ Além disso, não se parece descortinar na Constituição *norma habilitante* para a delegação de poderes do poder legislativo para o poder judiciário. Não é, pois, suficiente a teoria da delegação implícita de poderes como fundamento da legitimidade do direito de *criação/revisão* jurisprudencial.

Uma segunda teoria que tenta fundamentar a legitimidade do poder de intervenção dos tribunais para actualizar leis que só pela inércia do legislador ainda se encontram em vigor é um pouco mais interessante. Esta tese diz-nos que o poder judicial tem como sua função primacial o “*ius dicere*”: o dizer o Direito no caso concreto. Quando

³⁸ Tratar-se-ia, grosso modo, da tese ou proposta de resolução do problema da “fossilização” das soluções legais conhecida por *sunset laws theory*, que já tivemos oportunidade de analisar em passo anterior do presente estudo. Percebe-se agora que as leis a termo resolutivo são uma limitação forte do poder dos tribunais no seu papel de criador/actualizador do “*Direito legislado*”: os juízes estão vinculados a aplicar a lei no lapso de tempo até à verificação do termo resolutivo (até à data fixada na lei), independentemente do juízo que fizerem sobre a sua adequação ou correspondência com a maioria *actual*. Seria um caso perfeito e exemplar do chamado “*deep freeze*”, V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 61.

³⁹ A delegação de poderes *em branco* aos tribunais de adaptação das leis às mudanças ocorridas no sistema social e na “topografia legal” contenderá, destarte, com os princípios da separação de poderes e maioritário. Por conseguinte, mesmo que lograsse obter reconhecimento do ponto de vista do seu mérito, seria sempre juridicamente inadmissível – seria inconstitucional por violar princípios centrais da ordem constitucional de um Estado democrático. Embora GUIDO CALABRESI não leve as consequências desta teoria *explicativa-fundamentante* da legitimidade do poder dos juízes na actualização do “Direito legislado” tão longe, a verdade é que a sua interrogação sobre a pertinência de uma delegação de poderes do poder legislativo em benefício dos tribunais leva-nos a considerar que o ilustre Académico e Juiz Federal mantém fundadas dúvidas sobre a admissibilidade constitucional desta *delegação implícita*.

confrontados com leis que já não reflectem a vontade da maioria, já não são coerentes com a “topografia legal” e com a teoria da justiça dominante, os juízes poderão criar novas regras, partindo da regra legal obsoleta, em consonância com as novas exigências sociais, com o sistema jurídico entendido na sua globalidade – e com aquela que julgam ser a vontade da maioria política *actual*⁴⁰. Todavia, estas normas que resultam da actualização jurisprudencial são qualitativamente distintas das normas emanadas pelo poder legislativo.

Com efeito, os juízes limitam-se a criar regras *provisórias, condicionais*, que servem para suprir a inércia do legislador, quando confrontados com situações da vida que demandam a aplicação de uma *lei obsoleta*. O que significa que estas regras de criação/revisão jurisprudencial estão, por natureza, sujeitas a reversão por parte do poder legislativo ou do povo – por conseguinte, este poder dos tribunais é perfeitamente aceitável e legítimo numa democracia.⁴¹

No entanto, pese embora ser intelectualmente apelativa, a tese da reversão popular da decisão jurisdicional é passível de uma (forte e relevante) objecção: desconsidera a validade da criação/revisão do Direito. Efectivamente, na sua formulação, a tese da reversão popular confere validade e legitimidade a qualquer processo de criação de regras jurídicas, desde que possam ser revistas e afastadas pelo legislador, por qualquer outro órgão dotado de legitimidade democrática ou pelo povo, quer directamente, quer através de outras formas de participação política institucionalizadas. No fundo, esta tese postula que qualquer processo de criação de Direito é compatível com a teoria democrática se o povo detiver a última palavra.⁴² Facilmente se conclui do que ficou dito que a tese da reversão popular é simultaneamente aliciante e consistente em termos explicativos – mas apenas para situações de normalidade do funcionamento do sistema jurídico-político.

De facto, bastaria para comprovar a legitimidade da criação/revisão do Direito que o povo mantivesse a última palavra no processo, podendo superar as decisões

⁴⁰ Actual, recorde-se, entende-se a maioria política do momento em que a lei é aplicada pelos tribunais.

⁴¹ V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 92.

