

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE PODER:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA POLÍTICA, DO
ESTADO E DA DEMOCRACIA**

THIAGO ALENCAR ALVES PEREIRA

Itajaí-SC, junho de 2022

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE PODER:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA POLÍTICA, DO
ESTADO E DA DEMOCRACIA**

THIAGO ALENCAR ALVES PEREIRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, em MINTER com a Faculdade Católica de
Rondônia, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio Cruz

Coorientadora: Professora Doutora Ana Luiza Colzani

Itajaí-SC, junho de 2022

AGRADECIMENTOS

Na vida humana não se conquista algo sozinho.

Não posso deixar de agradecer, inicialmente, a minha família, especialmente a minha amada esposa Francianne Marinho Amorim e a meus filhos, Bernardo Marinho Alencar e Eduarda Marinho Alencar, fontes de inspiração e de todo o meu esforço.

A meus pais e irmãos, que longe torcem incansavelmente pelo meu sucesso.

A meu amigo e compadre Francisco da Silveira Aguiar Neto pelo incentivo no meu retorno a academia, bem como aos queridos José Ítalo Oliveira dos Santos e Maria Clara de Araújo Rodrigues Pereira.

Aos amigos do mestrado Tomas, Cordeiro, Madureira, Jaime, Gustavo e Bruno, por tornarem a jornada mais leve e agradável.

A minha coorientadora, professora Ana Luiza Colzani, pela orientação e palavras de apoio.

DEDICATÓRIA

A minha família e aos meus saudosos
avós - que viam na educação a fonte da
mudança das pessoas e do mundo.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Faculdade Católica de Rondônia, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca dele.

Itajaí-SC, junho de 2022

Thiago Alencar Alves Pereira
Mestrando(a)

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

P Á G I N A D E A P R O V A Ç Ã O

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 11/08/2022, às 16h (Horário de Brasília) e 15h (Horário em Rondônia), o mestrando THIAGO ALENCAR ALVES PEREIRA fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título "O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE PODER: uma análise sob a perspectiva da política, do estado e da democracia".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI), como presidente, Doutora Jaqueline Moretti Quintero (UNIVALI), como membro, Doutor Bruno Makowiecky Salles (UNIVALI), como membro, Mestra Ana Luiza Colzani (UNIVALI), como membro e coorientadora e Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 11 de agosto de 2022.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo Judicial: Atitude jurisdicional de inclinações transformadoras que se manifestam (*stricto sensu*), conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (i) interpretativo ou de aplicação, mediante um acentuado voluntarismo na criação do direito em detrimento da legislação, dos precedentes ou dos padrões jurídicos em geral, e/ou (ii) institucional ou relacional, por meio de uma elevada interferência nas atribuições dos demais poderes. Em qualquer das situações, confere-se aos juízes um papel que vai além das missões clássicas de aplicar o direito a disputas subjetivas ou normativas e moderar as condutas dos demais ramos do governo. Posturas ativistas podem verificar-se nas Jurisdições constitucional e ordinária, seja coletiva ou individual, e podem externar-se em várias dimensões práticas de aplicação do direito

Autocontenção Judicial: Tendência jurisdicional oposta ao Ativismo, nos planos (*stricto sensu*) (i) interpretativo ou aplicativo e (ii) institucional ou relacional, notabilizada por atitudes judiciais de prudência e deferência às escolhas políticas dos ramos do governo, manifestadas no *judicial review* e na judicção ordinária, coletiva ou individual, aí compreendidas as inúmeras dimensões da prática jurídica.

Backlash: reação adversa não-desejada à atuação judicial, um contra-ataque político.

Diálogos Institucionais: Teoria consoante a qual as relações entre os Poderes não se pautam em exclusivismos que atribuem a cada ramo a palavra final sobre certas questões, mas veem tal palavra como fruto de um colóquio figurado e permanente entre as instituições, que se engajam de modo complementar e circular, com suas melhores *expertises*, numa parceria visando as melhores decisões constitucionais.

Democracia: Regime político na qual o titular da soberania é o povo. Há autodeterminação: a própria comunidade decide sobre as regras gerais (leis) que serão aplicadas no âmbito da sociedade. O acesso ao poder é distribuído igualmente: todos os cidadãos podem concorrer aos cargos de governo. Há separação de poderes e controle social.

Estado Transnacional: é a cooperação entre Estados que cedem fatia de sua soberania, no sentido de que a sociedade mundial relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, vez que a teia de conexões sociais, de consumo, ultrapassa as fronteiras geográficas.

Globalização judicial: se singulariza por uma conversa entre diversos níveis da estrutura jurídica, e até não jurídica, e que conduz à criação de redes (de interlocução judicial) mundiais. Nasce da percepção de Estado transnacional e possui como sinônimos “transjudicialismo” e “fertilização constitucional cruzada”.

Modernidade: iniciado com a queda de Constantinopla (1453), o que se deu, portanto, há mais de cinco séculos. A transformação do Estado em Estado moderno se consolida com os tratados da Westfália, em meados do século XVII. Vêm, no final do século XVIII, as revoluções que geram o constitucionalismo, ou o “constitucionalismo moderno”, na terminologia de McIlwain, a Revolução Americana em 1776, a Revolução Francesa em 1789. A modernidade se caracteriza por um rol de elementos — técnico (o desenvolvimento científico e técnico), econômico (a concentração dos meios de produção) e político (a aparição do Estado) — que traduzem um processo de racionalização das sociedades, em todos os planos.

Pós-modernidade: expressão apresentada por Jacques Chevallier, vem a partir de 1950, após a II Guerra Mundial, com o triunfo do normativismo, com a consagração na Europa do controle de constitucionalidade. A visão pós-moderna da democracia a apresentaria como uma democracia deliberativa repousando sobre a confrontação permanente dos interesses sociais e como uma democracia participativa, dando aos cidadãos um direito de supervisão (*regard*) e um controle (*emprise*) mais direto sobre a coisa pública. O Estado pós-moderno reconhece, desse modo, a existência de outros atores, com os quais ele é estrangulado a negociar, sem se refugiar atrás de uma soberania tornada largamente ilusória.

Política: Vida coletiva, com decisões sendo tomadas sobre todos, de modo a se alcançar o bem comum. São os ajustes feitos entre as pessoas para viverem em conjunto, interagindo significativamente umas com as outras. De forma mais restrita, política é a busca pela posição de poder tomar decisões concernentes a todos.

Poder: é a capacidade de impor a vontade própria numa relação social. Capacidade de um sujeito influir, condicionar e determinar o comportamento de outro indivíduo.

Poder Judiciário: Poder que interpreta a lei e a aplica a casos específicos. No contexto da separação entre os poderes, seguida pelas democracias modernas, o Poder Judiciário é considerado o guardião dos direitos do cidadão, pois é a ele que as pessoas podem recorrer, mesmo contra o Poder Executivo, quando sentem que estão sendo prejudicadas

Poder Legislativo: Poder de fazer leis para uma determinada comunidade política – país, estado, município. As leis têm que ser obedecidas por todos.

Poder Executivo: Poder responsável pelo governo de um país, estado ou município. No caso brasileiro, o Poder Executivo federal é exercido pelo presidente da República; o dos estados por governadores; e o dos municípios por prefeitos. O Poder Executivo é responsável por fazer cumprir as leis e administrar o interesse público. São as decisões e as ordens do Poder Executivo que fazem as políticas públicas acontecer. Para tanto, mantém vários órgãos e estruturas, como os ministérios, as autarquias, as agências reguladoras.

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ABSTRACT.....	12
RESUMEN	13
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 POLÍTICA, PODER, ESTADO E DEMOCRACIA	19
1.1 POLÍTICA E PODER	19
1.2 ESTADO E DEMOCRACIA	26
1.2.1 A teoria política de Espinosa e os fundamentos naturalísticos da democracia.....	29
1.2.2 As transformações contemporâneas da democracia em Bobbio.....	33
1.2.3 O Estado democrático em Espinosa e sua relação com as transformações democráticas	38
1.2.4 Democracia global (?)	41
CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	46
2.1 PODER E ESTADO	46
2.2 ORIGEM E FUNDAMENTO	56
2.3 SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL	64
CAPÍTULO 3 ATIVISMO JUDICIAL.....	72
3.1 ORIGEM DA EXPRESSÃO	74
3.2 ATIVISMO JUDICIAL, HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO	79
3.3 ATIVISMO JUDICIAL E GLOBALIZAÇÃO JUDICIAL	85
3.4 ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	101

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo e Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito e tem como objetivo geral estudar a atuação do poder judiciário no julgamento de temas relacionados de maneira mais íntima as atribuições dos poderes políticos – executivo e legislativo. Diga-se, o estudo tem foco no ativismo judicial e sua relação com os demais poderes da república, de modo a compreender os momentos em que existe violação a separação de poderes, razão que leva a tensões constante no cenário nacional presente. O poder não permite vazios e, com recorrentes depressões democráticas, a sociedade vê no Poder Judiciário uma possibilidade de retomada das virtudes coletivas e do Estado Constitucional de Direito, como idealizado na pós-modernidade. Para melhor organizar o raciocínio, o objetivo específico é centrado em analisar quais os conceitos históricos de política, poder, Estado e democracia, bem como a evolução do princípio da separação de poderes e do ativismo judicial e suas implicações no Brasil. A ideia é entender como os conceitos destas palavras e expressões se manifestaram ao longo do tempo e como devem ser enfrentadas na pós-modernidade. A metodologia utilizada é a indutiva, utilizando-se de conceitos pré-existentes sobre política, poder, Estado, democracia, separação de poderes e ativismo judicial. Nota-se que o desinteresse social pela política é fruto do distanciamento dos representantes do povo da ética e da moral, levando o Poder Judiciário a assumir um espaço que não lhe pertence democraticamente. A separação de poderes, como princípio basilar da relação de harmonia e independência, impõe que os espaços de discussão popular devem ser ocupados por quem o constituinte originário delegou a atribuição do exercício político, podendo haver pequenos avanços para mais ou para menos, já que uma delimitação exata do dever de cada poder é de difícil definição. A conclusão é que existe violação ao princípio da separação de poderes pelo Poder Judiciário que, recorrentemente, vem se tornando um superlegislativo e gestor de políticas públicas, concretizando o sentimento atual de um Estado dos juízes.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Democracia.

ABSTRACT

This Dissertation is within the area of Concentration Fundamentals of Positive Law and Constitutionalism, and the Line of Research Production of Law. Its general objective is to examine the role of the judiciary in the judgment of topics related more closely to the attributions of the political powers - executive and legislative. The study focuses on judicial activism and its relationship with the other powers of the republic, seeking to understand the moments at which a violation of the separation of powers occurs, leading to constant tensions in the present national scenario. Power does not allow for voids and, with the recurrent democratic depressions, society sees in the Judiciary a possibility of restoring collective virtues and the Constitutional State of Law, as idealized in post-modernity. To better organize the reasoning of this work, its specific objective is to analyze the historical concepts of politics, power, State and democracy, the evolution of the principle of separation of powers and judicial activism, and its implications in Brazil. The idea is to understand how the concepts of these words and expressions have manifested themselves over time and how they must be faced in postmodernity. The methodology used is inductive, using pre-existing concepts of politics, power, State, democracy, separation of powers and judicial activism. It is noted that the social disinterest in politics is the result of a distancing of the representatives of the people from ethics and morals, leading the Judiciary to assume a space that does not belong to it democratically. The separation of powers, as a basic principle of the relationship of harmony and independence, dictates that the spaces of popular debate should be occupied by those to whom the original constituent delegated the attribution of the political exercise, and that there may be small advances upwards or downwards, given that it is difficult to precisely define the duty of each power. The conclusion is that there is a violation of the principle of separation of powers by the Judiciary, which has, recurrently, become a super-legislative and a manager of public policies, concretizing the current feeling of a State of judges.

Keywords: Judicial activism. Separation of Powers. Democracy.

RESUMEN

La presente Disertación se inserta en el área de Concentración Fundamentos del Derecho Positivo y Línea de Investigación de Constitucionalismo y Producción de Derecho y tiene como objetivo general estudiar el papel del poder judicial en el juicio de temas relacionados más estrechamente con las atribuciones de los poderes políticos. - ejecutivo y legislativo. Dicho esto, el estudio se centra en el activismo judicial y su relación con los demás poderes de la república, con el fin de comprender los momentos en los que se produce una vulneración de la separación de poderes, motivo que conduce a constantes tensiones en el actual escenario nacional. . El poder no admite vacíos y, ante las recurrentes depresiones democráticas, la sociedad ve en el Poder Judicial una posibilidad de retomar las virtudes colectivas y el Estado Constitucional de Derecho, tal como se idealiza en la posmodernidad. Para organizar mejor el razonamiento, el objetivo específico se centra en analizar los conceptos históricos de política, poder, Estado y democracia, así como la evolución del principio de separación de poderes y el activismo judicial y sus implicaciones en Brasil. La idea es comprender cómo los conceptos de estas palabras y expresiones se han manifestado a lo largo del tiempo y cómo deben ser enfrentados en la posmodernidad. La metodología utilizada es inductiva, utilizando conceptos preexistentes sobre política, poder, Estado, democracia, separación de poderes y activismo judicial. Se advierte que el desinterés social por la política es resultado del alejamiento de los representantes del pueblo de la ética y la moral, llevando al Poder Judicial a asumir un espacio que democráticamente no le corresponde. La separación de poderes, como principio básico de la relación de concordia e independencia, impone que los espacios de discusión popular deben ser ocupados por quienes el constituyente original delegó la atribución del ejercicio político, pudiendo haber pequeños avances por más o menos, ya que una delimitación exacta del deber de cada poder es difícil de definir. Se concluye que existe una vulneración del principio de separación de poderes por parte del Poder Judicial, el cual, recurrentemente, se ha convertido en un superlegislador y gestor de políticas públicas, concretándose el sentir actual de un Estado de jueces.

Palabras clave: Activismo judicial. Separación de poderes. La democracia.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é obter o título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica do PPCJ da UNIVALI em MINTER com a Faculdade Católica de Rondônia, inserida na área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo e Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito.

Objetivo geral é estudar a atuação do poder judiciário no julgamento de temas relacionados de maneira mais íntima as atribuições dos poderes políticos – executivo e legislativo. Diga-se, o estudo tem foco no ativismo judicial e sua relação com os demais poderes da república de modo a compreender os momentos em que existe violação a separação de poderes, razão que leva a tensões constante no cenário nacional presente. O poder não permite vazios e, com recorrentes depressões democráticas, a sociedade vê no Poder Judiciário uma possibilidade de retomada das virtudes coletivas e do Estado Constitucional de Direito, como idealizado na pós-modernidade. Para melhor organizar o raciocínio, o objetivo específico foi centrado em analisar quais os conceitos históricos de política, poder, Estado e democracia, bem como a evolução do princípio da separação de poderes e do ativismo judicial. A ideia é entender como os conceitos destas palavras e expressões se manifestam ao longo do tempo e como devem ser enfrentadas na pós-modernidade.

A metodologia utilizada é a indutiva, utilizando-se de conceitos pré-existent sobre política, poder, Estado e democracia, separação de poderes e ativismo judicial, para firmar a necessidade de respeito pelo Poder Judiciário ao princípio da separação dos poderes, insculpido nos artigos 2º e 60, §4º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Para a pesquisa se levanta as seguintes hipóteses:

- a) o ativismo judicial é uma atuação legítima do poder judiciário e, portanto, não viola a separação de poderes.
- b) o ativismo judicial é uma atuação democrática do poder judiciário e, portanto, não viola a separação de poderes.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

No Capítulo 1, inicia-se com o estudo sobre política, poder, Estado e democracia.

Neste capítulo a metodologia busca entender o que é política e sua relação com o poder, o Estado e a democracia, pretendendo-se saber se a política é a base da sociedade e como ela se reflete na evolução da humanidade, com objetivo específico de decifrar o enlace entre os conceitos.

Para tanto, traça-se uma relação lógica e sequencial entre a política e o poder e o Estado e a democracia.

Propõe-se a política como a vida coletiva, com decisões tomadas sobre todos, com a pretensão de chegar ao bem comum. As pessoas decidem por ajustar suas divergências e convergências para viverem em conjunto, interagindo significativamente umas com as outras. De forma menos ampla, política é a busca pela posição de poder tomar decisões concernentes a todos, derivando do grego. Na sua origem fazia referência a tudo o que dizia respeito à pólis (cidade). É definida também como o conjunto de atividades de ajustamento de uma comunidade, o cuidado com o bem comum.¹

Superado conceito de política, que não é um modo de se comportar alheio ao poder, este passa a ser avaliado.

O poder é visto como “a capacidade de impor a vontade própria numa relação social”² ou, de maneira similar, como “a capacidade de um sujeito influir, condicionar e determinar o comportamento de outro indivíduo”³.

Ao estabelecer os conceitos, a metodologia busca estabelecer um elo entre Política e Poder, a demonstrar que o poder poderá elevar a política a outro

¹ SATHLER, André Rehbein. **150 termos para entender política [recurso eletrônico]**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020. p.117.

² PINTO Ferreira, Luís. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. v. I. p. 266.

³ BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política. Antologia, A Política**. Rio de Janeiro: Contraponto, abril de 2003. p. 137.

nível de partilha social. O poder pode ser a expressão da política.

Após essas bases, chega-se ao Estado, propondo-o como a institucionalização da política (organizada) e do poder (soberano). Daí o porquê de se buscar uma relação entre as palavras.

Analisa-se o Estado como uma condensação de relações de forças materializadas na união de poder, inclusive em aspectos internacionais (transnacionais).

Por fim, o capítulo 1 traz o conceito de democracia, forma de governo, em seus diversos aspectos doutrinários, visando responder se o Poder Judiciário é um poder democrático e legítimo.

Aqui, intensifica-se a pesquisa com análise da vertente política e democrática de Espinosa e Bobbio, finalizando com reflexões de Ferraoji sobre uma constituição global.

No capítulo 1, portanto, o estudo da política e do poder, e do Estado e da democracia, permite que o capítulo 2, sobre separação de poderes, seja mais facilmente palatável.

O Capítulo 2 trata da separação de poderes, sua origem e seus fundamentos, inclusive sua apresentação no Brasil. Neste episódio da dissertação a pesquisa foca em como a humanidade chegou à necessidade de dividir o poder, separando-o em funções a serem exercidas por agentes públicos diversos e por qual razão.

As bases fincadas no capítulo 1 permitem que o princípio da separação de poderes seja visto como uma teoria política, com finalidade de limitação do poder, possuindo como idealizadores mais famosos Aristóteles, Locke e Montesquieu.

Estuda-se os movimentos sociais e políticos pretéritos para uma melhor avaliação do presente, com análises do absolutismo inglês e francês.

A metodologia utiliza os escritos de Locke e Montesquieu para descrever a historicidade do princípio da separação de poderes, com objetivo específico de delimitar o espaço que cada órgão possui na estrutura de Estado.

Segue o capítulo observando a cultura jurídica norte americana (EUA), com teorização especial em “Os Federalistas”.

A pesquisa leva a separação de poderes a teoria política e de poder, com as adaptações reveladas em momentos históricos de crise no uso do poder por determinado grupo político que desvirtua a busca do bem coletivo.

Levanta, ainda, o comportamento do princípio da separação dos poderes no Brasil, estudando a evolução constitucional e as repartições de competência entre os poderes.

A chegada do poder judiciário inicia nova etapa nessa remodelagem de limitações do poder, uma vez que a interpretação constitucional passa ao crivo deste novo poder.

Superada as diversas categorizações da separação de poderes, segue-se para o capítulo 3.

O Capítulo 3 dedica tempo ao estudo do ativismo judicial, sua origem e manifestação ao longo do tempo, bem como sua relação com os poderes políticos.

Novamente a metodologia indutiva busca nos diversos estudos já existentes sobre o assunto uma delimitação aceitável do conceito da expressão, com objetivo específico de desmistificar os conceitos popular sobre o assunto e sedimentar a expressão no mundo pós-moderno.

De Arthur Schlesinger Jr.⁴ a William Michael Treanor⁵, pretende-se entender a expressão e relacioná-la com a separação de funções estabelecida em uma constituição liberal.

De partida, propõe-se que o ativismo judicial não seja taxado de progressista ou de conservador.

O termo “ativismo judicial” está atrelado a capacidade de revisão judicial dos atos normativos e gerenciais dos Poderes Legislativo e Executivo,

⁴ SCHLESINGER JR, Arthur M. The Supreme Court. **Fortune Magazine**, v. 73, 1947.

⁵ TREANOR, William Michael. Judicial review before Marbury. **Stan. L. Rev.**, v. 58, p. 455, 2005.

respectivamente.

Assim, a perspectiva que se constrói no capítulo 3 é que o ativismo judicial é expressão de um poder institucionalizado no Estado, refletindo-se em um mecanismo de poder e superação da legitimidade democrática, especialmente em razão do apolitismo e da depressão democrática.

O capítulo 3 segue observando o ativismo judicial e sua capacidade interpretativa em âmbito local e internacional, buscando unir fundamentos para entender se existe uma globalização judicial capaz de interferir nos agentes políticos, bem como sua relação com a separação de poderes e os efeitos que uma crise pode gerar no cenário democrático.

O ativismo judicial é, antes de tudo, como bem lecionou Doug Bandow, uma questão referente aos limites da interpretação da Constituição.⁶ Possibilidade de hermenêutica que deve ser estudada para correta aplicação do direito.

As considerações finais refletem o resultado da pesquisa, a definir o ativismo judicial como grave violação ao princípio da separação de poderes e como mecanismo de poder dos juízes frente os poderes políticos.

⁶ BANDOW, Doug. The public opposes judicial activism because it does not understand the issue. In: Noah Berlatsky. **Judicial activism: opposing viewpoints**. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012, p. 144-145.

CAPÍTULO 1

POLÍTICA, PODER, ESTADO E DEMOCRACIA

1.1 POLÍTICA E PODER

Filósofos de todo mundo estudam os movimentos sociais há anos e tendam compreender os reflexos na comunidade em geral.

A natureza do homem e sua relação com a pólis é alvo de estudo desde a época do filósofo grego Aristóteles de Estagira (384 a.C – 322 a.C), discípulo de Platão. Aristóteles via o homem como um animal racional que fala e pensa (*zoon logikon*), o animal político. O animal político aristotélico é um dos conceitos mais estudados na filosofia política e um pilar teórico para a organização social e política.

Nesta linha, impossível o ser humano não pensar em política, não viver política, não ser político, pois o seu afastamento da política é negação de sua própria essência.

Sobre compreensão e a origem da palavra “política”, Dallari confere:

Os gregos davam o nome de polis à cidade, isto é, ao lugar onde as pessoas viviam juntas. E Aristóteles diz que o homem é um animal político, porque nenhum ser humano vive sozinho e todos precisam da companhia dos outros. A própria natureza dos seres humanos é que exige que ninguém viva sozinho. Assim sendo, a “política” se refere à vida na polis, ou seja, à vida em comum, às regras de organização dessa vida, aos objetivos da comunidade e às decisões sobre todos esses pontos.⁷

Bobbio, por sua vez, ensina:

por vezes, o sujeito, quando referidos à esfera da Política atos como o ordenar ou proibir alguma coisa com efeitos vinculadores para todos os membros de um determinado grupo social, o exercício de um domínio exclusivo sobre um determinado território, o legislar através de normas válidas erga omnes, o tirar e transferir recursos de um setor da sociedade para outros, etc; outras vezes ela é objeto, quando são referidas à esfera da Política ações como a conquista, a manutenção, a defesa, a ampliação, o robustecimento, a derrubada, a destruição do poder estatal, etc.⁸

Assim, Bobbio leciona que “Emprega-se o termo ‘política’, normalmente,

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 8.

⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Unb, 11ª ed., 1983, Brasília – DF, p. 954.

para designar a esfera das ações que têm relação direta ou indireta com a conquista e o exercício do poder último (supremo ou soberano) sobre uma comunidade de indivíduos em um território”⁹.

Já Schmitter, ao questionar o que é política, responde com quatro tipos de categorias, para melhor explicar o assunto, que seriam as suas Instituições, os seus Recursos, os seus Processos e a sua Função. A cada uma dessas abordagens seria relacionado, respectivamente, o Estado ou Governo; o Poder, Influência ou Autoridade; "*Decision-making*" ou "*Policy-formation*" (formulação de decisões sobre linhas de conduta coletivas) e Resolução não violenta de conflitos.¹⁰

Inquestionável que a origem da ideia de política está ligada à organização da vida em coletividade e às formas de se organizar esse tipo de viver, sendo possível argumentar que a política não pode ser dispensada da vida em sociedade.

Mas não se engane. A relação política é fruto de uma relação típica de poder que, necessariamente, se desenvolve do vínculo entre governantes e governados.

Trata-se de tema presente desde a antiguidade, expondo-se de diversas formas, que do grego *crátos* (força, potência) e *arquia* (autoridade) originam, com os ajustes necessários, as formas de governos que até hoje são proclamadas: a tirania, a monarquia, a democracia, a república, o principado e o despotismo.¹¹

Acertadas são as palavras de Hannah Arendt, para quem:

A política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças. Enquanto os homens organizam corpos políticos sobre a família, em cujo quadro familiar se entendem, o parentesco significa, em diversos graus, por um lado aquilo que pode ligar os mais diferentes e por outro aquilo pelo qual formas individuais semelhantes podem separar-se de novo umas das outras e umas contra as outras. Nessa forma de organização, a diversidade original tanto é extinta de maneira efetiva como também destruída a igualdade essencial de todos os homens. A ruína da política em ambos os lados surge

⁹ BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política**. Antologia, A Política. Rio de Janeiro: Contraponto, abril de 2003. p. 137.

¹⁰ SCHMITTER, Philippe C. **Reflexões sobre o conceito de política**. Revista de Direito Público e Ciência Política, v. 8, n. 2, p. 45-60, 1965. p.47.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política**. Antologia, A Política. Rio de Janeiro: Contraponto, abril de 2003. p. 137.

do desenvolvimento de corpos políticos a partir da família. Aqui já está indicado o que se torna simbólico na imagem da Sagrada Família: Deus não criou tanto o homem como o fez com a família.¹²

Mas o que é poder?

