



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JOÃO GABRIEL CASTRO DE OLIVEIRA

**ESTADO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVISMO
JUDICIAL:
Consequência lógico-jurídica ou anomalia superveniente?**

BRASÍLIA

2023

JOÃO GABRIEL CASTRO DE OLIVEIRA

ESTADO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVISMO

JUDICIAL:

Consequência lógico-jurídica ou anomalia superveniente

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Junior

BRASÍLIA

2023

JOÃO GABRIEL CASTRO DE OLIVEIRA

ESTADO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVISMO

JUDICIAL:

Consequência lógico-jurídica ou anomalia superveniente?

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Junior

BRASÍLIA, 10 de abril de 2023.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

Professor (a) Avaliador (a) XXXXXXXX

RESUMO

O foco da presente pesquisa reside na análise do chamado Ativismo Judicial, entretanto, não de forma isolada como mero conceito ou proposição doutrinária, mas sim como atividade e postura que se apresenta e ocorre em um cenário político e jurídico específico, encarnado no Estado de Direito e na Separação de Poderes. Dessa forma, propôs-se um desenvolver histórico que permitisse a demonstração dos principais elementos do Estado de Direito e a Separação de Poderes, explicitando a forma como se apresentam na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. De igual modo, apresenta-se o que se denomina Ativismo Judicial e a forma como se relaciona com os outros dois conceitos aqui tratados, o Estado de Direito e a ideia de Separação de Poderes.

Palavras-chave: Estado de Direito; lei; Constituição; Separação de Poderes; Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The focus of the present research resides on the analysis of the so-called Judicial Activism, not as mere concept, or doctrinaire position, but as activity and actuation that presents itself and happens in a specific political and juridical scenario, embodied in the Rule of Law and Separation of Powers. On that account, a historical study was proposed to enable the demonstration of the Rule of Law main elements and the Separation of Powers existence in the Brazilian Constitution of 1988. Following that, Judicial Activism characteristics, definition, and its relation with the Rule of Law and Separation of Powers was also presented.

Key-words: Rule of Law; law; constitution; Separation of Powers; Judicial Activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. ESTADO DE DIREITO	9
1.1 Evolução Histórica: do <i>Ancien Régime</i> ao Estado Democrático de Direito	9
1.2 Elementos Intrínsecos ao Estado de Direito	28
2. SEPARAÇÃO DOS PODERES	38
2.1 A estruturação “Montesquiana” dos Poderes do Estado	38
2.2 Um “arranjo à brasileira”	45
3. O PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAÇÃO ATIVISTA	51
3.1 O que não é ativismo judicial?	51
3.2 O que é ativismo judicial?	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
BIBLIOGRAFIA	82

INTRODUÇÃO

Em 1947, Arthur Schlesinger publica, na Revista Fortune, matéria intitulada “*The Supreme Court: 1947*”, em que se propôs, ao público leigo, uma análise da atuação dos *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos naquele período e a forma como interpretavam as Leis e a Constituição.

Nesse momento, ao distinguir a atuação dos diferentes Juízes da Suprema Corte Norte-americana, Schlesinger cunhou pela primeira vez a expressão *judicial activism*, ativismo judicial, atribuindo tal forma de agir aos membros da Suprema Corte que viam as palavras da Lei e da Constituição como *empty vessels*, desprovidas de conteúdo claro e definido, sendo devido seu preenchimento com a interpretação particular do magistrado, com o objetivo de atribuir ao texto normativo uma finalidade social e política.

Apesar de sua primeira conhecida conceituação já contar com mais de 60 anos de idade, o termo se encontra – mais do que nunca – em estado de popularidade. Não obstante, a hodierna utilização da expressão se dá – na grande maioria das vezes – desassociada de qualquer significado específico e definido, servindo como argumento meramente retórico com vistas a criticar ou elogiar a atuação do Poder Judiciário.

O que se observa, portanto, é inquestionável confusão na definição do termo, que em grande parte advém de uma exaustiva repetição da palavra de forma retórica com o intuito de comentar, a partir de uma premissa ideológica¹, a atuação do Poder Judiciário quando deste advém uma decisão mais incisiva, que esbarra em questões políticas, seja no âmbito executivo ou legislativo.

Nesse sentido, vêm os estudiosos do direito em um constante empreendimento para definir a expressão, ponderar seus limites, expor suas características e apontar suas consequências, fugindo do debate ideológico e pautando a questão de forma científico-jurídica.

Diferente não é o esforço aqui imprimido, pretendendo-se a análise do que de fato é o ativismo judicial, apartando-se do que não é atuação ativista por parte dos juízes, em especial, no Brasil. Não obstante, não se trata meramente de uma busca pela definição do termo, mas especialmente de suas características e suas consequências.

Assim, para falar em características e consequências fez-se necessário estabelecer o quadro de ideias, a forma de organização do estado e política, e o cenário em que o fenômeno

¹ Nesse sentido: “*From this experience, 'judicial activism' apparently is an effective rhetorical tool in ideological argument, but no consensus exists regarding its specific meaning*”. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Minnesota Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23; University of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=939768>>. Acesso em 01 mar. 2023.

judicial é observado, cenário este cujos elementos cênicos são o chamado Estado de Direito e Separação de Poderes.

Dessa forma, a tese aqui pretendida é justamente a exposição do ideal de Estado de Direito, de Separação de Poderes e de Ativismo Judicial, não como conceitos isolados em momentos diversos, mas sim como conceitos aplicados à forma de organização do estado, em especial o brasileiro pós Constituição Cidadã, apontando a forma como pode o ativismo judicial estar relacionado com o Estado de Direito e a Separação de Poderes.

Portanto, ao fim e ao cabo, a partir da exposição dos elementos do Estado de Direito atualmente observados nas grandes democracias e que estão presentes na Carta de 1988 e a forma como a Separação de Poderes se estabelece no Brasil, pretende-se responder o seguinte questionamento: é o ativismo judicial uma consequência lógico-jurídica dessa forma de organização político-estatal ou uma deturpação da saudável atuação do Poder Judiciário, uma anomalia superveniente aos outros dois elementos?

1. ESTADO DE DIREITO

1.1 Evolução Histórica: do *Ancien Régime* ao Estado Democrático de Direito

Os pensadores da modernidade iniciam sua criação intelectual em um período marcado pelo *Ancien Régime*, em que todo o poder estava concentrado nas mãos dos monarcas absolutos, inexistindo respeito às leis, normas ou princípios. Portanto, entendia-se que *princeps a legibus solutus* (“o príncipe está livre da lei”), não sendo possível vislumbrar nessa forma de governo nem sequer a menor filigrana de segurança política, jurídica ou social.

Essa ausência de segurança, entretanto, vai em direto encontro ao precípua objetivo da organização dos indivíduos em sociedade e a consequente formalização deste agrupamento social no que poder-se-ia chamar Estado, objetivo este que é a preservação da liberdade dos indivíduos.

Mas que liberdade é essa? Segundo o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é a “liberdade vista como autonomia da conduta individual – a ‘liberdade dos modernos’ na famosa fórmula de Constant e não a liberdade encarada como participação nas decisões políticas, a ‘liberdade dos antigos’². Assim, o fato de ser o homem livre e, portanto, dotado de autonomia individual é que, nas lições dos mais variados pensadores, à exemplo de Thomas Hobbes, Locke e Rousseau, figuraria como razão de ser da sociedade, do Estado, das instituições.

Aqui deve ser feito rápido apontamento relativo à origem dessa liberdade, sendo, para os filósofos acima mencionados, inerente ao homem em seu “estado de natureza”, ou seja, a liberdade é inerente à própria natureza do homem, independentemente da vontade ou das leis dos homens, mas sucedâneo direto de um Direito superior, das leis que regem o mundo. Esse Direito natural, por sua vez, abordado será *a posteriori*.

Por mais que seja o homem detentor de uma liberdade decorrente de sua própria natureza, o exercício dessa liberdade sem quaisquer restrições impede que venham os homens a conviver de forma minimamente harmônica em sociedade, ora, caso os homens vivessem em absoluta liberdade, entendia Thomas Hobbes, em sua célebre obra *O Leviatã*, que viveria o homem em um estado de “guerra de todos contra todos”³.

A justificar essa “guerra de todos contra todos”, traz-se à baila trecho de o “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” de John Locke, segundo o qual, se referindo aos poderes dos

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. organizado por Richard Tuck; tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; revisão da tradução Eunice Ostrensky. -Ed. brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. -São Paulo: Marlin Fontes, 2003, p.47.

homens decorrentes de sua liberdade natural, seria o indivíduo possuidor do poder de “julgar e punir as infracções à lei natural cometidas por outros, quando na sua apreciação a ofensa o justificar, e até mesmo com a pena de morte nos crimes cuja hediondez, na sua opinião, o exigir”⁴

Como se nota do trecho acima, o homem em seu estado de natureza estaria empoderado, e sem qualquer barreira que o limitasse, a sancionar seus pares com a punição que ele próprio entendesse por cabível, incluindo aí a morte, quando o outro viesse a desrespeitar seu direito natural à liberdade. Portanto, é justamente pela convivência em sociedade estar marcada por inúmeras violações e desrespeitos aos direitos alheios, que se fossem os homens punidos pelo arbítrio dos demais, que estariam em “[...] uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos [...]”⁵

Dessa forma, por ser a liberdade absoluta causadora de uma perpétua “guerra de todos contra todos” e incompatível com o convívio em sociedade, é que devem os indivíduos abrirem mão de uma parcela de sua liberdade, passando a ser limitados por um ente a eles superior, tendo em vista a preservação da paz, liberdade, vida e harmonia social. Nesse sentido, afirmou John Locke:

nesse caso, e só nesse caso, é que existe uma sociedade política, em que cada um dos seus membros renunciou a este poder natural e entregou--o nas mãos da comunidade para que fosse exercido todas as vezes em que as circunstâncias particulares não excluíssem o recurso à protecção da lei por ela estabelecida. Assim, ao excluir o julgamento privado de cada um dos membros, a comunidade converte--se num árbitro, que, por intermédio de regras estabelecidas, imparciais e uniformes para todas as partes, e de homens autorizados pela comunidade a executar essas regras, decide todas as controvérsias que podem ocorrer entre quaisquer membros dessa sociedade sobre qualquer assunto de direito, aplicando as penas previstas pela lei. ⁶

Portanto, o eixo central de existência das sociedades politicamente organizadas e da posterior formalização no que hoje se conhece por Estado é a garantia das liberdades individuais dos seus membros, vislumbrada por meio de uma ordem “segundo leis estabelecidas e fixas, promulgadas e conhecidas pelo povo, e não por decretos extemporâneos; por intermédio de

⁴ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil. (Coleção textos filosóficos.** Lisboa: Grupo Almedina (Portugal), 2018, p .289.

⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã.** organizado por Richard Tuck; tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; revisão da tradução Eunice Ostrensky. -Ed. brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. -São Paulo: Marlin's Fontes, 2003, p., p. 112.

⁶ LOCKE, John. *Op. Cit.*, p..289-90.

juízes imparciais e íntegros que decidam as controvérsias à luz daquelas leis”⁷. Entretanto, por mais contraditório que se possa parecer, é justamente o Estado, por meio do poder que possui, o inimigo da liberdade, inimizado essa materializada pela opressividade das instituições políticas e sociais.

Em face dessa situação, historicamente observada nos já mencionados monarcas absolutistas, é que os pensadores rompem intelectualmente com esse pensamento e passam a defender o governo das leis, entendido por estes como mais seguro e racional, haja vista que as decisões dos príncipes não mais dependeriam de suas paixões, mas estariam resguardadas pelo Direito.

Assim, o liberalismo dá ao Direito a tarefa de “limitar, instituir e organizar o Poder, bem como de disciplinar sua atuação, sempre resguardando-se o fundamental: a liberdade, os direitos do homem”⁸, dando origem ao que já viria a ser chamado de Estado de Direito no século XVIII, Estado este que “transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz”.⁹

Portanto, o Estado de Direito visa a correção dos abusos de poder por meio do estabelecimento de uma forma de exercício de poder: o governo por meio da Lei, mas que Lei é essa? Que Direito é esse e de onde ele advém?

O Direito a que agora nos referimos como sendo o meio escolhido pelo liberalismo para a limitação, instituição e organização do Poder não é aquele que vulgarmente se conhece como conjunto de normas escritas produzidas por uma assembleia de homens, não é, então, “a regra escrita de caráter imperativo, que contém comandos ou proibições”¹⁰, mas um Direito a este superior, mais elevado e que não decorre do Próprio Poder do Estado, mas da própria natureza do homem.

É, portanto, o Direito que representa “A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna[...]”¹¹, ou seja, não é criado pelos homens, sendo “[...]una, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos, uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem

⁷ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil. (Coleção textos filosóficos.** Lisboa: Grupo Almedina (Portugal), 2018, p. 319.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição.** 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.3.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito. Cadernos Democráticos,** 1.ed. Lisboa: Gradiva Publicações, lda, 1999, p. 21.

¹⁰ CÍCERO, Marco Túlio. Sobre as leis (De Legibus). Trad. Bruno Amaro Lacerda. Juíz de Fora: Editora UFJF, 2021. Disponível em: <https://www2.ufjf.br/editora/wp-content/uploads/sites/113/2021/12/SOBRE-AS-LEIS-2.pdf>.?

¹¹ *Idem.* Da República. Livro II, n. XVII, p. 37. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2247

desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano[...]”¹². Esse Direito natural e supremo, reconhecido por Marco Túlio Cícero, não surge, entretanto, no pensamento romano, remontando às instituições atenienses no final do século VI, sendo prova clara disso o exemplo de “Antígona” de Sófocles, em que se “invoca altivamente as leis naturais contra as ordens de um poder arbitrário”.¹³

Na obra de Sófocles, Antígona decide por conceder honras fúnebres ao seu irmão Polinices mesmo diante de uma expressa proibição operada pelo Rei Creonte, justamente por entender que as honras fúnebres devidas ao seu irmão proviam de um direito que “não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas (leis) vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram.”¹⁴

O reconhecimento de uma lei superior e antecedente não se limitava ao campo da literatura ateniense, mas estava inscrito em suas instituições democráticas, sendo exemplo claro disso a existência da *graphé paranomôn*, a qual pode ser vista como antecedente distante do hoje conhecido controle de constitucionalidade das leis.