⁴² V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 93.

jurisdicionais que não obtivessem o seu apoio – mas esta asserção só se revela correcta nos casos *não patológicos*. Não naqueles outro caso – que para efeitos do presente estudo concentram a nossa atenção – que decorrem da “fossilização” das leis imputável à inércia do legislador. Nos casos de normalidade do funcionamento do sistema jurídico-político – em que o poder legislativo é *actuante* e o poder judiciário é *vigilante* –, a actualização do Direito – em particular do “*Direito legislado*” - far-se-ia sem custos com as *normas condicionais* de génese jurisprudencial a dirimir os litígios *sub judice* até à resposta do legislador. Resposta esta que poderia confirmar a *regra condicional* ou dispor em sentido diferente, afastando-a: neste último caso, os tribunais deveriam obediência à vontade maioritária, decidindo em consonância com a nova regra legal. Contudo, no que concerne especificamente ao meio de superação da inércia legislativa, este raciocínio revela-se tautológico: as leis obsoletas resultam da inércia do legislador em proceder à sua revisão; as *regras condicionais* de génese jurisprudencial visam superar os problemas que decorrem dessa inactividade legislativa; as normas de criação jurisprudencial são legítimas, na medida em que o legislador pode actuar, afastando-as em caso de discordância. Ou seja, esta última premissa pressupõe que o legislador, no caso de discordar da regra condicional formulada pelo tribunal, irá intervir no sentido de a eliminar, emanando nova regra que reflectirá a vontade da maioria política. Sucede, porém, que o problema que justifica a criação da regra condicional pelo tribunal é, precisamente, a não intervenção prolongada do poder legislativo: ora se este não agiu antes da decisão do tribunal, então, muito provavelmente também não o irá fazer posteriormente! Pelo contrário, o mais verosímil é que prorogue a sua inactividade, mesmo que discorde do conteúdo da *regra condicional jurisprudencial*.

A inércia legislativa seria, destarte, causa e fundamento de legitimidade da criação de regras condicionais por parte do poder judiciário: os tribunais criam a regra devido à *fossilização* das leis pela não intervenção do legislador; tais regras constitucionais são legítimas na medida em que o legislador pode actuar no sentido de as rejeitar: depreende-se daqui que se o legislador não se “pronunciar” sobre o mérito da regra condicional, significa que concorda com o seu conteúdo, incorporando-a no sistema jurídico. Desta forma, a regra condicional valerá, não como solução jurídica que emana da autoridade do *ius dicere* dos tribunais, mas sim como expressão da vontade da maioria política.

Mas, e se a não reversão da regra condicional de gênese jurisprudencial se dever à própria inércia do legislador? Ou seja, o seu não afastamento por via do poder legislativo não decorrer da vontade maioritária de incorporar a solução encontrada pelos tribunais, mas sim, apenas e só, se dever à inércia do poder legislativo? Neste cenário, teríamos que nos defrontar com um novo problema: como superar a inércia do legislador em avaliar a regra condicional criada pelos tribunais? Responder-se-á: os tribunais, avaliando as decisões anteriores. E seria legítimo tamanho protagonismo conferido aos tribunais? A resposta seria afirmativa, se o legislador ou o povo dispuserem da possibilidade de reverter a regra condicional: donde, se o legislador não concordar com a regra condicional que supera a *inércia* da *inércia*, poderá afastá-la. Se o fizer, acolhe-a...e este círculo vicioso de raciocínio torna-se infundável!⁴³

Uma outra tese que procura compatibilizar o poder de criação/revisão de leis atribuído ao poder judiciário com os princípios jurídico-políticos elementares da democracia constitucional é a da *consciência de responsabilização política dos juízes*. Os juízes quando tomam determinada decisão – e, mais especificamente, quando determinam o conteúdo da *regra condicional* para obviar à inércia legislativa – ponderam as suas repercussões eleitorais.

Com efeito, em muitos casos, os juízes são eleitos ou nomeados por autoridades políticas directamente eleitas pelo povo. Assim, face ao seu processo de selecção, os juízes tendem a, um tempo, discernir e responder à vontade popular: é que mesmo quando não eleitos – e nomeados por outros órgãos do Estado – os juízes sentem um dever de “gratidão” para com o órgão dotado de legitimidade democrática, cuja constituição resulta da vontade expressa da maioria do eleitorado, compartilhando as suas *aspirações eleitorais*⁴⁴. A circunstância de a responsabilidade dos juízes não ser

⁴³ Círculo vicioso lógico, esse, que acarreta consequências relevantes (e perniciosas) quanto ao equilíbrio de poderes constitucionalmente definido. É que caso aceitemos a tese de que basta a potencialidade de o legislador rever a regra condicional jurisprudencial para que a *decisão revisionista* dos tribunais seja legítima, estaremos a permitir uma transferência de poder ilimitada do legislador para o poder judiciário. Sob o pretexto de o legislador poder a todo o tempo avocar para si a decisão final sobre o mérito da actualização legal operada pelos tribunais, vai-se sedimentando um Direito de gênese exclusivamente jurisprudencial, ao arrepio das concepções e objectivos políticos da maioria que democraticamente reuniu a preferência do maior número de eleitores. Quando – e se – a maioria política reagir, poderá ser demasiado tarde: a reversão de uma regra condicional isolada irá causar com grande probabilidade contradições valorativas e incoerências sistemáticas no sistema jurídico. Os valores de *continuidade e mudança* ficam, pois, seriamente comprometidos.