Diderot e d'Alembert ensinam que:

O fundamento do poder é o consentimento dos homens reunidos em sociedade. O poder que se estabelece pela força só pode subsistir pela força. A força nunca poderá conferir qualificação legal, e os povos conservam sempre o direito de protestar contra ela. Ao estabelecer a sociedade, os homens só renunciaram a uma parte da independência na qual a natureza os havia criado para obter as vantagens que resultam da submissão a uma autoridade legítima e de acordo com a razão. Nunca pretenderam entregar-se sem reservas a senhores autoritários nem dar as mãos à tirania e a opressão, nem conferir a outros o direito de torná-los infelizes.¹³

Jouvenel pontua que a autoridade política tem o dever de agir de acordo com o direito, ou seja, de ser justo. A justiça estaria na conformidade com o direito, regra posta, criada por ele mesmo (autoridade política), o que leva a conclusão de que, cumprindo com as regras, a autoridade seria sempre justa. Desse modo, seria uma ilusão buscar no Direito uma proteção contra o Poder.¹⁴

Assim, a partir das mais recorrentes e conhecidas noções de Poder, temo-la, segundo Pinto Ferreira como “a capacidade de impor a vontade própria numa relação social”.¹⁵ Ou, de maneira similar, como se exprimiu Bobbio, entendendo “Poder como a capacidade de um sujeito influir, condicionar e determinar o comportamento de outro indivíduo”.¹⁶

Em uma análise clássica do poder, baseada em Max Weber, o problema do poder era apenas um problema de chefia ou de classes dirigentes. Acreditava na democracia como instrumento útil de minimização do poder (freio ao autoritarismo do kaiser e da burocracia alemã). Propunha como formas de dominação política: (a)

¹² ARENDT, Hannah. **O que é política**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, v. 1997, 1993, documento eletrônico.

¹³ DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean le Rond. **Verbetes políticos da enciclopédia**. UNESP, 2006. p. 250-251.

¹⁴ JOUVENEL, Bertrand de. **O poder: história natural de seu crescimento**. São Paulo: Peixoto Neto, 1998. p.379.

¹⁵ PINTO Ferreira, Luís. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. v. I. p. 266.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política**. Antologia, A Política. Rio de Janeiro: Contraponto, abril de 2003. p. 137.

tradicional, (b) legalista ou (c) carismática. A política se situava nas relações de mando e obediência, que se fundamentam não apenas em bases materiais ou nos hábitos de obediência dos súditos, mas na legitimidade.¹⁷

Esta ótica é evidenciada por Cruz:

O Estado e – por via de consequência – o Poder Público, seria, portanto, um mal necessário. A necessidade do soberano só se justificaria enquanto fosse cumprido o pactuado, ou seja, a manutenção da ordem. Sem a garantia de segurança não seria racional obedecer, e lógico e legítimo, se rebelar.¹⁸

É característica da sociedade moderna a crença na legitimidade do ordenamento jurídico, onde a fonte do poder é a lei, à qual ficam sujeitos não apenas aqueles que prestam obediência, mas também aquele que manda. Nesse sentido, o autor Max weber leciona:

O aparelho administrativo do Poder é a burocracia, com sua estrutura hierárquica de superiores e de subordinados, na qual as ordens são dadas por funcionários dotados de competência específica.¹⁹

Na concepção de Maquiavel, abordada em sua obra “O Príncipe”, buscar compreender a sociedade tal como ela se apresenta na experiência real de seu tempo é fator crucial para efetivar e manter o poder:

Nas atitudes de todos os homens, sobretudo dos príncipes, em que não existe tribunal a que recorrer, o fim é o que importa. Trate, portanto, um príncipe de vencer e conservar o Estado. Os meios que empregar serão sempre julgados honrosos e louvados por todos, pois as massas se deixam levar por aparências e pelas consequências dos fatos consumados, e o mundo é formado pelas massas.²⁰

No estudo da política, o poder é um dos fundamentos essenciais, em razão de sua fluidez e manifestação em diversos setores da humanidade, desde a análise das burocracias ou das organizações, onde a estrutura hierárquica mais ou menos acentuada e as diversas formas que ela pode assumir colocam, naturalmente, em primeiro plano, o fenômeno do Poder.

¹⁷ WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas vocações*. trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 98.

¹⁹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: UnB, 1999. 2 volumes. / BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 2. ed. Brasília: UnB, 1999. verbete Poder, Mario Stopino, p. 940.

²⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe** (Trad. Antônio Caruccio-Caporale). São Paulo: L&PM Editores: Porto Alegre, 2011. p. 74.

Mais. Verifica-se também a fundamentalidade do Poder no estudo das relações internacionais, onde o conceito de Poder, quando não é considerado como instrumento privilegiado de interpretação, fornece de uma maneira critério de análise de que não se pode prescindir no estudo dos sistemas políticos nacionais e locais, onde o estudo do Poder termina no estudo da natureza e composição das elites políticas.

O poder é um dos fenômenos mais propagados na vida social. Pode dizer-se que não existe praticamente relação social na qual não esteja presente, de qualquer forma, a influência voluntária de um indivíduo ou de um grupo sobre o comportamento de outro indivíduo ou de outro grupo. Não deve se surpreender ao verificar que o conceito de Poder foi empregado para interpretar os mais diversos aspectos da sociedade. Todavia, o campo em que o Poder ganha seu papel mais crucial é o da política.

John Locke, em sua obra “Dois tratados sobre o governo”, define o poder político enquanto:

O direito de editar leis como pena de morte e, conseqüentemente, todas as penas menores, com vistas a regular e preservar a propriedade, e de empregar a força do Estado na execução de tais leis e na defesa da sociedade política contra os danos externos, observando tão somente o bem público.²¹

Para ele, o fundamento do poder político é o consentimento, eis que os homens são “(...) naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio consentimento”.²²

O poder político correlaciona-se com a formação do poder civil, pressupõe, então, o ato de consentir e manifesta-se através do acordo ou convenção entre todos os membros da comunidade, os quais abandonam o estado de natureza (*pactum societatis*).

Desse modo, Locke destaca que existe apenas uma forma por meio da qual ao indivíduo é possível abrir mão de sua inerente e natural liberdade, ao passo

²¹ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 381.

²² LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 468.

em que se vincula aos acordos estabelecidos pela sociedade civil. Segundo o autor, isso somente poderia ocorrer por meio da anuência e concordância com outrem e com a união do indivíduo com uma comunidade.²³

Iniciando por estas premissas, nota-se que o ventre dos elementos do Estado vem de época de grande guerra por território, onde as nações lutavam por expansão e domínio. Daí o dueto Estado e Poder.

O poder através do Direito, manifestado na capacidade de criar normas jurídicas, seria o ápice do poder que um Estado pode deter, sendo o monopólio da força tão somente uma consequência da dominação legal. Poder é, então, a capacidade de impor obediência.

Aristóteles, em sua obra “A Política”, afirma que o legislador consiste em figura que “deve imprimir profundamente no espírito de seu povo que o que é muito bom para cada um em particular também o é para o Estado”²⁴. Localizou o Estado separando-o das demais comunidades humanas, o que chamou de autarquia. Para ele, a autossuficiência do Estado supria todas as suas necessidades mediante os esforços da comunidade que o compõe, não dependendo de qualquer apoio externo.²⁵

O poder reporta-se necessariamente aos meios para se alcançar fins almejados, e se exterioriza na relação com a natureza e nas conexões que envolvem o gênero humano.

Desse modo, a esfera política é ultrapassada pelo poder, a não ser que acatemos o pressuposto de que “tudo é política”. O poder tem sido conceituado, segundo Bobbio como “consistente nos meios adequados à obtenção de qualquer vantagem” (Hobbes) ou, analogamente, como “conjunto dos meios que permitem alcançar os efeitos desejados” (Russell).²⁶

²³ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁴ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo – SP, 3ª Ed., Martins Fontes, 2006. p. 67.

²⁵ RAMOS, Cesar Augusto. **Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo**. Kriterion, Belo Horizonte, v. 55, n. 129, p. 61-77, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2014000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 de abril de 2021.

²⁶ ZUCCHINI, Giampaolo. Demagogia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO,

Jouvenel esclarece que a obediência civil²⁷ é fundamental para o Poder. Se uma comunidade não obedece à ordem emanada do Poder, fragiliza o Estado. Nesta esteira, Paulo Márcio Cruz afirma que “a sociedade, como ambiente político, sempre teve no Poder o meio que permite eleger as diversas possibilidades diante de, considerando diversos aspectos políticos”.²⁸

E segue o doutrinador francês dizendo que “a extensão do Poder (ou da capacidade de dirigir mais completamente as atividades nacionais) causou, portanto, a extensão da guerra.”.²⁹

Coelho, seguindo os trilhos de Jouvenel, diz que governo algum se sustenta através da violência, apenas. Por mais totalitário que seja, o Estado precisa de uma base de poder. Dá como exemplo o caso mais despótico de dominação já visto, a escravidão, que se manteve hígida porque havia materialidade na subjugação, mas na organização sólida dos senhores.³⁰

Bauman, em sua obra modernidade líquida, diz:

“O que leva tantos a falar do ‘fim da história’, da pós-modernidade, da ‘segunda modernidade’ e da ‘sobremodernidade’, ou a articular a intuição de uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou a seu ‘limite natural’. **O poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico (...).** Em termos práticos, **o poder se tornou verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço (...).** O que importava no Panóptico era que os encarregados ‘estivessem lá’, próximos, na torre de controle. O que importa, nas relações de poder pós-panópticas é que as pessoas que operam as alavancas do poder de que depende o destino dos parceiros menos voláteis na relação podem fugir do alcance a qualquer momento - para a pura

Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 318-319 (vol. 1).

²⁷ Segundo Arendt, são requisitos indispensáveis para a desobediência civil a publicidade e a coletividade, pois seus objetivos e seus fundamentos são de ordem essencialmente política. A desobediência civil, assim, fica atrelada ao desejo de imprimir uma mudança no corpo político ou evitar que tal aconteça. A desobediência civil possui parentesco com a revolução sem com ela se confundir. Relevante ressaltar que a teoria da desobediência civil não pode dispensar uma teoria da obediência que esclareça os fundamentos da obrigação política. Ver ARENDT, Hannah. On civil disobedience. In: Crises of the republic. New York: Harcourt Brace, pp. 49-102, 1972.

²⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 62.

²⁹ JOUVENEL, Bertrand de. **O poder: história natural de seu crescimento**. São Paulo: Peixoto Neto, 1998. p. 29.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder: ensaio de epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1992. p.52.

inacessibilidade. (...) As principais técnicas do poder são agora a fuga, a astúcia, o desvio e a evitação, a efetiva rejeição de qualquer confinamento territorial (...).³¹

Não se tem o Poder como constituição do Estado. O Poder refletir-se-á através da soberania. Natural, portanto, que se tenham conceitos mais conservadores, vocacionados a proteção intestinal de cada nação, embora os conceitos pós-modernos sejam mais flexíveis.

1.2 ESTADO E DEMOCRACIA

A política é a essência da sociedade, tendo o poder como uma expressão natural dessa organização comunitária, concretizada com a formação do Estado.

Na maioria das sociedades modernas se optou pela forma de governo democrática, afastando momentaneamente governos com viés autoritário.

Política, poder, Estado e, agora, democracia.

Diderot e d'Alembert ensina que *democracia*:

É umas das formas simples de governo, na qual o povo, em corpo, detém a soberania. Toda república na qual a soberania resida nas mãos do povo é uma democracia. E se o poder soberano residir somente nas mãos de uma parte do povo, temos uma aristocracia. Embora não pense que a democracia seja a forma mais cômoda e mais estável de governo; embora esteja persuadido de que ela não é vantajosa para os grandes Estados, creio, todavia, que ela é uma das formas mais antigas, entre as nações que adotaram como justa a máxima seguinte: “que aquilo que interessa a todos os membros da sociedade seja administrado por todos em comum”. Falando em Atenas, sua pátria, Platão disse que a equidade natural que existe entre nós faz com que procuremos em nosso governo uma igualdade que seja conforme a lei e que, ao mesmo tempo, nos submetamos àqueles dentre nós que têm mais capacidade e sabedoria. Parece-me que não é sem razão que as democracias se vangloriam de serem elas que alimentam os grandes homens.³²

É comum pensar que na democracia existe uma distribuição equitativa de poder. No entanto, o poder nunca é distribuído por igual, uma vez que, minimamente, na sociedade, existirão os governantes e os governados. A democracia significa a possibilidade de acessar o poder de maneira equitativamente distribuída, visto que todos os cidadãos que cumprirem os requisitos da lei poderão

³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

³² DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean le Rond. **Verbetes políticos da enciclopédia**. UNESP, 2006. p. 89.

ocupar cargos políticos por meio de eleição popular.³³

Alguns teóricos defendem que a democracia se resume praticamente à existência de eleições para escolha dos governantes. Essa vertente é chamada de democracia liberal. Segundo Schumpeter, um dos principais teóricos a apoiar essa visão, a democracia então seria a forma de organizar as instituições políticas na qual as pessoas adquirem a capacidade de exercer poder e tomar decisões por meio de uma batalha competitiva pelo voto popular. Assim, a escolha dos representantes é secundária ao propósito primordial do arranjo democrático que é conferir ao eleitorado o poder de decidir questões políticas.³⁴

De toda sorte, devido a uma série de razões, incluindo mudanças na natureza da democracia, bem como mudanças tanto nos próprios partidos como na sociedade, em geral, os partidos políticos dão-se conta da sua crescente incapacidade para funcionarem como agentes de representação.³⁵

Se antes, como diz o autor, o sufrágio universal durante muito tempo foi uma instituição que mobilizou os cidadãos “porque acreditavam no seu valor moral e prático”, no qual os representantes tinham grande credibilidade “pensando nas grandes decisões políticas”, essa impressão, afirma, hoje parece ilusória para muitos. Há uma grande descrença nas instituições legislativas e, portanto, na representação política.

John Rawls, em seu livro “o liberalismo político”, indica como uma concepção política limita as concepções do bem da forma a seguir:

1. Gostaria de começar recordando sucintamente a distinção (1:2) que é crucial para minha discussão: a distinção entre uma concepção política de justiça e uma doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente. Eu disse que as características de uma concepção política de justiça são, primeiro, a de que ela é uma concepção moral elaborada em função de um objeto específico, qual seja, a estrutura básica de um regime democrático constitucional; segundo, a de que aceitar a concepção política não pressupõe aceitar qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente em particular, e sim que a concepção política apresenta-se como uma

³³ SATHLER, André Rehbein; SATHER, Malena Rehbein. **150 termos para entender política** [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020. p. 50.

³⁴ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: First Harper Perennial Modern Thought, 2008.

³⁵ MAIR, Peter. **Os partidos políticos e a democracia**. *Análise Social*, vol. XXXVIII (167), 2003, p. 278.

concepção razoável unicamente para a estrutura básica; e terceiro, a de que não é formulada em termos de nenhuma doutrina abrangente específica, e sim em termos de certas ideias fundamentais consideradas latentes na cultura política e pública de uma sociedade democrática.³⁶

Rawls evidencia que a concepção política de justiça está entrelaçada com ideias fundamentais consideradas latentes na cultura política e pública de uma sociedade democrática, não devendo confundir-se aspectos religiosos, filosóficos ou da moral abrangente.

Restrepo vê a negação da democracia quando o poder se distancia da política:

Se é certo que o Estado é o lugar de origem do poder político, isto só quer dizer a negação da democracia. Tal como estabelece Jean Luc Nancy, a democracia seria uma demo-arquia se o poder do povo somente estabelecer uma origem a que deve ser leal e a qual o supera e limita. O liberalismo nos propõem um nicho contraditório das origens políticas, um poder original criando um poder que o substitua, o descreva e o limite, em outras palavras, a negação mesma do poder ou da cracia (krátos) do demos. A CRACIA de democracia significa poder ilimitado, fundante (não fundado) e sempre presente, cuja categoria definitiva é uma potência que não se pode ser reduzida a um marco que o contenha e determina.³⁷

Talvez essa confusão no seio popular conduza a crença levantada por Bernardo de que uma percentagem muito significativa de pessoas “prefere mostrar a sua descrença pela democracia representativa pura e simplesmente não votando, em vez de eleger os candidatos (...) que se apresentam em plataformas críticas dessa democracia representativa”³⁸.

Dessa forma, o autor aduz ainda:

A desconfiança atinge todos os que participam nos processos eleitorais,

³⁶ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000. p.221.

³⁷ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 126. Apud GUASQUE, Bárbara; OLIVIERO, Maurizio. Separação dos poderes, controle de constitucionalidade e democracia. in: Direito, democracia e constitucionalismo [recurso eletrônico] / Adriane Guasque ... [et al.]; organizadores, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu, Orlando Luiz Zanon Júnior ; coordenadores, Maria Chiara Locchi, Maurizio Oliviero, Rafael Padilha dos Santos. - Itajaí: UNIVALI, 2017. – (Coleção principiologia constitucional e política do direito; t. 3). p.59. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202017%20DIREITO,%20DEMOCRACIA%20E%20CONSTITUCIONALISMO%20%E2%80%93%20TOMO%202003.pdf>. Acesso em 08.03.2022.

³⁸ BERNARDO, João. **Entre a desconfiança e o desinteresse**: abstenção eleitoral nas democracias. 2009. Disponível em: www.passapalavra.info/?p=1579. Acesso em: 10 abril 2021.

quaisquer que sejam as suas ideologias e o teor dos seus discursos. E assim o que vemos por todo o mundo é uma colossal perda de legitimidade das democracias. Basta uma aritmética rudimentar para constatararmos que, com 1/3 de abstencionistas, que é uma percentagem bastante comum, o candidato ou o partido que obtenham metade dos votos conseguirão, afinal, o sufrágio de apenas 1/3 do eleitorado.

Mesmo quando o número de abstencionistas se reduz a 1/4, o que pode ser considerado como uma taxa de participação elevada, quem alcance metade dos votos conta apenas com 37,5% de aprovação. Que grandes vitórias! Esta perda de legitimidade das democracias não é certamente alheia ao reforço da fiscalização dos gestos mais comuns do dia-a-dia, através dos meios electrónicos de vigilância. O que tem afinal ocorrido é a transformação gradual das democracias representativas em autoritarismos tecnocráticos, e o crescimento das abstenções é um indício deste processo.³⁹

A crise não é da democracia per se mais de um tipo específico de governo representativo, crise que se expressa na distância crescente entre representantes e representados e, portanto, uma crise de representação política, a atrair um vazio de poder que, como já visto, nunca ficará vazio por muito tempo.

1.2.1 A teoria política de Espinosa e os fundamentos naturalísticos da democracia

O Tratado Político, obra de Espinosa publicada postumamente pela primeira vez em 1677, visa compreender de que maneira se desenvolve a relação entre direito, sociedade, Estado e a natureza humana enquanto homem político.

Segundo o filósofo, existe uma distinção essencial entre os filósofos e os políticos. Aqueles estudam os afetos humanos, considerando-os como vícios cuja culpa é do próprio homem; estes, por sua vez, apoiam-se na prática, nos vícios e nas malícias humanas para desenvolver habilidades e desenvolver teorias.⁴⁰

Nesse sentido, Espinosa se aproxima da diferenciação entre as áreas da filosofia política e da ciência política, sendo aquela um *dever ser* da política e das relações do homem político, e esta uma análise do Ser da política e do homem político, analisando suas virtudes e vícios em sociedade.

Por conseguinte, ao conceituar a Ética sob o aspecto de sua teoria, o

³⁹ BERNARDO, João. **Entre a desconfiança e o desinteresse**: abstenção eleitoral nas democracias. 2009. Disponível em: www.passapalavra.info/?p=1579. Acesso em: 10 abril 2021.

⁴⁰ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 05-06.

autor demonstra de que maneira os homens encontram-se submetidos aos seus próprios afetos, ao ponto em que, na convivência social, sentem empatia e compadecimento em relação aos indivíduos que se encontram em situação de inferioridade e padecimento, e deixam-se tomar pela inveja em relação aos que se encontram em melhor situação. Esse cenário resulta na prática de opressões dos homens contra os homens, conflitos estes em que há mais glória no prejuízo do outro do que do benefício próprio.⁴¹

Trata-se de comportamento fundamentado no conceito de Potência, que segundo o filósofo, fundamenta todas as coisas naturais, sendo a própria Potência de Deus. Havendo uma Potência por trás de todas as coisas, notadamente no que trata do comportamento social humano, verifica-se a construção de uma ideia de fundamento máximo do homem em sociedade, um impulso pessoal que, em Espinosa, é a própria Potência de Deus. Nesse sentido, constrói-se a ideia de um Direito Natural, segundo o qual assim define o autor:

[...] por direito de natureza entendo as próprias leis ou regras da natureza segundo as quais todas as coisas são feitas, isto é, a própria potência da natureza, e por isso o direito natural de toda a natureza, e consequentemente de cada indivíduo, estende-se até onde se estende a sua potência. Consequentemente, aquilo que cada homem faz segundo as leis da sua natureza fá-lo segundo o supremo direito de natureza e tem tanto direito sobre a natureza quanto o valor da sua potência.⁴²

Mas de que maneira se estruturaria esta potência? Estaria ela unicamente fundada na razão? Segundo Espinosa, caso os homens definissem suas ações levando em conta apenas a razão, de fato, a potência da razão imperaria e, portanto, o direito natural seria fundado única e exclusivamente na razão. Entretanto, os homens, em geral, são conduzidos muito mais pelo desejo e pelos seus afetos que pela razão. Desta forma, ao passo em que faz parte da natureza, o homem possui a potência da natureza, fundando-se tanto na razão quanto nos desejos, que integram as regras da natureza e, portanto, o direito de natureza.⁴³

Fundada na razão e nos afetos, os homens não agem em completa liberdade pois, caso assim o fizessem, agiriam sempre com base na razão,

⁴¹ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 08.

⁴² ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 12.

⁴³ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 12-13.

afastando-se dos vícios da natureza humana. Isso pois a liberdade é uma perfeição e uma virtude, motivo pelo qual Deus sempre agiria em perfeita liberdade, pois esta é sua natureza.⁴⁴

A natureza humana, no entanto, reside na falibilidade e, ainda assim, os homens se esforçam na manutenção de seu Ser e de sua potência. Nesse contexto, submetem-se às leis, sejam elas dos homens ou da natureza, em uma busca pela conservação dos homens, encontrando-se sempre sob jurisdição:

[...] cada um está sob jurisdição de outrem na medida em que está sob o poder de outrem, e está sob jurisdição de si próprio na medida em que pode repelir toda a força, vingar como lhe parecer um dano que lhe é feito e, de um modo geral, na medida em que pode viver segundo o seu próprio engenho.⁴⁵

Ressalte-se que, para além da jurisdição de outrem, o indivíduo submetido ao poder estatal e, portanto, cidadão, também se submete à jurisdição da cidade. Não é ele quem decide o que é justo ou injusto, mas o corpo estatal, por meio da representação dos interesses daqueles que o compõem, manifesta a vontade de todos por meio da vontade do estado.

Passada a análise da relação entre direito natural e indivíduo, direciona-se à discussão acerca da multidão. Ora, segundo o filósofo em questão, o “direito que se define pela potência da multidão costuma chamar-se estado”⁴⁶. Este teria como função a de estabelecer direitos e limitá-los, sob consenso, com a finalidade de manter coesa a estrutura social em que foi estabelecido.

Nesse sentido, ao definir os momentos de guerra e de paz, ao conceder e interpretar direitos e ao cuidar da “coisa pública”, estamos diante da representação do estado, ou seja, da potência da multidão manifestada por meio do direito. Este poder do estado, no entanto, pode ser exercido de várias formas, e adotando um ponto de vista clássico, Espinosa se alinha ao conceito dos 03 (três) principais formas de exercício do poder estatal, quais sejam a democracia, a aristocracia e a monarquia.

⁴⁴ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 15.

⁴⁵ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 16-17.

⁴⁶ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 20.

Acerca destes regimes, assim define o filósofo:

Este direito que se define pela potência da multidão costuma chamar-se estado. E detém-no absolutamente quem, por consenso comum, tem a incumbência da república, ou seja, de estatuir, interpretar e abolir direitos, fortificar as urbes, decidir sobre a guerra e a paz, etc. E se esta incumbência pertencer a um conselho que é composto pela multidão comum, então o estado chama-se democracia; mas, se for composto só por alguns eleitos, chama-se aristocracia; e se, finalmente, a incumbência da república e, por conseguinte, o estado estiver nas mãos de um só, então chama-se monarquia.⁴⁷

Deve-se ressaltar que, ao conceituar a democracia, em momento algum Espinosa estabelece que há uma concessão de poderes ilimitados aos cidadãos. Note-se que há a ideia de um poder que emana do povo, ao mencionar a “potência da multidão”, mas este não é ilimitado pelos argumentos seguintes.

Adentrando-se à relação estabelecida por Espinosa entre o estado natural e o exercício democrático da cidadania como nós a conhecemos atualmente, vislumbra-se que, caso a cidade conceda a um indivíduo a possibilidade de viver de acordo com suas próprias leis individuais, ela abre mão de seu poder e o transfere ao indivíduo.

Por sua vez, ao conceder este poder a dois ou mais indivíduos para que vivam segundo suas próprias regras, divide o estado ao passo em que transfere tal poder a tais indivíduos. Ora, caso a cidade opte por conceder o poder de viver de acordo com suas regras a todos os cidadãos, por sua vez, destrói-se a cidade, voltando todos os indivíduos ao estado natural.⁴⁸

Desta forma, a partir da instituição do estado civil, não mais é possível que o homem viva de acordo com suas próprias regras, pois então se estaria diante de um estado natural. Ressalte-se que, tanto no estado natural quanto no civil, o homem busca seus próprios interesses e segue suas próprias regras, de uma maneira ou de outra. Entretanto, a instituição de um estado civil pressupõe que as regras que ditam a vida em sociedade sejam, majoritariamente, as do estado.

Sendo assim, o autor estabelece que o estado se constitui pela potência da multidão e, conseqüentemente, dá a entender com isso que a titularidade do

⁴⁷ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 20.