A *graphé paranomon* era a ação por meio da qual qualquer cidadão de Atenas poderia impugnar uma lei que viesse a contradizer o Direito, operando na prática a submissão das leis da Ágora em face de uma lei superior ancestral. Essa lei superior ancestral era o que se entendia por Direito e por Lei, o *nomos*; enquanto o ato estabelecido pela Ágora, seria um mero decreto, *psephisma*, não podendo o segundo estar em oposição ao primeiro.¹⁵

Já tendo brevemente abordado o pensamento do Direito e da Lei entre os romanos, explicitado por seu grande luminar Cícero, pula-se agora da Atenas Democrática à Europa Continental do Medievo.

O pensamento medieval sempre entendeu que os comandos erigidos pelas autoridades terrenas estavam submetidos a um Direito não estabelecidos por eles, mas superior e antecedente a eles, o Direito Natural, marcado pela existência de uma *Lex Naturallis*, limitadora de todo o Poder por ser a ele anterior e superior, originada não das mãos do imperador ou do papa, mas proveniente do próprio ceio de Deus, de origem Divina.

¹² CÍCERO, Marco Túlio. Sobre as leis (De Legibus). Trad. Bruno Amaro Lacerda. Juíz de Fora: Editora UFJF, 2021. Disponível em: <https://www2.ufjf.br/editora/wp-content/uploads/sites/113/2021/12/SOBRE-AS-LEIS-2.pdf>?

¹³ DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia do Direito** (tradução francesa, Paris, 1935, p. 412) *apud* SÓFOCLES. A Trilogia Tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Cury. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1990, p. 219.

¹⁴ *Ibidem*, p. 219.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.6.

Nas lições do professor Otto Gierke, o pensamento medieval a respeito do Direito e da Lei Natural não provinha somente dos Legistas e Decretistas (embasados no Direito Canônico e Romano), mas também da Patrística e da Filosofia Clássica, operada pelos teólogos e filósofos.¹⁶

Aqui é importante destacar o pensamento de Santo Tomás de Aquino (dos pensadores medievais, talvez o maior deles), em especial quanto à ideia da existência de quatro espécies de leis, por ele erigida em sua “Suma Teológica”, na seção batizada de Tratado das Leis.

Assim, estaria a humanidade sob, em primeiro, uma lei eterna – eterna como o próprio Deus, sua razão a governar todas as coisas, “o governo do Logos Divino sobre o cosmos”¹⁷; em segundo, uma lei natural – imediato sucedâneo da lei eterna, aplicada a indistintamente a todos os homens, justamente por sua condição de humanidade, e que permitiria que o homem distinguísse o bem e o mal; em terceiro, uma lei humana – reflexo da lei natural por meio da edição de normas pelo governante, dando à sociedade a regulamentação necessária; e uma lei divina – relacionada ao plano da redenção e cuja observância levaria os homens à salvação, à realização da razão divina.¹⁸

Dessa divisão surge, ainda, a ideia Tomista de necessidade de submissão da lei humana, fruto da razão humana, à lei natural, que diferentemente da anterior não se trata de fruto da razão, mas é apenas por ela descoberta. Portanto, para Santo Tomás “toda lei humanamente imposta tem tanto de razão de lei quanto deriva da lei da natureza. Se, contudo, em algo discorda da lei natural, já não será lei, mas corrupção de lei.”¹⁹

Daí que para Aquino a atividade do jurista não consiste simplesmente na aplicação da lei, mas o mesmo deve aplicar o Direito (o justo), sua atuação deve ser pautada na busca do justo (Direito), inclusive se isso significar a não aplicação da lei positivada.²⁰

Reforçada estão, agora no medievo, a ideia de uma Lei superior, anterior aos homens e que a todos os Poderes constitui e, se os constitui, também pode limitá-los, sendo – de igual forma – necessária a conformação das leis positivadas ao Direito superior. Segundo Gierke:

A teoria propriamente medieval (e jamais completamente abandonada) declarava que todo ato Soberano que rompia os limites postos pelo Direito Natural era formalmente nulo e írrito. Como nulo e írrito, por esta razão, cada

¹⁶ GIERKE, Otto. *Political Theories of the middle age*. Cambridge: At the University Press, 1900, p. 75. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2562/Gierke_PoliticalTheories1634_Bk.pdf. Acesso em 15 out. 2022.

¹⁷ PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. **Tomás de Aquino e a Razão Natural dos Direitos Humanos: Pessoa e Bem Comum**. Revista do Direito: Santa Cruz do Sul, N° 48, p.75, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6593/4664>. Acesso em 15/10/2022

¹⁸ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Vol. 4 e 6. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015. I-II, q. 91-95.

¹⁹ *Ibidem*. I-II, q. 95.

²⁰ PINHEIRO, *Op. Cit.*

juiz e cada outro magistrado que tivesse de aplicar a lei, deveria afastar não apenas todo ato executivo ilegal, mas toda lei ‘ilegal’, mesmo se promulgada pelo Papa ou pelo Imperador. Além disto, a ordem ilegal, ou ato ilegal, era nulo e írrito para os súditos do Estado. Era exatamente por esta causa que o seu dever de obediência era concebido como um dever condicional e que o direito de ativamente resistir a medidas tirânicas era concedido a eles.²¹

Evidente então que a já se vislumbrava na doutrina do medievo o ideal de direitos naturais e inderrogáveis do indivíduo, pensamento que viria a ser observado por diversos Estados Europeus, recaindo destaque especial ao *rule of law* estabelecido na Inglaterra Medieval, “água” essa proveniente da fonte do chamado *common law*, o direito comum da Inglaterra, cristizador da justiça real, imemorial e firmado pela via dos costumes.

Quanto à Common Law, entende Corwin que seu ponto de partida é “o estabelecimento por Henrique II, no terceiro quarto do século doze, do sistema de *circuit courts* com uma Corte de Apelação Central (*Court of Common Pleas*)”²², corte que veio unificar os costumes no território inglês e que, “na sua seleção de quais costumes reconhecer a fim de lhes dar influência nacional, e de quais suprimir, os juizes empregaram o critério da razoabilidade (*reasonableness*) [...]”²³

Assim, vieram suas decisões a produzir uma vasta jurisprudência, resguardada pelo avanço da já firme ideia de *stare deisis*, vindo a ser marca incontestada da *common law* a invalidade dos atos e leis elaboradas pelo Parlamento que a contradissem, exemplo fulcral disso é o popular *Bonham’s case*.

Em abril de 1606 o *Royal College of Physicians* de Londres convocou Thomas Bonham, diplomado em Cambridge, para prestar esclarecimentos sobre a prática da medicina sem autorização do *College*. Bonham foi punido com uma multa de 100 xelins e a proibição, sob pena de prisão, do exercício da medicina. Entretanto, por entender que possuía o legítimo direito de continuar com o exercício de suas atividades, não acatou as decisões a ele impostas.²⁴

Posteriormente, o *Royal College of Physicians* novamente o convocou, momento em que declarou que, como doutor em medicina pela Universidade de Cambridge, não estava

²¹ GIERKE, Otto. *Political Theories of the middle age*. Cambridge: At the University Press, 1900, p. 84. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2562/Gierke_PoliticalTheories1634_Bk.pdf. Acesso em 15 out. 2022.

²² CORWIN, Edward Samuel. *The Higher Law background of American Constitutional law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2008, p. 25

²³ *Ibidem.*, p. 26.

²⁴ SMITH, George P. *Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition?*. Disponível em: <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=sulr>. Acesso em 15 out. 2022.

sujeito aos poderes do *Royal College of Physicians*, sendo determinada sua prisão. e acabou preso.²⁵

Tendo o caso chegado à *Court of Common Pleas* o *Royal College of Physicians*, utilizou como meio de defesa documentos emitidos por Henrique VIII em que o Monarca autorizava, com igual chancela do Parlamento, que viesse o *College* a gerir o controle sobre a prática da medicina em Londres, além de impor multas e prisões, quando necessárias.²⁶

Considerando que 50% dos valores das multas sancionadas pelo *Royal College of Physicians* revertiam para o próprio *College*, o Juiz entendeu que a necessidade de emissão de autorizações pela organização, em seu entender interessada na aplicação de multas, estaria em contrariedade ao direito consuetudinário, haja vista ausente estar qualquer imparcialidade na punição.²⁷

Pelo voto de Sir Edward Coke exsurge mais uma vez a ideia de limitação de atos e leis à uma Lei Suprema, agora encarnada na *Common Law*, em uma jurisprudência, afirmando-se que:

o Direito Consuetudinário controlará Atos do Parlamento, e algumas vezes os julgará inteiramente nulos; pois quando um Ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, ou incompatível com estes, ou de execução impossível, o Direito Consuetudinário controlará este ato e o julgará nulo”²⁸

Dessa ideia de *Common Law* advém a ideia do *Rule of Law*, o império do Direito, marcado pela:

absoluta supremacia ou predominância do direito comum como oposta à influência do poder arbitrário [...] (que) exclui a existência de arbítrio de prerrogativa e mesmo de uma larga autoridade discricionária da parte do governo. Os ingleses são governados pela lei, e pela lei apenas [...] (importando na) igualdade perante a lei, e na igualdade de sujeição de todas as classes ao direito comum da terra (ordinary law of the land), administrada por cortes ordinárias de justiça.²⁹

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ SMITH, George P. Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition?. Disponível em: <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=sulr>. Acesso em 15 out. 2022.

²⁷ *Ibidem*

²⁸ HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade – Normas e Ordem. São Paulo: Visão, 1985, p. 144.

²⁹ DICEY, Albert Venn. Introduction to the study of the law of the Constitution. 8. ed., Londres: Macmillan, 1915, p.202-3. Disponível em https://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf. Acesso em 15 out. 2022.

Assim, no *rule of law* estão sintetizados três dos principais elementos do Estado de Direito: legalidade, isonomia e justicialidade³⁰, os quais afrente serão analisados mais detidamente.

Respondida está, portanto, a pergunta inicialmente elaborada, de forma que o Direito capaz de limitar o Estado – na doutrina clássica – é um Direito natural, imutável e universal, não arbitral e descoberto por meio da razão humana. Tendo em mãos o Direito “escolhido” para limitar os poderes do Estado, necessário se faz entender agora como os revolucionários liberais, irrisignados com os Monarcas Absolutos, levaram à cabo essa limitação.

Em primeiro lugar, editadas foram Declarações de Direitos, destacando-se a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776³¹ e a mais conhecida delas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão editada na França em 1789. A razão de edição destas declarações muito bem sintetizado foi no preâmbulo da Declaração de 1789, segundo o qual:

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 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.³²

Como se observa, a ideia central das Declarações era a constatação para “todos do corpo social” do núcleo central do Direito, daquele cerne intangível, da ideia de Direito imutável, universal e verdadeiro, o qual deve ser observado e respeitado por todos e por todas as instituições para evitar as “desgraças públicas e a corrupção dos Governos”.

Ao lado da constatação acima, encontra-se de igual modo a pormenorização dos direitos individuais e próprios de todos os homens, não outorgados a eles por um poder temporal, mas a eles pertencentes por sua própria natureza, direitos que emanam da própria natureza do homem, inalienáveis e irredutíveis.

Assim, por serem direitos anteriores ao próprio Estado ou à qualquer outra forma de organização política é que devem ser não apenas resguardados, mas também devem atuar como

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.23.

³¹ DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO POVO DA VÍRGINA, 1776. Disponível em: <<https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42Declarao%20da%20Virginia.pdf>>. Acesso em 20 out. 2022.

³² *Bis in dem*, p.1.

limitação natural do Estado. Nas lições de Duguit “o Estado é limitado por esses direitos individuais anteriores e superiores a ele”, e, ainda, de forma que “A lei somente pode estabelecer restrições às liberdades individuais sob a condição expressa que tais restrições são as mesmas para todos e que são necessárias para assegurar o livre exercício da atividade de cada membro da sociedade”³³

Estabeleceu o artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”³⁴. Dessa forma, deveria o Estado atuar dentro dos limites estabelecidos pelas Declarações de Direitos, ora, os homens instituem governos com o objetivo de resguardar seus direitos individuais, intangíveis, inalienáveis e imprescritíveis.

A mera edição de Declarações de Direito, entretanto, não é o bastante, haja vista apenas declararem direitos, sendo necessária a edição de Constituições, os verdadeiros pactos institucionais que irão instituir o Estado e possibilitar a salvaguarda dos direitos expostos nas declarações.

O termo Constituição assume a partir do século XVIII, com a ideia de necessidade de limitação do Poder do Estado pelo Direito e pela Lei, o sentido de estatuto jurídico superior ao Estado, forma de Organização jurídico-política do Poder. No entender do professor Charles Howard McIlwain, o primeiro a utilizar o termo Constituição no sentido apontado foi Bolingbroke em 1773³⁵, tendo conceituado Constituição como “complexo de leis, instituições e costumes, dirigidos a fins de bem público e que constitui o sistema geral segundo o qual a comunidade aceitou ser governada”³⁶, ou seja, a Constituição funda o Estado. O governo é, portanto, “criatura da constituição”, enquanto esta é “algo antecedente a ele (governo)”³⁷.

³³ “La loi seule peut apporter des restrictions aux libertés individuelles, sous la condition expresse qu'elles soient les mêmes pour tous et qu'elles soient nécessaires pour assurer le libre développement de l'activité de chacun. » DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ed. Boccard, 1923, t.3, p. 594-6. Trad. Nossa. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5747875f/f602.item> Acesso em 20 out. 2022.

³⁴ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, p.1. Disponível em: < <https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM13SS20-Declarao%20de%201789.pdf>> Acesso em 20 out. 2022..

³⁵ MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern* (tradução nossa). Indianapolis: Liberty Fund, 2008. Disponível em: < <https://oll.libertyfund.org/title/mcilwain-constitutionalism-ancient-and-modern>>. Acesso em 20 out. 2022.

³⁶ BOLINGBROKE, Henry St. John. *A Dissertation upon Parties* (1733–34). Trad. Nossa. Cambridge: Cambridge University Press. Disponível em: https://assets.cambridge.org/97805214/43937/excerpt/9780521443937_excerpt.pdf. >. Acesso em 20 out. 2022.

³⁷ PAINE, Thomas. *The Rights of Man* (1792). Trad. Nossa. New York: The Citadel Press, 1945, p. 278. Disponível em: <https://www.rcboe.org/cms/lib/GA01903614/Centricity/Domain/10616/the-complete-works-of-thomas-paine.pdf>>. Acesso em 20 out. 2022.