⁴⁴ Os juízes evidenciariam a tendência para ponderar os “ganhos” e “perdas” eleitorais das suas decisões, preferindo a solução menos responsabilizante politicamente para o órgão que os designou. O raciocínio seria o seguinte: se, por hipótese, o Congresso designou o juiz para o Supremo Tribunal Federal, então fê-

directa nem pessoal, não decorrendo a sua escolha da imediata vontade popular, é irrelevante: o modelo de democracia constitucional dominante não institui um modelo de democracia directa puro, em que o povo se pronuncia directa e imediatamente sobre a integralidade das matérias influentes para o futuro político da colectividade.⁴⁵

O grau de independência conferido aos juizes – assim como a sua forma de selecção! – leva-os a seguir os sentimentos maioritários ou as posições assumidas pelos membros do órgão que os designou para o cargo de juiz, as quais tentam manter ou incrementar a confiança do eleitorado. De qualquer modo, será que o facto de os juizes não gozarem de uma legitimidade democrática directa enfraquece o seu *status* constitucional, *maxime* quanto ao seu poder de rever as leis obsoletas?

Segundo GUIDO CALABRESI, o alegado défice de legitimidade democrática (directa) do poder judiciário não é uma objecção decisiva. Se pensarmos bem – nota o mui sábio Autor – os Senadores cumprem mandatos de seis anos, os Presidentes cumprem mandatos de 4 anos, os Congressistas mandatos de 2 anos... enquanto que, por exemplo, os Presidentes das Comissões (*committee chairman*) cumprem mandatos sem termo previamente estabelecido. Ora, se estes últimos, que exercem funções relevantíssimas no processo legislativo podem ter mandatos indefinidos, sem que se discuta a sua legitimidade democrática, por que razão se considera um *desastre* democrático ou a peculiaridade de ter juizes nomeados, irresponsáveis, com mandatos longos (até podem constituir mandatos vitalícios) – e conceder-lhes o poder de criar/rever o Direito, pelo menos, ao nível da formulação de regras condicionais que podem ser revistas pelo legislador.

A verdade é que, conclui GUIDO CALABRESI, este poder reconhecido aos tribunais pode bem, inclusive, reforçar a vertente democrática do sistema político. Isto porque, em primeira instância, as *regras condicionais* podem muito bem reflectir as tendências maioritárias em formação – ou seja, existir uma *correspondência perfeita* ou *quase-*

lo na convicção de que a personalidade escolhida iria reflectir os valores políticos da maioria do eleitorado. O juiz nas suas decisões evitará, neste sentido, debelar-se contra este sector do eleitorado, porquanto uma responsabilização dos membros do Congresso será, por esta via, uma responsabilização do juiz pelas suas decisões.

⁴⁵ As democracias constitucionais de matriz ocidental – aqui se incluindo a democracia constitucional da República Portuguesa e dos Estados Unidos da América – prescindem, pois, do *direct majoritarianism*.

perfeita entre a solução encontrada pelo tribunal e a vontade da maioria política, formada ou a formar-se.⁴⁶

Este argumento revela-se ainda mais relevante pelo facto de o Direito de criação/revisão jurisprudencial surgir como resultado (*outcome*) de uma aplicação da regra legal caso a caso e, por conseguinte, a sua consolidação carece de repetição, acumulação de decisões no mesmo sentido e com o mesmo *iter lógico-argumentativo*.

4. Diálogo entre o legislador e os tribunais e a actualização do Direito

O Direito de génese jurisprudencial é, pois, *incrementalista* e produto das decisões de uma pluralidade de juízes⁴⁷. Não se poderá, deste modo, afirmar, sem ressalvas, que o poder de criação/revisão jurisprudencial do Direito é anti-democrático: pelo contrário, ele é ainda manifestação do princípio maioritário. Em que termos? Os tribunais ao revelarem as maiorias em processo de formação, antecipando a sua vontade com a emanção de *regras condicionais* que acabam por ser confirmadas pelo órgão legislativo, convertem-se em “*órgãos maioritários prorrogados*” (*delayed majoritarian*). Ocorre, pois, apenas uma dilação – um *período de espera* – entre a decisão do poder judiciário e a expressão da vontade (actualizada) da maioria política conjuntural.

Passamos a explicar mais cabalmente esta qualificação habilidosa e muito sugestiva: a inércia legislativa coloca a questão de saber qual o órgão sobre que deve recair o ónus de superação da “fossilização” das leis, adaptando-as às novas estruturas económicas, tecnológicas, culturais e às mutações do sistema jurídico (“*topografia legal*”); os tribunais, ao aplicar a regra obsoleta, adaptam-na para a adequar à conjuntura histórica do tempo em que são chamados a resolver um certo caso; na fixação do critério de actualização legislativa, os tribunais enunciam um juízo sobre a *vontade hipotética* da maioria política; a declaração do carácter maioritário do critério de decisão assim formulado só ocorrerá com a intervenção do legislador, que confirmará ou não a

⁴⁶ V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 94.