⁴⁸ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 26.

poder é oriunda do povo. Entretanto, o exercício deste poder, no estado civil, se dá conforme as regras preestabelecidas pelo estado, não havendo concessão de total liberdade ao indivíduo para que este defina as regras pelas quais dita sua própria vida, mas concedendo-se o exercício de direitos ao passo em que estabelece a necessidade de se submeter a uma série de deveres junto ao estado.

1.2.2 As transformações contemporâneas da democracia em Bobbio

Superada a temática da Teoria Política de Espinosa e seu ponto de vista acerca do direito natural e da democracia, passa-se à análise da democracia sob a visão contemporânea de Norberto Bobbio. O autor, em seu "O futuro da democracia", aborda as transformações da democracia na contemporaneidade. Trata-se de texto de grande relevância para se analisar de que maneira este regime de governo tem se desenvolvido.

A Democracia, que se opõe à ideia de autocracia, somente pode ser concebida a partir da ideia de regras que definam indivíduos ou grupos de indivíduos que estejam autorizados a tomar decisões em nome da coletividade, sob procedimento predefinido.⁴⁹

Bobbio afirma que a "crise" democrática reside na ocorrência de promessas não cumpridas, ou seja, ideais democráticos que não se mostraram factíveis no momento em que a democracia foi implantada nas mais diversas sociedades. Com maestria, Bobbio lista 06 (seis) destes ideais "não cumpridos" mais relevantes.

Em primeiro lugar, encontra-se a concepção individualista de sociedade (ideal democrático) *versus* a incidência do caráter pluralista nas sociedades. Segundo o autor, o surgimento da democracia partiu do princípio de uma sociedade individualista, ou seja, a sociedade política consiste no resultado artificial da vontade dos indivíduos que a compõem.⁵⁰

Segundo o teórico, é possível listar 03 (três) eventos notáveis no que

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

tange ao desenvolvimento de uma concepção individualista da sociedade:

a) o contratualismo do Seiscentos e do Setecentos, que parte da hipótese de que antes da sociedade civil existe o estado de natureza, no qual soberanos são os indivíduos singulares livres e iguais, que entram em acordo entre si para dar vida a um poder comum capaz de cumprir a função de garantir-lhes a vida e a liberdade (bem como a propriedade); b) o nascimento da economia política, vale dizer, de uma análise da sociedade e das relações sociais cujo sujeito é ainda uma vez o indivíduo singular, o *homo oeconomicus* e não o *politikón zōon* da tradição, que não é considerado em si mesmo mas apenas como membro de uma comunidade[...]; c) a filosofia utilitarista de Bentham a Mill, para a qual o único critério capaz de fundar uma ética objetivista, e portanto distinguir o bem do mal sem recorrer a conceitos vagos como "natureza" e outros, é o de partir da consideração de estados essencialmente individuais, como o prazer e a dor [...].⁵¹

Verifica-se, de antemão, um distanciamento, por parte de Bobbio, da ideia de um direito natural, ao passo em que se aproxima de um ponto de vista utilitarista. Trata-se de concepção que vai de encontro à teoria de Espinosa, retromencionada no presente trabalho. À frente, será abordado de que maneira a teoria dos referidos autores conversa ou diverge entre si.

Ora, a criação de uma doutrina democrática, no que trata da sociedade individualista, pressupõe a existência do homem enquanto indivíduo soberano que, com a finalidade de conviver harmoniosamente em uma sociedade e, ao mesmo tempo, possuir poder de decisão nesta mesma sociedade, abre mão de parcela de sua soberania para dotar o Estado da soberania democrática.

Para tal, inicialmente, a ideia de uma democracia pressupunha a inexistência de "corpos intermediários". Entretanto, o que se vê na prática de um estado democrático é a constante intermediação de ações. Verifica-se, portanto, que os indivíduos perdem protagonismo no exercício decisório estatal, ao passo em que os grupos se tornam entes de significativo poder, verificando-se não existir mais uma ideia de povo como "unidade ideal", mas de maneira dividida em grupos cujos interesses se contrapõem.⁵²

Desta maneira, pode-se vislumbrar que a sociedade democrática ideal, denominada centrípeta, dá lugar a uma sociedade centrífuga, ou seja, a sociedade

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

⁵² BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

com diversos centros de poder. Bobbio, portanto, afirma que a sociedade Rousseauiana ideal, com um centro de poder, é substituída, em sua versão real, por uma sociedade policêntrica ou poliárquica, estruturada em diversos polos de poder e, portanto, caracterizando-se como pluralista.⁵³

Passa-se, portanto, ao segundo ideal democrático não cumprido na sociedade real, qual seja a “revanche de interesses”. Nos alicerces teóricos democráticos, fundam-se os princípios da vedação do mandato imperativo e o da representação política. Tais princípios visam a construção de uma representatividade democrática que não reflita jogos de interesses, mas a vontade real do povo.

Entretanto, o que se verifica é o desrespeito constante a estes princípios. Primeiramente, no que trata da vedação do mandato imperativo, Bobbio chama a atenção para a disciplina partidária. Parlamentares, em geral, são vinculados à orientação e ao direcionamento dado ao partido que integram, o que já macularia o referido princípio.⁵⁴

No que trata do princípio da representação política, por sua vez, o autor chama a atenção para situações fáticas em que o Estado assume uma postura neocorporativa (estrutura vislumbrada por Bobbio na Europa), em que se estabelece uma relação triangular entre grupos de interesses contrapostos e o Estado enquanto mediador, afastando-se de sua postura soberana e submetendo-se aos duelos de interesses sociais e políticos.⁵⁵

Outra das “promessas” não cumpridas da democracia é a derrota das oligarquias. Na concepção clássica de democracia, cunhada pelos teóricos da filosofia política do século XIX, havia a ideia de que, com a devolução do poder soberano ao povo, as oligarquias não mais existiriam. Entretanto, o que se verifica, na atualidade, não é a ausência da elite, mas a presença de diversas elites que

⁵³ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

concorrem entre si em busca do voto popular.⁵⁶

Bobbio menciona, igualmente, a impossibilidade de ocupação, por parte do processo democrático, de todos os espaços. Utilizando-se do exemplo do sufrágio, afirma que, ao verificarmos a ampliação do número de votantes em um determinado local, deve-se perguntar não apenas quem vota, mas também “onde se vota?”:

[...] quando se quer saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito.⁵⁷

Verifica-se, portanto, a necessidade de análise do efetivo acesso às decisões estatais, bem como a verificação da real liberdade no poder decisório individual. Para além da ocupação do espaço democrático e da abrangência da capacidade decisória, há a necessidade de respeito ao exercício dos direitos de liberdade na mesma intensidade com que se deve respeitar o exercício dos direitos políticos.

Outro dos elementos que a democracia ideal visava combater e, na prática, não vislumbrou ser possível, é a existência de poderes invisíveis na sociedade. Este seria o chamado “duplo estado”, que desenvolve suas ações de maneira encoberta, sem a devida publicidade.

A publicidade dos atos de um estado possui uma dupla função de controle, possibilitando ao cidadão o conhecimento das ações dos detentores do poder e, ao mesmo tempo, controlando-se os atos sob o aspecto da licitude ou ilicitude, eis que se encontram públicos a todos os cidadãos.⁵⁸ Entretanto, verifica-se que há diversos poderes invisíveis que interferem na ação estatal e no exercício democrático, efetivos poderes paralelos em atuação junto aos estados.

Outra das “promessas” democráticas não atendidas é a educação dos

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

cidadãos, ou seja, a educação para o exercício da cidadania. O direito público do século XIX trouxe consigo a ideia de que a educação democrática se dá com a prática da democracia. Entretanto, o que se verifica na atualidade é uma verdadeira apatia política por parte de diversos grupos de cidadãos, que não se interessam nos rumos políticos da sociedade em que estão inseridos.

No que trata do ideal do governo de técnicos, o sexto e último dos ideais clássicos do desenvolvimento democrático, se trata de um ideal que já nasce impossível de ser atingido. Isso ocorre pois o referido valor é incompatível com o exercício do poder por todos, ao passo em que direciona o poder apenas aos técnicos:

Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos.⁵⁹

Desta maneira, seria impossível conceber uma sociedade em que houvesse exercício de poder por todos os cidadãos e, ao mesmo tempo, este exercício fosse completamente qualificado pelo saber técnico. Isso ocorre pois não é possível que todos os cidadãos possuam todo o saber técnico acerca de todos os assuntos que integram a sociedade.

Os referidos elementos, portanto, contribuem negativamente para a chamada crise da democracia, eis que a quebra dos ideais formulados pelos teóricos clássicos da democracia gera desconfiança por parte dos cidadãos no desempenho das atividades democráticas. Em face disso, poder-se-ia questionar se haveria futuro para a democracia como a conhecemos.

Segundo Bobbio, verifica-se que, mesmo nos países em que a democracia se encontra mais distante do modelo dito como ideal, ainda assim, o referido modelo não se confunde nem se compara com um modelo autocrático ou totalitário. Ainda que se possa vislumbrar uma espécie de crise fundada na concepção ideal de democracia que a sociedade ocidental definiu para si, não houve

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

redução nos direitos fundamentais mínimos garantidos no seio dos regimes democráticos, comprovando que, dentro de seus limites fáticos, a democracia não resultou em um insucesso:

O conteúdo mínimo do estado democrático não encolheu: garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas a sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas (nas democracias consociativas ou no sistema neocorporativo) ou tomadas com base no princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalizão de governo. Existem democracias mais sólidas e menos sólidas, mais invulneráveis e mais vulneráveis; existem diversos graus de aproximação com o modelo ideal, mas mesmo a democracia mais distante do modelo não pode ser de modo algum confundida com um estado autocrático e menos ainda com um totalitário.⁶⁰

Desta maneira, verifica-se que, ainda que os elementos estruturantes do processo democrático, muitas vezes, não correspondam às teorias clássicas, o núcleo essencial do regime da democracia permanece bem estruturado. As críticas tecidas pelos cidadãos e pelos teóricos da política, plenamente cabíveis para o aprimoramento do regime, servem essencialmente para repensarmos as estruturas da democracia, aprimorando-a, e não para que esta seja extinta ou substituída por outro regime.

1.2.3 O Estado democrático em Espinosa e sua relação com as transformações democráticas

Conforme anteriormente explicitado, Espinosa é claro ao dizer que ao homem é impossível guiar-se apenas pela razão, motivo pelo qual, muitas vezes, se perde em seus afetos. Entretanto, a potência humana, que em Espinosa possui raízes teístas e jusnaturalistas, constitui o estado na medida em que se combina às potências de outrem. Ora, se o homem não se guia unicamente pela razão, surge a necessidade de um estado civil, eis que, em face de uma sociedade de indivíduos plurais, não há a possibilidade de se conceder poder de decisão a todos para que vivam de acordo com suas próprias regras.

O Estado assim concebido, quando submetido ao regime democrático, segundo Espinosa, pode ser regido sob diversos gêneros de democracia. A este

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

filósofo, no entanto, importa apenas um dos gêneros, qual seja aquele em que todos os cidadãos, assim compreendidos como aqueles que são submetidos a direitos e deveres no ordenamento jurídico estatal, possam ter o direito de votar e o direito de ocupar cargos estatais.⁶¹

O referido cidadão, segundo o autor, seria aquele que pauta suas ações de maneira honesta, de acordo com os princípios éticos e o ordenamento jurídico ao qual está submetido. Ressalte-se que, reproduzindo pensamento vigente à época, Espinosa exclui da categoria de cidadãos aqueles ditos como incapazes na sociedade de então, o que não é relevante para a discussão acerca de sua teoria democrática para os fins deste trabalho.

Sendo assim, a efetiva distinção entre a democracia e a aristocracia, para o filósofo holandês, residiria na possibilidade de acesso aos cargos do estado por parte de todos os cidadãos, não se limitando o poder nas mãos dos chamados “patrícios”.⁶²

Trata-se de visão que se alinha notadamente com 02 (dois) valores fundamentais da democracia elencados por Bobbio, sendo ambos apontados como ideais que, na prática, não tiveram o sucesso esperado: a quebra das oligarquias e o poder invisível.

Ora, no que trata das oligarquias, há total relação entre estas e o poder aristocrático, o exercício do poder única e exclusivamente daqueles que possuem direito ao acesso aos cargos do estado em virtude de nascerem em famílias que possuem poder. De fato, Espinosa afirma que os direitos políticos em uma democracia devem ser exercidos por todos que não estejam com seus direitos políticos suspensos.

Entretanto, conforme anteriormente mencionado, as elites seguem detentoras de poder político, mas, na prática, integram vários núcleos de poder que buscam o voto das majorias para a manutenção do poder político e econômico. Por sua vez, no que trata dos poderes invisíveis, Bobbio menciona, para além da relevância da publicidade em uma sociedade democrática, a existência de um poder

⁶¹ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 138.

⁶² ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 137.

invisível paralelo.

Nesse aspecto, utilizando-se do exemplo do que ocorre na Itália, seu país de origem, Bobbio afirma o que segue:

Diferentemente da relação entre democracia e poder oligárquico, a respeito da qual a literatura é riquíssima, o tema do poder invisível foi até agora muito pouco explorado (inclusive porque escapa das técnicas de pesquisa adotadas habitualmente pelos sociólogos, tais como entrevistas, levantamentos de opinião, etc.). Talvez eu esteja particularmente influenciado por aquilo que acontece na Itália, onde a presença do poder invisível (máfia, camorra, lojas maçônicas anômalas, serviços secretos incontroláveis e acobertadores dos subversivos que deveriam combater) é, permitam-me o jogo de palavras, visibilíssima.⁶³

No sentido acima mencionado, pode-se dizer que o combate aos poderes invisíveis, para além da estruturação de um sistema de publicidade dos atos estatais, compreende também a tentativa de extinção dos poderes paralelos, de um estado duplo. No contexto brasileiro, por exemplo, poder-se-ia mencionar a existência das milícias, dos poderes paralelos exercidos pelo tráfico ou de famílias que dominam a elite política de determinadas regiões.

Todos esses são poderes paralelos que interferem no funcionamento pleno da democracia, relacionando-se com o ideal de quebra das oligarquias e dos poderes invisíveis, mencionados por Bobbio, e da adoção do regime democrático em contrariedade ao regime aristocrático, conforme Espinosa.

Acerca da problemática da impossibilidade de ocupação dos espaços democráticos, mencionada anteriormente neste trabalho no que trata da teoria de Bobbio, propõe-se um paralelo com os limites ao exercício da democracia por parte daqueles que, segundo Espinosa, não integrariam o corpo dos ditos “cidadãos”.

Segundo este teórico, estariam excluídos de tal categoria as mulheres, os servos, os filhos e os pupilos, pois estes estariam submetidos ao poder dos homens e dos senhores.⁶⁴ Trata-se, obviamente, de ideia alinhada aos ditames sociais da época, marcada por estruturas sociais mais rígidas e por preconceitos estruturais.

Entretanto, cumpre questionar: o exercício do poder democrático atinge a

⁶³ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, documento eletrônico.

⁶⁴ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 139.

todos os cidadãos, em todas as localidades e em todos os estratos sociais? Conforme já mencionamos anteriormente, Bobbio realiza perguntas fundamentais nesse sentido, no que trata do sufrágio: quem vota e onde se vota? A ampliação do número de eleitores e a amplitude das discussões políticas essenciais ao funcionamento da sociedade alcançam a todos ou apenas a uma parcela geograficamente delimitada da população?

As respostas a estas perguntas relacionam-se com aspectos socioeconômicos de grande importância para o panorama democrático atual. Mas para além das possíveis respostas, propõe-se a seguinte reflexão: a ampliação do poder de voto ainda não pressupõe o exercício livre do fazer democrático. Muito se evoluiu no que trata da concessão de direitos políticos, mas ainda há muito a evoluir no que trata do acesso às discussões políticas por grupos socialmente afetados que necessitam da maior atuação estatal.

Dito isso, verifica-se haver densa relação entre os aspectos teóricos da estruturação da democracia no texto de Espinosa ora estudado e as conclusões da prática democrática que levou à suposta “crise” democrática, chamada por Bobbio, com maestria, de transformação democrática.

Entretanto, é de grande importância ressaltar que, no campo das inconsistências entre os referidos teóricos, Bobbio se mostra contrário à ideia de um direito natural, ao passo em que Espinosa funda toda sua teoria nos aspectos jusnaturalistas. Desta forma, limita-se o referido paralelo aos aspectos citados de convergência das teorias, focando-se nos aspectos racionalistas dos referidos teóricos, o que, metodologicamente os aproxima.

1.2.4 Democracia global (?)

Observamos que a democracia, como governo do povo, tem antecedentes em teorias políticas e de poder, com as naturais transformações terminológicas ao longo do tempo, chegando à fluidez proposta pelo atual mundo pós-moderno⁶⁵ e transnacionalista, assim entendido aquele Estado que se funda na

⁶⁵ Expressão apresentada por Jacques Chevallier, vem a partir de 1950, após a II Guerra Mundial, com o triunfo do normativismo, com a consagração na Europa do controle de constitucionalidade. A visão pós-moderna da democracia a apresenta como uma democracia deliberativa repousando sobre

cooperação entre Estados que cedem fatia de sua soberania no sentido de que a sociedade mundial relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, vez que a teia de conexões sociais, de consumo, ultrapassa as fronteiras geográficas.⁶⁶

Surge, aparentemente, um sentimento de democrático global, onde cidadãos – e outros atores transnacionais - de todo o mundo unem vozes em defesa de direitos transfronteiriços, mesmo que de maneira pulverizada e setorizada. São as vozes das diversas minorias⁶⁷ – já que falar em uma maioria atualmente é praticamente impossível.

E este sentimento democrático global não há como se firmar sem um direito, igualmente, global. Precisa, então, uma nova teoria do ordenamento jurídico ou, ao menos, uma adaptação do que já existe? Quais os fundamentos desta ordem jurídica que nasce?

Zanon Junior ressalta que:

[...] o Direito é um conceito de amplo, que envolve não apenas critérios de julgamento formais (como a legislação escrita), mas também **materiais (como elementos transnacionais)**, mormente porque a realidade demonstra influxos de diversas ordens sobre a atividade deliberativa.⁶⁸

Para Zanon Junior, o Direito não é mais legalidade estrita, formal, mas também sofre influxos materiais da globalização.

Goyard-Fabre, analisando o conceito de direito através das teorias de validade, pontua que a vitória do convencionalismo, ao impor o início do direito do homem, faria a filosofia do direito sair do naturalismo metafísico e as aspirações

a confrontação permanente dos interesses sociais e como uma democracia participativa, dando aos cidadãos um direito de supervisão (*regard*) e um controle (*emprise*) mais direto sobre a coisa pública. O Estado pós-moderno reconhece, desse modo, a existência de outros atores, com os quais ele é constrangido a negociar, sem se refugiar atrás de uma soberania tornada largamente ilusória. Ver Chevallier, Jacques. "O Estado pós-moderno." **Editora Forum**, 2009; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, 2009.

⁶⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18.

⁶⁷ Para Ferrajoli o que caracteriza a democracia é muito mais o livre dissenso que o livre consenso.

⁶⁸ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Influxos da transnacionalidade sobre a ciência jurídica**. In: ROSA, Alexandre Morais da (et al.) Para além do Estado nacional: dialogando com o pensamento de Paulo Cruz. Florianópolis: Emais Editora, 2018. p. 293-308. p.304.

cientificistas do “positivismo” passar a se expressar.⁶⁹

Mas o modelo constitucional atual não seria suficiente para o Estado transnacional? Parece que não.

Para Ferrajoli, o paradigma constitucional - modelo constitucional (neojuspositivista ou segundo juspositivismo) - está em crise essencialmente pelo fim do monopólio estatal da produção normativa e pelo desenvolvimento, em nível global, de poderes públicos e, sobretudo, de poderes econômicos e financeiros que se subtraem ao papel de governo das instituições políticas da democracia representativa e aos limites e vínculos jurídicos do Estado de direito, tanto do Estado legislativo quanto do constitucional.⁷⁰ Parecem questões transnacionais, como já esclarecido por Jessup em sua obra “Direito Transnacional”. Ou seja, o direito transpassou fronteiras e está nas mãos, também, de atores externos (não estatais), dificultando o controle substancial atribuído pela esfera do não decidível. Assim, o futuro do Estado de Direito e da democracia está intimamente ligada a expansão progressiva do paradigma constitucional aos ordenamentos supranacionais, à altura dos novos poderes extra e supraestatais, de modo a, quiçá, sermos politicamente livres.⁷¹

Observando esta crise constitucional, Litrento⁷² diz:

O dito Estado moderno, antes absoluto-monárquico, que se transformou em liberal e democrático dos nossos dias, de bases constitucionais, está em crise em face do novo conceito de lei, não mais expressão da "vontade geral", que caracterizava o pensamento de Rousseau. Quer exerça o poder de direito (tendo como base a legitimidade oriunda do consentimento) quer o poder de fato (que pode repousar na legalidade, mas a caracterizar sempre, pela coerção, a ordem pelo medo), o Estado não pode prescindir da soberania.

⁶⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5-70. p.70.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 22.

⁷¹ Kelsen escreve que politicamente livre “é aquele que está sujeito a um ordenamento jurídico de cuja criação participa. Um indivíduo é livre se aquilo que ele 'deve' fazer, segundo o ordenamento social, coincide com aquilo que ele “quer' fazer. Democracia significa que a vontade que é representada no ordenamento jurídico do Estado é idêntica as vontades dos súditos. O seu oposto é a sujeição da autocracia”. (KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e della State* (1945), trad. italiana de S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunita, Milano, 1959, parte II, IV, A, b, p. 289.).

⁷² LITRENTO, Oliveiros Lessa. A soberania em mudança. **Revista de Ciência Política**, v. 27, n. 2, p. 50-97, 1984. p. 53.

No Estado Transnacional, o Estado não pode prescindir da soberania popular transnacional, do poder que atores transnacionais possuem, direcionados a um mundo melhor - um caminho para uma democracia global.

Para Kelsen, a percepção de democracia é uma síntese dos desejos de liberdade e igualdade.⁷³ E temas tão caros a humanidade, refletem-se em Ferrajoli quando fala em uma Constituição da terra:

1. Ceticismos e realismo. Períodos curtos e espaços restritos das políticas nacionais – Existem problemas globais que não fazem parte da agenda política dos governos nacionais, em que pese que a sobrevivência da humanidade dependa das suas soluções: a salvação do planeta do aquecimento global, os perigos dos conflitos nucleares, o crescimento das desigualdades e a morte de milhões de pessoas todos os anos devido à falta de alimentação básica e de medicamentos essenciais, o drama de centenas de milhares de migrantes, cada um fugindo de um desses problemas irresolvidos.

É desta consciência banal que nasceu a ideia de iniciarmos um movimento para promover uma Constituição da Terra. Somos perfeitamente conscientes de que este projeto pode parecer uma utopia, uma proposta irreal e irrealizável. Como é possível, em tempos como o atual, de crises das democracias nacionais e de processos destrutivos, mesmo nos países mais avançados, admitir, por hipótese, **uma democracia cosmopolita e uma constituição global que uma centenas de povos diferentes, por vezes em conflito uns com os outros? Como é possível que um pacto desses possa ser compartilhado por 196 Estados soberanos e pelos novos soberanos, irresponsáveis e invisíveis, nos quais que se transformaram os mercados?**⁷⁴

Assim, embevecidos por direitos difusos e transfronteiriços, com uma urgente necessidade de salvaguardar o Estado Constitucional de Direito e da democracia, a expansão progressiva do paradigma constitucional aos ordenamentos supranacionais, à altura dos novos poderes transnacionais, propicia campo fértil para o sentimento de democracia global, seja através de um Estado Transnacional, seja de uma Constituição fundamental da terra.

Portanto, fortalecida a ideia de diálogos entre sistemas jurídicos nacionais e estrangeiros, a conduzir a humanidade a pensar em relações e interações de cortes locais com cortes internacionais, em grau ascendente - caráter transnacional

⁷³ No original: “Il principio di maggioranza, e pertanto l’idea di democrazia, è una sintesi delle idee di libertà e di eguaglianza” [KELSEN, Hans. Teoria generale del diritto e della State (1945), trad. italiana de S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1959, ivi, B, b, 3, p. 292])

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Porque uma Constituição da terra?**. I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI.

da diplomacia judicial⁷⁵, avança-se para a dificuldade de delimitar a atuação dos poderes, em especial do poder judiciário, pois, como princípio constitucional, a separação de poderes exige atuação harmônica e independente entre eles.

A atuação judicial, com uso de argumentos transnacionais, em um ambiente que se discute uma democracia global, precisa olhar e caminhar nos trilhos seguros da separação de poderes.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=168232>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O estudo da teoria geral do Estado conduz o pesquisador a inquietude de suas concepções ao longo da história e seu consequente avanço até a compreensão da separação de poderes.

Portanto, para entender corretamente como se separa o poder, é preciso dar contornos teóricos ao poder, palavra que é recheada de ambiguidades. São, ao menos, cinco significados: (i) capacidade de conseguir certas finalidades por meio da força ou da persuasão; (ii) autoridade legal para levar a cabo certos atos; (iii) as funções estatais (executiva, legislativa e judiciária); (iv) os órgãos incumbidos do exercício dessas funções (Executivo, Legislativo e Judiciário); e (v) as pessoas que integram esses órgãos.⁷⁶

Sem dúvida, do absolutismo ao liberalismo as bases políticas sobre como o poder deve ser exercido sofreu mutações, levando o estudo a níveis de tensão nos dias presentes.

2.1 PODER E ESTADO

O nascimento do Estado como se conhece atualmente não tem cientificamente uma data ou evento. Sabe-se, apenas, que o Estado teve suas raízes na formação tradicional das comunidades, nas famílias. Portanto, para se compreender a formação do Estado qual se tem hoje, é preciso ver os estágios de desenvolvimento da comunidade estatal.

Todavia, ressalta-se que onde existe comunidade política, existe poder. A base do Poder, ver-se-á, está na sua legitimidade.