Entende Sieyès que por ser ela o elemento fundante do Estado, não pode – assim – ser fruto dele e de seu poder, tendo assim de ser fruto de um poder anterior ao Estado, o que o autor nomeia de “poder constituinte originário”, representando a confluência da vontade dos homens da comunidade para estabelecer as instituições e tendo sua atuação limitada pelas Declarações de Direitos, circunscrita pelos Direitos Fundamentais.³⁸

Em sua obra “Que é o Terceiro Estado”, absolutamente cara aos ideais da Revolução Francesa, Sieyès pretendia estabelecer uma nova forma de legitimação do poder político, apartando-se da ideia de derivação por meio da tradição, ou seja, de legitimação dinástica do poder baseada no vínculo entre uma família e o Estado.³⁹

Na contra mão, o célebre autor-revolucionário se aproximava e propunha uma ideia de poder vinculado à nação, e não ao direito preexistente, assentando-se aí o predicado do poder constituinte originário, cuja titularidade ao povo pertencia e era capaz de estabelecer a Constituição, fazendo-a surgir do nada, como força onipotente.

O poder constituinte originário, assim, é a força política capaz de estabelecer e manter o vigor Normativo do Texto. Capaz de estabelecer e manter por ser uma “força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”.⁴⁰

Se admitimos que a Constituição deriva não de um direito preexistente, mas do poder constituinte originário que a estabelece e mantém; que seu fundamento não está em um diploma jurídico a ela superior, mas na força determinante da sociedade; e que ela “não é um ato do governo, mas de um povo constituindo um governo”⁴¹, apenas uma é a consequência extraída:

[...] as formas e os limites estabelecidos e seguidos neste ato de constituição de um governo tornam-se o corpo e a substância da Constituição, essencialmente superior aos atos de qualquer governo que ela cria. Se, por exemplo, este ato constituinte do povo confiar determinados poderes ao seu governo, os chamados “poderes enumerados”, necessariamente se infere que esse governo não pode exercer qualquer poder que não os “enumerados”.⁴²

³⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Qu'este-ce que le Tiers état?. Paris: Éditions du Boucher, 2002, cap. 5, p. 50-62. Disponível em: <http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf> >. Acesso em 20 out. 2022.

³⁹ A propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, O poder constituinte, São Paulo: Saraiva, 1985, em especial, quando da exposição do pensamento de Sieyès, p. 10-16.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 101

⁴¹ Em Thomas Paine, portanto: A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government, and a government without a constitution is power without right.” PAINE, Thomas. The Rights of Man (1792). Trad. Nossa. New York: The Citadel Press, 1945, p. 278. Disponível em: <https://www.rcboe.org/cms/lib/GA01903614/Centricity/Domain/10616/the-complete-works-of-thomas-paine.pdf>. >. Acesso em 01 nov. 2022.

⁴² “[...] the forms and limits followed in this “constituting” become the embodiment of a “constitution,” superior in character to the acts of any “government” it creates. If, for example, this constituent act of the people entrusts certain definite powers to their government, “enumerated powers” as we term them, it is a necessary

Todo Governo Constitucional é, em sua essência, um governo limitado, apenas a Constituição tem o poder de criar os Poderes, os órgãos do Estado e ao mesmo tempo limitá-los. O constitucionalismo, portanto, é mecanismo de limitação do governo pela lei, o inverso do poder arbitral e despótico.

Entretanto, a função da Constituição não é apenas estabelecer e limitar o Poder de Estado, mas também, e como mencionado anteriormente, mas também salvaguardar e garantir os direitos fundamentais dos homens, os quais devem estar inscritos no Texto Magno.

A necessidade de preverem as Constituições os direitos fundamentais dos homens se encontram no fato de, ao instituir e limitar os Poderes do Estado, a Carta condiciona a validade de seus atos, os quais não poderão afrontá-la e andar em sua direção oposta, pressupondo, portanto, o respeito aos direitos fundamentais nela prescritos. Nesse sentido a Constituição Francesa de 1791 foi muito feliz ao estabelecer em seu Título I que o “Poder Legislativo não poderá fazer leis que violem ou ponham obstáculo aos direitos naturais e civis consignados no presente título e garantidos pela Constituição.”⁴³

Não obstante mais modernamente tenham sido trazidas outras as ideias e conceitos ao ideal de constitucionalismo, importa ao presente estudo a compreensão da ideia essencial e clássica de Constituição. Nessa perspectiva, observou-se que dois são os aspectos centrais que dão forma à ideia de Constituição e Governo Constitucional, a limitação do poder do Estado com vistas de impedir o abuso, o despotismo e a arbitrariedade; e a defesa e garantia dos direitos fundamentais do homem, não somente estando a Constituição a serviço desta causa, mas também sendo por ela fundada.

Conclui-se que o termo Constituição, na visão Clássica, está aí a designar “uma determinada organização do Estado, estabelecida por escrito e solenemente declarada, que visa a resguardar os direitos naturais, com o fim de impedir a opressão e o arbítrio por parte dos que detêm o poder⁴⁴, exatamente o que a Declaração de 1789 já estabelecia em seu artigo 16: “A

inference that this government cannot exercise any powers not so “enumerated.” McIlwain, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Tradução nossa). Indianapolis: Liberty Fund, 2008, p. 20-21. Disponível em: < <https://oll.libertyfund.org/title/mcilwain-constitutionalism-ancient-and-modern>>. >. Acesso em 01 nov. 2022.

⁴³ FRANÇA. *Constituição Francesa de 1791*. Trad. Luiz Arnaut. Paris, 1791. Disponível em: <https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. Acesso em 05 nov. 2022.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19

sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”⁴⁵

Ainda insta notar que, em virtude da já mencionada insuficiência das Declarações de Direitos ante a inexistência de Constituições, com o advento das Constituições Americana e Francesa passou-se a embutir nas Cartas Magnas as Declarações de Direitos, e, assim, “sendo de origem constitucional, tais direitos não poderão ser suprimidos pelo Estado, nem mesmo por via legislativa.”⁴⁶

Até o momento foram narrados como elementos limitadores ao excessivo uso do poder do Estado, impeditivos da opressão e arbítrio pelos detentores do poder, as Declarações de Direitos, destacando e trazendo ao plano concreto os direitos inalienáveis dos homens, e as Constituições, responsáveis por resguardar esses direitos naturais e por limitar os poderes do Estado.

Surge agora uma pergunta do que parece estar faltando: se as Declarações exprimem os Direitos naturais dos homens e as Constituições limitam o Poder do Estado, onde está o elemento a limitar a atuação dos homens e permitir a vida em sociedade? Ora, se do ponto de vista Hobbesiano o homem tende a constante destruição de seu semelhante, necessário é um elemento que de forma direta freie seu ímpeto natural, imponha um limite à sua atuação.

Nesse sentir, o terceiro elemento central na constituição de um Estado de Direito é a Lei, a qual possui como objetivo a imposição de limites ao ímpeto natural do homem, restringindo, assim, sua liberdade individual para que possa viver de forma minimamente harmônica em sociedade. A Declaração de 1789 já estabelecia em seu artigo 4º:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.⁴⁷

Sua parte final é clara, a única forma de impedir que venha um homem a usurpar os direitos naturais de seu igual é por meio da elaboração de leis.

Ante a constatação surge uma pergunta que – por mais óbvia que possa parecer a resposta – deve ser devidamente respondida, não com o objetivo de aqui se estabelecer uma

⁴⁵ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, p.3. Disponível em: <<https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM13SS20-Declarao%20de%201789.pdf>> Acesso em 20 out. 2022.

⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47-8.

⁴⁷ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, p.1. Disponível em: <<https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM13SS20-Declarao%20de%201789.pdf>> Acesso em 20 out. 2022.

teoria a respeito da mesma, mas unicamente com o intuito de traçar os contornos da ideia de Lei que tangencia o Estado de Direito do qual se trata.

Assim, questiona-se agora o que é Lei?

A melhor forma de responder a pergunta acima é, por óbvio, trazendo à baila o entendimento e a perspectiva de grandes nomes a respeito do tema.

Javier Hervada, define Lei por “regra ou norma que organiza a vida social em função do bem comum, proveniente do poder público de uma sociedade de máxima categoria ou *societas perfecta*.”⁴⁸”

Miguel Reale entende por Lei a norma que “introduz algo novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas”⁴⁹”

Para Lon L. Fuller, “a Lei é o empreendimento, a atividade de sujeitar a conduta humana ao governo de normas e regras”⁵⁰”.

Em sentido próximo, Hans Kelsen postulava o Direito como uma “ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.”⁵¹

“Do que, a final, se trata a lei? É sobre o fato de nossa sociedade ser marcada de disputas. Disputas existentes e possíveis; disputas a serem resolvidas e disputas a serem evitadas.”⁵²

Claro, portanto, que a ideia de Lei que daí se depreende é de “instrumento” responsável por sujeitar e disciplinar o comportamento humano com vistas a garantir o bem comum, a garantir a manutenção da liberdade, e, assim, ao lado dos já mencionados pilares do Estado de Direito – a Declaração de Direitos e a Constituição – complementar a estruturação da sociedade por meio da limitação do ímpeto natural do homem.

⁴⁸ HERVADA, J. Lições propedêuticas de filosofia do direito. Tradução E. M. Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 258.

⁴⁹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 162.

⁵⁰ “[...] law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules [...]” FULLER, Lon L. *The Morality of Law*, revised ed. Trad. Nossa. New Haven: Yale University Press, 1969. p. 106. Trad. Nossa. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3571&context=ilj> Acesso em 05 nov. 2022.

⁵¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

⁵² “What, then, is this law business about? It is about the fact that our society is honeycombed with disputes. Disputes actual and potential; disputes to be settled and disputes to be prevented.”LLEWELLYN, K.N. *The Bramble Bush*, Trad. Nossa, p. 12, apud RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, p. 162-76. Disponível em <http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/77486/1/17.pdf.> Acesso em 10 nov. 2022.

Importante agora explicitar, de igual forma, de que maneira a Lei freia o ímpeto natural do homem e regula seu comportamento em sociedade com vistas à garantia da liberdade e do bem comum?

Muito em suma, se revisitarmos a doutrina romana, lê-se no digesto que: “*legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire*”⁵³, ou seja, “a virtude das leis é obrigar, proibir, permitir ou punir”. Como se notou, o jurista romano Modestino enumerou em quatro as formas que a lei apresenta para a final e fiel execução de sua tarefa precípua: mandar (*imperare*), proibir (*vetare*), permitir (*permittere*) e castigar (*punire*).⁵⁴

Mais modernamente, Joseph Raz, ao abordar as funções primárias da Lei – funções estas que convergem para o atingimento da última finalidade da Lei – aponta uma série delas, dando-se aqui destaque às agora apontadas e que em sua concepção são “abrangeentes, afetando a população de forma geral, e nelas se encontra a razão e a justificativa da existência da lei”⁵⁵, assim são funções da lei:

- a) “Prevenir comportamentos indesejados e garantir comportamentos desejados;
- b) Providenciar meios para acordos privados entre indivíduos;
- c) A provisão de serviços;
- d) A resolução de disputas entre indivíduos.”⁵⁶

É através destas “ferramentas” e elementos que pode a Lei guiar o comportamento humano e garantir a liberdade, liberdade como “direito de fazer tudo que as leis permitem; de forma que se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem, ele não possuiria mais liberdade, porque os outros teriam o mesmo poder”.⁵⁷

Outras três características do conceito de Lei aqui trazido são de essencial importância à presente pesquisa, a generalidade, a obrigatoriedade e a vontade geral.

⁵³ CORPUS IURIS CIVILIS DIGESTO. Livro 1, Título 3, 7. Tradução: Antônio Augusto Catão Alves. Brasília: TRF-1, ESMF, 2010, p.51. Disponível em: <https://trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/52682/1/Corpus%20iuris%20civilis%20%28digesto%29.pdf>

⁵⁴ CORPUS IURIS CIVILIS DIGESTO. Livro 1, Título 3, 7. Tradução: Antônio Augusto Catão Alves. Brasília: TRF-1, ESMF, 2010, p.51. Disponível em: <https://trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/52682/1/Corpus%20iuris%20civilis%20%28digesto%29.pdf>

⁵⁵ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on law and morality*. Trad. Nossa. Oxford: Oxford University Press, p. 162-76. Trad. Nossa. Disponível em: <<http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/77486/1/17.pdf>> Acesso em 10 nov. 2022.

⁵⁶ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on law and morality*. Trad. Nossa. Oxford: Oxford University Press, p. 162-76. Trad. Nossa. Disponível em: <<http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/77486/1/17.pdf>> Acesso em 11 nov. 2022.

⁵⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p.

Por generalidade, tem-se que “a lei não se refere a um sujeito singular ou a um caso particular, e sim a um conjunto de sujeitos e casos implicados no fato hipotético da norma legal. A lei não é estabelecida para pessoas singulares – físicas ou morais – mas para a generalidade delas”⁵⁸ A generalidade é uma marca da própria lei, de forma que caso não tenha como destinatário a comunidade/generalidade de indivíduos, não se pode classificar esta norma como lei.⁵⁹

A obrigatoriedade da lei reside no dever de obedecer a lei, obediência que se funda em dois aspectos: à uma, o fundamento último de sociabilidade humana centrado no bem comum, de forma que a lei busca essa sociabilidade por meio de sujeições que se orientam ao bem comum, e, assim, “a obrigação de tender para o bem comum concretiza-se na obrigação de cumprir a lei”; a duas, o fato de também ser fundamento da lei o consenso/pacto social, de forma que se aceita o indivíduo a ingressar na sociedade e deste fazer parte, é seu dever obedecer a lei.⁶⁰

Inconteste o fato de que a lei da qual aqui tratamos se origina de um legislador positivo por meio de um processo (no Brasil, “processo legislativo”⁶¹). Entretanto, por mais que ao poder público caiba a realização deste processo, “o legislador, enquanto tal, não tem vontade própria”⁶², a lei não emana da vontade daquele que materializa a lei, mas sim da vontade geral, da vontade da sociedade.⁶³ Assim, “é a sociedade humana que tem a faculdade de se normatizar ou regular a si mesma [...] o legislador positivo não está acima da sociedade.”⁶⁴

Exposta está a Concepção Clássica de Estado de Direito, a ideia do Governo de Leis e não de homens, alheio à política, marcado pela sujeição do Estado a uma Lei Natural e materializado na submissão do Estado às Declarações de Direitos, à Constituição e à Lei.