⁴⁷ Daqui retira GUIDO CALABRESI a seguinte inferência: para a doutrina da consciência da responsabilização política dos juízes “portanto, o “*maioritarismo prorrogado*” é confirmado até pelos juízes que procuram responder à sua visão pessoal da vontade popular directa porque nenhum juiz por si só, actuando isoladamente, pode criar Direito e todos eles, em conjunto, representam (em sentido literal) as nossas maiorias em evolução” in GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 94.

correção da decisão jurisdicional. Em caso de confirmação, a decisão do tribunal revelou-se maioritária – mas uma maioria revelada posteriormente. Por isso, a sua qualificação como decisão democrática prorrogada – a norma condicional reflecte a vontade da maioria política, maioria essa ainda não revelada no momento da decisão jurisdicional. Por conseguinte, o carácter democrático da decisão jurisdicional foi *prorrogada* até ao momento da exteriorização da vontade do legislador no mesmo sentido que o tribunal.

Dito isto, qual a posição de GUIDO CALABRESI sobre a tese que acabámos de expor? Será que a subscreve? Não: o referido Académico e Juiz Federal considera que esta tese não confere um fundamento sólido para afirmar a legitimidade do poder de criação/revisão das leis. É que se o critério-chave para a afirmação da legitimidade do poder de criação/revisão das leis obsoletas por outro órgão diverso do poder legislativo for a sua capacidade de antecipação da vontade das maiorias, teremos de concluir que o poder judiciário não dispõe de legitimidade para realizar esta “empreitada”. Efectivamente, a capacidade funcional dos tribunais para compreender/interpretar a vontade das maiorias políticas é limitada e a sua “memória” do que era o pensamento dominante ou a volição do legislador no momento da sua eleição é ténue.⁴⁸

Adicionalmente, no limite, seria permitir o recurso a expedientes de *erosão* da responsabilidade política ao arrepio do princípio da separação de poderes – os juízes formulariam juízos políticos, sobretudo os mais impopulares ou os que mais dúvidas levantam quanto à sua aceitação por parte do eleitorado, sem que os eleitores os possam responsabilizar directamente. Finalmente, esta tese da consciência das repercussões eleitorais dos seus actos pelos próprios juízes, conduz inevitavelmente à politização dos tribunais. *Summo rigore*, torna os juízes permeáveis a juízos políticos de longo prazo, em detrimento da qualidade da argumentação jurídica expedida pelo juiz na fundamentação da sua decisão. Os tribunais convertem-se, deste modo, em instâncias de índole política – em vez de desempenharem o seu papel de “*ius dicere*”.

Em conclusão, entendendo a capacidade de antecipar a vontade das maiorias em processo de formação como critério determinante de legitimidade, então as agências

⁴⁸ Múltiplas razões justificam esta limitação: os mandatos longos, muitos vitalícios, dos juízes; a equipa de apoio dos juízes (*staff*) é reduzida e não poucas vezes pouco preparada tecnicamente; o processo de selecção dos juízes é demasiado “bizarro” para justificar que os tribunais sejam considerados legítimos criadores de Direito porque antecipadores da vontade das maiorias. V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 94.

administrativas, as entidades integradas na função administrativa do Estado, evidenciam uma maior *aptidão funcional* para proceder à criação/revisão do “*Direito legislado*”. O poder administrativo dispõe de funcionários e agentes com conhecimentos técnicos para apreciar livremente as circunstâncias do caso concreto: como lhes compete executar as leis, as agências administrativas saberão mais do que qualquer outro órgão as limitações e desactualização dos actos legislativos. Acrescente-se igualmente que as agências administrativas lidam directamente com os representantes dos “interesses” constituídos ou desenvolvidos sob a protecção da lei em vigor, pelo que estarão aptas a sopesar as consequências da solução que venham a adoptar.⁴⁹ Note-se, ainda, que os funcionários e agentes das entidades administrativas cumprem mandatos mais curtos e as suas decisões não têm que se basear em princípios de Direito (*principled decisions*): podem basear-se em meros juízos de conveniência política.

Outro critério de legitimidade seria considerar que os juízes têm capacidade para discernir quais as soluções que prosseguem mais eficazmente o interesse do País. Os juízes desenvolvem os valores imanes do sistema jurídico, decidindo de acordo com o seu sentido de justiça. No entanto, este sentimento de justiça não é arbitrário, não decorre apenas exclusivamente (nem primordialmente) das concepções pessoais do juiz: estes são educados para raciocinar juridicamente e decidir em conformidade com as regras da hermenêutica jurídica. As visões pessoais dos juízes sobre o mundo e a sociedade que os rodeia são “filtradas” pela sua formação jurídica.⁵⁰

No entanto, tal tese sempre suscitou a crítica do seu carácter anti-democrático, na medida em que conferiria a definição das prioridades políticas do Estado a um escol de

⁴⁹ Oijamos GUIDO CALABRESI: “ Outras instituições, como as agencias administrativas, menos limitadas por princípios, com termos mais curtos e apoiadas por uma equipa técnica a quem pode ser confiado o poder de compreender as mudanças nos hábitos e modas dos desejos populares, seriam mais apropriadas para a tarefa” in GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 95.