Portanto, de início, mostra a história que os seres humanos eram nômades, andavam em bandos e não tinham moradia fixa. Possuíam alimentação precária, já que comiam o que encontravam pelo caminho. Era uma população que vivia da caça e da colheita.

⁷⁶ VILE, Maurice J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Tradução espanhola de Xohana Bastida Calvo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 13.

No estágio da evolução, marcado historicamente pela descoberta e controle do fogo, surgiram as comunidades territoriais compostas de agricultores, ou seja, o desenvolvimento do Estado tribal. Mas a revolução agrícola só foi possível devido a sedentarização dos grupos, quando se reconhecem os fenômenos da natureza e passam a explorá-los em benefício da tribo.

Neste feixe da história, notável o implemento, mesmo que rudimentar, da prática de escambo entre os grupos e o surgimento de ritos religiosos. Mais, apresenta-se o chefe de grupo, alguém em que os demais da comunidade confiavam e obedeciam.

Aqui, encontra-se a base social, onde se extrai uma comunidade voltada para dentro, lapidadora de pedras para confecção de instrumentos de caça e defesa (período da pedra polida).

Romani⁷⁷ ensina:

Viviam em bandos reunidos em torno de um líder. Dominavam o fogo e tinham técnicas rudimentares de construção de utensílios de pedra lascada, como pontas de lanças e lâminas de quartzo capazes de cortar couro e carne. É possível que fabricassem cestas trançando fibras ou tiras de couro. Ao contrário do que normalmente se imagina, os paleoíndios não moravam em cavernas, e sim em locais abertos onde havia água corrente disponível, como no alto das chapadas, onde ficam as nascentes, no meio dos vales por onde cruzam riachos e na desembocadura dos boqueirões. Nesses locais, a vegetação farta e a presença de animais silvestres garantia uma alimentação balanceada entre vegetais e carne de caça. As cavernas eram usadas como abrigos pelos caçadores e, provavelmente, para a realização de rituais religiosos e fúnebres. Embora fossem nômades, cada grupo movia-se dentro de um território próprio, que conheciam detalhadamente — o que facilitava a busca de alimentos. Em situações especiais, os grupos de uma mesma região se reuniam para caçadas conjuntas, para a celebração de cerimônias religiosas e para fazer acordos de acasalamento.

Viviam em bandos reunidos em torno de um líder. Dominavam o fogo e tinham técnicas rudimentares de construção de utensílios de pedra lascada, como pontas de lanças e lâminas de quartzo capazes de cortar couro e carne. É possível que fabricassem cestas trançando fibras ou tiras de couro.

Ao contrário do que normalmente se imagina, os paleoíndios não moravam em cavernas, e sim em locais abertos onde havia água corrente

⁷⁷ ROMANI, Vinícius. **O Brasil de Luzia**. Os caminhos da terra. São Paulo: Peixes, ano 12, nov. 2004. p.48.

disponível, como no alto das chapadas, onde ficam as nascentes, no meio dos vales por onde cruzam riachos e na desembocadura dos boqueirões.

Nesses locais, a vegetação farta e a presença de animais silvestres garantia uma alimentação balanceada entre vegetais e carne de caça. As cavernas eram usadas como abrigos pelos caçadores e, provavelmente, para a realização de rituais religiosos e fúnebres. Embora fossem nômades, cada grupo movia-se dentro de um território próprio, que conheciam detalhadamente — o que facilitava a busca de alimentos.

Em situações especiais, os grupos de uma mesma região se reuniam para caçadas conjuntas, para a celebração de cerimônias religiosas e para fazer acordos de acasalamento.

O processo de feudalização, característico da Alta Idade Média, tem como um dos aspectos centrais a descentralização do poder, significando a não existência de um único centro de poder a partir do qual são exercidas as principais funções da soberania. O poder de fazer a justiça, de declarar a guerra ou de tributar não está mais centralizado em torno do rei, do Imperador ou de outro governante, mas é efetivado a partir de múltiplos agentes.

Essa evolução leva a uma ordem econômica fundada na divisão do trabalho - surgimento do Estado territorial moderno, com arcaica delimitação de terra.

Após, o Estado chega à sociedade industrial complexa, com um Estado organizado em partidos e o Estado legislador, produtor de normas. Assim, com as revoluções industriais, cujas inovações tecnológicas modificaram a estrutura produtiva da sociedade, vários outros fatores influenciaram questões específicas, ocorrendo um período de intensiva e excessiva modificação social e econômica.

Moura pontua que o processo de centralização de poder em torno do rei inicia-se em plena Idade Média, por volta do século XII, passo a existir a ideia de nação, no seu sentido moderno, após o século XVI. Já a ideia de Estado-nação não antes do século XVII. Todavia, isso não significa a possibilidade de falar desse tipo de organização política na Europa do século XVII. Diversos historiadores entendem que o Estado-nação apenas se impõe, como organização política, a partir do século

XIX. O absolutismo, por sua vez, emerge e se consolida como sistema de governo, principalmente entre os séculos XVI e XVII, sobrevivendo até o século XVIII.⁷⁸

A Idade Moderna não é mais o mundo medieval (feudalismo) e não é ainda o mundo contemporâneo (capitalismo).

Após as revoluções dos séculos XVII e XVIII, com o caráter representativo e indireto da democracia implantada em diferentes países, somados a outros fatores, tais movimentos pregavam a importância da proteção dos indivíduos em face do poder político, como explica Bakunin:

A **sociedade moderna** está de tal modo convencida desta verdade: que **todo o poder político**, qualquer que sejam sua origem e sua forma, **tende necessariamente ao despotismo** – que, em todos os países onde pôde se emancipar um pouco, apressou-se em submeter os governos, mesmo quando emanados da Revolução ou da eleição popular, a um controle tão severo quanto possível. (...) Em todos os países que possuem governo representativo, e a Suíça é um deles, a liberdade só pode ser real quando este controle é real. Ao contrário, se o controle é fictício, a liberdade popular torna-se necessariamente também pura ficção.⁷⁹

Bobbio diz que o Estado, ordenamento político de uma comunidade, tem sua base na dissolução das comunidades primitivas e na união estabelecida entre os grupos, tribos, comunidades, para manutenção da sobrevivência interna (sustento) e externa (defesa).⁸⁰

O Estado é uma condensação de relações de forças materializadas na união de poder, de modo simultâneo em que é influenciado pela sociedade, e realiza sobre ela o seu domínio por intermédio de uma institucionalidade jurídica, burocrática e ideológica. A união de poder que sustenta o poder do Estado caracterizaria a força organizada e concentrada de determinada parcela da sociedade que ambiciona a dominação e a regulação da sociedade como um todo.

78 MOURA, Ana Maria da Silva. **História Moderna**. v. 1 - Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2010. p.54.

79 BAKUNIN, Mikhail. Deus e o Estado. São Paulo: Imaginário, 2000, p.55.

80 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.73.

No entanto, apesar de o Estado sustentar seu poder através do seu compromisso, mantido de uma forma geral com todos os segmentos da sociedade, devendo ainda atender as expectativas da sociedade em geral para se legitimar.⁸¹

Além de representar os interesses da classe dominante, deve compreender também os interesses das classes dominadas, como leciona Coutinho: Deve o Estado ser concebido com a junção da sociedade civil e a sociedade política: A sociedade civil é o conjunto das instituições responsáveis pela elaboração e difusão de valores simbólicos, de ideologias, compreendendo o sistema escolar, os partidos políticos, as Igrejas, as organizações profissionais, os sindicatos, os meios de comunicação, as instituições de caráter científico e artístico.⁸²

A sociedade política é o conjunto de aparelhos por meio dos quais a classe dominante detém ou exerce o monopólio legal ou de fato da violência. Trata-se dos aparelhos coercitivos do Estado, encarnados nos grupos burocráticos ligados às forças armadas e policiais e à aplicação das leis.⁸³

Hespanha, em seu livro “As vésperas do Leviathan – instituições e poder político: Portugal – século XVII”, com olhos no modelo explicativo sobre poder, como igualmente fez Michel Foucault, diz:

A chave para a compreensão (...) parece residir no fato de a coroa ter deslocado, a partir dos meados do século XV, a sua estratégia política para campos diversos do político jurisdicional, procurando construir espaços de produção de poder em que sua posição fosse mais favorável. Espaços em que se aplica muito exatamente a elaboração teórica de M. Foucault sobre **“os dispositivos de poder” conceito com o qual ele procura reagir contra uma concepção de poder e de estratégias políticas reduzidas ao plano jurídico**. O poder não recobre, de fato, apenas formas instituídas e legítimas de sujeição; mas também modos de ação, mais ou menos refletidos e calculados, todos destinados a agir sobre as possibilidades de ação de outros indivíduos. **Governar, neste sentido, é estruturar o campo de ação dos outros**”.⁸⁴

A percepção colhida deste passado é que as comunidades pretéritas se

⁸¹ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e Política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1996.

⁸² COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e Política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1996.

⁸³ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e Política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1996.

⁸⁴ HESPANHA, Antônio Manuel. As vésperas do Leviathan: instituições e poder político – Portugal – século XVII. Lisboa: Livraria Almedina, 1994. Apud MOURA, Ana Maria da Silva. **História Moderna**. v. 1 - Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2010. p. 495.

caracterizam, em geral, pela população e pelo poder político, sendo o território a base física que delimitou definitivamente o Estado.

Para além das origens do Estado, parte da doutrina da Teoria Geral do Estado propõe como causas constitutivas do Estado - ou elementos básicos de constituição do Estado -, a soberania, o território e o povo. São referências Darcy Azambuja, Paulo Bonavides, Pedro Salvetti Neto.

Todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as “ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe a maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política”.⁸⁵

Iniciando por estas premissas de poder e organização social, com olhos voltados a tempos pretéritos, nota-se que as raízes dos elementos do Estado vêm de época de grande guerra por território, onde as nações lutavam por expansão e domínio.

Natural, portanto, que se tenham conceitos mais conservadores, vocacionados a proteção intestinal de cada nação.

Aristóteles localizou o Estado separando-o das demais comunidades humanas, o que chamou de autarquia. Para ele, a autossuficiência do Estado supria todas as suas necessidades mediante os esforços da comunidade que o compõe, não dependendo de qualquer apoio externo.⁸⁶

Dallari, citando o jurista francês Jean Bodin, diz que ele entendia que a soberania de um Estado estava em seu poder de legislação, para quem a “Soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os

⁸⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo – SP, 3ª Ed., Martins Fortes, 2006, p. 1.

⁸⁶ RAMOS, Cesar Augusto. **Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo**. Kriterion, Belo Horizonte, v. 55, n. 129, p. 61-77, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2014000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

negócios de estado de uma República”.⁸⁷

Nesse sentido, Estado e Poder caminham de mãos dadas. O poder através do Direito, manifestado na capacidade de criar normas jurídicas, é o ápice do poder que um Estado pode deter, sendo o monopólio da força tão somente uma consequência da dominação legal.

E o poder do Estado é, em Thomas Hobbes (1588-1679), teórico político inglês, a soberania associada à imagem do Monarca, descrevendo o nascimento do poder através da conferência a um homem ou assembleia de homens que possa unificar as vontades plurais, pois através desta autoridade, concebida por cada indivíduo no Estado, é que vigora a permissão para o uso do poder e da força, capaz de impor o terror e de conformar as vontades de todos eles, inclusive em face dos inimigos estrangeiros:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade.⁸⁸

O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de

⁸⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.68.

⁸⁸ HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1997. p. 130.

transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.⁸⁹

Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros.⁹⁰

É nele que consiste a essência do testado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.⁹¹

O poder estatal, como definido por Hobbes, vem da autorização popular. O povo delega a uma pessoa – nas monarquias - ou a uma assembleia de pessoas o direito de autogoverno.

De outro giro, a teoria da autolimitação proposta do Jellinek indica que a soberania é uma vontade que somente pode ser acionada por si mesma, sendo autodeterminada. Ela própria é quem diz até onde sua ação pode ir, não estando limitada por vontades alheias. A soberania seria ilimitada e ilimitável, com forte tendência absolutista, já que nada a limitaria.⁹²

Notável que a doutrina clássica, enraizada em período monarquista e absolutista, atribui conceitos mais estáticos aos elementos formadores do Estado, algo inobservado na teoria pós-moderna, mais líquida, mais fluida, mais adaptável

⁸⁹ HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1997. p. 130.

⁹⁰ HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1997. p. 130.

⁹¹ HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1997. p. 130.

⁹² PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática do Poder**: Teoria Democrática da Soberania. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 3 ed., vol.2, p.97.

aos avanços da humanidade.

Acquaviva, ao tratar do conceito moderno, propõe “sociedade civil politicamente soberana e internacionalmente reconhecida, tendo por objetivo o bem comum aos indivíduos e comunidades sob seu império”.⁹³

Já Maritain diz que “O Estado é unicamente a parte do corpo político que se refere especialmente à manutenção da lei, ao fomento do bem comum e da ordem pública e à administração dos negócios públicos.”.⁹⁴

Avançando, os reflexos da globalização trazem traços marcantes no conceito de Estado, uma vez que o capital advindo da ordem econômica internacional cria sua própria “soberania”, levando estudiosos como Ulrich Beck a falar em Estado Transnacional.

Para Beck, o Estado Transnacional seria fundado na cooperação entre Estados que cedem fatia de sua soberania ao Estado transnacional, extraindo-se da sua obra passagem significativa no sentido de que a sociedade mundial relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, vez que a teia de conexões sociais, de consumo, ultrapassa as fronteiras geográficas.⁹⁵

Esta nova moldura global conduz o direito a repensar seus conceitos, emergindo doutrinas pós-modernas que, diferentemente da clássica, remodelam as características do Estado - a soberania, o território, o povo - e a finalidade para a qual as nações se fazem presente hodiernamente.

Portanto, o Estado continua sendo constituído pelo povo, por um território (limitação geográfica) e pela soberania (atributo do Poder que permite a autodefesa), mas com conceitos fluidos, uma vez que temas como direitos humanos e meio ambiente passaram a ter conceito de territorialidade global, com soberanias supranacionais.

⁹³ ACQUAVIVA, Marcus Claudio. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 04.

⁹⁴ MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Tradução Alceu Amoroso Lima, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1959. p. 22.

⁹⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18.

De toda forma, embora com fluidez, Dallari pontua que apesar do avanço constatado, a soberania continua a ser sinônimo ou de independência ou manifestação de poder jurídico, este compreendido como o poder de decisão em última instância sobre a eficácia de qualquer norma jurídica, dentro dos limites da jurisdição do Estado.⁹⁶

Esta última passagem é a que interessa a pesquisa, ou seja, o poder de decisão em última instância nos limites da jurisdição, como forma de independência diante de Estados estrangeiros.

Isso significa que a palavra final sobre questões jurídicas não caberá, em regra, a organismos internacionais, mas ao próprio Estado.

Ferraz Junior pontua que as exceções, conhecidas como estados de necessidade ou de sítios, ou outras, são fragmentações na estrutura do poder - seja qual for o argumento -, capazes de suspender o direito. É que o poder não é incessantemente domesticado pelo Direito, de modo que, vez ou outra, haverá rupturas. Mas a exceção ao direito não é de fato, é sempre jurídica, autorizada pelo próprio direito. Assim, na noção de soberania, o que se apresenta perante o direito como *poder* ou é uma situação domesticada ou racionalizada pelo direito.⁹⁷

É o ponto de partida para compreensão da integração entre Estados, na formação da cultura transnacional, sem derrocada interna, do diálogo institucional – visto aqui como o uso hermenêutico da cultura jurídica estrangeira em solo pátrio, e da pretensão de se estabelecer um equilíbrio entre os poderes políticos e o poder judiciário em atuação ativista.

Por fim, como etapas finais da evolução estatal, a interdependência internacional e o declínio da autonomia dos Estados são evidenciados com certa clareza, uma vez que as grandes potências mundiais imprimem suas vontades, além de, atualmente, discutir-se como atores transnacionais influenciam as nações e relativizam a soberania.

⁹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 74.

⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, p. 29-57, 2014. p. 133-134.

2.2 ORIGEM E FUNDAMENTO

A separação de funções do poder nasceu da necessidade de reduzir, mitigar ou anular o fenômeno da concentração do poder e, conseqüentemente, das arbitrariedades cometidas por quem o detém.

É a necessidade de impor limites que torna a segregação do poder fundamental para uma vida mais justa e livre em sociedade.

As raízes da expressão, embora muitos atribuam a racionalidade iluminista, não foi técnica por ela concebida. A distribuição das funções a serem desempenhadas pelos governantes existiu muito antes do iluminismo e era empregada para aumentar a eficácia e a eficiência da atuação estatal.⁹⁸

Os gregos, século VIII a.C., distribuíram entre um grande número de servidores as atividades monopolizadas pelos reis, como bem anotou Nemo:

Ao surgir da Cidade, verifica-se a fragmentação do poder mágico-religioso do rei do tipo miceniano que, em sua pessoa agrupava todas as funções sociais. As competências anteriormente atribuídas ao monarca passaram a ser exercidas por uma pluralidade de magistrados: militares, juízes, governantes, sacerdotes [...] A monarquia cedeu lugar a república, o poder político tornou-se coletivo – foi colocado *en to meson*, no meio da comunidade, tornando-se ‘assunto de todos’.⁹⁹

Ainda na antiguidade, século VII a.C., no livro do judeu Yeshayahu ben Amotz Ha’Navi¹⁰⁰ já se notava a distinção do poder estatal, quando se disse que “o SENHOR é o nosso juiz; o SENHOR é o nosso legislador; o SENHOR é o nosso rei”¹⁰¹.

No século IV a.C., Aristóteles, em *Política*, dizia que:

Toda Cidade tem três elementos (...). A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como de ser o

⁹⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.207.

⁹⁹ NEMO, Philippe. **O que é o Ocidente?**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.17.

¹⁰⁰ Profeta Isaías, filho de Amós.

¹⁰¹ Isaías, capítulo 33, versículo 22 ALMEIDA, João Ferreira de (tradutor). Bíblia Sagrada: Edição Revista e Corrigida com Dicionário e Concordância. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2016, p. 755

poder judiciário.¹⁰²

Esse foi o cenário em que Aristóteles nasceu em 384 a.C. Aristóteles ensina que nas cidades-estados gregas o poder político era distribuído entre três grupos de cidadãos: a) os que cuidavam da soberania, tais como guerra e paz, penas de morte, exílio e confisco de bens; b) os magistrados¹⁰³, assim entendidos os vários ocupantes de cargos dotados da função de comando, conhecidos atualmente como servidores públicos; c) os que exerciam a função jurisdicional.¹⁰⁴

Em que pese sua inteligência, Aristóteles não criou uma teoria de separação de poderes, mas tão somente descreveu competências já existentes em seu mundo. Ou seja, Aristóteles já trazia a importância de dividir as tarefas do governo em indivíduos distintos, evitando a concentração de poderes nas mãos de um só, todavia sua teoria não foi aprofundadamente desenvolvida, tampouco tomou a dimensão necessária.

Doehring pontua que:

Aristóteles, tal como se afirma, já havia descrito e analisado o fenômeno da divisão de poderes. Ele estabeleceu uma diferenciação entre o poder 'consultivo', o poder 'administrativo' e o poder 'jurisdicional'. Isso só poderia ser comparado à moderna divisão de poderes, caso estes poderes, gozassem de uma medida considerável de autonomia, isto é, independência entre si e se fossem capazes de estabelecer um controle mútuo, em termos da preservação de sua individualidade.¹⁰⁵

Diga-se. Aristóteles não chegou a tratar do controle do poder pelo poder, mas expôs uma divisão de funções.

Daí o porquê de a origem da expressão não ser uníssona e, mesmo com controvérsias, Dimoulis apontar

[...] como idealizadores Aristóteles, Locke e, principalmente, Montesquieu. A leitura dos respectivos textos indica que nenhum desses pensadores esboçou um esquema de organização estatal semelhante à separação de poderes orgânica e funcional que se conhece atualmente. Na verdade, esse

¹⁰² ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010., p. 170

¹⁰³ "O termo magistrado se aplica aos cargos cujos ocupantes tem a função de deliberar sobre certas matérias e agir como juízes e sobretudo comandar, pois o comando é a principal característica de um magistrado". ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

¹⁰⁴ LEAL. Sergio. **À Sombra de Montesquieu: Reflexões Sobre a Separação de Poderes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.14.

¹⁰⁵ DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.281.

esquema foi elaborado gradativamente na experiência institucional das revoluções de finais do século XVIII que levaram à criação das primeiras Constituições rígidas e escritas nos EUA e na França.¹⁰⁶

Em Locke, o poder de fazer as leis foi o ponto de partida, mostrando-se o princípio fundamental da união dos homens em sociedade. Dizia ele que “[...] para que a lei seja parcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem a aplicá-la”¹⁰⁷. Locke se opunha à monarquia absoluta e buscava outra forma de legitimação do poder político, por isso defendia o governo civil.

O absolutismo concentrava todo e qualquer poder no Estado, de modo que o legislativo e o executivo estavam na pessoa do rei ou outro gênero de governante, alçado ao status de divino.

Laslett diz que “os Dois Tratados revelam um clamor por uma revolução a ser promovida, e não a racionalização de uma revolução necessitada de justificativas”¹⁰⁸.

Portanto, foi a sucessão ao trono inglês que gerou a instabilidade social e deu a Locke condições de experimentar a teorização de uma revolução:

A ameaça de uma sucessão católica ao trono inglês, na pessoa de Jaime, duque de York e irmão do rei Carlos II, leva à formação dos futuros partidos whig, defensor de sua exclusão da sucessão, e tory, partidário do direito divino e, portanto, do acesso do herdeiro legítimo do trono. [...] A ‘conspiração papista’, na verdade, foi um pretexto encontrado, de boa-fé ou não, pelos whigs para defender a exclusão de Jaime; Carlos II, porém, conseguiu vencer a oposição que em 1681 estava esmagada. Essa oposição whig sustentava que o filho bastardo do rei Carlos II, o duque de Monmonth, na verdade resultava de um casamento secreto entre o então príncipe e uma moça protestante, sendo o herdeiro legítimo do trono. Carlos sempre negou esse matrimônio, do qual não há provas, mas a lenda assim constituiu Monmonth como o paladino protestante. Em 1685, pouco após a coroação de Jaime II, seu sobrinho Monmouth rebelou-se. Derrotado e preso, foi decapitado.¹⁰⁹

O desejo de Locke é facilmente observado no prefácio dos *Dois tratados*:

¹⁰⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Separação dos Poderes**. In: DIMOULIS, Dimitri. (Org.) Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 347.

¹⁰⁷ PIÇARRA, Numo. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra editora, 1989, p.71.

¹⁰⁸ LASLETT, Peter. **Introdução**. In: LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Julio Fischer. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 68.

¹⁰⁹ LASLETT, Peter. **Introdução**. In: LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Julio Fischer. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 43.

Espero que estas (páginas), as restantes, sejam suficientes para consolidar o trono de nosso grande restaurador, o atual rei Guilherme; para confirmar seu título no consentimento do povo, o único de todos os governos legítimos, e o qual ele possui mais plena claramente que qualquer príncipe da Cristandade: E para justificar perante o mundo o povo da Inglaterra, cujo amor por seus direitos justos e naturais e determinação em preservá-los salvou a Nação, quando esta se encontrava na iminência da escravidão e da ruína.¹¹⁰

Locke, além de se opor a monarquia absoluta e defender o governo civil inglês, via, ainda, a Inglaterra protestante ser ameaçada pelo catolicismo. Em meio a revolução inglesa, Locke teve espaço para ponderar como as funções do Estado devem estar separadas de modo a evitar abusos.

O tempo histórico que Locke estava submetido pode ser assim compreendido. O marco inicial - a revolução puritana, revelou o atrito do rei inglês Carlos I com o Parlamento inglês. Steven Levitsky e Daniel Ziblatt lecionam que:

A tradição constitucional inglesa dava ao Parlamento o direito exclusivo de coletar os impostos necessários para financiar o governo. Porém, compreendendo que Carlos estava perigosamente próximo do papado, o Parlamento se recusou a financiar a monarquia, a menos que ela satisfizesse um conjunto abrangente de medidas, inclusive o virtual desmantelamento da Igreja da Inglaterra.¹¹¹

Portanto, a revolução gloriosa, como segundo momento da revolução inglesa, foi um movimento impulsionado pelo Parlamento e o príncipe Guilherme de Orange contra a proteção do rei Jaime II à religião católica. Com a vitória articulada pelo parlamento, Guilherme de Orange e Maria Stuart assumiram o trono da Inglaterra, marcando o início do período da monarquia constitucional.

Esse momento histórico fez com que Locke expusesse que o poder legislativo “não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou”¹¹², e, ainda, “é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e de seus membros”¹¹³.

Embora Locke tenha o poder legislativo como o poder mais importante, o

¹¹⁰ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.66.

¹¹¹ LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 113.

¹¹² LOCKE, John. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 86.

¹¹³ LOCKE, John. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 91.

poder legislativo não precisava ser permanente, não era urgente que se fizesse reunido sempre. Entretanto, o poder executivo deveria ser permanente, pois que, confeccionadas as leis, elas necessitariam ser habitualmente executadas. Assim, desde que o momento em que o legislativo cria as leis, ser-lhe-á permitido fiscalizar o poder executivo no seu papel de executá-la, sob pena de se evidenciar a má administração das leis.¹¹⁴

Mais. Para Locke os poderes do Estado “[...] não se esgotam [...] na dicotomia legislativo-executivo”¹¹⁵. Idealizou, então, os poderes de prerrogativa e o federativo de uma comunidade, possuindo compreensão diversa entre si, porém normalmente habitam o mesmo quarto de uma residência. O **poder de prerrogativa** diz respeito às questões internas de aplicação da lei positiva, manifestando-se na possibilidade de atuação discricionária concedida ao detentor do poder político, enquanto o **poder federativo** direciona-se ao poder de guerra e de paz, de celebrar tratados, em uma conotação de comunicação com comunidades estranhas àquela sociedade.

Todavia, alerta Piçarra que o *Instrumento of Government*, de 16 de dezembro de 1653, já consagrava o princípio da separação de poderes como motor de toda e qualquer constituição.¹¹⁶

Em um contexto posterior à Revolução inglesa, Charles Louis Secondat (Montesquieu) escreve sua obra mais conhecida: “Do espírito das leis”, publicada em 1748.