A Concepção Clássica de Estado de Direito, entretanto, não se manteve inerte e perene, de forma que – como é do decurso natural do tempo – a ideia de Estado de Direito e de sujeição

⁵⁸ HERVADA, J. *Lições propedêuticas de filosofia do direito* Tradução E. M. Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 264.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 265.

⁶⁰ HERVADA, J. *Lições propedêuticas de filosofia do direito* Tradução E. M. Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. p. 267-268.

⁶¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em 11 nov. 2022.

⁶² TERRÉ, François, La Crise de la Loi, Archives de Philosophie du Droit, Paris : 1980, t.25, p. 18-9 APUD FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.22.

⁶³ *Ibidem*, p.22.

⁶⁴ HERVADA, J. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução E. M. Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 263

do Governo à Lei passou por uma série de mutações desde seu nascedouro, mutações estas que – para que se possa compreender o atual estado de coisas em que se insere os fenômenos narrados – serão agora brevemente narradas.

Já de antemão, é importante assinalar que não se trata de uma narração puramente histórica, mas um caminhar que perpassa as principais mutações (no sentido de mais substanciais ao esforço aqui empreendido) da versão clássica de Estado de Direito, culminando no denominado Estado Democrático de Direito, estabelecido logo no artigo 1º da Constituição Brasileira de 1988, “cenário” dos fenômenos que aqui se pretendem analisar.⁶⁵

Como tendência natural do homem, o qual não se amolda a conceitos rígidos, mas tenta constantemente adaptá-los e adequá-los ao que julga de maior relevância, o Estado de Direito Clássico como definimos veio aos poucos tomando nova feição, sendo a primeira mutação o que Carré de Malberg chamou de “estado legal”.⁶⁶

O estado legal ficou marcado por uma excessiva exaltação da lei, perde-se, nesse sentido, a ideia de inferioridade e subordinação do Estado a um direito anterior e superior a ele, justamente o elemento central que dava forma à ideia clássica de Estado de Direito. Assim, o direito passa a ser mero fruto da produção legislativa positiva, momento em que se equipara o Direito a mero produto de determinações do Estado.

O efeito desse novo entender vai em direta oposição às razões para o surgimento do Estado de Direito, que visava a garantia de direitos inerentes ao homem, atribuídos a eles pelo simples fato de homens serem e não por terem sido beneficiados pela “boa mão” do Estado que estava a conferir aos seus cidadãos certas garantias.

Assim, ao revés e ao contrário, o estado legal – ao tornar o direito mero fruto da ação estatal – extirpa a ideia de direitos preexistentes e inerentes ao homem, de forma que “os direitos do homem são os direitos que o Estado lhes quiser reconhecer.”⁶⁷

Conforme aponta Bodenheimer, “Para Kelsen, o Estado é um Rei Midas que converte em Direito tudo o que toca.”⁶⁸ O trecho citado resume com exatidão a ideia do estado legal, tendo

⁶⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 11 nov. 2022.

⁶⁶ Carré de Malberg, Raymond. *Contribution à la théorie générale de l'état*. Paris, Sirey, 1920. t. I, p. 293. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9359q/f527.image>> Acesso em 11 nov. 2022.

⁶⁷ FERREIRA FILHO, M. G. Estado de direito e estado legal. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 157, p. 14-44, 1984. DOI: 10.12660/rda.v157.1984.44119. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>> Acesso em: 21 mar. 2023.

⁶⁸ “en opinión de Kelsen el Estado es una especie de rey Midas, que convierte em Derecho cuanto toca”. BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. Tradução de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura

tornado quase irrelevante a consideração do conteúdo do direito e da lei, não mais fazendo sentido cotejar se o conteúdo ali expresso é justo ou injusto, viola os direitos dos homens ou não viola, pois o que se passa a entender é que o que o Estado determinasse – através da figura do legislador – seria lei e direito, fixaria a abrangência da atuação do Estado e os limites da atuação dos particulares, independentemente do conteúdo ali expresso, desprezando-se a análise do justo ou injusto. Abandona-se o conteúdo, valoriza-se a forma tão somente.

A valorização excessiva da forma e o completo abandono do conteúdo de justiça do direito, sob o discurso da vontade popular, “tende a autorizar quem faz a lei a impor aos homens o que bem lhe apetecer”⁶⁹, servindo como instrumento de garantia de interesses particulares, estando sempre sujeita às paixões e amarguras dos homens que a elaboram.

Claro é o resultado dessa atuação, de forma que Carl Schmitt preceitua: “toda a luta do estado de direito contra o absolutismo do monarca teria terminado por introduzir, em lugar do absolutismo monárquico, o absolutismo de mil cabeças dos partidos políticos que em cada momento se encontrassem em maioria.”⁷⁰

Em seguida, em já tão avançado estado de deterioração, não mais importava se era o direito feito por “mil cabeças dos partidos políticos”, ou se era feito por uma única cabeça, o representante do poder executivo, ora, ao fim e ao cabo, o direito é fruto da elaboração do Estado, seja pelo legislativo ou executivo.⁷¹

Não é de se espantar que o resultado de tal flexibilização e de tamanho apego à lei e ao direito como fato do Estado seja o “travestir” dos regimes políticos em Estado de Direito, ideia que pela ótica clássica do fenômeno jamais seria aceita, mas, com o advento do estado legal, se torna plenamente viável, posto que Direito é o que o Estado estabelece, o fruto do toque da atuação estatal.

O ideal do estado legal permitiu que três características assumissem a estrutura fundamental do seu antecessor, a elaboração de “leis arbitrárias, cruéis e desumanas; a

Económica, 2008, p. 130. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/482637323/Teoria-del-derecho#__search-menu_933321> Acesso em: 21 mar. 2023.

⁶⁹ FERREIRA FILHO, M. G. Estado de direito e estado legal. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 157, p. 14-44, 1984. DOI: 10.12660/rda.v157.1984.44119. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>> Acesso em: 21 mar. 2023.

⁷⁰ Schmitt, Carl. *Teoria de la constitucion*. Trad. esp. México, Nacional, 1966. p. 179. Apud FERREIRA FILHO, M. G. Estado de direito e estado legal. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 157, p. 32, 1984. DOI: 10.12660/rda.v157.1984.44119. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>> Acesso em: 21 mar. 2023.

⁷¹ Schmitt, Carl. *Teoria de la constitucion*. Trad. esp. México, Nacional, 1966. p. 179. Apud FERREIRA FILHO, M. G. Estado de direito e estado legal. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 157, p. 32, 1984. DOI: 10.12660/rda.v157.1984.44119. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>> Acesso em: 21 mar. 2023.

identificação do ‘direito’ com a ‘razão do Estado’ imposta e iluminada por ‘chefes’; e a radical injustiça na aplicação do direito,” características estas que José Joaquim Gomes Canotilho atribui ao que nomeia de “Estado de não Direito”.⁷²

O afastamento do Estado de Direito como ideia de Governo de Leis e não de homens, alheio à política, marcado pela sujeição do Estado a uma Lei Natural e materializado na submissão do Estado às Declarações de Direitos, à Constituição e à Lei, estava, no Estado Legal, consumado.

O estado legal, em verdade, traduzia-se no Estado de não Direito, aquele em que:

o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma liberdade ante ao poder protegida pelo Direito [...] fazendo crer que são direito mesmo as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais desumanas [...] em que o capricho dos déspotas, a vontade dos chefes, a ordem do partido e os interesses de classe se impõem com violência aos cidadãos [...] em que se negam a pessoas ou grupos de pessoas direitos inalienáveis dos indivíduos e dos povos.⁷³

O oposto, portanto, ao Estado de Direito, oposição esta que, de maneira indubitável, consubstanciou uma das razões centrais da barbárie do totalitarismo e da predominante violação à dignidade humana durante a Segunda Grande Guerra.

Dessa forma, impossível era a manutenção do ideal de estado legal, de forma que após a Segunda Guerra Mundial a ideia de Estado de Direito, em especial quanto à existência e o respeito a um Direito superior, volta a ser defendida e debatida, apresentando-se novamente como forma de impedimento ao totalitarismo e aos abusos do estado.

Assim, o desprezo ao conteúdo do direito e a lei vai sendo deixado de lado, fazendo novamente valer a ideia de necessária adequação destes ao “justo” e ao direito “imaterial”.

O reavivamento do conteúdo substantivo do Direito se deu por meio das declarações de direitos fundamentais, exemplo importante é a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” de 1948; e também por meio do desenvolvimento de um modelo constitucional de sistema aberto, ou seja, com “disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem mudança na realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e da ‘justiça’”⁷⁴.

A ideia de modelo constitucional que surge, então, é de uma Constituição que não somente compreenda regras, mas que esteja preenchida por uma série de princípios, fixe um rol

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito. Cadernos Democráticos**, 1.ed. Lisboa: Gradiva Publicações, lda, 1999, p. 12.

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito. Cadernos Democráticos**, 1.ed. Lisboa: Gradiva Publicações, lda, 1999, p. 11-13.

⁷⁴ *Idem*. **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina. 5. Ed. 1991, p. 171.

de direitos fundamentais extremamente amplos, normas abertas, principiológicas e programáticas, que “indexariam o direito constitucional ao direito positivo”⁷⁵

Entretanto, o que em verdade se produzia não era um retorno ao ideal clássico de Estado de Direito marcado pela máxima aderência dos agentes do Estado ao estabelecido no texto legal, mas sim a adoção de uma cultura jurídica que garantisse maior flexibilidade no cumprimento da lei a partir de normas de baixa densidade normativa e técnicas interpretativas mais abertas.⁷⁶

Reflexo claro desse movimento é a adoção, no Brasil, do já mencionado Estado Democrático de Direito, encampado logo no artigo 1º da Constituição de 1988, estabelecendo: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”⁷⁷

A expressão Estado Democrático de Direito fora criada por Elías Díaz na década de 1960 para apontar a forma de organização do Estado que serviria como transição para o socialismo, etapa em que se constituiria uma ideia de democracia socialista. Para o espanhol:

Hoje, o Estado democrático de Direito deve ser um Estado de estrutura econômica socialista [...] Estado que necessariamente deve ser construído sobre uma organização econômica e ideológica de caráter socialista, forma mais acertada para se chegar à concretização de uma verdadeira democracia.⁷⁸

Sintaticamente, se observou a tentativa de adoção no Brasil de uma Constituição aliançada com compromissos políticos que indicariam o único caminho a ser adotado pelo Estado, evitando que os agentes públicos dele se desviassem.

Por mais que tenha esse ideário disseminado em nossa cultura jurídica o “desprestígio das normas jurídicas, que somente deveriam ser consideradas válidas e exigíveis se condizentes com o projeto político em andamento,”⁷⁹ para efeitos de “formatação” do Estado brasileiro, “o entendimento associado à expressão (Estado Democrático de Direito) é meramente o de que o

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 77.

⁷⁶ LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octavio. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 139-141.

⁷⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁷⁸ “El Estado democrático de Derecho tiene que ser hoy un Estado de estructura económica socialista [...] Estado que exige ser construído sobre una organización económica e ideológica de carácter socialista como formas más correcta de llegar a la realización de un auténtica democracia.” Tradução nossa. DIAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 6 ed. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975, p. 173-178.

⁷⁹ LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octavio. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 138.

Brasil se organiza como um Estado Democrático, completado pelo sistema do Estado de Direito.”⁸⁰

Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preservou incólumes os principais elementos intrínsecos ao Estado de Direito e os quais agora passamos a expor.

1.2 Elementos Intrínsecos ao Estado de Direito

Apesar da Carta Magna de 1988 se inserir no cenário acima brevemente comentado, é incontestável que o Texto Constitucional, entretanto, preservou os princípios que dão forma ao Estado de Direito, não se apartando dos mesmos e, ainda, os insculpindo como Cláusulas Pétreas da Constituição.

Nesse diapasão, sendo o Estado de Direito aquele que se encontra submetido ao Direito, observa-se que a atuação de seus Poderes deverá sempre estar fundada e vinculada aos preceitos legais, vinculação esta que se efetiva por meio do chamado princípio da legalidade.

A Declaração de 1789, em seu artigo 5º, já estabelecia o princípio da legalidade: “[...]tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que esta não ordena,”⁸¹ ou seja, a atuação do indivíduo em sociedade é definida pelas determinações legais, sendo esta que o proíbe de fazer algo e, de igual modo, que permite que ele atue de determinada forma, a fonte de suas obrigações é, como regra, a Lei.

Tal atuação em conformidade com a lei não somente se restringe ao indivíduo, mas possui seu âmbito de aplicação especialmente com relação ao Estado, ora, se o Estado é um Estado de Direito, e não de homens, sua atuação deve ser pautada tão e unicamente no que determinar a lei, tendo como fim último resguardar a liberdade individual.

Quanto a isso, Carré de Malberg ensina que os Poderes do Estado não somente têm que deixar de atuar contra *legem*, mas devem tão somente agir *secundum legem*.⁸² Assim, nada pode o Estado decidir ou exigir a não ser que a lei expressamente o determine ou requeira.

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 75.

⁸¹ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, p.1. Disponível em: <<https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM13SS20-Declarao%20de%201789.pdf>> Acesso em 15 mar. 2022.

⁸² Carré de Malberg, Raymond. Contribution à la théorie générale de l'état. Paris, Sirey, 1920. t. I, p. 293. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9359q/f527.image>> Acesso em 15 mar. 2023.

O entendimento da necessidade de o Estado atuar dentro dos limites estabelecidos pelo direito remonta da ideia, aqui já fartamente exposta, de afastar os cidadãos da vontade individual dos poderosos e governantes, essencialmente o cerne do Estado de Direito, o qual Brian Z. Tamanaha explicita da seguinte forma:

A inspiração subjacente a essa ideia é a de que viver sob a regra do direito significa não se sujeitar aos imprevisíveis caprichos de outros indivíduos – sejam monarcas, juízes, agentes do governo ou colegas cidadãos. É para se proteger das fraquezas humanas habituais, como preconceito, erro, ignorância, avareza ou capricho.⁸³

O que se observa, assim, é que o Princípio da legalidade é salvaguarda absolutamente necessária às liberdades individuais, afastando a atuação do Estado da vontade individual dos governantes, juízes ou agentes do governo, e a subordinando ao comando da Lei, que presta a função mencionada quando pública, prospectiva e geral; e quando fruto da vontade geral.