⁵⁰ Por outro lado, o facto de os juízes terem um mandato mais longo, nada pode implicar para efeitos de concluir pela afirmação ou negação do seu carácter democrático. Inicialmente, os juizes revelam uma propensão para responder aos “*anseios eleitorais*” imediatas daqueles (: das *maiorias políticas*) que os elegeram ou designaram. Quanto à sua responsabilidade de longo prazo, os juizes tenderão a adaptar-se às mutações políticas, sendo a sua “permeabilidade” a juizos políticos de *médio-longo prazo* uma condição de ligação com o elemento democrático (e não uma objecção à sua legitimidade democrática).

sábios, a um grupo de juízes que seria a “última consciência” da democracia – e não ao eleitorado e ao órgão representativo do povo. Para GUIDO CALABRESI, contudo, esta é uma objecção injusta – e não só porque se trataria, ainda, da expressão de uma maioria retardada ou vontade revelada a longo prazo.

É que, recorda CALABRESI, estamos a discutir a problemática da superação da inércia legislativa – qual o órgão funcionalmente mais adequado sobre o qual recai o ónus de actualização das leis obsoletas. Ora, não há nada de anti-democrático em confiar a um grupo de peritos, de *sábios*, a definição dos pontos de partida para proceder à revisão das leis (*statutes*), o desencadear do processo de reflexão sobre a conformidade da lei às novas realidades sociais e à “*topografia legal*”. Os órgãos políticos representativos do Estado poderão rejeitar os ditames dos seus “guardiões” com os quais discordam, tendo os órgãos representativos do povo a última palavra na modelação do conteúdo da lei.⁵¹

Ademais, os tribunais são os órgãos do Estado mais bem preparados para o exercício da tarefa de actualização das leis descompassadas com o seu tempo, cronológico e jurídico: só o poder judiciário se encontra funcionalmente habilitado para, de forma imparcial, concatenar as múltiplas fontes de Direito que compõem a “*topografia legal*”, estudar o sistema jurídico como um todo dotado de coerência e lógica interna – e formular a regra *condicional*.⁵²

Ora, considerando a formação, o modo de raciocinar e a experiência dos juízes – distintas quer do poder legislativo, quer das entidades incluídas no poder administrativo -, reservar-lhes a tarefa de proceder à actualização das soluções legais, promovendo a evolução do Direito, seria um bom começo: as regras *temporárias, condicionais* formuladas pelo poder judiciário constituiriam um “*ponto de abertura*” para o diálogo

⁵¹ GUIDO CALABRESI salienta que o confiar o processo de revisão das leis a um grupo de “sábios” não é menos inconsistente, *mutatis mutandis*, que o pedido de um indivíduo a um especialista para tomar decisões preliminares que os especialistas considerem mais adequadas, condicionando ou pré-determinando as escolhas individuais do *mandante* in *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p.95

⁵² Recorde-se que GUIDO CALABRESI se refere à capacidade funcional dos tribunais em avaliar a actualização das leis, o seu eventual desajustamento face à vontade da maioria política do momento histórico da aplicação da regra legal - e não, em passo algum da sua obra, advoga que os tribunais são órgãos dotados de capacidade funcional e mais legitimados para aprovação de leis formais que corporizam opções políticas fundamentais da colectividade, em situações não patológicas. Estas leis sobre as quais exerce um poder de revisão são actos legislativos que só se continuam em vigor formalmente porque uma vez, em dada conjuntura, foram aprovadas por uma maioria política. Maioria política essa que já é uma maioria passada, podendo, com grande probabilidade, ser a minoria de hoje, do momento em que a regra legal é aplicada pelos tribunais, in *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 96.

entre os tribunais e o legislador, estando tais regras sujeitas a apreciação por parte deste último órgão do Estado.⁵³ O legislador poderá, assim, confirmar o conteúdo da regra condicional; ou rejeitá-la, formulando uma nova de acordo com a sua vontade. Consequentemente, nada há de *anti-democrático* no reconhecimento do poder descrito aos tribunais: a última palavra, a derradeira decisão competirá ao poder legislativo.⁵⁴

A complexidade do sistema de fontes de Direito (“*legal landscape*”) faz com que só os juízes estejam habilitados a efectuar uma correcta avaliação das regras legais a aplicar e sobre a correspondência (ou não) da solução legal com a maioria política.⁵⁵

Focando, de seguida, a sua atenção na alegada violação do princípio da separação de poderes, GUIDO CALABRESI começa por afirmar que este princípio não comporta uma definição formal – dele decorrendo, antes, implicações substanciais⁵⁶. O princípio