Assim como Locke, Montesquieu escreveu em momento histórico difícil para a França, fincada em um absolutismo em decadência, provocado por dois monarcas absolutistas que desprezavam sua comunidade: Louis XIV e Louis XV.¹¹⁷

De todo modo, a teorização de Montesquieu tem um lado de inspiração inglesa, como ensina Grillo:

¹¹⁴ LOCKE, John. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 94.

¹¹⁵ PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra editora, 1989, p. 73.

¹¹⁶ PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra editora, 1989, p. 58.

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

Ele estava em Londres, entre 1729 e 1731, quando se davam as confrontações entre os partidários dos 'Tories' e dos 'Whigs' e o sistema de gabinete de Walpole. Foi testemunha dos ataques de Bolingbroke e, entre as duas posições conflitantes – o equilíbrio das partes do qual dependeria a salvação do todo, e o mesmo equilíbrio com mutua independência – Montesquieu acabou por escrever sobre uma forma de governo idealizada.¹¹⁸

Portanto, a teoria da separação dos poderes de Montesquieu inspira-se, por um lado, na Constituição inglesa, trazendo a ideia de um governo fundado na participação do monarca, da nobreza e do povo, com a intenção de limitar o poder. A pretensão de Montesquieu, foi, de imediato, evitar o exercício arbitrário do poder. Ou seja, uma pessoa somente poderá ser livre quando puder fazer tudo aquilo que a lei permitir, com a segurança de que não necessitará temer outro cidadão.

Não à toa, Montesquieu dizia que “[...] todo homem que possui poder é levado a dele abusar”¹¹⁹.

Raymond Aron diz que

num nível mais elevado, os historiadores das ideias situam Montesquieu ora entre os homens de letras, ora entre os teóricos da política; às vezes como historiador do direito, outras vezes entre os ideólogos que, no século XVIII d. C., discutiam os fundamentos das instituições francesas, e até mesmo entre os economistas. A verdade é que Montesquieu foi ao mesmo tempo um escritor, um jurista, um filósofo da política e quase um romancista.¹²⁰

Diferente dos demais teóricos, Montesquieu teorizou a separação orgânica atrelada a separação de funções, pensando em três órgãos: o legislativo; o executivo do direito das gentes; e o executivo do direito civil.

O legislativo de Montesquieu tinha como funções criar as leis, revogá-las ou modificá-las, devendo ser formado por membros do povo e da nobreza em duas casas distintas, com deliberações em separado. O executivo das coisas que dependem do direito das gentes era o incumbido da guerra e paz, celebração de tratados e acordos internacionais. Por fim, o executivo das coisas que dependem do

¹¹⁸ GRILLO, Vera de Araújo. **A separação de poderes no Brasil: legislativo x executivo: uma análise a partir dos discursos dos congressistas sobre assuntos de política externa de 1975 a 1985.** Itajaí: Univali, 2000, p. 20.

¹¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 166.

¹²⁰ ARON, Raymond: **As etapas do pensamento sociológico.** Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Ed. Martins Fontes; Brasília: Ed. U.N.B., 1982. p. 21.

direito civil – o judiciário, limitava-se ao julgamento dos litígios entre os particulares e da aplicação da lei penal.¹²¹

Assim dizia Montesquieu sobre a atuação dos poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ser a força de um opressor.¹²²

Falecido em 1775, Montesquieu não chegou a ver sua teoria concretizada, como a foi na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*:

Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen.

[...]

Article 16 Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la **séparation des pouvoirs** déterminée, n'a point de Constitution.¹²³

¹²¹ LEAL, Sergio. **À Sombra de Montesquieu**: Reflexões Sobre a Separação de Poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.25-26.

¹²² SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de La Brède e de Montesquieu. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 165.

¹²³ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Conseil Constitutionnel. Disponível em <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>>. Acesso em 05.04.2022. Tradução livre: “Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder

Bonavides é cirúrgico ao observar que Montesquieu não apenas teorizou os três poderes, mas propôs “a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) da faculdade de impedir (*faculté d’empêcher*)”¹²⁴.

Para além de todo ensinamento prestado por Aristóteles, Locke e, principalmente, Montesquieu, foi a cultura jurídica norte americana (EUA) que aperfeiçoou a teoria e a expandiu para o mundo.

Em “os artigos federalistas”, James Madison, Alexander Hamilton e John Jay conseguiram criar uma rede de controle mútuo entre as funções do Estado, atribuindo ao poder judiciário posição de destaque, pois observaram que a cultura europeia não foi bem-sucedida ao exponenciar os poderes executivo e, posteriormente, legislativo.¹²⁵

legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Por consequência, a ASSEMBLEIA NACIONAL reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão: [...] Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.140.

¹²⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**, trad. de Maria Luíza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. Sobre os autores: “**James Madison** (1751-1836), considerado o “pai” da Constituição dos Estados Unidos, nasceu na Virgínia, em uma antiga e influente família. Completou seus estudos no College of New Jersey, atual Universidade de Princeton, sendo eleito para o Congresso em 1780. Escritor infatigável, metucioso planejador e estrategista, teve participação decisiva na Convenção Constitucional e em negociações internacionais do novo país, incluindo-se a compra da Louisiana aos franceses e o acordo com a Espanha sobre a livre navegação do Mississipi. **Foi secretário de Estado durante o governo de Thomas Jefferson**, junto com quem criou o Partido Republicano. Exerceu a Presidência dos EUA por dois mandatos. Alexander Hamilton (1757-1804) nasceu nas Antilhas e foi para a América com dezesseis anos de idade. Durante a Guerra da Independência, emergiu do anonimato como capitão de artilharia, depois tenente-coronel e, finalmente, ajudante-de-campo de George Washington, comandante-em-chefe do Exército rebelde. Depois da guerra, estudou Direito e exerceu a profissão em Nova York. Em 1782, entrou para o Congresso. Na Convenção Constitucional, liderou a facção favorável a um governo central forte, em detrimento do poder dos Estados. Depois da aprovação da Constituição, foi nomeado para o primeiro gabinete de Washington como secretário do Tesouro, criando então a infraestrutura financeira do Estado americano. Morreu com 47 anos, em consequência de ferimentos recebidos em duelo contra Aaron Burr, seu adversário político. John Jay (1745-1829), filho de um abastado comerciante de Nova York, estudou na Universidade de Columbia. Jurista e diplomata, estabeleceu sólida reputação intelectual ainda durante a dominação inglesa. Foi autor da Constituição de seu Estado natal, promulgada em 1777 e importante fonte de ideias para a Constituição Federal. Presidiu o Congresso Continental em 1778. Em 1783, como ministro das Relações Exteriores, foi o principal arquiteto do tratado de paz com a Grã-Bretanha, tornando-se em seguida o primeiro presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos. Depois de dois mandatos como governador de Nova York, retirou-se da vida pública”.

2.3 SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL

A Constituição brasileira (CFRB), assim como diversas Constituições mundiais, traz em si o espírito da hígida separação de atribuições entres os “poderes” da república. O modelo segue o que já foi visto anteriormente, buscando um aperfeiçoamento do poder institucionalizado (Estado). As bases continuam sendo Aristóteles, Locke e Montesquieu.

Importante registro histórico é saber que antes da Constituição de 1988 o Brasil já previa a separação de funções e a independência e harmonia dos poderes.

No Brasil a Constituição Republicana de 1891 introduziu a previsão de três poderes “harmônicos e independentes entre si”, caminhando no que já teorizava Montesquieu, mantendo-se assim nas Constituições posteriores¹²⁶, salvo a de 1937, com modelo autoritário, pois concentrou poderes nas mãos do poder Executivo, constituindo-se em uma “ditadura constitucional”¹²⁷.

A atual Constituição, entretanto, não impôs funções apenas aos três poderes tradicionais. Extrai-se do texto constitucional outros órgãos igualmente fixados na Constituição e com atribuições específicas, como a defensoria pública, o ministério público, a advocacia-geral da união, os procuradores de estado, os tribunais de contas, a função de administração tributária (atividade essencial ao funcionamento do Estado, exercida por servidores de carreiras específicas), outros.

Leal, ao refletir sobre a separação de poderes, fala dos “quase poderes”. Esclarece ele que o ministério público “mal era mencionado em outros diplomas constitucionais”. Embora cite José Afonso da Silva, que diz que é um órgão vinculado ao Poder Executivo, ele se filia a tese adotada por Moraes, para quem o ministério público é extra poder, não podendo seus membros receber instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública.¹²⁸ O raciocínio se aplica os demais órgãos essenciais à justiça.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos avançados**, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000.

¹²⁷ SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Separação de poderes: evolução até a Constituição de 1988—Considerações. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 115, 1992. p.214.

¹²⁸ LEAL. Sergio. **À Sombra de Montesquieu: Reflexões Sobre a Separação de Poderes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.72-73.

Continuando nos “quase poderes”, Leal fala do Tribunal de Contas e diz que eles, embora chamados de “tribunais”, possuem decisões não jurisdicionais.¹²⁹

O Supremo Tribunal Federal lançou o enunciado de súmula nº 347 em 1963, permitindo que os tribunais de contas, no exercício de suas atribuições, exerçam a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. O enunciado vem sendo questionado em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, como se extrai do voto do Ministro Moraes ao dizer que “é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional”¹³⁰.

Os “quase poderes” devem assim permanecer, apesar de possuírem atribuições importantes, pois na tripartição de poderes eles não são gestores, não julgam e nem legislam. São forças sugestivas da boa governança.

Por isso que a Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais tradicionais para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.¹³¹

Assim, apesar de independentes, os Poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão

¹²⁹ LEAL. Sergio. **À Sombra de Montesquieu**: Reflexões Sobre a Separação de Poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.75.

¹³⁰ STF, MS 35.410 MC, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 15-12-2017, DJE 18 de 1º-2-2018.

¹³¹ Sobre o tema, ver: MARCELO CAETANO. Direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 244; NUNO PIÇARRA. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO. Aspecto da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 19, nº 76, p. 97, out./dez. 1982; JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO. Da separação de poderes à guarda da Constituição: as cortes constitucionais. 1969. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo; MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES. Tripartição de poderes na Constituição de 1988. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, Nº 11, p. 16, abr./jun. 1995; MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS. Separação de poderes: evolução até à Constituição de 1988: considerações. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 29, Nº 115, p. 209, jul./set. 1999.

governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. Para tanto, a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se teoria dos freios e contrapesos.¹³²

Com base nessas compreensões, o Supremo Tribunal Federal firmou tese em recurso extraordinário, com repercussão geral conhecida (tema 1120), privilegiando momentos de liberdade dos demais poderes da república:

Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis*.¹³³

Focada nessa premissa, a Constituição brasileira prevê que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, alçando à cláusula pétrea a “separação dos poderes”¹³⁴. Diga-se, a separação de poderes

¹³² Sobre o tema, ver: WILLIAM BONDY. The separation of governmental powers. In: History and theory in the constitutions. New York: Columbia College, 1986; JJ. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. Os poderes do presidente da república. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988). Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 26, nº 103, p. 5, jul./set. 1989; JAVIER GARCÍA ROCA. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo con rango de ley: mayoría, minorías, controles. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 7, p. 7, abr./jun. 1999; JOSÉ PINTO ANTUNES. Da limitação dos poderes. 1951. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; FIDES OMMATI. Dos freios e contrapesos entre os Poderes. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 14, nº 55, p. 55, jul./set. 1977; JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o “parti pris” de Montesquieu. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 68, p. 15, out./dez. 1980; JOSÉ DE FARIAS TAVARES. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 65, p. 53, jan./mar. 1980). 1951. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; FIDES OMMATI. Dos freios e contrapesos entre os Poderes. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 14, nº 55, p. 55, jul./set. 1977; JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o “parti pris” de Montesquieu. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 68, p. 15, out./dez. 1980; JOSÉ DE FARIAS TAVARES. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 65, p. 53, jan./mar. 1980.

¹³³ STF, RE 1297884, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-155 DIVULG 03-08-2021 PUBLIC 04-08-2021.

¹³⁴ Ver artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil. É exatamente a

não pode ser expulsa do sistema constitucional do país, pois incluída pelo constituinte originário, que é ilimitado e incondicionado.¹³⁵⁻¹³⁶ O art. 60, §4º, IV, protege o texto constitucional de emendas que atinjam o núcleo essencial desses direitos ou tendam a aboli-los.

Esse pressuposto foi adotado no voto condutor da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.367, do Min. Cezar Peluso, ao determinar o núcleo essencial da independência funcional dos poderes, conforme o art. 60, §4º, inciso III, da CFEB:

A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só considera invulnerável, como predicado essencial do sistema da **separação**, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, **transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política**. Ou, no que concerne ao Judiciário, quando outra forma de supressão de atribuições degrade ou estreite a imparcialidade jurisdicional. equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política. Ou, no que concerne ao Judiciário, quando outra forma de supressão de atribuições degrade ou estreite a imparcialidade jurisdicional. Fora dessas hipóteses, nada obsta que o constituinte reformador lhe redesenhe a configuração histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competências no âmbito da estrutura interna do Judiciário, sem perda nem deterioração das condições materiais de isenção e imparcialidade dos juízes.¹³⁷ (grifos meus)

O Supremo Tribunal Federal é firme no entendimento de ser possível limitações nos poderes, sendo vedado tão somente emendas ao texto tendentes a “abolir” a separação de poderes, como já se viu na proposta de emenda à constituição nº 33/2011 (PEC 33), de autoria do deputado Nazareno Fonteles, do PT-PI.

A PEC 33, arquivada, visava submeter ao Congresso Nacional as

redação do art. 36 da Lei Magna e quase igual à de 1967 e 1969, art. 6º.

¹³⁵ Ver BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 21; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97-8.

¹³⁶ O pensamento de FERREIRA FILHO muito influencia a noção de poder constituinte entre os autores brasileiros: “Deflagrado o processo revolucionário — qualquer que seja a sua forma e sua motivação — formalizada a vitória de um grupo revolucionário pela conquista do poder de fato, esse triunfo, na expressão de FERREIRA FILHO, importa em sua formalização jurídica, a qual pode ser chamada de ato constituinte.” LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Poder constituinte originário. In: Revista dos Tribunais, a.85, v. 727. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 1996, p. 634.

¹³⁷ STF, ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 17.03.2006, p. 209.

decisões do Supremo Tribunal Federal. Veja:

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 102. ...

... § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, **e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional** que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B **A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial** a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

....(NR)"

(grifos meus)

Da extensa justificativa da PEC 33 se extrai os seguintes trechos, suficientes para reflexão sobre a crise entre os poderes políticos e o poder judiciário:

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a **judicialização** das relações sociais **e o ativismo judicial**.

[...]

Além da judicialização, temos a vertente do **ativismo judicial**. O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, **criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador**.

O ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos dos sistemas americano e europeu, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo. Trataremos dessa questão específica mais adiante.

[...]

Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e **passou a ser um legislador positivo**. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem **se tornando um superlegislativo**.

Em síntese, já é hora de refletirmos, no contexto brasileiro, sobre esse

modelo de controle de constitucionalidade que tem justificativa histórica cunhada no período pós-holocausto. Segundo Alfredo Canellas Guilherme da Silva, “A desconfiança sobre o Poder Legislativo autenticou a ideia de que o Poder Judiciário deveria assumir o papel de guardião das normas constitucionais e seu mais importante valor da dignidade da pessoa humana, mesmo fosse necessária a declaração de inconstitucionalidade de leis democraticamente elaboradas pelas casas do povo ou o controle de sua omissão legislativa”.

Continua o eminente professor em seu brilhante artigo: “O ativismo judicial se resume num comportamento cometido pelo poder judicante ofensivo ao princípio democrático, mas retoricamente preocupado com a efetividade do princípio da supremacia constitucional, segundo a última e própria interpretação realizada pelo Poder Judiciário”. E arremata com precisão: **“Acerca do ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, a doutrina identifica como questão de fundo a afirmação e ampliação da competência normativa da corte e não a efetividade dos direitos fundamentais”**.

Como forma de exemplificar um modelo alternativo de controle de constitucionalidade no qual **o Poder Judiciário não tem o monopólio da última palavra, citamos o adotado pela constituição canadense**. De acordo com o constitucionalista José Guilherme Berman Correa Pinto, “A Constituição canadense de 1982, ao prever um mecanismo conhecido como **“cláusula não obstante” (notwithstanding clause)**, por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma normativo, mesmo que ele contrarie o Texto Constitucional (na visão do Judiciário), despertou a atenção de estudiosos, especialmente daqueles que possuem ressalvas à prática tradicional do judicial review, e inspirou outros países a adotarem mecanismos semelhantes (Inglaterra, Nova Zelândia, Israel). **Esta forma de fiscalização de constitucionalidade das leis, aqui chamada de controle brando de constitucionalidade (weak-form judicial review)**, sugere que o Judiciário, embora exerça um papel relevante na interpretação dos dispositivos constitucionais, não deve possuir a prerrogativa de deter a última palavra. Valoriza-se, assim, o componente democrático, de modo a permitir aos representantes do povo que afirmem de maneira definitiva quais são, precisamente, os compromissos básicos daquela sociedade”.

[...]

(grifos meus)

Vê-se que a finalidade da PEC 33 era o combate ao ativismo judicial e a transformação do Poder Judiciário em legislador positivo, chamado de superlegislativo na justificativa da proposta, denotando-se uma tentativa de retomada por parte do Legislativo de sua atribuição e, por vez, de blindagem do viés substitutivo do poder político democrático por um Poder tido por não político e não democrático, embora republicano.

Bonavides¹³⁸, enaltecendo a constituição de 1988, teceu a seguinte crítica

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. Estudos avançados, v. 14, n. 40, p.

ao Supremo Tribunal Federal:

Fez, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal taxativamente um tribunal de guarda da Constituição, mas ele nesse ponto se autodemituiu da importantíssima e crucial tarefa de concretizar nas controvérsias do sistema, onde as bases da democracia constitucional estavam em jogo, a sua missão protetora de salvaguarda das instituições. **Os que ora desfecham um golpe de Estado institucional não são, portanto, molestados pela Justiça constitucional: e permanecem intangíveis, fora do alcance do braço da Lei Suprema, pervertendo, afrontando e despedaçando, cada vez mais, as instituições do país.**

Com referência a outro ramo de sustentação da ordem republicana e democrática, **a mesma Corte fez vista grossa ao poder que mais pode e que em verdade é o motor constitucional dos demais poderes, atrelando-os às suas irresponsabilidades legislativas e aos seus atentados desrespeitos e desmoralização de decisões judiciais, ostensivamente descumpridas.** Aniquilam-se assim por obra do Executivo as bases éticas e jurídicas do sistema. E onde tal acontece, há ditadura, e não há governo. Há despotismo, e não há Constituição. Há obediência, e não há consenso. Há legalidade, e não há legitimidade. E a legalidade que há é todavia a força, que enfraquece a dignidade da pessoa humana, a justiça dos direitos sociais, a sobrevivência da democracia, a defesa e proteção do Estado soberano.¹³⁹ (grifos meus)

No Brasil, a Constituição atribuiu aos Poderes, em âmbito federal, o bicameralismo federativo, no Legislativo, composto por duas casas: a Câmara dos Deputados, composta por representantes do povo, e o Senado Federal, representando os Estados-Membros e o Distrito Federal. Já o Poder Legislativo em âmbito estadual é unicameral. O Poder executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, em âmbito federal. Em âmbito estadual, o Poder Executivo é exercido pelo Governador, auxiliado pelos Secretários de Estado, e no âmbito municipal será chefe do Executivo o prefeito.

Já o Poder Judiciário brasileiro é, constitucionalmente, formado pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, com atribuição precípua de guarda da Constituição, o Superior Tribunal de Justiça, responsável especial pela uniformização da lei federal, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais de Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e Tribunais e Juízes dos Estados e Distrito Federal e Territórios.

A organização dos Poderes, um dos núcleos da Constituição, assegura,

155-176, 2000.

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. Estudos avançados, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000. p.24.

ainda, que a separação de poderes não é absoluta e permite que os Poderes avancem, com autorização constitucional, certos limites. Essa permissão autoriza, em caso de urgência e relevância, o Poder Executivo dispor sobre determinadas matérias por medida provisória. Autoriza os parlamentares, por emenda parlamentar impositiva, a disporem de determinada quantia de recursos para implementar políticas públicas, como autorizam o Poder Judiciário a monocraticamente suspender a eficácia de normas dos poderes políticos.

O protagonismo atual do Judiciário vem da assunção de funções políticas que assumiu. Certamente esse fenômeno é assegurado por instrumentos previstos na Constituição e pelas particularidades desta, porém, já foi muito além do que os constituintes ou os exegetas do texto de 1988 imaginaram. A “judicialização da política” conduz a “politização”, em mais de um sentido, do próprio Poder Judiciário.¹⁴⁰

Portanto, ultrapassados os conceitos de política, poder, Estado, democracia e separação de poderes, avança-se para o de ativismo judicial, a observar se a postura do poder judiciário se amolda ou não aos preceitos históricos e constitucionais adotados no mundo e no Brasil.

¹⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A separação dos poderes**: a doutrina e sua concretização constitucional. Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 67-81, 2015. p.77.

CAPÍTULO 3

ATIVISMO JUDICIAL

Assunto atual e tratado por toda comunidade jurídica (juízes, advogados, estudiosos, especialistas e o público geral), o ativismo judicial desperta calorosas discussões e gera um sentimento de incertezas democráticas e convicções autoritárias.

Entretanto, apesar de sua popularidade aparentemente natural, o tema não é compreendido como deveria, mesmo entre os que atuam diretamente no sistema de justiça.

A tradução do conceito de um país para outro requer considerar as sucessivas etapas da sua formação no local de origem e particularmente a falta de um núcleo claro de conteúdo, já que se trata de uma ideia um tanto difusa elaborada pela doutrina.

No campo da linguagem natural, a definição pode ser dada de várias maneiras. A noção mais simples e correta de uma definição é uma proposição declarativa do significado de uma palavra; o que quer que a palavra implique na aceitação comum, o que quer que o orador ou escritor pretenda anexar a ele para os usos particulares de seu discurso. A definição convencional e lexicográfico convergem em grande parte sem perceber equívocos na compreensão do conceito. Em vez disso, as referências ao ativismo judicial nos Estados Unidos divergem tanto em seu conteúdo quanto na intencionalidade (pejorativa ou favorável) do próprio conceito.¹⁴¹

O debate sobre ativismo judicial parece se estruturar sobre a tensão existente entre o *judicial review* e *judicial self restraint*¹⁴², tanto que Keenan D. Kmiec¹⁴³ observou o seguinte:

¹⁴¹ RACIMO, Fernando M. et al. **Ativismo Judicial**. Suas origens e recepção na doutrina nacional. Revista jurídica da Universidade de San Andrés, n. 2 P. 89-157, 2015.

¹⁴² WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of Freedom or Precarious Security?** New York: Roman & Littlefield Publishers, 1997, p. 1 et seq.

¹⁴³ Ver também Bradley C. Canon, **A Framework for the Analysis of Judicial Activism**, in SUPREME COURT ACTIVISM AND RESTRAINT 385, 386 (Stephen C. Halpern & Charles M. Lamb

During the 1990s, the terms "judicial activism" and "judicial activist" appeared in an astounding 3,815 journal and law review articles.' In the first four years of the twenty-first century, these terms have surfaced in another 1,817 articles-na average of more than 450 per year. Judges today are far more likely to accuse their colleagues of judicial activism than they were in prior decades.' And the term has assumed a prominent role in public debates, appearing regularly in editorial pages, Web "blogs," political discussion, and confirmation battles.¹⁴⁴

Em tempos contemporâneos, diante de disputas políticas entre ideologias de esquerda e de direita, renasce de forma acentuada o papel dos juízes e a nomeação de ministros a Tribunais Judiciais Constitucionais.

O esquisito é que os lados do espectro político se proclamam insatisfeitos com os tribunais¹⁴⁵, gerando ainda mais tensão democrática, ressaltando-se que não há nada de novo nesse tipo de embate. Nos EUA, as polêmicas sobre o termo também se desenvolvem a partir de forte confronto ideológico entre Democratas e Republicanos. Portanto, o ativismo judicial é um fenômeno vazio de ideologia.

A atuação dos juízes, então, passou a ser questionada sob o ângulo da aprovação popular, ou seja, se é um exercício democrático ou uma violação ao desejo popular.

Frank Easterbrook pontua que

Juízes ativistas assumiram os sistemas escolares, prisões, práticas de contratação e demissão do setor privado e cotas agrícolas; ordenaram aos governos locais que aumentassem os impostos sobre a propriedade e aos estados que concedessem benefícios aos imigrantes ilegais; expulsaram

eds., 1982) (descrevendo os debates sobre ativismo prevalecentes como "pouco mais do que um babel de discussão frouxamente ligada").

¹⁴⁴ KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"** (2004). California Law Review, v. 92, n. 5. p.1442-43. Tradução livre: "Durante a década de 1990, os termos "ativismo judicial" e "ativista judicial" apareceram em espantosos 3.815 artigos de periódicos e revistas jurídicas.' Nos primeiros quatro anos do século XXI, esses termos surgiram em outros 1.817 artigos - uma média de mais de 450 por ano.6 Os juízes de hoje são muito mais propensos a acusar seus colegas de ativismo judicial do que nas décadas anteriores.' E o termo assumiu um papel de destaque nos debates públicos, aparecendo regularmente em páginas editoriais, "blogs" da Web, discussões políticas e batalhas de confirmação.".

¹⁴⁵ "A divulgação de uma "aula" do deputado federal Eduardo Bolsonaro (PSL-SP) em que ele fala em fechar o Supremo Tribunal Federal e prender ministros revoltou a comunidade jurídica. Mas teve troco dos apoiadores do presidencialável Jair Bolsonaro (PSL), que fizeram circular na rede manifestações de petistas, como a do deputado federal Wadih Damous (PT-RJ), que já falou também em "fechar o STF", e de José Dirceu, que já propôs reduzir poderes do tribunal — assim como o deputado Eduardo Bolsonaro, motivados por contrariedades partidárias.". (Petista Wadih Damous também já quis fechar STF e mudar função do tribunal. Revista Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-22/petista-tambem-ameacou-supremo-fechamento-tribunal>>. Acesso em 01.03.2022.