O primeiro aspecto da lei como elemento vinculante da atuação do Estado é o entendimento de que o “Estado de Direito requer leis públicas e prospectivas, com as qualidades de generalidade, igualdade de aplicação e certeza”⁸⁴ ideal umbilicalmente ligado com a previsibilidade da ação individual ou do Estado.

Por previsibilidade entende-se a possibilidade dos cidadãos, a partir dos comandos legais vigentes, tomarem conhecimento de antemão dos resultados jurídicos de suas ações, das ações que possivelmente serão respondidas com uma sanção governamental, e da forma como o ente estatal estará agindo nas mais diversas situações.

Como Hayek pontua, leis públicas e prospectivas, marcadas pela generalidade, igualdade de aplicação e certeza permitem, em um Estado de Direito, que os cidadãos “prevejam com maior certeza como as autoridades utilizarão seus poderes de coerção em determinadas situações e, com base nessa certeza, planejem seus afazeres individuais.”⁸⁵

A segunda faceta a ser apontada (Lei fruto da vontade geral) é ponto essencial a ser abordado, visto que fosse a lei fruto de um processo antidemocrático e que não gozasse de

⁸³ “The inspiration underlying this idea is that to live under the rule of law is not to be subject to the unpredictable vagaries of other individuals – whether monarchs, judges, government officials, or fellow citizens. It is to be shielded from the familiar human weaknesses of bias, passion, prejudice, error, ignorance, cupidity, or whim.” TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 122. Trad. Nossa.

⁸⁴ TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 119. Trad. Nossa.

⁸⁵ “Rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances, and to plan one’s individual affairs on the basis of this knowledge.” Tradução nossa. HAYEK, Friederich A. **The Road to Serfdom**. London: The Institute of Economic Affairs, 2005, p.56. Disponível em: <<https://cdn.mises.org/Road%20to%20serfdom.pdf>> Acesso em 16 mar. 2023.

participação popular, a atuação do Estado – mesmo que adstrita ao texto legal – seria amplamente questionável e não gozaria de qualquer legitimidade.

Nesse sentido, somente pode ser legítima a lei cujo nascimento não seja fruto da vontade do Estado, mas sim da vontade geral, como bem estabelecia o artigo 6º da Declaração de 1789: “A Lei é a expressão da vontade geral,” vontade esta que só se faz geral quando exprimida em comando legal elaborado pelo Poder Legislativo, conquanto – no Estado Democrático de Direito e na República Federativa do Brasil – composto pelos representantes eleitos do povo.

Como é de se esperar, entretanto, a vontade geral materializada pelo legislador na lei em quase nenhum momento coincidirá com a vontade de todos, tornando-se necessário, conforme entende Jeremy Waldron, que os cidadãos entendam e consintam – o que ocorre no momento do exercício democrático do voto – que a norma legiferada poderá ser, em nome da maioria e da coletividade, contrária à sua vontade.⁸⁶

Para tanto, o autor norte-americano, entende como necessária a adoção de um processo político majoritário⁸⁷, somente por meio do qual o agir coletivo “definido por meio de votação majoritária dos envolvidos consegue dar conta dos desacordos existentes nas sociedades contemporâneas sem que haja a imposição autoritária de uma solução.”⁸⁸

Assim, só há legitimidade na lei que for elaborada por meio da participação política. Na realidade brasileira, a lei que for elaborada pelo Congresso Nacional seguindo o trâmite para tanto previsto, momento em que se passará por extensas discussões a respeito da proposta de lei, dando abertura à participação do povo não só de forma indireta (pelos seus representantes), mas em variados casos, também de forma direta, por meio de audiências públicas.

Sobre o assunto, Waldron: “é na legislatura que nossos representantes discutem sobre a justiça; é na legislatura que discordamos sobre a justiça, onde temos segundos pensamentos sobre a justiça, onde revemos o nosso senso de justiça e nos atualizamos”⁸⁹, ou seja, a

⁸⁶ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 192.

⁸⁷ Para Waldron, o processo majoritário consiste em: [...] não apenas um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso. Respeita os indivíduos de duas maneiras. Primeiro, respeita e considera seriamente a realidade de suas diferenças de opinião quanto à justificação e ao bem comum. A decisão majoritária não requer que a opinião de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso. Ao impor o nosso apoio e o nosso respeito ela não exige que nenhum de nós finja haver um consenso quando não há, meramente porque pensamos que deveria haver – quer porque qualquer consenso é melhor do que nenhum, quer porque a visão que impressiona alguns de nós como correta parece tão evidentemente correta por si que não conseguimos imaginar como alguém poderia sustentar o contrário. WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 192.

⁸⁸ LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octavio. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 146.

⁸⁹ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 109.

elaboração de leis não somente é constitucionalmente definida como competência exclusiva (ou quase exclusiva) do Poder Legislativo, mas de igual forma, sua elaboração pelo Poder Legislativo é idealmente mais favorável e atribuí maior legitimidade intrínseca ao comando legal.

Assim, em uma sociedade de significações polissêmicas, marcada pela heterogeneidade de interesses sociais, pela multiplicidade de perspectivas individuais e por constantes desacordos de opções políticas e legislativas, a legitimidade intrínseca da legislação, bem como de sua aplicação, só será observada quando o comando legal for fruto de um processo político majoritário.

Em vista disso, no Brasil só gozará de tal legitimidade a norma editada pelo Poder Legislativo, terreno em que determinado posicionamento é endossado – ainda que indiretamente – pela maioria dos membros da sociedade.

O Princípio da Legalidade resume, portanto, a ideia mais elementar do Estado de Direito, a garantia da liberdade individual por meio da limitação do exercício do Poder Estatal pela Lei, fruto da elaboração pelo Poder Legislativo e marcada pela sua prospectividade, generalidade, certeza e igualdade de aplicação.

A igualdade da aplicação, segundo Carl Schmitt “é imanente ao conceito de lei próprio do Estado de Direito”⁹⁰, assim, não há se falar em Estado de Direito retirando-se da equação a ideia de igualdade, sendo – portanto – elemento essencial daquele e seu segundo princípio fundamental, o Princípio da Igualdade.

O princípio da igualdade já estava esculpido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual em seu artigo 6º apontava que a Lei deveria “ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir [...]” Assim, não há distinção na forma de sua aplicação, “[...] Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.”⁹¹

A Constituição da República Federativa do Brasil manteve a tradição constitucional e, após 200 anos da edição da Declaração de 1789, também inseriu em seu cerne o elemento de igualdade. Assim, seu artigo 5º estabelece: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de

⁹⁰ Schmitt, Carl. **Teoria de la constitucion**. Trad. esp. México, Nacional, 1966. p. 179. Apud FERREIRA FILHO, M. G. Estado de direito e estado legal. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 157, p. 32, 1984. DOI: 10.12660/rda.v157.1984.44119. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>. Acesso em: 21 mar. 2023.

⁹¹ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, 1789, p.1. Disponível em: <<https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM13SS20-Declarao%20de%201789.pdf>> Acesso em 21 mar. 2023.

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do[...] à igualdade [...]”.⁹²

A compreensão do Princípio da Igualdade deve partir do natural conhecimento de que “não há, no universo, duas cousas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam [...]”.⁹³ Semelhante é o que ocorre com os cidadãos de uma Nação, possuindo poucos elementos de similitude e diferenciando-se em todo o resto, desde a ancestralidade, suas crenças, porte e características físicas.

É ante a diferença entre indivíduos, suas necessidades e características que se insere o Princípio da Igualdade, o qual – na fundamental lição de Rui Barbosa em nada mais consiste “[...] senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam”.⁹⁴

Dessa forma, o Princípio da Igualdade não se reveste de ideia sólida e rígida, conquanto elemento que vincula a todos determinados comandos legais ou os aplica sem distinção, mas trata-se de princípio jurídico dotado de maleabilidade, garantindo a igualdade no sentido de dar a todos, e não apenas para alguns, o que lhes é devido na medida em que se diferenciam.

Como consequência da maleabilidade do princípio da igualdade jurídica, Ferreira Filho apresenta três facetas a ele inerentes: “a igualdade de todos perante o Direito, a obrigatória uniformidade de tratamento dos casos iguais e, face negativa, a proibição das discriminações.”⁹⁵

Em primeiro lugar, a igualdade que preconiza a Constituição não é a igualdade dos homens entre si, pois como observado, os cidadãos de um mesmo corpo social em muito se distinguem, mas é a igualdade dos homens perante o Direito, ou seja, apesar de suas distinções, o Direito é aplicável a todos os membros da sociedade.

O período anterior ao das Revoluções Liberais era marcado por uma sociedade em que reinavam os privilégios, de forma que certos indivíduos, seja em decorrência de seu nascimento ou pelo exercício de funções clericais, encontravam-se em um status social superior aos demais.

Os privilégios de que gozavam a nobreza e o clero não somente possuíam natureza social, mas revestia-se também em um “privilégio jurídico”, não se aplicando a esses homens

⁹² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁹³ BARBOSA. **Oração aos moços: Discursos aos bacherelands da Faculdade de Direito de S. Paulo em 1920**. Brasília: Edições do Senado Federal – vol. 271, 2019, p. 36. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/564558/Oracao_aos_mocos_Rui_Barbosa.pdf?sequence=5&isAllowed=y Acesso em 21 mar. 2023.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.27.

o mesmo conjunto de normas aplicável aos demais membros da sociedade, vigorando para eles leis mais brandas e benéficas, que fossem “condizentes ao status social” que possuíam.

Em face dos privilégios jurídicos apontados é que surge a ideia de igualdade de todos perante o direito, deixando de existir estatutos jurídicos especiais para indivíduos determinados, e a todos sendo aplicável o mesmo conjunto de leis.

O segundo elemento da igualdade diz respeito à aplicabilidades das leis, não podendo o aplicador da norma legal, seja o Poder Executivo ao executar determinada política pública ou o Poder Judiciário à guisa de julgamento de determinado caso, aplicar textos legais e interpretações distintas à casos idênticos, sendo necessário que “[...] a mesma norma jurídica seja aplicada a todos os casos que se enquadrem na sua hipótese e sem que se faça acepção das pessoas que a norma atinja.”⁹⁶

Evidente que muito raro duas situações idênticas ocorrerão, não obstante, apesar da excepcionalidade, plenamente possível que o mesmo venha a ocorrer, situação em que o Poder Público não poderá – de forma alguma – distinguir, a depender da posição que o indivíduo ocupa, de sua raça, do credo que professa ou da posição política que defende, o entendimento jurídico e a norma aplicada na idêntica situação anterior.

A impossibilidade do agente público em distinguir duas situações idênticas decorre da própria natureza da lei em um Estado de Direito, vez que como apontado por Brian Tamanaha, é dotada de generalidade e igualdade de aplicação, não importando sobre quem sua aplicação recaia.⁹⁷

Assim, resguarda-se – mais uma vez – os cidadãos do arbítrio dos governantes e dos magistrados, posto que em um “Estado de não Direito”, na expressão de Canotilho⁹⁸, os poderosos poderiam aplicar a lei de acordo com sua vontade, distinguindo casos idênticos a depender do indivíduo que recaísse sobre seu escrutínio legal.

Em suma, a obrigatoriedade de o agente público aplicar a mesma norma e dar o mesmo entendimento jurídicos à casos idênticos é salvaguarda das liberdades individuais e garantia do Estado de Direito.

Sobre os dois pontos acima, salutar é a compreensão do professor José Afonso da Silva, segundo o qual:

⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.28-29.

⁹⁷ TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 122.

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito. Cadernos Democráticos**, 1.ed. Lisboa: Gradiva Publicações, lda, 1999, p. 12.

[...] O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.⁹⁹

Apesar da existência de situações idênticas em que deve o agente público atuar de igual forma, a regra consiste na apreciação de situações de absoluta distinção, ou, ainda que semelhantes, com especificidades que as atribuem contornos diversos. Dessa forma, não basta que ideia de igualdade se limite à aplicação genérica da norma, mas se faz necessário avaliar as características e condições individuais de cada situação.

Entretanto, tal diferenciação – como atuação do Estado com base nas particularidades do caso em concreto, dando aos diferentes o tratamento que suas diferenças requerem, e portanto, fortalecendo a igualdade – não pode transmudar-se em discriminação, ou seja, a ação que, ante as diferentes situações, deixa de utilizar os meios necessários para igualar os desiguais, e, assim, favorece determinados grupos específicos.

A diferenciação, portanto, é requisito necessário e meio por meio do qual pode-se atingir o ideal de igualdade, ou seja, o que se busca ao tratar situações distintas de forma desigual é, ao fim e ao cabo, “quinhoar desigualmente os desiguais”, atingindo – por mais que diferentes – os resultados mais adequados e isonômicos para cada caso específico.

Para muitos pode soar estranho que a igualdade jurídica possa se revelar através da aplicação de normas distintas para cada situação, mas o olhar que deve ser lançado é para o resultado de tal aplicação. Por mais que a atuação dos Agentes Públicos de determinada maneira seja profícua e retorne em um resultado eficaz e justo nessa situação específica, caso o Poder Estatal atue da mesma forma em uma situação absolutamente distinta, o resultado perseguido não será nem eficaz e nem justo, posto que tratar “a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real.”¹⁰⁰

Assim, em situações que se distinguem por completo, a efetivação do princípio da igualdade recai sobre o atingimento – em ambos os casos – de um resultado justo e eficaz, resultado este somente alcançado pela diferenciação de meios aplicados, adequando-os de forma razoável ao fim colimado.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 221.

¹⁰⁰ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços: Discursos aos bacharelandos da Faculdade de Direito de S. Paulo em 1920**. Brasília: Edições do Senado Federal – vol. 271, 2019, p. 36. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/564558/Oracao_aos_mocos_Rui_Barbosa.pdf?sequence=5&isAllowed=y> Acesso em 21 mar. 2023.>

Ao contrário, quando o Agente Público se encontra frente a duas situações distintas e, em uma, utiliza-se de determinado entendimento legal ou aplica determinada política pública que se adequa à especificidade que se levanta e permite que se atinja a finalidade buscada, mas no outro, aplica o mesmo *modus operandi* ou outro diverso que, entretanto, não se adequa ao fim buscado e não permite que se atinja o objetivo pretendido, aí se observa a chamada discriminação, pautada no agir arbitrário do Estado e que se afasta do Estado de Direito.