⁵³ Além disso, GUIDO CALABRESI acrescenta que os juízes GUIDO CALABRESI salienta que o confiar o processo de revisão das leis a um grupo de “sábios” não é menos inconsistente, *mutatis mutandis*, que o pedido de um indivíduo a um especialista para tomar decisões preliminares que os especialistas considerem mais adequadas, condicionando ou pré-determinando as escolhas individuais do *mandante* in *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p.95

⁵³ Recorde-se que GUIDO CALABRESI se refere à capacidade funcional dos tribunais em avaliar a actualização das leis, o seu eventual desajustamento face à vontade da maioria política do momento histórico da aplicação da regra legal - e não, em passo algum da sua obra, advoga que os tribunais são órgãos dotados de capacidade funcional e mais legitimados para aprovação de leis formais que corporizam opções políticas fundamentais da colectividade, em situações não patológicas. Estas leis sobre as quais exerce um poder de revisão são actos legislativos que só se continuam em vigor formalmente porque uma vez, em dada conjuntura, foram aprovadas por uma maioria política. Maioria política essa que já é uma maioria passada, podendo, com grande probabilidade, ser a minoria de hoje, do momento em que a regra legal é aplicada pelos tribunais, in *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 96.

decidem, ao contrário do legislador e das agências administrativas, de acordo com princípios jurídicos que reflectem (pelo menos, potencialmente) a vontade da maioria: “ o trabalho principal dos juízes continua a ser encontrar e seguir os ditames dos princípios legais – porque esta tarefa reflecte uma vontade popular profunda. Esta continua a ser a primeira base para a autoridade do Direito de criação jurisprudencial. Decisões que não sejam limitadas pela observância de princípios constitucionais são facilmente sujeitas à crítica e à oposição popular”. Ou seja, os tribunais, no desempenho da sua função de revisão/actualização das leis, não actuariam de forma arbitrária, mas sim limitados ainda pela vontade da maioria política. V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 113.

⁵⁴ Daqui infere GUIDO CALABRESI que o próprio facto de o legislador actuar mais do que alguma vez tinha feito, previamente à formulação da regra condicional por parte do tribunal, faz com que os tribunais sejam mais hesitantes em tomar decisões deste teor, pois, muito provavelmente, só teriam o efeito de induzir o legislador a reverter a decisão do tribunal. V. nota de rodapé anterior.

⁵⁵ Daí que GUIDO CALABRESI reforce que é espúrio criar uma entidade administrativa *ex se* para o efeito de proceder à actualização das leis obsoletas. V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p.112.

⁵⁶ Além disso, acrescenta GUIDO CALABRESI, seria difícil aceitar que a explicação da doutrina e o seu reconhecimento frontal padecessem de inconstitucionalidade por violação do princípio da separação de poderes – enquanto que as várias “*ficções*” a que se tem recorrido para permitir que os tribunais, na prática, o exerçam – já não seriam contrárias a este princípio constitucional. O princípio da separação de poderes, por outro lado, não postula proposições jurídicas concretas V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 114

da separação de poderes postula, assim, a repartição dos poderes do Estado por diferentes órgãos. A teleologia da divisão de poderes entre os órgãos do Estado seria evitar a negação ou a degradação dos mecanismos de responsabilização política do poder legislativo (*ducking the responsibility of answering to the people*). Ademais, pretende-se com a consagração deste *princípio organizatório* do poder político evitar a transferência de tarefas que devem ser confiadas a órgãos dotados de legitimidade democrática, responsáveis perante o povo, para órgãos não directa e imediatamente passíveis de responsabilização pelas suas decisões. No caso em apreço, não se verifica, na perspectiva de GUIDO CALABRESI, nenhuma violação ao princípio da separação de poderes: permite-se, apenas, que os juizes formulem regras condicionais, provisórias, susceptíveis de revisão por parte do poder legislativo. Não se trata de nenhum mecanismo de degradação dos mecanismos de responsabilização política do legislador, nem de transferência definitiva do “núcleo essencial” da função legislativa para um órgão incumbido constitucionalmente da prossecução de outra função estadual. O legislador será responsabilizado politicamente pelas decisões tomadas, submetendo-se à apreciação do eleitorado, nem podendo sequer alegar as regras de génese jurisprudencial, de carácter *condicional e provisório*, como causa atenuante da sua responsabilidade política.⁵⁷

Neste sentido, o Direito de génese jurisprudencial não se revela contrário ao *princípio democrático*: ao invés, o reconhecimento das normas que resultam da *actividade interpretativa-aplicativa* dos tribunais é uma realidade insita à ideia de democracia. Tais normas só permanecerão em vigor em dado ordenamento jurídico *se e enquanto* o poder legislativo entender: o legislador ou o povo directamente poderão afastar tais normas, eliminando-as ou substituindo-as por outras.⁵⁸

⁵⁷ Conclui, portanto, GUIDO CALABRESI: “como tal, (este poder) não é objecto de uma genérica proibição constitucional, como seria uma proibição (*constitutional infirmity*) baseada na proibição da delegação de poderes (*delegation of power grounds*) em casos não expressamente autorizados pela Constituição”. V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 115.