Deus, a oração e os Dez Mandamentos da praça pública; endossaram severos limites ao discurso político; e protegeram a pornografia infantil virtual, a discriminação racial nas admissões nas escolas de direito, a queima de bandeiras, a apreensão de propriedade privada sem compensação e o aborto com nascimento parcial.¹⁴⁶

Não existe ativismo bom ou mau. Ativismo, nota-se, é palavra com semântica aberta a qualquer ideologia política, embora Pablo L. Manili afirme vantagens proporcionadas pelo bom ativismo.¹⁴⁷

Importante para o desfecho do tema é saber se a atuação ativista está acobertada pelo Direito, se é legítima e democrática.

A questão de fundo é sempre a legitimidade da revisão judicial, transportando os argumentos do setor jurídico para, há anos, e com ênfase nos dias presentes, uma questão pré-jurídica e política, baseada nos fundamentos da política jurídica, como bem anotou Osvaldo Ferreira de Melo¹⁴⁸ ao descrever a legitimidade e legalidade e o caráter político-jurídico da norma e Luigi Ferrajoli, que diz que o Judiciário é um poder terrível pelo caráter sempre imperfeito da sua fonte de legitimação.¹⁴⁹

3.1 ORIGEM DA EXPRESSÃO

O significado que une o ativismo a uma linha de ação na vida público parece ter uma relação mais próxima com o conceito atual de ativismo judicial. O ativismo judicial as vezes é considerado como uma espécie de subordinação da atividade do juiz a uma bússola político partidário. Do ponto de vista crítico, pode-se estimar que o juiz ativista não é um agente passivo dominado por seu objetivo político, mas um dominado pelas necessidades da função que se baseia

¹⁴⁶ EASTERBROOK, Frank H., **Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?**, 73 U. Colo. L. Rev. 1401, 1401 (2002), apud KMIEC, Keenan D., The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism": comment, Cal. Law Review, october/2004.

¹⁴⁷ MANILI, Pablo L. **El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema**. Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales, t. I. Linares Quintana e Carlos S. Faye (orgs.). Buenos Aires: La Ley, 2008, n. II, p. 1147-1153.

¹⁴⁸ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: SAFE, p. 131, 1994.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva dela giurisprudizione**. Disponível em <chrome extension://efaidnbmnnnibpcajpcgltclfeindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.conjur.com.br%2Fdl%2Fferrajoli-artigo.pdf&clen=616892&chunk=true>. Acesso em 04.02.2022.

tradicionalmente na valorização da justiça.¹⁵⁰

A afirmação de que toda atividade do juiz é política merece parcimônia, sob pena de se distanciar dos primados traçados pelo Estado Constitucional de Direito. O ativismo judicial, pelo menos como é entendido na doutrina geral, não se refere a esse tipo de ativismo político, mas de garantia de direitos humanos e fundamentais contra majoritários.

O termo ativismo judicial passou a ser conhecido por meio da publicação do artigo intitulado *"The Supreme Court: 1947"*, na Revista Fortune, de autoria de Arthur Schlesinger Jr.¹⁵¹

Schlesinger observou que havia um cenário de disputas entre a Suprema Corte Americana e o Presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Delano Roosevelt, especialmente diante do período de grave crise econômica do país.

O presidente americano, pretendendo uma recuperação econômica da nação, adotou uma série de medidas político econômicas – conhecidas como New Deal, que, entretanto, eram fortemente reprimidas pela Suprema Corte Americana através de declarações de inconstitucionalidades das leis, uma vez que possuíam tendências ideológicas contrárias.¹⁵²

Como muitos modernistas, Schlesinger adotou uma visão do direito constitucional que vê a intervenção judicial como uma salvaguarda fundamental para direitos politicamente sensíveis e "minorias discretas e insulares".¹⁵³ Diga-se: a postura judicial era contra majoritária.

Thomas Jefferson, antes mesmo de Schlesinger, tinha a revisão judicial como "uma doutrina muito perigosa e que nos colocaria sob o despotismo de uma

¹⁵⁰ Alfonso Santiago (h.) senala una interesante perspectiva para distinguir entre un concepto jurídico y un concepto político de activismo judicial, pero en realidad, como se advierte de su misma enunciación, no se trata más que de una subclasificación dentro del activismo judicial. Véase Alfonso Santiago (h.), *La Corte Suprema y el control político* (Buenos Aires: Ed. Ábaco, 1999), 417. Más adelante me referiré a esta distinción al tratar las posturas adoptadas respecto al activismo judicial por nuestra doctrina.

¹⁵¹ SCHLESINGER JR, Arthur M. *The Supreme Court*. Fortune Magazine, v. 73, 1947.

¹⁵² PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: Fórum Ltda, 2018, p.64.

¹⁵³ GREEN, Craig. *An intellectual history of judicial activism*. Emory Law Journal, v. 58, n. 5, p. 1195, 2009. p.1212.

oligarquia".¹⁵⁴ "O próprio povo é o único depositário seguro do governo", falava ele, originando em "aquiescência absoluta nas decisões da maioria - o princípio vital das repúblicas, do qual não há apelo, mas força".¹⁵⁵

Nota-se que o termo "ativismo judicial" está atrelado a capacidade de revisão judicial dos atos normativos e executivos dos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, o que conturba o cenário democrático em países de fragilidade sociopolítica. O apolitismo e a depressão democrática fortalecem argumentos conservadores e minam posturas mais vanguardistas dos juízes.

Waldron¹⁵⁶ pontua que em uma democracia que funciona minimamente, uma forte revisão judicial da legislação pelos tribunais não é desejável e nem justificável, apresentando para a expressão "forte revisão judicial" um sistema em que

os tribunais têm autoridade para recusar a aplicação de uma lei em um caso particular (mesmo que a lei em seus próprios termos se aplique claramente nesse caso) ou para modificar o efeito de uma lei para tornar sua aplicação conforme os direitos individuais (de formas que a própria lei não prevê)". Os tribunais também têm a autoridade "de estabelecer por lei que um determinado estatuto ou disposição legislativa não será aplicado, de modo que, como resultado de uma decisão de olhar para o futuro e de uma exclusão da questão, uma lei que eles se recusaram a aplicar torna-se, de fato, letra morta".¹⁵⁷

O "ativismo judicial", seja em séculos anteriores ou atuais, é identificado em quatro usos populares de discussão: (i) qualquer erro judicial grave, (ii) qualquer resultado indesejável, (iii) qualquer decisão de anular um estatuto, ou (iv) uma mescla destes e de outros fatores.¹⁵⁸

Fato é que o juiz ativista pode ser o progressista ou o conservador. Para tanto, basta que ele deixe de procurar a resposta no direito e a fabrique a partir da ideologia. Por essa razão, está inadmitida qualquer divisão entre o bom e o mau

¹⁵⁴ Carta a William Jarvis, em P. L. Ford, ed., **The Writings of Thomas Jefferson**, vol. 10, pp. 160-61.

¹⁵⁵ Koch e Pender, eds., **The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson** (Nova Iorque: Random House, 1944), p. 324.

¹⁵⁶ Waldron observa que alguns tribunais europeus, embora não americanos, também têm autoridade para retirar uma legislação do livro de estatutos, embora ele pense que o 'efeito real' na América é dar aos tribunais uma autoridade que "não é muito curta" disso. (p.1354-5).

¹⁵⁷ JEREMY, Waldron. **The core of the case against judicial review**. Yale Law Journal, v. 115, n. 6, p. 1346-406.10, 2006. p. 1354.

¹⁵⁸ GREEN, Craig. **An intellectual history of judicial activism**. Emory Law Journal, v. 58, n. 5, p. 1195, 2009. p.1201.

ativismo. Com dito outrora, o importante para o desfecho do tema é saber se a atuação ativista está acobertada pelo Direito, se é legítima e democrática.

Todavia, Pablo L. Manili, por exemplo, afirma que o bom ativismo proporciona, entre outros, os seguintes benefícios para o jurisdicionado: i) cria direitos, ou seja, assegura direitos não previstos, expressamente, em nenhum diploma normativo; ii) amplia as garantias processuais para a proteção de direitos; iii) assinala ao Congresso a necessidade de reforma legislativa em determinada matéria; iv) controla os excessos do poder em geral; v) flexibiliza certas decisões legislativas restritivas de direitos e vi) implementa mecanismos para superar a inconstitucionalidade por omissão.¹⁵⁹

Em uma análise comparativa, os casos da Suprema Corte Americana de meados do século XIX podem ser criticados por: (i) seus maus resultados, (ii) seus métodos impróprios, (iii) sua afronta institucional a outros atores, ou (iv) alguma mistura de erros.¹⁶⁰

Portanto, o ativismo judicial é de difícil conceituação, mesmo em análise histórica, pois os fatores políticos e sociais interferem diretamente na postura tomada pelos juízes, o que dificulta um padrão conceitual ao tema.

Bruno Makowiecky Salles, em tese de doutorado, explica que o ativismo judicial é uma postura da jurisdição

de tendências transformadoras, mais do que contemplativas, que se manifestam (*stricto sensu*), conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (i) interpretativo ou aplicativo, mediante um acentuado voluntarismo na criação do direito em detrimento da legislação, de precedentes ou de padrões jurídicos em geral, e (ii) institucional ou relacional, por meio de uma interferência mais direta nas atribuições dos demais Poderes, de modo a conferir aos juízes, em ambas as situações, um papel que vai além da visão clássica de aplicar o direito a disputas subjetivas ou normativas e moderar os excessos dos outros ramos, podendo isso se verificar na Jurisdição constitucional e na ordinária, tanto coletiva quanto individual, bem como em várias dimensões práticas de operação do direito.¹⁶¹

¹⁵⁹ MANILI, Pablo L. **El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema**. Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales, t. I. Linares Quintana e Carlos S. Faye (orgs.). Buenos Aires: La Ley, 2008, n. II, p. 1147-1153.

¹⁶⁰ GREEN, Craig. **An intellectual history of judicial activism**. Emory Law Journal, v. 58, n. 5, p. 1195, 2009.p.1213.

¹⁶¹ SALLES, BRUNO MAKOWIECKY. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. 2019. Tese de Doutorado. Università Degli Studi Di Perugia.

Historicamente, são casos de atuação da Suprema Corte Americana, tidas como ativista, **Brown v. Conselho de Educação** – que derrubou a segregação racial; **Dred Scott v. Sandford** – que impôs aos descendentes livres de escravos africanos o não direito a alcunha de "cidadãos" sob a lei federal americana, tormentam o desejo tradicional de harmonia e independência dos Poderes desenhado por Charles de Secondat Montesquieu, em sua obra “Do Espírito das Leis”; **Gideon v. Wainwright**, 1963 – o direito de defesa por advogado foi assegurado aos acusados em processo criminal; **Miranda v. Arizona**, 1966 – garantiu o direito à não-auto-incriminação; **Griswold v. Connecticut**, 1965 - garantiu o direito de privacidade, vedando ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos; **New York Times v. Sullivan**, 1964 - no tocante à liberdade de imprensa (New York Times v. Sullivan, 1964); **Baker v. Carr**, 1962 – relativo a direitos; **Richardson v. Frontiero**, 1973 - reconheceu direitos de igualdade às mulheres; **Roe v. Wade** - em favor dos seus direitos reprodutivos, vedando a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação.¹⁶²

Em lugar algum essa exaltação da formulação de políticas judiciais é mais clara do que a jurisprudência sobre aborto da Suprema Corte Americana. Em **Roe v. Wade**, 410 US 113 (1973), a Corte previu o direito de aborto porque “sentiu” que “o conceito de liberdade pessoal da Décima Quarta Emenda” incluía um “direito de privacidade” que “é amplo o suficiente para abranger a decisão de uma mulher de interromper ou não sua gravidez”. Em **Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey**, 505 US 833 (1992), a Corte também identificou uma garantia de aborto na “liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda”, mas, em vez de um “direito de privacidade”, invocava um etéreo “direito de definir o próprio conceito de existência, de significado, do universo e do mistério da vida humana”.¹⁶³

Mais. Em **Planned Parenthood of Southeastern Pa. v Casey**, 505 US 833 (1992), a Corte revisitou **Roe v. Wade**, mas os membros da Corte se dividiram em três partes. Dois ministros não manifestaram nenhum desejo de mudar Roe de

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista jurídica da presidência, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010. p. 9.

¹⁶³ **DOBBS v. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION** 945 F.3d 265, reversed and remanded. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/19-1392>>. Acesso em 06.09.2022.

forma alguma. Outros quatro queriam anular a decisão em sua totalidade. E os três ministros restantes, que assinaram em conjunto o parecer de controle, assumiram uma terceira posição.¹⁶⁴

Agora o entendimento foi superado em **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization**, 597 US__2022, decidido em 24 de junho de 2022.¹⁶⁵

Decidiram os *Justices* que a Constituição não proíbe os cidadãos de cada Estado de regular ou proibir o aborto, anulando as decisões de Roe e Casey e devolvendo a autoridade para o povo e seus representantes eleitos.¹⁶⁶

3.2 ATIVISMO JUDICIAL, HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO

Conversar sobre ativismo judicial é falar sobre a capacidade de os juízes exercerem hermenêutica, interpretarem as normas e confrontá-las com a Constituição.

Buscando catalogar espécies do gênero ativismo judicial, William P. Marshall chegou a sete dimensões:

- (a) Ativismo contra-majoritário: a relutância das Cortes em acatar as decisões das instituições democraticamente eleitas;
- (b) Ativismo não-originalista: A falha das Cortes em acatar alguma noção de originalismo em casos decisivos, se esse originalismo está fundamentado em uma estrita fidelidade ao texto ou em referência à intenção original dos autores;
- (c) Ativismo de precedentes: a falha das Cortes em acatar precedentes judiciais;
- (d) Ativismo jurisdicional: a falha das Cortes em aderir a limites jurisdicionais em seus próprios poderes;
- (e) Criatividade judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina

¹⁶⁴ DOBBS v. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION 945 F.3d 265, reversed and remanded. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/19-1392>>. Acesso em 06.09.2022.

¹⁶⁵ DOBBS v. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION 945 F.3d 265, reversed and remanded. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/19-1392>>. Acesso em 06.09.2022.

¹⁶⁶ DOBBS v. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION 945 F.3d 265, reversed and remanded. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/19-1392>>. Acesso em 06.09.2022.

constitucional;

(f) Ativismo remediador: o uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas a outros ramos de governo ou de colocar instituições governamentais em supervisão judicial como parte de um remédio judicial imposto

(g) Ativismo partidário: o uso do poder judicial para conquistar claros objetivos partidários.¹⁶⁷

O ativismo judicial é, antes de tudo, como bem lecionou Doug Bandow, uma questão referente aos limites da interpretação da Constituição.¹⁶⁸

É como Hesse indica em reflexão sobre o princípio da força normativa da constituição. Diz ele que a consolidação e a preservação da força normativa da constituição passam pela interpretação, estando ela vinculada ao princípio da ótima concretização da norma.¹⁶⁹

Kmiec, ao tratar das dimensões do ativismo, disse que

Os juízes são rotulados de ativistas judiciais quando "legislam a partir da bancada." O presidente George W. Bush invocou esse significado, dizendo que ele planeja "nomear constitucionalistas rigorosos que seguiriam de perto a lei em vez de ativistas judiciais que ele disse serem propensos a 'legislar do banco. 'Queremos que as pessoas interpretem a lei, **não tentem fazer a lei e escrever leis**', disse ele." Esse uso também apareceu em vários pareceres da Suprema Corte. Dentro *Florida v. Wells*, um caso envolvendo a Quarta Emenda, Justiça Stevens escreveu em discordância: "É uma parte adequada da função judicial fazer a lei como um subproduto necessário do processo de decidir casos reais e controvérsias. **Mas chegar tão descaradamente e desnecessariamente para fazer nova lei em um caso desse tipo é ativismo judicial descarado.** Justiça Douglas expressou um sentimento semelhante em 1974 direitos autorais caso. Lá, a maioria considerou que os réus que interceptaram transmissões de material protegido por direitos autorais e enviaram o conteúdo para assinantes não eram culpados de violação de direitos autorais. O juiz Douglas começou sua discordância escrevendo: "A Corte hoje faz uma excursão extraordinária no campo legislativo." O resultado da maioria, ele acreditava, "pode ou pode não ser uma política pública desejável. Mas é uma decisão legislativa que nem mesmo um ativismo judicial desenfreado deve entreter." **A objeção do Justice Douglas à decisão do Tribunal está enraizada na separação de poderes. Ele considera que o judiciário não deve desempenhar um papel atribuído ao legislativo.**¹⁷⁰ (grifo meu)

¹⁶⁷ MARSHALL, William p. **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism**. Colorado Law Review. v. 73, 2002, p. 104

¹⁶⁸ BANDOW, Doug. **The public opposes judicial activism because it does not understand the issue**. In: Noah Berlatsky. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012, p. 144-145.

¹⁶⁹ HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. 1991. p.22.

¹⁷⁰ KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"** (2004). California Law Review, v. 92, n. 5. p.1471.

Sendo assim, no Estado Constitucional de Direito (neoliberalismo), pode-se divergir sobre aspectos políticos; contudo, a resolução de conflitos sociais levado ao juiz, deveria se ater a origem de toda e qualquer decisão judicial: as leis e a Constituição Federal. A busca de caminhos alternativos é discricionariedade judicial.

A defesa dos críticos ao ativismo recai na fuga e distanciamento a princípios basilares de qualquer constituição: força e supremacia constitucionais. Mas é aqui reside o centro de gravidade da atuação dos Poderes de Estado. O ativismo judicial fere os princípios da força e da supremacia constitucionais ou concretiza-os?

Mais. A quem compete dar efetividade a palavras e expressões de conteúdo subjetivo e conceitos jurídicos indeterminados¹⁷¹ como “dignidade da pessoa humana”, “vulneráveis”, “razoável duração do processo”, “direitos humanos”, “paz”, “saúde”, “educação”, “tratamento desumano ou degradante”, “casa”, “pena cruel”, outras.

É no campo fértil da semântica que o juiz se vê entre a espada e a balança da justiça.

Carlos Maximiliano, em sua obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, ensina que “o juiz não formula o direito, interpreta-o apenas; e essa função ainda é exercida somente quando surge dúvida, sobre a exegese, em um caso forense.”.¹⁷² Continua lecionando que o juiz

Não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra

¹⁷¹ No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, adverte Eros Roberto Grau que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequada será a referência a termos indeterminados de conceitos e não a conceitos indeterminados, que, de fato, não existem. Nesse sentido, registra o autor que “os conceitos consubstanciam sumas de ideias que, para se realizarem como conceitos, hão de ser, no mínimo, determinadas. A mencionada ‘indeterminação’ dos conceitos jurídicos, pois, não é deles, mas sim dos termos que os expressam, mercê da sua ambiguidade ou imprecisão.” (Eros Roberto Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo, RT, 1988, pp. 65-66 e 72.). A expressão “conceito jurídico indeterminado”, embora criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido determinado, preciso, objetivo, conceitos vagos, imprecisos, elásticos, de contornos indeterminados, mas que abundam nas normas jurídicas dos vários ramos do direito. Ver GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, v. 3, n. 12, p. 84-115, 2000.

¹⁷² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.54.

morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram automática; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, meditador esclarecido entre o direito individual e o social.¹⁷³

Extraí-se das palavras do autor que a atribuição interpretativa do juiz vai além de aplicar a lei pura e fria; deve o juiz sentir a justiça.

Entretanto, ao falar sobre direito constitucional, emerge valiosa passagem de Carlos Maximiliano, quando diz que

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a seria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de ideias apoiadas por juristas de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso da sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada *interpretação* não de todo desarrazoada.¹⁷⁴

O autor escreveu a primeira edição de sua obra em 1924, falecendo em 1960, denotando que o estudo hermenêutico como atribuição do juiz é antigo e merece, atualmente, um olhar mais cuidadoso, uma vez que avança a passos largos o neoconstitucionalismo¹⁷⁵. E o cuidado é fundamental pelo fato de o neoconstitucionalismo ser marcante por impor a supremacia do texto constitucional; garantia, promoção e preservação dos direitos humanos; força normativa dos princípios constitucionais; constitucionalização do Direito; ampliação da jurisdição constitucional.

Roberto Barroso posiciona-se no sentido de que

¹⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.55.

¹⁷⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 278.

¹⁷⁵ Nas palavras de Garcia, “uma fase de renovação em que os direitos humanos se encontram em situação de total prioridade, exatamente a justificativa desse longo enfoque do Estado [...] para chegarmos, com Agamben, à convicção da exigência, hoje, de 'um estado de exceção permanente' e a uma indagação sobre os direitos do homem. [...] O Direito contemporâneo passa, assim, pelo fio da navalha de uma renovação incontornável: uma nova onda do Constitucionalismo - movimento, processo, dinâmica [...]” (GARCIA, Maria. O Constitucionalismo do Século XXI num enfoque Juspositivista dos Valores Humanos e dos Princípios Fundamentais de Direito. In: QUARESMA, Regina, et al. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.188-189). Para Figueroa: “teoria ou conjunto de teorias que proporcionaram uma cobertura justicatória conceitual e/ou normativa à constitucionalização do Direito em termos normalmente não positivistas” (FIGUEROA, Alfonso García. **A Teoria do Direito em Tempos de Constitucionalismo**. In: QUARESMA, Regina, et al. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.147).

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e **a reaproximação entre Direito e ética**; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, **a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional**. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.¹⁷⁶ (grifos meus)

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo e marca da interpretação constitucional contemporânea.

É o juiz no papel de virtuoso ser humano ético e moral, contrapondo-se aos legisladores e gestores.

O ativismo judicial pós-moderno¹⁷⁷ tem suas bases na constitucionalização do direito e no exercício de hermenêutica extremamente subjetiva, tanto que a constitucionalização

relativamente ao Legislativo (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Themis: revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016. p. 28.

¹⁷⁷ Expressão apresentada por Jacques Chevallier, vem a partir de 1950, após a II Guerra Mundial, com o triunfo do normativismo, com a consagração na Europa do controle de constitucionalidade. A visão pós-moderna da democracia a apresenta como uma democracia deliberativa repousando sobre a confrontação permanente dos interesses sociais e como uma democracia participativa, dando aos cidadãos um direito de supervisão (*regard*) e um controle (*emprise*) mais direto sobre a coisa pública. O Estado pós-moderno reconhece, desse modo, a existência de outros atores, com os quais ele é constrangido a negociar, sem se refugiar atrás de uma soberania tornada largamente ilusória. Ver Chevallier, Jacques. "O Estado pós-moderno." **Editora Forum**, 2009; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, 2009.

a direitos fundamentais.¹⁷⁸

É pós-moderno pelo fato de o Poder Judiciário, em sua postura ativista, reconhecer a existência de outros atores, nacionais e internacionais, com os quais ele dialoga e, por vezes, incorpora as razões ao Direito pátrio.

A relatividade imposta pelo juiz aos atos normativos e gerenciais como fenômeno valorativo de princípios globais da humanidade é vista com ressalvas sob o aspecto da validade democrática, pois, após períodos de hegemonia dos Poderes Executivo e Legislativo, a acentuada ascensão do Poder Judiciário pode enfraquecer os movimentos democráticos e gerar ainda mais apatia política.

Sobre o tema, interessante aparte é feito por Ricardo Maurício, para quem o ato judicial é discricionário, não devendo ser tratado como um ato arbitrário, já que a discricionariedade está fundada na legalidade e exige, obrigatoriamente, uma motivação na tomada da decisão considerada mais justa ao caso concreto.¹⁷⁹

No Brasil, o exercício do controle de constitucionalidade está previsto tanto na Constituição da República brasileira de 1988 quanto na legislação, autorizando a Corte Constitucional a utilizar os métodos de interpretação constitucionais¹⁸⁰, mesmo que em desagrado aos demais Poderes.

Daí o porquê de Lenio Streck, diante da teoria da decisão, exercer duras críticas a hermenêutica do direito como praticada atualmente, ensinando os momentos em que um juiz pode deixar de aplicar uma lei. Diz ele que existem seis hipóteses:

(i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face do critérios de **antinomias**; (iii) quando estiver em face de uma **interpretação conforme a Constituição**; (iv) quando estiver em face de uma **nulidade** parcial **com redução de texto**; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Themis: revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016. p. 31.

¹⁷⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Saraiva Educação SA, 2019. p.141.

¹⁸⁰ Método jurídico ou hermenêutico-clássico, Método tópico-problemático, Método hermenêutico concretizador, Método científico-espiritual, Método normativo-estruturante, Método da comparação constitucional.

este como um padrão, do modo como explicitado em Verdade e Consenso. Fora dessas hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar, passando a ser um dever fundamental.¹⁸¹ (grifos meus)

A interpretação como exercício do juiz é algo que deve ser tido como natural de sua função, como anotado pelos autores Carlos Maximiliano, Ricardo Maurício e Lenio Streck, mas, igualmente, merece limites.

3.3 ATIVISMO JUDICIAL E GLOBALIZAÇÃO JUDICIAL

O presente tópico traz reflexões do autor que já foram lançadas no artigo “fertilização constitucional cruzada em tempos de pandemia”.¹⁸²

Para além das diversas dificuldades de compreensão sobre os limites de atuação dos juízes, surge contemporaneamente como pauta global dos Tribunais Constitucionais a chama “globalização judicial” ou “fertilização constitucional cruzada”, expressões cunhadas por Anne-Marie Slaughter¹⁸³.

Se o uso da interpretação e hermenêutica para fins de aplicação do direito já gera tremor entre os Poderes da República, a importação de argumentos de Tribunais Judiciais estrangeiros levanta novos olhares sobre o ativismo judicial, agora sem limites territoriais e, quiçá, sem fundamento em tratados ou acordos internacionais.