O princípio da legalidade e da igualdade, apesar de serem elementos intrínsecos ao ideal de Estado de Direito, por muitas vezes deixam de ser observados, acabando o Poder Estatal ou os particulares por agirem contra a legalidade vigente e ferindo a ideia de igualdade. São situações como essas que tornam necessária a existência de um elemento garantia ao sistema, um pivô que permita realinhar a atuação do Estado e do particular ao violarem os seus princípios fundantes, elemento esse que se observa no Princípio da Justicialidade.

Como acima mencionado, a natureza humana demonstra seu esplendor na diferença existente entre os diversos seres humanos, diferença que abarca das características físicas até a linha de pensamento e de ação, daí que, em uma sociedade de indivíduos que pensam de forma distinta e que agem de forma distinta, os choques e conflitos entre os membros e entre os membros e autoridades serão inevitáveis.

Os constantes litígios observados em uma sociedade tendem a reduzir a esfera de liberdade de um indivíduo em face do outro ou em face da ação estatal, redução esta que – em um Estado de Direito, mormente a busca pela preservação das liberdades – deve ser dirimida para que se retorne ao *status quo ante* do conflito. Assim, e no entender do jurista alemão Carl Schmitt, sempre deve existir, em um Estado de Direito, um sistema contencioso para a resolução dos conflitos e litígios que surgirem entre os particulares, “entre as autoridades superiores do Estado, ou entre autoridades e particulares”.¹⁰¹

O procedimento contencioso de resolução de litígios é, muito em suma, um sistema que “[...] aplique normas e determinações legais estabelecidas em nome de toda a sociedade aos casos individuais e resolva disputas relativas à aplicação dessas normas [...]”¹⁰². Portanto, o campo de atuação da justicialidade recai diretamente sobre a legalidade, averiguando se os

¹⁰¹ Schmitt, Carl. **Teoria de la constitucion**. Trad. esp. México, Nacional, 1966. p. 154. Apud FERREIRA FILHO, M. G. Estado de direito e estado legal. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 157, p. 32, 1984. DOI: 10.12660/rda.v157.1984.44119. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>> Acesso em: 21 mar. 2023.

¹⁰² WALDRON, Jeremy. **The Concept and the Rule of Law**. Georgia Law Review, vol. 43, n°. 1, 2008, p.20. Tradução Nossa. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley> Acesso em: 21 mar. 2023.

cidadãos ou o próprio Estado estão a cumprir as leis democraticamente estabelecidas, função esta assumida pelo Poder Judiciário, personificado nos juízes e nas cortes.

Assim, a aferição da legalidade é operada quando o juiz “compara a ação, ou omissão individual, ao padrão definido numa hipótese legal, a fim de impor uma pena a um eventual delinquente” ou ainda para “dirimir um litígio entre particulares, ou entre estes e o Estado, examina atos e fatos para, segundo preenchem ou não os requisitos de uma hipótese normativa, reconhecer ou denegar um direito pleiteado.”¹⁰³

Como mencionado em introito, a justicialidade não recai apenas na aferição do cumprimento da legalidade, mas de igual forma no exame do fiel cumprimento do princípio da igualdade, de forma que é responsabilidade do juiz mensurar se “a lei atende as exigências da justiça de tratar igualmente os casos iguais, desigualmente os desiguais”.¹⁰⁴

Cabe agora lembrar que o agir da Administração não pode estar desvinculado do comando legal, uma vez “a Administração só pode fazer o que a lei autoriza: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade [...] o que a lei não lhe concede, nega-lhe implicitamente.”¹⁰⁵

Dessa forma, a ideia de justicialidade também recai na aferição da atuação do Estado, mensurando se os atos que de seu poder emanam estão de acordo com as leis da nação, operando-se o chamado Controle de Legalidade pelo Poder Judiciário. Entretanto, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, o Controle de legalidade não recai apenas no atendimento das normas legislativas, considerando-se também, para este controle, as disposições constitucionais aplicáveis.¹⁰⁶

Nesse interim, estando o princípio da igualdade previsto na Constituição de 1988, também se faz plenamente possível – além da aferição entre atos emanados do poder do Estado e o princípio da legalidade – a averiguação se estes mesmos respeitam o princípio da igualdade, garantindo tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Caso venha o Poder Judiciário a verificar que o ato administrativo, conquanto caracterizado como “declaração do Estado ou de quem o representa, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei [...]”¹⁰⁷, deixa de observar a lei e todos os preceitos

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.32.

¹⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.32.

¹⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 148.

¹⁰⁶ LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**, 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.573.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 35. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 209

constitucionais aplicáveis, aí inclusos os princípios da legalidade e da igualdade, pode o mesmo vir a ser anulado, desfazendo-se o ato administrativo e, via de regra, produzindo efeitos que retroagem à data de sua emissão.

Observado o fato de que pode o Poder Judiciário declarar a nulidade de atos que violem a lei, logicamente que também o pode fazer em relação aos atos que violem a Constituição, de forma que a ideia de justicialidade abrange não somente a aferição de conformidade entre os atos e a lei fruto do Processo Legislativo, mas também recai no chamado Controle de Constitucionalidade, tanto sobre leis quanto sobre atos do Poder Executivo.

A ideia de Controle de Constitucionalidade das leis remonta à prática constitucional dos Estados Unidos da América, sendo desenvolvida pela Suprema Corte do País¹⁰⁸ e solidificada no conhecido caso *Marbury v. Madison* em que o Juiz Marshall considerou que caso esteja uma lei em antagonismo com a Constituição “[...] e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária, há de aplicada ao caso, em que ambas são aplicáveis”.¹⁰⁹

Assim, considerando que o ofício do juiz consiste, acima de tudo, em Declarar o Direito e que para fazê-lo deve identificar a lei aplicável ao caso concreto – aplicabilidade dependerá de sua validade – o julgador deve, antes de aplicar a lei, ponderar sua adequação ao texto constitucional, e, caso não seja adequada, repeli-la e afastá-la.¹¹⁰ O mesmo decorre com as declarações do Estado (atos administrativos), devendo os mesmos também serem repelidos ante sua inconformidade com a Constituição.

Ao fim, cabe destacar que a justicialidade impõe o estabelecimento de um aparato e procedimento para sua fiel observância. Jeremy Waldron, ao abordar os elementos que considera essenciais ao Estado de Direito, aponta a necessidade de existência de Cortes, as instituições para aplicação das normas ao caso concreto e que aqui reputamos como aparato necessário para o respeito ao princípio tratado.

Para o autor, a questão elementar envolvendo as Cortes e o modo como operam é o procedimento que as guia e ao fim garante o Estado de Direito e a justicialidade, assim:

O mais importante é que se trata de algo procedimental: a operação de uma corte envolve um modo de proceder que oferece àqueles que são

¹⁰⁸ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 9-18.

¹⁰⁹ “[...] if [...] the constitution is superior to any ordinary act of legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.” UNITED STATES. Supreme Court. **Marbury v. Madison**. 5 U.S. 137. 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/> Acesso em: 21 mar. 2023.

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

imediatamente interessados a oportunidade de peticionar e produzir provas, produção probatória esta realizada em observância às normas de regência e orientada para as normas acerca das quais há questionamentos sobre a sua aplicação.¹¹¹

O que Waldron leciona, portanto, é que o procedimento das cortes não pode ser simplesmente arbitrário e com participação única do julgador, mas deve garantir a todas as partes envolvidas o direito de participação e o respeito à sua dignidade, haja vista que: “[...] aplicar uma norma a um indivíduo nada tem a ver com decidir o que fazer com um animal feroz ou uma casa deteriorada. É parte do procedimento prestar atenção aos pontos de vista apresentados e respeitar a personalidade do indivíduo ali envolvido.”¹¹²

Inúmeros outros são os elementos que estruturam o Estado de Direito, não obstante, quase sempre remontam aos três princípios aqui expostos, Legalidade, Igualdade e Justicialidade, os quais dão forma e garantem a manutenção do Estado de Direito, razão pela qual, quando violados ou deturpados, ameaçam tal organização política e o fim a que se direciona.

Por fim, destaca-se que os princípios apresentados acabam em grande medida tendo sua concretização ultimada por Poderes Específicos do Estado, dependendo a ideia de legalidade da elaboração de leis pelo Poder Legislativo; a igualdade da elaboração de políticas públicas pelo Executivo; e a justicialidade da atuação independente do Poder Judiciário.

Assim, observa-se o ideal da Separação de Poderes, outro elemento nuclear da doutrina política estudada e que, por sua importância fundamental, será exposto no capítulo que se segue.

2.SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 A estruturação “Montesquiana” dos Poderes do Estado

Como anteriormente mencionado, um dos elementos que dão contorno ao Estado de Direito é a limitação do governo para evitar a instauração de uma tirania. Assim, o Estado de

¹¹¹ “Most importantly, it is procedural: the operation of a court involves a way of proceeding that offers to those who are immediately concerned an opportunity to make submissions and present evidence, such evidence being presented in an orderly fashion according to strict rules of relevance and oriented to the norms whose application is in question.” Tradução nossa. WALDRON, Jeremy. **The Concept and the Rule of Law**. Georgia Law Review, vol. 43, n°. 1, p. 23, 2008. Trad. Nossa. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley> Acesso em: 21 mar. 2023.

¹¹² “Applying a norm to a human individual is not like deciding what to do about a rabid animal or a dilapidated house. It involves paying attention to a point of view and respecting the personality of the entity one is dealing with.” *Ibidem*, p. 23.

Direito tem como condão justamente o estabelecimento de um governo que não esteja pautado em homens e em suas decisões arbitrais, mas que encontre seu pilar em disposições jurídicas previamente existentes e previsíveis a todos.

Nesse parecer, tem-se que um dos pilares da referida forma de governo é a Separação de Poderes, sobre a qual paira certa controvérsia acerca de sua origem, de forma que para uns esta já se observava na antiguidade, vendo-a a como obra de Aristóteles, para outros só vem a se originar na modernidade, em John Locke, mas formulada pela primeira vez por Montesquieu para outros.

Aristóteles, em sua obra “A Política”, quando dissertando sobre os poderes da *polis*, tece uma distinção entre as três funções básicas que nela seriam exercidas. Assim, divide-as em função deliberativa, executiva e judicial, fórmula esta que muito parece uma representação da organização política da república ateniense, em que a Assembleia dos cidadãos estava incumbida da deliberação relativa a questões como paz e guerra; os magistrados eram os responsáveis pelo exercício das tarefas comuns da polis, as “tarefas “diárias da política”; e os tribunais possuíam como área de atuação o julgamento dos criminosos e a resolução dos litígios.

113

Para Locke, em sua obra “Segundo Tratado do Governo Civil”, também estão as funções exercidas no Estado divididas em três, a função Federativa, abarcando as relações do “Rei para Fora”, a atuação internacional do Estado representada pela consecução de *foedus*, *foederis*, as alianças; a função Executiva, responsável pela manutenção da ordem interna dos Estados, ou seja, a face do “Rei para Dentro”; e a função Legislativa, consubstanciando-se aí tanto o poder de legislar (*statue law*) quanto de julgar (*common law*).¹¹⁴ Interessante notar que mesmo tendo inserido o Poder de Julgar como parte da atuação da Função Legislativa e não tratado do Poder Judiciário de forma apartada, Locke ainda assim dá importante relevo a este poder:

E por essa maneira a comunidade consegue, por meio de um poder julgador, estabelecer que castigo cabe às várias transgressões quando cometidas entre os membros dessa sociedade – que é o poder de fazer leis –, bem como possui o poder de castigar qualquer dano praticado

¹¹³ Sobre o assunto, Ferreira Filho disserta: “Nisto, ele (Aristóteles) se inspira na organização da república ateniense, em que, a grosso modo, a Assembleia dos Cidadãos deliberava sobre as grandes questões, como paz e guerra; magistrados desempenhavam as tarefas concretas que são inerentes a uma unidade política; e os tribunais julgavam os litígios e puniam os criminosos. A função deliberativa, contudo, não se limitava a estabelecer “leis”, embora o pudesse fazer, sempre respeitando o Direito – este visto como supremo e imutável. Era evidentemente mais ampla. Ademais, em nenhum momento ele recomenda a separação no exercício das três funções que identifica.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 166.

¹¹⁴ LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil. (Coleção textos filosóficos)*. Lisboa: Grupo Almedina (Portugal), 2018.

contra qualquer dos membros por alguém que não pertence a ela – que é o poder de guerra e de paz –, e tudo isso para preservação da propriedade de todos os membros dessa sociedade, tanto quanto possível. [...] E aqui deparamos com a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade, que deve julgar por meio de leis estabelecidas até que ponto se devem castigar as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, mediante julgamentos ocasionais baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde as agressões externas devem ser retaliadas; e em um outro caso utilizar toda a força de todos os membros, quando houver necessidade.¹¹⁵

Por mais que já exposta por Aristóteles e John Locke, foi com Montesquieu, contudo, que a doutrina da separação de Poderes vem efetivamente a nascer. Assim, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu, no capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”¹¹⁶, descrevendo a organização das instituições na Inglaterra, prescreve uma seminal forma de estruturação dos poderes do Estado.

Como agora claro restará, tanto Aristóteles, Locke e Montesquieu “[...] tinham em vista ideal político muito claro: evitar, em nome da preservação da liberdade, os excessos, abusos e inconvenientes do poder ilimitado; a arbitrariedade estatal [...]”¹¹⁷ Aqui ainda é importante ter em mente a ideia de Karl Loewenstein, segundo o qual “a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação de poderes.”¹¹⁸

Portanto, passa-se a discorrer sobre tão importante barreira contra o absolutismo, de forma a pormenorizar o arranjo institucional descrito por Montesquieu e, ao fim, tecer breve comparativo com a atual Separação de Poderes prevista no Brasil e estabelecida pela Constituição de 1988, em seus artigos 2º¹¹⁹ e 60, § 4, III.¹²⁰

¹¹⁵ LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil. (Coleção textos filosóficos)*. Lisboa: Grupo Almedina (Portugal), 2018.

¹¹⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF. Relator. Ministro Cezar Peluso**. Brasília, 22 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>

¹¹⁸ Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, pp. 55/6)

¹¹⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 nov. 2022.

¹²⁰ Art. 60, § 4º, III. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a separação dos Poderes. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 nov. 2022.