⁵⁸ Mencione-se, no entanto, que GUIDO CALABRESI não deixa de observar que esta asserção sobre o carácter democrático ou anti-democrático da “judicial review” – ou, mais latamente, do *direito de criação jurisprudencial* – suscita o problema dos fundamentos da prevalência da vontade decisória do legislador (ou outro órgão maioritário) sobre as decisões, de criatividade variável, dos tribunais (designadamente, do Tribunal de cúpula). Adverte, então, este ilustre Professor de Yale que este princípio de prevalência da vontade legislativa na criação de Direito pode ceder em certos casos ceder. Recordando uma experiência pessoal, da sua vida como Académico e prático do Direito, trabalhando de perto com ilustres nomes da magistratura dos Estados Unidos, GUIDO CALABRESI conta que, confrontando, na resolução de um caso, o *Justice* Hugo Black com as seguintes palavras proferidas pelo seu pai – também *Justice* Charles

Ademais, como já referimos, os juízes ponderam nas suas decisões o retorno eleitoral que elas registarão. Na verdade, os juízes são frequentemente nomeados, designados ou ratificados pela vontade popular, ainda que meramente de forma indirecta, pelo que pautarão a sua actuação de forma a manter a “sintonia” com a vontade popular. Presume-se, assim, que os juízes poderão, a um tempo, discernir e responder às necessidades impostas pelo *interesse público*. Poder-se-á objectar que este poder a ser reconhecido aos juízes será anti-democrático, na medida em que se confia as decisões que mais relevam para a vida colectiva, não ao povo, mas a um “*grupo de sábios*”. Para GUIDO CALABRESI, no entanto, não há problema em e confiar a um grupo de peritos a definição dos “*pontos de partida*”, podendo os órgãos democraticamente eleitos, ou mesmo o povo directamente, alterar as decisões tomadas pelos juízes, caso essas não se revelem as soluções mais consentâneas com a sua vontade.⁵⁹

Concluimos, pois, que GUIDO CALABRESI entende que o poder de *revisão/actualização* das leis por parte dos tribunais ainda integra o núcleo identitário da função jurisdicional – e, porque não constitui um artifício, um expediente de negação ou *dissimulação* da responsabilidade política do legislador, não contraria o princípio da separação de poderes.

6. Conclusões

Passemos, para concluir a análise do pensamento deste autor sobre a problemática do activismo do poder judiciário a sumariar a tese por si advogada.

Em primeiro lugar, GUIDO CALABRESI confere um contributo importante para deslocar a questão do papel criador dos tribunais da mera questão de constitucionalidade para a visão mais lata da *revisão/actualização* do Direito – incluindo a lei ordinária, ou

Black Jr.- “na vida, não há *absolutos*”, respondeu: “rapaz, entendes que eu não posso concordar com isso” (“*you see, guy, I cannot agree with that*”). GUIDO CALABRESI nota que estranhou a escolha das palavras: “por que não escolheu Hugo Black, antes, as palavras “*essa afirmação está errada: há absolutos*”. O que poderá significar que, na vida, é sempre necessário efectuar uma ponderação de interesses e valores. V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, p. 180. Portanto, a doutrina jurídica, e a sociedade em geral, deve trabalhar numa doutrina de “*judicial review*” das leis – e “se fizermos o trabalho bem feito, a sociedade vai responder: “*estão errados*”, mas quererá significar, o que Hugo Black quis dizer sobre a tese de Charles Black, “*percebem que não posso concordar com essa ideia*”.

⁵⁹ No fundo, trata-se da mesma situação de um caso de audição prévia de um especialista ou comissão de peritos em determinada matéria, que, depois, os órgãos com competência decisória rejeitam, decidindo em sentido diverso. V. GUIDO CALABRESI, *A Common Law...*, p. 98.

seja, infra-constitucional. Este raciocínio tem implícita a premissa de certa relativização da centralidade da Constituição na resolução dos problemas jurídicos com quais os tribunais se confrontam: leis há que, independentemente do juízo a formular sobre a sua conformidade com a Lei Fundamental, revelam-se de tal forma desajustadas à realidade social e fáctica que pretendem regular, que os juízes devem estar legitimados a proceder à sua modelação. Isto para que tais leis cumpram a sua função no ordenamento jurídico. Neste sentido, a actuação criativa do poder jurisdicional justifica-se pela adaptação à vontade expressa pela maioria política às novas contingências da vida social (em sentido amplo, incluindo as realidades económica e política): por conseguinte, a modelação das leis pelos órgãos jurisdicionais não se revela contrária ao princípio democrático. Pelo contrário, esta actividade dos juízes reforça a *legitimidade democrática* dos actos legislativos e da criação do Direito, em geral: através da interpretação e aplicação do Direito, os juízes adequam o conteúdo das leis aprovadas em determinado momento histórico às circunstâncias coevas do momento da sua aplicação. Assim, ao invés de contrariarem a solução legislativa, contribuindo para a *degradação da vontade política das maiorias democráticas*, os juízes asseguram a sua longevidade, a sua “capacidade de resposta” aos problemas provocados pelo devir da comunidade política.