A ideia de “transjudicialismo”, “globalização judicial” ou “fertilização constitucional cruzada”, nasce da percepção de Estado transnacional.

O Estado Transnacional proposto por Ulrich Beck margeia ideal de Estados não nacionais, sem qualquer ligação a um território delimitado, negando o

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. Resposta adequada à Constituição (resposta correta). **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 258-259.

¹⁸² PEREIRA, Thiago A. A. **Fertilização constitucional cruzada em tempos de pandemia**. in: carla piffer; denise s. s. garcia. (org.). globalização e transnacionalidade: reflexos nas dimensões da transnacionalidade. 1ed. itajaí: univali, 2020, v. , p.285-304. Disponível em <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202020%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O%20E%20TRANSNACIONALIDADE%20-%20REFLEXOS%20NAS%20DIMENS%C3%95ES%20DA%20SUSTENTABILIDADE.pdf>>. Acesso em 08.03.2022.

¹⁸³ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A typology of transjudicial communication**. U. Rich. L. Rev., v. 29, p. 99, 1994.

modelo de Estado nacional, mas mantendo o conceito de Estado.¹⁸⁴ O Estado transnacional, assim como a onda do mar, hora vai ao direito internacional, hora regride ao direito nacional.

Já o professor Paulo Marcio Cruz ensina que a transnacionalização é fenômeno próximo da globalização, uma vez que nasce no seu contexto, com características capazes de viabilizar o surgimento da categoria Direito transnacional.¹⁸⁵

Segue o professor expondo, com base no pensamento de Ulrich Beck, que a globalização é um processo de interferência cruzada nos Estados, que passam a ver sua soberania, identidade, malhas de comunicação, chances de poder e orientações embaçadas por atores transnacionais.¹⁸⁶

O desenvolvimento do tema é atribuído ao Juiz Phillip C. Jessup¹⁸⁷ com base na sua aula magna (Storss Lecture) na faculdade de Yale nos Estados Unidos, que deu origem à obra “Transnational Law”, publicada em 1956. Da obra se colhe a seguinte definição:

O termo “direito transnacional” inclui todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, bem como outras normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria padrão.¹⁸⁸

Para a pesquisa interessa a parte final dessa definição, que traz uma nova maneira de ver as fontes normativas, pois Jessup toma postura inovadora ao permitir que outras categorias, além dos padrões, possam ser fontes normativas. Ele propõe a solução dos problemas transnacionais não pela aplicação de uma lei específica ou pela sua afronta, mas por um processo de tratamento de meios extralegais e metajurídicos^{189 190}.

¹⁸⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. p. 18.

¹⁸⁵ Cruz, Paulo Marcio (org.). **Direito e transnacionalidade**. Paulo Marcio Cruz, Joana Stelzer (orgs.). Curitiba: Jurua, 2009. p. 16.

¹⁸⁶ Cruz, Paulo Marcio (org.). **Direito e transnacionalidade**. p. 19.

¹⁸⁷ JESSUP, Phillip C. **Transnational law**. New Haven: Yale University Press, 1956.

¹⁸⁸ JESSUP, Phillip C. **Transnational law**. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2 (Tradução livre. Texto original: “[...] the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.”).

¹⁸⁹ Metajurídico é aquilo que não é passível de análise convencional como a que é proporcionada pelos recursos de jurisprudência (diz-se de condição jurídica). Disponível em: <<https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

Cruz e Piffer explicam que Jessup passa a usar a expressão direito transnacional para incluir, sem exceção, as normas que regulam fatos, jurídicos ou não, que transcendam as fronteiras nacionais, vez que, para ele, as situações transnacionais podem envolver diversos atores – individuais ou grupos.¹⁹¹

Daí o porquê de o processo jurídico transnacional ser, nas palavras de Koh, esclarecendo a linguagem de Jessup: (i) não-tradicional, (ii) é não estatal, (iii) dinâmica, não estática, e (iv) normativo.¹⁹²

Diante desta perspectiva, o direito deixa de estar isolado em nações e passa a ser um direito global. **A fundamentação jurídica passa a interagir com atores outros que não apenas o local**, podendo-se falar em “discurso transnacional”¹⁹³ e, como parte do Estado, para o Poder Judiciário (Estado-juízo), em ator transjudicial.

Atente-se que a comunicação transjudicial¹⁹⁴, também chamada de “fertilização constitucional cruzada”¹⁹⁵, deve ser observada com parcimônia, de modo a evitar uma supremacia desarrazoada dos julgadores (ator não político) frente o gestor e o legislador (atores políticos), uma vez que diversos países têm em suas Constituições a previsão do Princípio da Separação do Poderes¹⁹⁶.

¹⁹⁰ JESSUP, Phillip C. **Transnational law**. p. 3 (“A problem may also be resolved not by the application of law (although equally not in violation of law) but by a process of adjustment – an extralegal or metajudicial means.”).

¹⁹¹ PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O direito transnacional como disciplina em cursos jurídicos**. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.) *Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas*. Vol. II. Braga: Uminho, 2018. p. 37-58. p. 39.

¹⁹² KOH, Harold Hongju. **Transnational legal process**. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996, p. 184 (“Transnational legal process has four distinctive features. First, it is nontraditional: it breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private. Second, it is nonstatist: the actors in this process are not just, or even primarily, nationstates, but include nonstate actors as well. Third, transnational legal process is dynamics, no static. Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from public to the private, from domestic to the international level and back down again. Fourth and finally, it is normative. From this process of interaction, new rules of law emerge, which interpret, internalize, and enforce, thus beginning the process all over again.”).

¹⁹³ A expressão quer-se significar a menção e o uso argumentativo de jurisprudência estrangeira e internacional pelo judiciário de um determinado país.

¹⁹⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. **“Typology of Transjudicial Communication”**. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994. p. 99-137.

¹⁹⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**, Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 69.

¹⁹⁶ O Brasil previu no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de

Cezar Peluso quando da abertura do II Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional, quando, ao falar sobre diálogos entre sistemas jurídicos nacionais, conduziu o ouvinte a pensar em relações e interações de cortes locais com cortes internacionais, em grau ascendente, o que concluiu por chamar de caráter transnacional da diplomacia judicial.¹⁹⁷

As palavras do Ministro são mais bem percebidas quando se observa os ensinamentos de Anne-Marie Slaughter. Ela expõe que a comunicação transjudicial depende do status dos tribunais, e identifica três formas distintas de comunicação: horizontal, vertical e mista (mistura vertical-horizontal)¹⁹⁸.

A comunicação horizontal ocorre entre tribunais de mesma envergadura, seja nacional ou supranacional, através das fronteiras nacionais ou regionais.

A comunicação vertical ocorre entre os tribunais nacionais e supranacionais. A forma mais desenvolvida de tal comunicação surgiu no âmbito de um tratado que estabelece um tribunal supranacional com uma jurisdição especializada que se sobrepõe a jurisdição dos tribunais nacionais. O Brasil, por exemplo, possui previsão na Constituição da República Federal de 1988 no sentido de sua submissão à jurisdição de Tribunal Penal Internacional¹⁹⁹, que para o transnacionalismo é um órgão supranacional.

Igualmente possível a comunicação mista, ou seja, as formas verticais e horizontais da comunicação transjudicial, descritas acima, também podem combinar de várias maneiras diferentes. Um tribunal supranacional pode ser um canal para o diálogo entre tribunais de mesma envergadura, a exemplo dos estados partes da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, onde regras e princípios jurídicos nacionais estão se espalhando por meio de decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH. A comunicação mista assume, também, a presença de

1988.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=168232>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

¹⁹⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. “**Typology of Transjudicial Communication**”. University of Richmond Law Review, v. 29, 1994. p. 103-112.

¹⁹⁹ O Brasil promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto nº 4.388/02 (Art. 1º O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.).

princípios jurídicos comuns nas ordens jurídicas nacionais que podem ser projetados e divulgados por um tribunal supranacional.

Diga-se, a globalização judicial se singulariza por uma conversa entre diversos níveis da estrutura jurídica, e até não jurídica, e que conduz à criação de redes (de interlocução judicial).²⁰⁰

O Ministro da Corte Constitucional brasileira, Roberto Barroso, utilizou em um de seus votos exemplos internacionais para tomada de decisão em âmbito nacional. Vê-se passagens como “nada recomenda que as medidas de contenção da propagação do vírus sejam flexibilizadas em países em desenvolvimento” e “o sistema público de saúde de países em desenvolvimento”, **a denotar o diálogo transnacional como fundamento**²⁰¹.

Em outro momento, no artigo publicado na Revista dos Tribunais, Roberto Barroso, ao falar sobre a dignidade humana no discurso transnacional, esclarece que o diálogo constitucional envolve citação de tribunais estrangeiros, em crescente intercâmbio, destacando a dicotomia da Corte Americana:

Fica claro, portanto, que duas diferentes abordagens “desconfortavelmente coexistem” no interior da Suprema Corte: a “jurisprudência nacionalista”, que rejeita qualquer referência a precedentes estrangeiros e internacionais; e a “**jurisprudência transnacional**”, que permite tais referências. **Deveria prevalecer a segunda abordagem, que é mais cosmopolita, progressista e “venerável”**.²⁰² (grifos meus)

No mesmo sentido caminhou o Ministro Edson Fachin que, em voto proferido nos autos da Reclamação n. 40.342/PR, destacou a necessidade de observância das evidências científicas e recomendações da organização mundial da saúde (OMS) para que Estados e Municípios brasileiros pudessem legislar sobre o combate e enfrentamento do CoVid-19.

Ressalte-se que não se permite um julgar desidioso, usando o direito transjudicial de maneira leviana, sem levar em consideração critérios básicos para

²⁰⁰ CONI, Luis Claudio. **Diplomacia Judicial**. Disponível em: <<https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=217832>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

²⁰¹ O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão de dezembro de 2016, considerou que o desacato não é crime, por ser um tipo penal incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, referendada pelo Brasil.

²⁰² BARROSO, Luis Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, Ano 101 – Vol. 919 – maio de 2012, p. 127-196, p.141-143.

que não haja crise entre os Poderes de Estado. O zelo do juiz é observar os limites do seu atuar diante do caso concreto posto a sua análise, sensivelmente calculando a incisão que será feita no corpo Estatal. O erro para mais na medida causará instabilidade; para menos, injustiça. O acerto deverá ser cirúrgico, como se espera de quem tem o nobre dever de distribuir *justitia*. O julgar por julgar, preguiçoso, em diversos países, pode ser fato típico de crime de responsabilidade, com consequente *impeachment*²⁰³ do juiz.

3.4 ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES

Parece evidente que a ideia de uma limitação consciente dos juízes se encontra na própria origem política do constitucionalismo liberal, ou seja, em um sistema de separação de poderes. Os textos de *The Federalist* ou reflexões de Marshall em *Marbury v. Madison*²⁰⁴ são bons exemplos disso. A **autocontenção judicial**, portanto, é o outro lado da atuação judicial, sendo um modelo doutrinário desenvolvido no final do século XIX e com origem em um artigo de James Bradley Thayer intitulado “*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” publicado na *Harvard Law Review* de 25 de outubro de 1893²⁰⁵.

Guedes²⁰⁶ leciona que a atribuição para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis possui natureza política, indo de encontro a percepção de que a competência judicial é algo naturalmente inerente. Esta compreensão é ratificada por Piçarras²⁰⁷ através de contexto histórico:

Entre 1880 e 1935, a Suprema Corte Americana afirmou claramente o seu poder contra o poder legislativo, erigiu-se, de fato, em contralegislador, num sentido conservador da ordem social capitalista, tendo dado origem ao

²⁰³ No Brasil, os crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal estão previstos nos artigos 39 e 39-A da Lei Federal n. 1.079, de 10 de abril de 1950.

²⁰⁴ “*Marbury v. Madison*”, 5 US 137 (1803).

²⁰⁵ James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, **Harvard Law Review**, 7 (1893): 17. Foi dito que “o direito constitucional acadêmico começa [...] com a publicação do esforço inicial of Thayer to Reconceitualize Judicial Review”: Bruce Ackerman, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, *The Yale Law Journal* 93 (1984): 1013, 1015. O mesmo autor destaca que Thayer e Holmes negaram a suposta estrutura científica do common law ao considerar que a doutrina jurídica é basicamente produto do conflito social e do compromisso político. Veja Bruce Ackerman, “The law and the modern mind”, em *The Politics of Liberal dialogue* (Barcelona: Ed. Gedisa, 1998), 220.

²⁰⁶ GUEDES apud PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 206.

²⁰⁷ PIÇARRAS, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 206.

chamado **governo dos juízes**.²⁰⁸

A separação de poderes é a válvula motriz da autocontenção, já que exige do juiz o dever-obrigação de agir com cautela, respeito e deferência a soberania popular.

Retomando os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, os juízes devem atuar com base em “Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva dela giurisdizione”²⁰⁹:

1. Il rispetto delle garanzie – 2. L’etica del dubbio – 3. L’ascolto delle opposte ragioni – 4. L’imparzialità del giudizio – 5. Il rifiuto del creazionismo giudiziario – 6. La comprensione e la valutazione equitativa della singolarità di ciascun caso – 7. “Nolite iudicare”: giudizi su fatti e non su persone – 8. Il rispetto per tutte le parti del processo - 9. I giudici non devono ricercare il consenso della pubblica opinione, ma solo la fiducia delle parti del processo - 10. Il rifiuto del carrierismo quale regola di stile.²¹⁰

O ativismo judicial é uma postura discricionária do Poder Judiciário, que redunda em uma ingerência insidiosa frente ao Legislativo e ao Executivo

A resposta ao descumprimento do espaço político, como trabalhado acima por Luigi Ferrajoli, é o chamado efeito *Backlash*²¹¹, ou seja, uma reação

²⁰⁸ PIÇARRAS, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 206.

²⁰⁹ Tradução livre: 10 regras da ética judicial resultantes da natureza cognitiva da jurisdição.

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva dela giurisdizione.** Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefndmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.conjur.com.br%2Fdl%2Fferrajoli-artigo.pdf&clen=616892&chunk=true>. Acesso em 04.02.2022. Tradução livre: 1. Respeito às garantias - 2. Ética da dúvida - 3. Escuta das razões opostas - 4. Imparcialidade do julgamento - 5. Rejeição do criacionismo judicial - 6. Compreensão e avaliação equitativa da singularidade de cada caso - 7. "Nolite iudicare": julgamentos sobre fatos e não sobre pessoas - 8. Respeito a todas as partes no julgamento - 9. Os juízes não devem buscar o consentimento da opinião pública, mas apenas a confiança das partes do processo - 10. A rejeição do carreirismo como regra de estilo.

²¹¹ “O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da

adversa não-desejada à atuação judicial, um contra-ataque político.

Tanto a autocontenção como o efeito *Backlash* são manifestações endógena e exógena, respectivamente, do Poder Judiciário e dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em uma dessas manifestações endógenas, o Ministro da Corte Constitucional brasileira, Marco Aurélio, em ofício endereçado ao presidente da mesma Corte, Ministro Dias Toffoli, solicitou emenda regimental para prever o princípio da autocontenção, quando do julgamento de atos típicos de outros poderes, esclarecendo que “o Poder Legislativo normatiza, considerada lei no sentido formal e material; o Executivo administra, presente o princípio da legalidade estrita; e o Judiciário julga os conflitos de interesses, gênero.”²¹², pretendendo que seja reduzida as decisões monocráticas em temas sensíveis.

Em julgamento iniciado em 09.09.2022, ao apresentar voto-vogal na ação direta de inconstitucionalidade nº 7.222, o Ministro André Mendonça, do Supremo Tribunal Federal, rememorou lição do Ministro Paulo Brossard, que afirmava que as leis se presumem constitucionais, pois passam por um processo legislativo onde participam o Poder Legislativo e o Poder Executivo, isto é, dois dos três poderes da república, situados no mesmo plano que o Judiciário.

Já o Ministro Edson Facchin entendeu, votando por não referendar a medida cautelar, que ela parece atentar contra o sentido mais básico de legitimidade democrática, esclarecendo, ainda, que a doutrina²¹³ tem feito duras críticas ao uso do conceito de “capacidades institucionais” para escamotear a justificação para a deferência que as cortes constitucionais devem ter com as decisões dos outros poderes.

decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão”. MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, p. 3, 2016.

²¹² Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/ministro-propoe-julgamento-coletivo-atos-outros-poderes>>. Acesso em: 05 maio 2020.

²¹³ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Sobre o tema, Toffoli e Alencar²¹⁴ escreveram:

Dentre as teorias atuais acerca dos limites do judicial review, destaco a tese de Mark Tushnet, por ressaltar a importância do diálogo entre os poderes para o avanço da democracia. No texto *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Mark Tushnet diferencia o controle de constitucionalidade forte do controle fraco. No sistema forte, as interpretações judiciais da constituição seriam finais e não revisáveis pelas majorias legislativas ordinárias. No sistema fraco, haveria mecanismos rapidamente acionáveis pelo Legislativo para a alteração do entendimento judicial. O que separa os dois modelos é o aspecto temporal da resposta que os parlamentares podem dar às Cortes. Mark Tushnet realiza um estudo comparativo das experiências da Nova Zelândia, da Inglaterra e do Canadá, detalhando as variações na forma fraca de controle de constitucionalidade. Ele demonstra que o controle fraco é o que mais propicia o diálogo entre os poderes, a partir de uma sistemática de não intervenção e de não centralização. Os tribunais se abrem ao jogo institucional, deixando espaços em suas decisões que podem ser preenchidos por nova atividade legislativa. A intensidade de trocas entre os Poderes geraria, segundo o autor, melhores decisões e melhores leis. A diferença fundamental entre as primeiras correntes teóricas e a tese de Tuhsnet é que esta aborda a **autocontenção judicial como mecanismo indutor da deliberação democrática**. No caso do Poder Judiciário, o foco deixa de ser postergar a solução para outro momento – ou encaminhá-la a outra seara – e passa a ser provocar o Legislativo para que se ocupe do problema, promovendo as regulações pertinentes.” (grifo meu)

Por estas razões, doutrinadores como Cross e Lindquist descrevem o ativismo judicial como uma falha das Cortes (e dos juízes) em agir enquanto judiciário (“*act like a judiciary*”). Em que pese a indefinição do que seria isso, os autores identificam alguns padrões que os auxiliam nessa tarefa, apontando, enfaticamente, à necessidade de que os julgamentos não sejam norteados pelas preferências pessoais dos magistrados²¹⁵, como já vimos anteriormente.

Guasque e Oliviero, parafraseando Restrepo, dizem que as críticas dele são bastante incisivas. Afirma que a ideologia empregada em *Marbury vs. Madison*²¹⁶ pôs fim ao poder constituinte, pois reduziu a criatividade potencial e o

²¹⁴ TOFFOLI, José Antônio Dias; ALENCAR, Idelgard Hevelyn de Oliveira. Autocontenção no Supremo Tribunal Federal. In : COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (Coord.). Democracia, Justiça e cidadania: desafios e perspectivas. Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 15-26.

²¹⁵ CROSS, Frank; LINDQUIST, Stefanie. The scientific study of judicial activism. In: **Minnesota law review**, forthcoming; Vanderbilt Law and Economics research. paper n. 06-23. University of Texas Law. Law and Economics Research Paper n. 93.

²¹⁶ William Michael Treanor, no artigo “judicial review before marbury”, publicado na Stan. L. Rev., v. 58, p. 455, 2005, apresenta um estudo da jurisprudência de revisão judicial nos Estados Unidos antes de *Marbury v. Madison*. que desafia o entendimento original da revisão judicial sobre as duas dimensões mais críticas: quão bem a revisão judicial foi estabelecida na época da Fundação e quando foi exercida. Onde o trabalho anterior argumenta que a revisão judicial raramente era

seu caráter ilimitado a uma mera dialética de redução do poder constituinte a poder constituído. O juiz Marshall chegou a afirmar que o poder constituinte original não deve e não pode exercer-se constantemente. Embora pareça inofensiva, a frase é veículo da sentença de morte do poder constituinte, uma vez que põe ao crivo do juiz quando o poder constituinte pode manifestar-se e como deve se comportar.²¹⁷

Citando Restrepo, colacionam os autos retromencionados:

A justiça não mais era uma questão imanente a democracia, mas referida a uma lei transcendente e inflexível cuja interpretação estava reservada a um punhado de eruditos. E o povo se converteu em leigo de sua própria constituição, um sujeito inanimado de sua própria obra. As instituições tomam o lugar o ser humano e contra o ser humano. O ser humano lhe prove uma animação – a linguagem – que se volta contra ele. A instituição sequestra a linguagem, a petrifica, preservando a instituição pela instituição. Parece que o totalitarismo não é atributo exclusivo do século XX.²¹⁸

Jessup, por sua vez, referenciando Lauterpacht, pontua que “a

exercida antes de Marbury (ou que foi criada em Marbury), este artigo mostra que era muito mais comum do que anteriormente reconhecido: há mais de seis vezes mais casos do início da República do que o relato histórico principal encontrado. Este artigo mostra ainda que todos os casos em que os estatutos foram invalidados se enquadram em uma das três categorias: tribunais invalidados que afetam os poderes dos tribunais ou júris, mesmo quando a legislação poderia ser plausivelmente ajustada ao texto constitucional e à prática anterior; tribunais estaduais invalidaram estatutos estaduais por incompatibilidade com a Constituição Federal; e os tribunais federais invalidaram os estatutos estaduais - novamente, mesmo quando eles poderiam plausivelmente ser defendidos como constitucionais. Os estudiosos não entenderam este padrão estrutural, e a opinião dominante tem sido a de que apenas estatutos claramente inconstitucionais foram invalidados. Este artigo mostra, ao invés disso, que a jurisprudência inicial reflete uma abordagem estrutural de revisão judicial na qual o nível de escrutínio estava estreitamente ligado à natureza do estatuto contestado, e que os tribunais protegiam agressivamente seu poder, o poder dos jurados e o poder do governo nacional.

²¹⁷ GUASQUE, Bárbara; OLIVIERO, Maurizio. **Separação dos poderes, controle de constitucionalidade e democracia**. in: Direito, democracia e constitucionalismo [recurso eletrônico] / Adriane Guasque ... [et al.]; organizadores, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu, Orlando Luiz Zanon Júnior ; coordenadores, Maria Chiara Locchi, Maurizio Oliviero, Rafael Padilha dos Santos. - Itajaí: UNIVALI, 2017. – (Coleção principiologia constitucional e política do direito; t. 3). p.58. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgicfindmkaj/https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202017%20DIREITO,%20DEMOCRACIA%20E%20CONSTITUCIONALISMO%20%E2%80%933%20TOMO%2003.pdf>. Acesso em 08.03.2022.

²¹⁸ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 126. Apud GUASQUE, Bárbara; OLIVIERO, Maurizio. **Separação dos poderes, controle de constitucionalidade e democracia**. in: Direito, democracia e constitucionalismo [recurso eletrônico] / Adriane Guasque ... [et al.]; organizadores, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu, Orlando Luiz Zanon Júnior ; coordenadores, Maria Chiara Locchi, Maurizio Oliviero, Rafael Padilha dos Santos. - Itajaí: UNIVALI, 2017. – (Coleção principiologia constitucional e política do direito; t. 3). p.58. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgicfindmkaj/https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202017%20DIREITO,%20DEMOCRACIA%20E%20CONSTITUCIONALISMO%20%E2%80%933%20TOMO%2003.pdf>. Acesso em 08.03.2022.

territorialidade da jurisdição é uma regra de **conveniência** em matéria de prova. Não é uma exigência de justiça nem sequer um postulado necessário da soberania do Estado.”²¹⁹.

Sendo a territorialidade da jurisdição uma regra de conveniência, pode o juiz ativista conversar com o Direito internacional, global, incorporando-o a suas razões decisórias em âmbito nacional, em desprezo aos atores políticos?

O ideal de justiça traçado pelo juiz ativista deve caminhar na concepção política de justiça, como explica Rawls.

Rawls, em seu livro “o liberalismo político”, indica como uma concepção política limita as concepções do bem da forma a seguir:

1. Gostaria de começar recordando sucintamente a distinção (1:2) que é crucial para minha discussão: **a distinção entre uma concepção política de justiça e uma doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente**. Eu disse que as características de uma concepção política de justiça são, primeiro, a de que ela é uma concepção moral elaborada em função de um objeto específico, qual seja, a estrutura básica de um regime democrático constitucional; segundo, a de que aceitar a concepção política não pressupõe aceitar qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente em particular, e sim que a concepção política apresenta-se como uma concepção razoável unicamente para a estrutura básica; e terceiro, a de que não é formulada em termos de nenhuma doutrina abrangente específica, e sim em termos de certas **ideias fundamentais consideradas latentes na cultura política e pública de uma sociedade democrática**.²²⁰
(grifo meu)

Rawls evidencia que a **concepção política de justiça** está entrelaçada com ideias fundamentais consideradas latentes na cultura política e pública de uma sociedade democrática, não devendo confundir-se com aspectos religiosos, filosóficos ou da moral abrangente.

A crise da lei pela descrença no Legislativo não pode ser a razão de busca por um novo Poder “herói”, embora os vazios de poder sejam constantemente ocupados por alguém. A apatia dos Poderes Executivo e Legislativo, para além de notória há muito, vêm criando erosão democrática e tornando o texto constitucional ainda mais subjetivo.

²¹⁹ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Ed. Fundo de Cultura, 1ª ed. maio de 1965. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. p. 42-43.

²²⁰ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000. p.221.

Para além das diversas decisões na pandemia covid-19, pode-se citar como decisões ativista as tomadas pela Corte Constitucional brasileira nos temas relativos a **fidelidade partidária**, quando decidiu a mudança de partido por político eleito gera a perda do mandato; a declaração de inconstitucionalidade da proibição de **progressão dos crimes hediondos**; a **vedação ao voto impresso** nas urnas eletrônicas, decidindo com uma série de princípios, dentre eles a vedação ao retrocesso; **criminalização de homofobia** como racismo, tipificando um crime por decisão judicial, já que inexistia lei; e o **aborto até o 3º mês** que não foi considerado como crime, mesmo o código civil resguardando o direito da criança desde a sua concepção. A decisão é um risco à segurança jurídica, já que ela é contra *legem*, pois o aborto é crime, e as exceções legais já estão previstas no Código Penal Brasileiro.