Antes de mais nada, faz-se necessário iniciar com célebre trecho da obra citada, de forma que Montesquieu afirma que “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”¹²¹, e, assim, necessário é impor limites aos homens imbuídos de poder, de forma que “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”¹²²

Para o francês, três são os poderes que existem nos Estados: o poder legislativo; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes; e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Em primeiro lugar, o poder legislativo seria aquele através do qual o magistrado faz, corrige ou revoga leis.

Em segundo lugar, vislumbra-se aquele também chamado de poder executivo do Estado, através do qual o príncipe ou magistrado “faz a paz, ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões”.¹²³ Nesse poder se vislumbram as visões típicas do Chefe de Estado, o que resta claro pela fórmula com que Montesquieu se refere a este poder: “executivo das coisas que dependem do direito das gentes”. “Direito das gentes” ou *ius gentium* (direito dos povos), é [...] matéria própria à chefia de Estado”.¹²⁴

Em terceiro plano, vê-se o poder executivo das coisas que dependem do direito civil, sendo este o “poder de julgar”. Assim, cumpre-se a função de punir e julgar os crimes e conflitos observados no seio social. Destaca-se aqui que, diferentemente do poder imediatamente mencionado acima, o poder de julgar faz utilização do *ius civile*, o qual diz respeito aos conflitos internos do Estado.

Não basta a simples divisão de poderes e suas atribuições, para garantir que um poder tenha a capacidade de frear outro poder, mas é necessário estabelecer formas pelas quais eles se neutralizam e, assim, entram em equilíbrio, mantendo a estabilidade institucional e estatal. Futuramente, esse conceito viria a ser chamado de *checks and balances* – o que ficou sedimentado no Federalista de nº 51, em que James Madison afirma: “Pode resultar de uma reflexão sobre a natureza humana, que tais dispositivos (freios e contrapesos) sejam necessários

¹²¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p. 118

¹²² *Ibidem*, p.118. Veja-se o trecho no original : “Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **De l'esprit des lois**, vol. I, Paris: Garnier-Flammarion, 2005, p. 293.

¹²³ MONTESQUIEU, *Op. Cit.*, p. 119.

¹²⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis** in RT, v. 868, 2008, p. 3. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572274/mod_resource/content/0/Organizacao%20de%20poderes%20em%20Montesquieu.pdf. Acesso em 20 nov. 2022.

para controlar os abusos do governo¹²⁵”. Assim, clara é a forte influência de Montesquieu sobre os Pais Fundadores dos Estados Unidos da América.

Entretanto, voltemos à Montesquieu. Primeiramente, cabe analisar o Poder de Julgar, haja vista que, diferentemente dos outros dois, este não necessita de uma força externa para impedir seu arbítrio, mas neutraliza-se em si mesmo. Essa auto neutralização decorre de dois fatores: a forma como os tribunais são estruturados e a forma pela qual os juízes tomam suas decisões.

José Levi do Amaral Júnior, tratando da forma de organização dos tribunais estabelecida pelo Barão, relembra que o poder de julgar é um poder “terrível entre os homens e, portanto, as decisões judiciárias não podem ser exercidas pelos mesmos homens no decorrer do tempo, mas:

(a) por pessoas extraídas do corpo do povo; (b) durante apenas o tempo necessário; (c) possibilitando que “o criminoso, juntamente com a lei, escolha os juízes, ou que, pelo menos, possa recusar tão grande número deles, que os que sobraem sejam tidos como de sua escolha”¹²⁶; bem assim (d) sejam – os juízes escolhidos – da condição do acusado ou seus pares, evitando-se, com isso, perseguições entre classes sociais.¹²⁷

Agora, e talvez o mais importante aspecto, a forma com que os juízes decidem. O francês estabelece que os “os juízes de uma nação não são, como já dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*¹²⁸), seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”¹²⁹. As sentenças já se encontrariam na lei, cabendo ao julgador a mera transmutação desta para o mundo concreto, sua aplicação ao caso tratado. Assim:

[...] se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.¹³⁰

¹²⁵ “It may be a reflection on human nature, that such devices (Checks and Balances) should be necessary to control the abuses of government.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Trad. Nossa. Indianapolis: Liberty Fund, p. 298. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf. Acesso em 20 nov. 2022.

¹²⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p. 120.

¹²⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis** in RT, v. 868, 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572274/mod_resource/content/0/Organizacao%20de%20poderes%20em%20Montesquieu.pdf. Acesso em 20 nov. 2022.

¹²⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *De l’esprit des lois*, vol. I, Paris: Garnier-Flammarion, 2005, p. 301.

¹²⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p. 120.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 120

Portanto, observa-se que não possui o julgador poder criativo, não pode ele inovar, criar ou aplicar leis ao seu arbítrio. A ideia marcante era a de uma atividade jurisdicional definida não pela criação do direito, mas sim pela sua descoberta e declaração. Nesse sentido, Norberto Bobbio preleciona que:

[...] segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador.¹³¹

A importância da mencionada subordinação dos magistrados ao texto legal reside justamente no fato de tornarem o direito seguro, gerando segurança jurídica e permitindo que os cidadãos saibam se determinada conduta está em conformidade com a lei ou vai ao encontro desta.¹³²

Semelhante é o posicionamento de Cesare Beccaria ao dissertar sobre o tema, de forma que para ele o magistrado deve atuar em estrita observância ao texto legal, não cabendo propriamente ao juiz aplicar as penas, mas tão somente verbalizar a pena decretada pela lei aos delitos.¹³³

O poder de julgar, como observado, neutraliza-se em si mesmo pela forma com que os tribunais são formados e pelo método decisório dos magistrados. Nesse parecer, importante lição deixou o Federalista n°78, em que:

Essa independência dos juízes é também fundamental para proteger a Constituição e os direitos dos indivíduos dos efeitos dos maus humores que, as artes de designar homens, ou a influência de determinadas conjunturas, podem vir a se disseminar no seio do povo, e que, embora logo cedam lugar a uma melhor informação e a uma reflexão mais ponderada, tendem, nesse meio-tempo, a gerar perigosas inovações no governo e opressões da minoria da comunidade.¹³⁴

A neutralização dos poderes de legislar e de executar, entretanto, não ocorre, para Montesquieu, em seu próprio seio, mas depende da confluência de funções que exercem.

¹³¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito**, São Paulo: Ícone, 1996, p. 40

¹³² *Ibidem*, p.40.

¹³³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

¹³⁴ “This independence of the judges is equally requisite to guard the constitution and the rights of individuals from the effects of those ill humours which the arts of designing men, or the influence of particular conjunctures, sometimes disseminate among the people themselves, and which, though they speedily give place to better information and more deliberate reflection, have a tendency, in the mean time, to occasion dangerous innovations in the government, and serious oppressions of the minor party in the community.” Trad. Nossa. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, p. 405. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf. Acesso em 28 nov. 2022.

Antes de detalharmos essa forma de contenção de poderes, far-se-á breve explanação do poder de legislar.

Montesquieu concebe um modelo representativo, ou seja, para que representantes façam pelo povo aquilo que eles, por si, não são capazes de fazer. Ademais, concebe um sistema eleitoral distrital, considerando pertinente que, por se conhecer melhor a região em que se habita, “em cada localidade principal, os habitantes elejam entre si um representante”¹³⁵. A eleição dos referidos representantes se daria, defende Montesquieu, pelo voto censitário, não participando da votação “os que estão em tal estado de baixa que são considerados sem vontade própria”.¹³⁶

Por fim, cabe destacar a lição de Montesquieu no sentido de que nobreza e povo divergem em interesses, de forma que “se uma e outro estivessem confundidos no Parlamento, a liberdade comum degenerar-se-ia em escravidão”¹³⁷. Assim, defende uma divisão dos representantes em duas casas, mas de um mesmo poder legislativo, sendo uma destinada à nobreza hereditária (câmara alta) e a outra aos representantes eleitos (câmara baixa).

Quanto à contenção do legislativo e do executivo, começa-se por destacar a existência da *faculté de statuer*¹³⁸ e da *faculté d’empêcher*¹³⁹, correspondendo às faculdades de estatuir e de impedir que tanto a câmara alta quanto a câmara baixa possuem, de forma que se limitam de forma recíproca. Portanto, o poder legislativo só seria capaz de exercer sua atividade legislativa quando tanto a Câmara alta quanto a baixa estivessem de acordo, garantindo a preservação do interesse da nobreza hereditária e do povo.

Mais um é o elemento que mantém o equilíbrio entre esses dois poderes, qual seja a rejeição/ não rejeição da decisão proveniente do parlamento. Assim, as decisões parlamentares só se consumariam caso o executivo não as rejeitasse. Para o francês, “se o poder executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico

¹³⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p. 120.

¹³⁶ *Ibidem.*, p. 121.

¹³⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis** in RT, v. 868, 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572274/mod_resource/content/0/Organizacao%20de%20poderes%20em%20Montesquieu.pdf. Acesso em 28/11/2022.

¹³⁸ “J’appelle faculté de statuer, le droit d’ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *De l’esprit des lois*, vol. I, Paris: Garnier-Flammarion, 2005, p. 298.

¹³⁹ “J’appelle faculté d’empêcher, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *De l’esprit des lois*, vol. I, Paris: Garnier-Flammarion, 2005, p. 298-99.

porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria os demais poderes.”¹⁴⁰

Portanto, enquanto não existir a confluência de vontade entre a Câmara Baixa, Câmara Alta e o Executivo, não existirá legislação, o poder legislativo nada decidirá e nada estatuirá.

Por fim, observa-se que a fórmula de Montesquieu tem como derradeiro e seminal propósito evitar que um poder se torne mais forte que o outro e, assim, venha a sobrepujar os demais, passando a tomar decisões de cunho arbitrário e autoritário. A neutralização, ou travamento, é a última instância entre a estabilidade das instituições e uma possível extrapolação de competências. Nesse sentido, sedimentou o próprio autor:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.¹⁴¹

2.2 Um “arranjo à brasileira”

A separação de poderes, por conseguinte, é um dos elementos necessários para a manutenção da ordem estatal, de forma que seu rompimento acarreta gravosas consequências. Nesse diapasão, por mais que no Brasil não se vislumbre uma separação de poderes como em Montesquieu, os elementos basilares preconizados por ele continuam em vigor.

¹⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p.122.

¹⁴¹ Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n’y a point de liberté ; parce qu’on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement. Il n’y a point encore de liberté, si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative, et de l’exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d’un oppresseur. Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs ; celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. Tradução nossa. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **De l’esprit des lois**, vol. I, Paris: Garnier-Flammarion, 2005, p. 113-14.

Agora, pergunta-se: o modelo de Separação de Poderes Montesquiano continua presente na organização estatal brasileira?

A Constituição de 1988 erigiu a separação de poderes como um de seus pilares “inabólveis”, elevando a forma de organização estatal ao nível de cláusula pétrea e, assim, marcando à ferro e fogo o pensamento político-jurídico brasileiro, no sentido do dever de respeito ao conceito de separação de poderes.

Entretanto, antes de dissertar sobre a Separação de Poderes na Constituição em vigor, é importante fazer breve passeio histórico pelas Constituições Brasileiras, utilizando-se dessa “viagem” como instrumento para a compreensão da evolução das coisas no Brasil, compreendendo-se a luz que sobre todas elas está apontada.

De *prima facie*, observa-se que a separação de poderes está presente em todas as Constituições brasileiras, entretanto, “nem sempre foi ela posta em termos ortodoxos, ou seja, com os três poderes clássicos, independente e harmônicos, vedada de modo absoluto a delegação de atribuições”.¹⁴² A versão ortodoxa, na verdade, apenas esteve clara na Lei Magna de 1891 e na Constituição de 1946, tendo todas as outras Constituições do Brasil, à exceção da Carta Magna de 1937 – o que a frente veremos – adotado fórmulas heterodoxas.

A heterodoxia da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, em primeiro lugar, decorria de sua adoção das ideias de Benjamin Constant, estabelecendo na Separação de Poderes, um quarto poder neutro, aqui nomeado Poder Moderador, “chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador [...] para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”¹⁴³

Já o texto constitucional de 1891 estabelecia de maneira clara e expressa essa separação clássica de poderes independentes e harmônicos, afirmando em seu artigo de número 15: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”¹⁴⁴ Sobre a primeira Constituição Republicana, o professor Soares de Pinho sedimenta:

(...) A vigência da primeira Constituição republicana enseja o funcionamento do mecanismo do equilíbrio dos poderes, com a atuação recíproca de cada um sobre os demais, na contenção de excessos, mecanismo que vai atuar, igualmente, no campo peculiar do legislativo, na interação exercida pelas duas casas do Congresso Nacional e, ainda,

¹⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177

¹⁴³ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Art. 98. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.> Acesso em 01 dez. 2022.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

nos três níveis em que se desdobra a federação – União, Estados-membros, municípios.¹⁴⁵

Tendo-se já exposto a Constituição de 1891, fala-se agora da Magna Carta de 1934, a qual estabeleceu a Separação de Poderes logo em seu artigo 3º, o qual dizia: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”¹⁴⁶ A priori, a fórmula inicial, assim como a de 1891, é de teor ortodoxo, entretanto, preciosa é a lição do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, segundo o qual:

Sob esta aparência ortodoxa, previa um papel heterodoxo para o Senado Federal. Este, além de colaborar com a Câmara dos Deputados (art. 22), seria um órgão de coordenação entre os poderes. Com efeito, segundo o art. 88 [...] era-lhe destinado um papel, atenuado embora, de Poder Moderador.¹⁴⁷

A Carta de 1937 não chegou a se aperfeiçoar juridicamente, haja vista não ter ocorrido o “plebiscito” que previa para sua ratificação, sendo por sua vez outorgada. Por mais que instituísse os três poderes, nem todos foram constituídos, ora, o parlamento por ela previsto nunca teve seus membros eleitos e dessa forma nem chegou a se reunir.

Em verdade, “o Presidente da República possuía, durante o Estado Novo que essa Carta pretendia institucionalizar, um poder absoluto [...] era ele o Executivo, o Legislativo e podia suplantar declarações judiciais de inconstitucionalidade por meio de ato seu [...]”¹⁴⁸ A constituição de 37 não adotou a Separação de Poderes, mas o oposto, justamente o que a estruturação visa prevenir. Nesse sentido:

A competência dos três Poderes na Constituição de 1937, era meramente formal. Os artigos 38 e 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 e 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembléias Legislativas dos Estados. [...] Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava até mesmo o texto da Carta constitucional. [...] A competência dos três Poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo e condicionada aos interesses do chefe supremo da administração – o Presidente da República.¹⁴⁹

¹⁴⁵ SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. Niterói: [s.c.p.], 1961, p. 30, nota 27.