No fundo, a intervenção dos juízes, não numa lógica puramente subsuntiva, mas sim de resolver os problemas colocados a juízo, mediante a aplicação da lei com um sentido adequado às aspirações colectivas dominantes, partindo do princípio legislativo, é um corolário ou um pressuposto da legitimidade democrática das leis. Caso contrário, a única solução admissível, num regime constitucional democrático, seria considerar que o acto legislativo não poderia ser aplicado, pois os seus pressupostos, de facto e de direito, teriam mudado substancialmente ou, mesmo desaparecido. Utilizando a terminologia da teoria geral do Direito, verificar-se-ia a extinção da eficácia da lei por um fenómeno de caducidade. A opção não seria, pois, entre a aplicação, pura e simples, da lei, deferindo totalmente à vontade expressa pelo legislador – ou a não aplicação da lei, em nome de um entendimento rígido e cristalizado do princípio da separação de poderes. Ao negar-se a possibilidade de os tribunais procederem à *revisão/adaptação* das leis, nega-se a possibilidade da vontade legislativa apresentar uma vocação de durabilidade: as leis seriam sempre, por conseguinte, temporalmente limitadas.

Pelo contrário, o legislador, no momento da aprovação do acto legislativo, confere aos tribunais o poder (e o dever) de aplicar o critério de solução legislativo, de acordo com

as circunstâncias, e atendendo às maiorias políticas, coevas (i.e, do momento histórico em que a lei é aplicada). Adicionalmente, a objecção do carácter anti-democrático desta vertente da actividade jurisdicional é superada pela circunstância de a última palavra pertencer ao legislador democrático. De facto, o juiz, confrontado com uma *lei obsoleta*, procede à sua aplicação, adaptando-a efectuando um juízo de prognose sobre qual a vontade da maioria política actual. Caso esta discorde, poderá aprovar um novo acto legislativo –sendo, por esta via, a expressão da vontade nova maioria política - que os tribunais deverão aplicar, respeitando, assim, a volição decisória dos novos protagonistas políticos. Garante-se, pois, nestes termos, a observância do princípio da separação de poderes: *rectius*, assegura-se a posição cimeira dos representantes do povo na criação das regras jurídicas que ordenam a vida em sociedade.

Quanto à questão do controlo da constitucionalidade (da *judicial review*) em particular, GUIDO CALABRESI preconiza que os juízes devem respeitar o estatuto constitucional do legislador, a quem cabe a função de criar inovatoriamente regras jurídicas que espelham as opções políticas primárias da comunidade, mas sem abdicar do seu próprio papel constitucional: o de realizar o Direito nas questões concretas que lhes são submetidas. Os juízes iniciam, pois, um processo de diálogo com o legislador na concretização da Constituição, cabendo a derradeira palavra ao legislador democraticamente eleito⁶⁰.

Neste processo dialógico⁶¹, os juízes devem actuar com honestidade, fazendo uma interpretação tão imparcial quanto possível das palavras da lei, não impondo as suas concepções particulares sobre uma determinada esfera da vida colectiva a toda a comunidade política. O respeito pelas suas decisões e o prestígio da sua função advêm da boa fé das suas actuações, devendo contribuir para o reforço da democracia e do Estado de Direito – e não como agentes que impedem ou obnubilam as *possibilidades de realização democrática*. Convém não olvidar que, sistematicamente, o poder

⁶⁰ Assim é excepto nos casos de inconstitucionalidades evidentes ou ostensivas: nesse caso, naturalmente, o espaço de intervenção do legislador neste “diálogo” se reduz praticamente a zero. Podemos, destarte, afirmar com propriedade que o diálogo se converte num monólogo do poder jurisdicional na concretização e defesa da Constituição. Monólogo esse justificado pela supremacia da Constituição (mais concretamente, pelo que identificamos como a “força normativa da Constituição”) e porque é aos tribunais que compete o exercício do poder de “*ius dicere*” (e, logo, também o de dizer o significado da Constituição). Apenas quando surgem dúvidas fundadas ou divergências na comunidade política sobre o significado de determinada disposição constitucional, deve a “palavra ser devolvida” ao legislador.

⁶¹ E recorde-se que o diálogo cooperativo entre os tribunais e o legislador na concretização da Constituição proposto por GUIDO CALABRESI não se reconduz (bem pelo contrário, revela diferenças qualitativas significativas) às *virtudes passivas* de ALEXANDER BICKEL.

legislativo se confronta com escolhas que se prendem com a alocação de bens escassos – são, por conseguinte, *escolhas trágicas*. E estas devem competir ao legislador, responsável perante os cidadãos e que responde perante estes em função das escolhas que efectua.