Esse subjetivismo e a integração global judicial, sem dúvida fundamental para que se construa um mundo mais justo, fraterno e igual, não deve se distanciar da luta diária pelo retorno da atuação dos atores políticos. As decisões soberanas de cada Nação, sob pena de superposição do Poder Judiciário e falecimento dos poderes políticos, devem ser a regra.²²¹

²²¹ PEREIRA, Thiago A. A. **Fertilização constitucional cruzada em tempos de pandemia**. in: carla piffer; denise s. s. garcia. (org.). *globalização e transnacionalidade: reflexos nas dimensões da transnacionalidade..* 1ed. itajaí: univali, 2020, v. , p. 285-304. Disponível em <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202020%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O%20E%20TRANSNACIONALIDADE%20-%20REFLEXOS%20NAS%20DIMENS%C3%95ES%20DA%20SUSTENTABILIDADE.pdf>>. Acesso em 08.03.2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos sobre política, poder, Estado e democracia foram a base de sustentação das respostas perseguidas para esclarecer as hipóteses iniciais.

Como visto na introdução, para a pesquisa foram levantadas a(s) seguinte(s) hipótese(s):

a) o ativismo judicial é uma atuação legítima do poder judiciário e, portanto, não viola a separação de poderes.

b) o ativismo judicial é uma atuação democrática do poder judiciário e, portanto, não viola a separação de poderes.

Na busca por respostas a hipótese “a) o ativismo judicial é uma atuação legítima do poder judiciário e, portanto, não viola a separação de poderes”, foi possível observar que o ativismo judicial pode se expressar de diversas maneiras, como catalogou William P. Marshall²²². Ele chegou a sete dimensões de ativismo judicial: (a) Ativismo contra-majoritário; (b) Ativismo não-originalista; (c) Ativismo de precedentes; (d) Ativismo jurisdicional; (e) Criatividade judicial; (f) Ativismo remediador; (g) Ativismo partidário.

Nos estudos foi possível constatar que os ativismos por criatividade judicial (criação de novas teorias), o de precedentes, o jurisdicional e o remediador (uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas) **violavam a separação de poderes**, pois ingressavam em âmbito reservado ao debate político do parlamento e de gestão do executivo, criando a falsa sensação de “justiça”.

A política se situava nas relações de mando e obediência, que se fundamentam não apenas em bases materiais ou nos hábitos de obediência dos súditos, mas na legitimidade da ordem de quem tem poder.

Na rígida repartição de competências constitucionais, o núcleo base da atuação do Poder Judiciário foi a afronta formal ou material a dispositivos normativos que asseguravam direitos previstos na Constituição e nas leis – quando

²²² MARSHALL, William. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **Colorado Law Review**. v. 73, 2002, p. 104

constitucionais.

Ao atrair para si o debate político, menosprezando a decisão soberana daqueles democraticamente eleitos, o poder judiciário se colocou em posição de superioridade, extirpando o desejo do constituinte de relação harmônica e independente, como se o Poder Judiciário fosse o próprio constituinte, atraindo para si uma atuação não legítima, a estimular desobediência civil²²³.

De se consignar que durante a pesquisa fatores sociais relevantes levaram estudiosos como Locke e Montesquieu a modelarem um novo sistema político, pois tanto na Inglaterra - com a sucessão ao trono inglês que gerou a instabilidade social – quanto na França - fincada em um absolutismo em decadência, provocado por dois monarcas absolutistas que desprezavam sua comunidade, era preciso repensar a forma de governo. A relação entre governante e governados estava desgasta.

Foi esse cenário social que deu a Locke e a Montesquieu as condições de experimentar a teorização de uma revolução.

Na hipótese “b) o ativismo judicial é uma atuação democrática do poder judiciário e, portanto, não viola a separação de poderes”, a pesquisa demonstrou que os ativismos contra-majoritário, não-originalista e partidário **violam a democracia representativa**, afastando decisões populares regulamentadas em sistema legal e esvaziando o debate dos verdadeiros representantes do povo, já que é vedado aos juízes dedicar-se à atividade político-partidária.

Embora a afirmação de que toda atividade do juiz foi política mereça cautela, o ativismo judicial não deve ser utilizado como mecanismo de poder para interferência política, conduzindo o eleitor a escolha enviesada de um ou outro político.

Não compete ao Poder Judiciário agradar o povo, mas permitir que o ordenamento jurídico seja cumprido tal qual definido pelos atores políticos. A pauta do Poder Judiciário não deve ser norteadada pela opinião pública.

²²³ Habermas chama à desobediência civil “a pedra de toque do Estado Democrático de Direito” (HABERMAS, Jürgen. Ensayos políticos. Barcelona: Península, 1994. p. 51 et seq. (tradução livre).

Ao decidir pautas como fidelidade partidária, progressão dos crimes hediondos, vedação ao voto impresso nas urnas eletrônicas, criminalização de homofobia como racismo, e o aborto até o 3º mês, o poder judiciário substituiu os atores políticos e desfigurou o desenho para qual foi criado, absorvendo ideologia perigosa e de sucumbência da imparcialidade.

Dessa maneira, o Poder Judiciário exerceu um papel de regulação da democracia, o que gerou instabilidade do ordenamento jurídico, com ausência de defesa das regras do jogo. As relações democráticas fogem ao seu alcance, mas a Constituição e as leis não.

Valioso mencionar que a Suprema Corte Americana superou o entendimento de **Roe v. Wade** em **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization**, 597 US_2022, decidido em 24 de junho de 2022.²²⁴

Decidiram os *Justices* que a Constituição não proíbe os cidadãos de cada Estado de regular ou proibir o aborto, anulando as decisões de Roe e Casey e devolvendo a autoridade para o povo e seus representantes eleitos.²²⁵

A pesquisa mostrou, ainda, assim como os poderes executivo – nas monarquias absolutistas – e legislativo – nas monarquias parlamentaristas –, que havia uma crescente interferência do poder judiciário em atos de sua não competência, a denotar um novo momento histórico de abuso do poder e, conseqüentemente, de necessidade de remodelagem do princípio da separação de poderes, a evitar um governo dos juízes²²⁶. Entretanto, não se pode atribuir culpa exclusiva ao poder judiciário, pois os poderes executivo e legislativo passaram a legislar de forma vaga e com palavras e expressões de conteúdo indeterminado, permitindo que os juízes exerçam uma criatividade indesejada e que o gestor tenha dificuldades de delimitar, igualmente, o conteúdo da política pública a ser implementada, gerando uma crescente sensação de administração pública do medo.

²²⁴ DOBBS v. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION 945 F.3d 265, reversed and remanded. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/19-1392>>. Acesso em 06.09.2022.

²²⁵ DOBBS v. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION 945 F.3d 265, reversed and remanded. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/19-1392>>. Acesso em 06.09.2022.

²²⁶ PIÇARRAS, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 206.

Os cidadãos que ocupam funções de gestor não se sentiam confortáveis para administrar a coisa pública, pois a sua decisão não mais lhe pertencia privativamente.

Carlos Maximiliano ensinou que “o juiz não formula o direito, interpreta-o apenas; e essa função ainda é exercida somente quando surge dúvida, sobre a exegese, em um caso forense.”.²²⁷

Desta forma, o ideal é que, mesmo em momentos de incerteza quando às tendências do eleitorado ou a perda efetiva de influência política, o poder judiciário não aceite a transferência de certas decisões políticas, devolvendo-as a disputa política majoritária e proporcional.

A conclusão, alfim, é que se faz urgente a necessidade de autocontenção, sob pena de o poder judiciário caminhar para uma nova “ditadura da constituição dos juízes”, utilizando o ativismo judicial como mecanismo de consolidação e perpetuação do poder.

²²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.54.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. Teoria Geral do Estado. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. Ratio Juris, Oxford, v. 17, n. 2, p. 156-167, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021;

ARENDT, Hannah. On civil disobedience. In: Crises of the republic. New York: Harcourt Brace, pp. 49-102, 1972.

ARENDT, Hannah. O que é política. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, v. 1997, 1993, documento eletrônico.

ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

ARON, Raymond: As etapas do pensamento sociológico. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Ed. Martins Fontes; Brasília: Ed. U.N.B., 1982.

AURÉLIO, Diogo Pires. Espinosa, Marx e a Democracia. Revista de Estudos Políticos, v. 6, n. 1, p. 45-63, 2015.

BAKUNIN, Mikhail. Deus e o Estado. São Paulo: Imaginário, 2000.

BANDOW, Doug. The public opposes judicial activism because it does not understand the issue. In: Noah Berlatsky. Judicial activism: opposing viewpoints. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional”. Revista dos Tribunais, Ano 101 – Vol. 919 – maio de 2012, p. 127-196.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista jurídica da presidência, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Themis: revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

BARRUCHO, Luis. Coronavírus: covid-19 já mata mais por dia que a tuberculose,

doença infecciosa mais letal do mundo. BBC News, 02 de abril de 2020. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-52135988>. Acesso em 06 maio 2020.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERNARDO, João. Entre a desconfiança e o desinteresse: abstenção eleitoral nas democracias. 2009. Disponível em: www.passapalavra.info/?p=1579. Acesso em: 10 abril 2021.

BERNARDO, João. Entre a desconfiança e o desinteresse: abstenção eleitoral nas democracias. 2009. Disponível em: www.passapalavra.info/?p=1579. Acesso em: 10 abril 2021.

BERTEN, André. Despolitização, desmotivação, legitimidade. Logeion: Filosofia da Informação, Rio de Janeiro, v. 3 n. 2, p. 34-56, mar./ ago. 2017.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. Norberto Bobbio: o filósofo e a política. Antologia, A Política. Rio de Janeiro: Contraponto, abril de 2003.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, documento eletrônico.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. Título original: Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Unb, 11ª ed., Brasília – DF, 1983.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOVERO, Michelangelo. Ética e política entre maquiavelismo e kantismo. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 25, p. 141-166, 1992.

BRASIL. Lei nº 9.987, de 07 de dezembro de 1999. Altera a legislação tributária federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: http://www.in.gov.br/mp_leis/,asp?id=LEI%209887. Acesso em: 22 dez. 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Coronavírus (COVID-19). Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 06 maio 2020.

BRASIL. Decreto n. 26.042, de 17 de dezembro de 1948. Diário Oficial da União - Seção 1 - 25/1/1949, Página 1169. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Diário Oficial da União - Seção 1 - 26/9/2002, Página 3. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4388-25-setembro-2002-465778-norma-pe.html>>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/4/1950, Página 5425. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1079-10-abril-1950-363423-norma-pl.html>>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Projeto de Lei n. 2199/2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2250643>>. Acesso em 05 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Hábeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus nº 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF. 6 de dezembro de 1994. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236 – 240, mar. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 669 MC. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 31/03/2020, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 02/04/2020 PUBLIC 03/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=168232>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=168232>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. II Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=168232>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação (Rcl) n. 40342 MC. Reclamante: Município de Londrina. Reclamado: Relatora Do Ai Nº 0019324-57.2020.8.16.0000 Do Tribunal De Justiça Do Estado Do Paraná. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 01/05/2020, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 05/05/2020 PUBLIC 06/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de segurança n. 5371. Requerente: Município de Macapá. Requerido: Relator Do Ms Nº 0001267-51.2020.8.03.0000 Do Tribunal De Justiça Do Estado Do Macapá . Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DJE

nº 111, divulgado em 06/05/2020

CALEGARI, Luiza. Marco Aurélio pede que atos de outros poderes sejam julgados pelo Plenário. Revista Consultor Jurídico, 4 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/ministro-propoe-julgamento-coletivo-atos-outros-poderes>>. Acesso em: 05 maio 2020.

Carta a William Jarvis, em P. L. Ford, ed., The Writings of Thomas Jefferson, vol. 10, pp. 160-61.

Case fatality rate of the ongoing COVID-19 pandemic. Our World in Data. Disponível em: [https://ourworldindata.org/grapher/coronavirus-cfr?time=2020-03-15..&country=BEL+BRA+ITA+USA+OWID_WRL]. Acesso em: 11 maio 2020.

CHEVALLIER, Jacques. "O Estado pós-moderno." Editora Forum, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direito e Poder: ensaio de epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. Estudos avançados, v. 11, n. 31, p. 211-222, 1997.

CONI, Luis Claudio. Diplomacia Judicial. Disponível em: <<https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=217832>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

Coronavirus (COVID-19) in Brazil. Statista. Disponível em: <<https://www.statista.com/study/71774/coronavirus-covid-19-in-brazil/>>. Acesso em: 06 maio 2020.

Coronavírus (COVID-19). Google notícias. Disponível em: <<https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&gl=BR&ceid=BR:pt-419>>. Acesso em: 11 maio 2020.

COUTINHO, Carlos Nelson. Marxismo e Política: a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1996.

COVID-19 Deaths Per 100,000 Inhabitants: A Comparison. Statista. Disponível em: <<https://www.statista.com/chart/21170/coronavirus-death-rate-worldwide/>>. Acesso em: 09 maio 2020.

CRETELLA NETO, José. Empresa transnacional e direito internacional: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.

CROSS, Frank; LINDQUIST, Stefanie. The scientific study of judicial activism. In:"

CRUZ, Paulo Marcio (org.). Direito e transnacionalidade. Paulo Marcio Cruz, Joana Stelzer (orgs.). Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

CUDOLÀ, Vicenç Aguado. Derecho de la seguridad pública y privada. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O que é participação política. São Paulo: Brasiliense, 2004.

DE CICCIO, Cláudio. GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Teoria Geral do Estado e Ciência Política. 7ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Conseil Constitutionnel. Disponível em <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>>. Acesso em 05.04.2022.

DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean le Rond. Verbetes políticos da enciclopédia. UNESP, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. Separação dos Poderes. In: DIMOULIS, Dimitri. (Org.) Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988). Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 26, n. 103, p. 5, jul./set. 1989;

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/ministro-propoe-julgamento-coletivo-atos-outros-poderes>>. Acesso em: 05 maio 2020.

DOEHRING, Karl. Teoria do Estado. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DOWNS, Anthony. Uma teoria econômica da democracia. São Paulo: EDUSP, 1999.

EASTERBROOK, Frank H., Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?, 73 U. Colo. L. Rev. 1401, 1401 (2002), apud KMIEC, Keenan D., The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism": comment, Cal. Law Review, october/2004.

ESPINOSA, Baruch de. Tratado Político. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

Espinosanos, [S. l.], n. 40, p. 195 - 205, 2019. DOI: 10.11606/issn.2447-9012.espinosa.2019.159457. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/espinosanos/article/view/159457>. Acesso em: 13 fev. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva dela. Caderno 8. Disponível em <<https://www.scuolamagistratura.it/quaderni>>. Acesso em 20.05.2022.

FERRAJOLI, Luigi. Porque uma Constituição da terra?. I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Direito, entre o futuro e o passado. São Paulo: Noeses, p. 29-57, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direito Constitucional Comparado, v. I. São Paulo: Bushatsky. 1974.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 151-167, 2009.

FIDES OMMATI. Dos freios e contrapesos entre os Poderes. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 14, n. 55, p. 55, jul./set. 1977.

FIGUEROA, Alfonso García. A Teoria do Direito em Tempos de Constitucionalismo. In: QUARESMA, Regina, et al. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIRMINO, Cássia; SUBTIL, Mayara. Governo de RO anuncia plano de ação para conter avanço do novo coronavírus; entenda. Globo (G1), 08 de maio de 2020. Disponível: [<https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2020/05/08/governo-de-ro-anuncia-plano-de-acao-para-conter-avanco-do-novo-coronavirus-entenda.ghtml>]. Acesso em: 09 de maio de 2020.

FLEINER-GERSTER, Thomas; HÄNNI, Peter. Teoria geral do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOÉS, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.113-150.

GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017

GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5-70. p.70.

GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GREEN, Craig. AN INTELLECTUAL HISTORY OF JUDICIAL ACTIVISM. Emory Law Journal, v. 58, n. 5, p. 1195, 2009.

GRILLO, Vera de Araújo. A separação de poderes no Brasil: legislativo x executivo: uma análise a partir dos discursos dos congressistas sobre assuntos de política externa de 1975 a 1985. Itajaí: Univali, 2000.

GUASQUE, Bárbara; OLIVIERO, Maurizio. Separação dos poderes, controle de constitucionalidade e democracia. in: Direito, democracia e constitucionalismo [recurso eletrônico] / Adriane Guasque ... [et al.]; organizadores, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu, Orlando Luiz Zanon Júnior ; coordenadores, Maria Chiara Locchi, Maurizio Oliviero, Rafael Padilha dos Santos. - Itajaí: UNIVALI, 2017. – (Coleção principiologia constitucional e política do direito; t. 3). p.58. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202017%20DIREITO,%20DEMOCRACIA%20E%20CONSTITUCIONALISMO%20%E2%80%93%20TOMO%203.pdf>. Acesso em 08.03.2022."

GUEDES apud PIÇARRAS, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 206.

Guidelines for Opening Up America Again. White House. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/openingamerica/>>. Acesso em: 06 maio 2020.

HABERMAS, Jürgen. Ensayos políticos. Barcelona: Península, 1994.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? In: HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. 2.ed. Tradução de: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p.127-190. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie.

HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. Leviatã. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1997.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. A/CN.4/L.682. 13 April 2006. page 244. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 04 maio 2020.

ISAÍAS, capítulo 33, versículo 22 ALMEIDA, João Ferreira de (tradutor). Bíblia Sagrada: Edição Revista e Corrigida com Dicionário e Concordância. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2016.

JAVIER GARCÍA ROCA. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, p. 7, abr./jun. 1999;

JEFFERSON, Thomas. The Writings of Thomas Jefferson. Issued under the auspices of the Thomas Jefferson memorial association of the United States, 1903.

JEREMY, Waldron. The core of the case against judicial review. Yale Law Journal, v. 115, n. 6, p. 1346-406.10, 2006. p. 1354.

JESSUP, Phillip C. Direito Transnacional. Ed. Fundo de Cultura, 1ª ed. maio de 1965. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva.

JESSUP, Phillip C. Transnational law. New Haven: Yale University Press, 1956.

JJ. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. Os Poderes do Presidente da República. Coimbra: Coimbra Editora, 1991;

JOSÉ DE FARIAS TAVARES. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 17, n. 65, p. 53, jan./mar. 1980.

JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o parti pris de Montesquieu. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 17, n. 68, p. 15, out./dez. 1980.

JOSÉ PINTO ANTUNES. Da limitação dos poderes. 1951. Tese (Cátedra) Fadusp, São Paulo;

JOUVENEL, Bertrand de. O poder: história natural de seu crescimento. São Paulo: Peixoto Neto, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria generale del diritto e della State (1945), trad. italiana de S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunita, Milano, 1959.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism” (2004). California Law Review, v. 92, n. 5.

Koch e Pender, eds., The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson (Nova Iorque: Random House, 1944).

KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. Nebraska Law Review, v. 75, p. 181-206, 1996. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096/>. Acesso em: 04 maio 2020.

L. van Dorp, M. Acman, D. Richard, et al., Emergence of genomic diversity and recurrent mutations in SARS-CoV-2, Infection, Genetics and Evolution (2019). Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.meegid.2020.104351>>. Acesso em: 04 maio 2020.

LASLETT, Peter. Introdução. In: LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Julio Fischer. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

LEAL. Sergio. À Sombra de Montesquieu: Reflexões Sobre a Separação de Poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LITRENTO, Oliveiros Lessa. A soberania em mudança. Revista de Ciência Política, v. 27, n. 2, p. 50-97, 1984.

LOCKE, John. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAIR, Peter. Os partidos políticos e a democracia. *Análise Social*, vol. XXXVIII (167), 2003.

MANILI, Pablo L. El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *La Ley*, p. 1-8, 2006.

MAQUEDA, Antonio. OCDE calcula que cada mês de confinamento tira dois pontos do PIB. *El País*, Madrid, 28 de março de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/economia/2020-03-28/ocde-calcula-que-cada-mes-de-confinamento-tira-dois-pontos-do-pib.html>>. Acesso em: 06 de maio de 2020.

MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe (Trad. Antônio Caruccio-Caporale). São Paulo: L&PM Editores: Porto Alegre, 2011.

MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado, trad. Alceu Amoroso Lima, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1959.

MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado, trad. Alceu Amoroso Lima, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1959.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. *Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro*, p. 3, 2016.

MARSHALL, William p. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *Colorado Law Review*. v. 73, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: SAFE, p. 131, 1994.

METAJURÍDICO. In.: Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/metajuridico/>. Acesso em: 05 maio 2020.

MEZZAROBBA, Orides. A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 95-112, dez. 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOURA, Ana Maria da Silva. *História Moderna*. v. 1 - Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2010.

MUNSTER, V. J., Koopmans, M., van Doremalen, N., van Riel, D., & de Wit, E. (2020). A novel coronavirus emerging in China - key questions for impact assessment. *New England Journal of Medicine*, 382(8), 692-694.

NEMO, Philippe. O que é o Ocidente?. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. O "AI-5" judiciário e a tentativa dos juízes de governar. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de maio de 2020. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-06/ai-judiciario-roberto-wanderley-nogueira-roberto-wanderley-nogueira>>. Acesso em: 06 maio 2020.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. Teoria Democrática do Poder: Teoria Democrática da Soberania. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 3 ed., vol.2.

PEREIRA, Thiago A. A. Fertilização constitucional cruzada em tempos de pandemia. in: carla piffer; denise s. s. garcia. (org.). globalização e transnacionalidade: reflexos nas dimensões da transnacionalidade. 1ed.itajaí: univali, 2020, v. , p.285-304. Disponível em <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202020%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O%20E%20TRASNACIONALIDADE%20-%20REFLEXOS%20NAS%20DIMENS%C3%95ES%20DA%20SUSTENTABILIDADE.pdf>>. Acesso em 08.03.2022.

Petista Wadhi Damous também já quis fechar STF e mudar função do tribunal. *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-22/petista-tambem-ameacou-supremo-fechamento-tribunal>>. Acesso em 01.03.2022.

PIÇARRA, Numo. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra editora, 1989.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. O direito transnacional como disciplina em cursos jurídicos. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.) Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas. Vol. II. Braga: Uminho, 2018.

PIFFER, Carla; Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. In: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro (Org). Transnacionalidade e sustentabilidade: possibilidades em um mundo em transformação. Rondônia: Emeron, 2018.

PINTO Ferreira, Luís. Teoria Geral do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. v. I.

PINTO, Hélio Pinheiro. Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Fórum Ltda, 2018.

RACIMO, Fernando M. et al. Ativismo Judicial. Suas origens e recepção na doutrina

nacional. Revista jurídica da Universidade de San Andrés , n. 2 p. 89-157, 2015.

RAMOS, Cesar Augusto. Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 55, n. 129, p. 61-77, jun. 2014. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2014000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 01 de abril de 2021.

RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000.

RESTREPO, Ricardo Sanín. Teoria Crítica Constitucional. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 126. Apud GUASQUE, Bárbara; OLIVIERO, Maurizio. Separação dos poderes, controle de constitucionalidade e democracia. in: Direito, democracia e constitucionalismo [recurso eletrônico] / Adriane Guasque ... [et al.]; organizadores, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu, Orlando Luiz Zanon Júnior ; coordenadores, Maria Chiara Locchi, Maurizio Oliviero, Rafael Padilha dos Santos. - Itajaí: UNIVALI, 2017. – (Coleção principiologia constitucional e política do direito; t. 3). p.59. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202017%20DIREITO,%20DEMOCRACIA%20E%20CONSTITUCIONALISMO%20%E2%80%93%20TOMO%203.pdf>. Acesso em 08.03.2022.

ROMANI, Vinícius. O Brasil de Luzia. Os caminhos da terra. São Paulo: Peixes, ano 12, nov. 2004.

SALLES, BRUNO MAKOWIECKY. ACESSO À JUSTIÇA E EQUILÍBRIO DEMOCRÁTICO: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. 2019. Tese de Doutorado. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA.

SATHLER, André Rehbein; SATHER, Malena Rehbein. 150 termos para entender política [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020.

SCHLESINGER JR, Arthur M. The Supreme Court. *Fortune Magazine*, v. 73, 1947.

SCHMITTER, Philippe C. Reflexões sobre o conceito de política. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. 8, n. 2, p. 45-60, 1965.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: First Harper Perennial Modern Thought, 2008.

SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de La Brède e de Montesquieu. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 165.

SLAUGHTER, Anne-Marie. "Typology of Transjudicial Communication". *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 99-137.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004.

SOARES, Marcos Antônio Striquer; BAPTISTA, Ruda Ryuiti Furukita. O poder das

empresas transnacionais na economia globalizada: ameaça real à liberdade na concepção republicana. *Scientia Iuris*, v. 23, n. 3.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. Saraiva Educação SA, 2019.

SORIANO, Ramon. La paz y la Constitución española de 1978. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. Madrid, n. 45, p. 93-123, mai. /jun. 1985.

STRECK, Lenio Luiz. Resposta adequada à Constituição (resposta correta). *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 258-259.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Revista de Ciências Sociais e Humanas. Impulso*, Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003.

TOFFOLI, José Antônio Dias; ALENCAR, Idelgard Hevelyn de Oliveira. Autocontenção no Supremo Tribunal Federal. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (Coord.). *Democracia, Justiça e cidadania: desafios e perspectivas. Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 15-26.

VILE, Maurice JC. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 2 volumes. Brasília: UnB, 1999.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas vocações*. trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001.

WILLIAM BONDY. The Separation of Governmental Powers. In: *History and Theory in the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986.

WOLFE, Christopher. Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?. Rowman & Littlefield, 1997.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Influxos da transnacionalidade sobre a ciência jurídica. In: ROSA, Alexandre Morais da (et al.) *Para além do Estado nacional: dialogando com o pensamento de Paulo Cruz*. Florianópolis: Emais Editora, 2018. p. 293-308.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria Complexa do Direito*. 2 ed. e amp. Curitiba: Prismas, 2015.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.207.

ZUCCHINI, Giampaolo. Demagogia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 318-319 (vol. 1)