¹⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília: Presidência da República, [1935]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 01 dez. 2022.

¹⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177.

¹⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177.

¹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 346. Disponível em:

A Constituição de 1946, representando a reconciliação da Nação com a Democracia após a Era Vargas, repetiu em seu artigo 36 a tão cara fórmula da Separação de Poderes outrora prevista na Carta de 1891, e mais, acresceu à fórmula dois parágrafos em que explicitava, com ainda mais rigidez, a independência entre os poderes do Estado, assim:

Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição

§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.¹⁵⁰

Na vigência da Constituição de 1967 e com sua revisão pela Emenda Constitucional nº 1/1969¹⁵¹ foi mantida a Separação de Poderes, como se nota em seu artigo 6º¹⁵², entretanto, passou-se a permitir a delegação do poder de legislar, admitindo-se assim a elaboração da chamada lei delegada e do decreto lei (Art. 49, IV e V, da Constituição de 1967).

O texto constitucional vigente durante o período de governo militar foi marcado pela acentuada prevalência dos poderes do Presidente da República, apenas se amenizando com a Emenda Constitucional n. 11 de 1978¹⁵³, em seguida, com a posse do Presidente Sarney se iniciou a transição que levou à elaboração da Constituição em Vigor, a Constituição de 1988.

Assim, alcança-se a Magna Carta de 1988 que estabeleceu a Separação Tripartite de Poderes em seu artigo 60, § 4º, Inciso I, estabelecendo a doutrina da Separação como cláusula pétrea, não sendo passível de deliberação, até mesmo por meio de Emenda Constitucional. A mesma ainda prevê, em seu artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Nesse sentir, ainda estabelece constitucionalmente a competência de cada um dos poderes no Título IV da CF, Legislativo (arts. 44 a 75), Executivo (arts. 76 a 91 e Judiciário (arts. 92 a 135).¹⁵⁴

<https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4471941/mod_resource/content/1/173838831-Bonavides-Paulo-Andrade-Paes-d.pdf> Acesso em 01 dez. 2022.

¹⁵⁰ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 05 dez. 2022.

¹⁵¹ BRASIL. **Emenda Constitucional N° 1 de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em 05 dez. 2022.

¹⁵² Art. 6º. São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm#art189> Acesso em 05 dez. 2022.

¹⁵³ BRASIL. **Emenda Constitucional N° 11 de 1978**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm> Acesso em 05 dez. 2022.

¹⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. > Acesso em 05 dez. 2022.

Entretanto, por mais que tenha a Constituição de 88 estabelecido a Separação de Poderes como cláusula pétrea, ela acaba por não tornar o princípio algo estanque, não adotando uma separação ortodoxa, mas inclusive estabelecendo elementos que noutros tempos seriam denotados como incompatíveis com a Separação de Poderes. A título de exemplo, observa-se a possibilidade de Lei Delegada (vide artigos 59, IV¹⁵⁵ e 68¹⁵⁶ da Constituição brasileira de 1988).

Ademais, está o executivo atribuído de uma série de institutos que soam incompatíveis com o previsto por Montesquieu, podendo o Presidente da República também editar medidas provisórias, como estabelece o artigo 62 da CF¹⁵⁷, possui importante participação no processo legislativo, possuindo iniciativa legislativa e, de acordo com o artigo 61, § 1º, CF, iniciativa legislativa a ele reservada em matérias específicas.¹⁵⁸ Ainda se observam os mecanismos de controle entre os Poderes (*Checks and balances*), onde figuram o *impeachment* (arts. 52¹⁵⁹, 85 e 86¹⁶⁰); o controle de constitucionalidade das leis (arts. 102, I, letra a¹⁶¹, e 103); o poder do Legislativo para sustar atos normativos originados no Executivo (art. 49, inc. V)¹⁶² e fiscalizar

¹⁵⁵ Art. 59, IV. O processo legislativo compreende a elaboração de: leis delegadas BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁵⁶ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁵⁷ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05/12/2022.

¹⁵⁸ Art. 61, § 1º: § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁵⁹ Art. 52, I. Compete privativamente ao Senado Federal: processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁶⁰ Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁶¹ Art. 102, I, a. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁶² Art. 49, V. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. >Acesso em 05 dez. 2022.

e controlar os seus atos (inc. X)¹⁶³; a previsão de controle de contas públicas operado pelo Congresso Nacional e Tribunal de Contas da União (arts. 70¹⁶⁴, 71¹⁶⁵ e art. 49, inc. IX¹⁶⁶).

Portanto, é patente que a separação de poderes estabelecida na Constituição Cidadã não corresponde ao modelo clássico, mas se trata de “arranjo à brasileira”, uma Separação de Poderes marcada por sua heterodoxia, uma vez que não repete a repartição de Competências observada no Francês, não estabelecendo, também, competências estanques que dificultariam a governabilidade e a concretização de demandas relativas ao presente século.

Entretanto, apesar de não manter a rigidez da fórmula Montesquiana, a Constituição Cidadã preserva seu núcleo duro, mantendo viva a central e fundamental ideia que leva à Separação de Poderes, consubstanciada na impossibilidade de monopólio das funções Estatais por um órgão ou Poder do Estado.

O princípio sob a ótica da Constituição de 88, portanto, não se demonstra como um princípio positivo, no sentido de muito prescrever e de forma rígida, ao contrário, trata-se de um princípio negativo, de forma a impedir o monopólio das funções do Estado por meio da proibição da usurpação de competência estabelecidas constitucionalmente a um poder por outro. Nesse sentido, prelecionou o Ministro Cezar Peluzzo na ADI nº 3.367-1/DF, de sua relatoria:

Tal arrumação normativa está longe de fraturar ou empobrecer o núcleo político e jurídico do sistema, que só estará mortalmente ferido lá onde se caracterizar, à luz de sua inspiração primordial, usurpação de funções típicas ou aniquilamento da autonomia de cada Poder.¹⁶⁷

É justamente essa a relevância da compreensão da Separação de Poderes para o presente estudo. Como se extrai do acima posto, o respeito à separação de poderes no Brasil representa, antes de mais nada, o respeito às competências estabelecidas pelo Constituinte para cada poder da República, o núcleo do arranjo institucional por ele estabelecido. Respeito este

¹⁶³ Art. 49, X. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁶⁴ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante *controle externo*, e pelo sistema de *controle interno de cada Poder*. [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁶⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁶⁶ Art. 49, IX. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...**

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF. Relator. Ministro Cezar Peluso.** Brasília, 22 de setembro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em 10 dez. 2022.

que, ao nosso entender, não se mantém de pé quando vislumbrada uma atuação ativista pelo Poder Judiciário.

Destarte, por mais que a teoria Montesquiana aqui não seja aplicada à risca, evidente que a mesma continua a guiar a organização institucional pátria e, nesse parecer, a separação de poderes “não se compatibiliza com o exacerbado ativismo judiciário vigente em nosso país”¹⁶⁸ e é justamente isso que agora se verá.

3. O PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAÇÃO ATIVISTA

3.1 O que não é ativismo judicial?

No ano de 1947, o historiador norte-americano Arthur Schlesinger publica, na Revista Fortune, matéria intitulada “*The Supreme Court: 1947*”, em que propôs, ao público leigo, uma análise da atuação dos *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos naquele período e a forma como interpretavam as Leis e a Constituição.

Schlesinger dividiu os membros da Suprema Corte em duas alas extremas, sendo a primeira a dos *justices* cuja atuação era marcada pelo *self-restraint*, composta por Felix Frankfurter; Robert H. Jackson e Harold Burton. Sua atuação era pautada um olhar muito cauteloso na aplicação fidedigna das Leis e do Texto Constitucional, partindo do entendimento de que são razoavelmente objetivos e exprimem um conteúdo claro e definido, não cabendo à *Supreme Court* impor a elas significados distintos e com objetivo político ou social.

A segunda ala, por sua vez, era composta por Hugo L. Black; William O. Douglas; Wiley Rutledge e Frank Murphy membros da Suprema Corte que viam as palavras da Lei e da Constituição como *empty vessels*, desprovidas de conteúdo claro e definido, sendo devido seu preenchimento com a interpretação particular do magistrado, com o objetivo de atribuir ao texto normativo uma finalidade social e política, comportamento que o autor identificou como *judicial activism*.

Nesse sentido, conforme preleciona o professor Saul Tourinho Leal:

A decisão prolatada por juízes ativistas ficava atrelada a resultados, enquanto a de autoria de juízes de autocontenção esbarrava

¹⁶⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O ativismo judiciário e a separação de poderes** = Judicial activism and the separation of powers. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 44, n. 194, p. 21-27, out. 2018, p. 27. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_0917_0925.pdf. Acesso em 10/12/2022.

em limitações processuais. Enquanto a ala Black via o Tribunal como um instrumento para alcançar a justiça social, Frankfurter atuava para permitir que o Poder Legislativo elaborasse políticas voltadas para essas questões por meio das maiorias político-partidárias.¹⁶⁹

Extremamente polêmico foi o artigo, entretanto, a partir de sua publicação o termo ativismo judicial passa a ser utilizado. O sentido geralmente adotado era em tom de crítica, direcionada às alterações do direito pelo Poder Judiciário, invadindo o campo de atuação do Poder Legislativo no exercício do chamado *Judicial Review*.¹⁷⁰

Não obstante a publicação e os debates dela decorrentes, definir com exatidão um conceito não é tarefa fácil e o mesmo ocorre com as tentativas doutrinárias de se precisar com exatidão a definição de Ativismo Judicial. Por mais que sua alcunha remeta ao ano de 1947, sua significação ainda permanece dúbia e abstrata, sempre carregada do ideal daquele que o define.

Assim, com fins a se apartar de uma definição ideológica do termo, julga-se necessário dar dois passos para trás, definindo e explicitando o que não é o ativismo judicial, e, após, dar um passo para frente e defini-lo com mais exatidão, clareza e imparcialidade.

Nesse sentido, a confusão de definição do termo em grande parte advém de uma exaustiva repetição da palavra de forma dissociada ao seu significado com o intuito de criticar, partindo de uma premissa ideológica¹⁷¹, a atuação do Poder Judiciário quando deste advém uma decisão mais incisiva, que esbarra em questões políticas, seja no âmbito executivo ou legislativo.

Entretanto, por mais incisiva que venha a ser a decisão, até mesmo interferindo em normas editadas pelo Poder Legislativo ou políticas públicas lançadas pelo Executivo, caso tal decidir se enquadre dentro dos limites de atuação constitucionalmente atribuídos ao Poder Judiciário, não se pode falar em atuação ativista. Este segundo fenômeno apenas se observa na

¹⁶⁹ TOURINHO LEAL, Saul. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do STF**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.222.

¹⁷⁰ KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**. *California Law Review*, vol. 92, no. 5, October 2004, p. 1.455-1463. Disponível em: <<https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/files/fulltext.pdf?ln=en>>. Acesso em 01 mar. 2023.

¹⁷¹ Nesse sentido: “*From this experience, 'judicial activism' apparently is an effective rhetorical tool in ideological argument, but no consensus exists regarding its specific meaning*”. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **The Scientific Study of Judicial Activism**. *Minnesota Law Review*, Forthcoming; *Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23*; *Univeristy of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=939768>>. Acesso em 01 mar. 2023.

“suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e Lei), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando.”¹⁷²

O que deve ser distinguido, portanto, é a recente ampliação do escopo de atuação do Poder Judiciário no Brasil e no Mundo, o qual – apesar de ter ampliado de forma significativa o âmbito de atuação da jurisdição – não se pode confundir com ativismo.

Por mais que se considere a expansão do âmbito de atuação do Judiciário como antecessor do ativismo judicial, os dois entendimentos não podem se confundir, vez que o primeiro consiste em um alargamento formal das competências e do “poder” do Judiciário, pautado no Texto Constitucional e em Leis, enquanto o segundo representa, na lição de Abboud, “a troca do direito institucionalizado [...] pela ideologia ou pela política [...]”¹⁷³

Portanto, passa-se a expor o fenômeno de alargamento de competências do Poder Judiciário, o qual – como também acima se observou – em muito está ligado com o advento e desenvolvimento do conhecido *Judicial Review*, especialmente por se tratar de conceito correlato ao de supremacia judicial e cuja compreensão é necessária para que se explique o cenário de atuação do Judiciário na atualidade.

Tom Ginsburg, em texto publicado no “The Oxford Handbook of Law and Politics”, aponta a existência de três grandes fases no processo de desenvolvimento do *Judicial Review* (controle de constitucionalidade).¹⁷⁴

Apesar de determinados antecedentes históricos, a exemplo do Bonham’s case, a primeira fase de controle de constitucionalidade que Ginsburg aponta se inicia com as discussões inerentes à elaboração da Constituição Federal Americana, “dando aos juízes os recursos para, em uma América recém independente, se tornarem os guardiões da legalidade”¹⁷⁵.

Os debates para a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América foram marcada pelas desavenças entres dois grupos específicos, os “*Anti-Federalists*”, os quais combatiam a ideia de Estado-Nacional e pregavam a manutenção da forma confederada de

¹⁷² ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021, p. 1295

¹⁷³ ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.58.

¹⁷⁴ GINSBURG, Tom. **The Global Spread of Constitutional Review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2487330_code243779.pdf?abstractid=2487330&mirid=1>. Acesso em 01 mar. 2023.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 83.

organização política, e os “*Federalists*”, posicionando-se em sentido contrário ao defender a ideia de Estado-Nacional e de Federação.

Entre outubro de 1787 e abril de 1788, foi publicada uma série de artigos em que um antifederalista, usando do pseudônimo *Brutus*, expôs longa argumentação em que contrariava a possibilidade de leis elaboradas e aprovadas por representantes eleitos serem invalidadas por juízes. Para tanto, sustentou-se que a possibilidade transmutar-se-ia em uma clara supremacia do Poder Judiciário, haja vista inexistir ferramenta para retificar e anular possíveis erros da Suprema Corte.¹⁷⁶

Para rebater as publicações dos *Anti-federalists*, foram publicados os *Federalist Papers*, em que John Jay, James Madison e Alexander Hamilton defendem a ratificação da nova Constituição. Quanto à crítica de Brutus sobre os perigos do hoje chamado Judicial Review, foi escrito o artigo nº78 dos *Federalist Papers*, em que se estabelece clara defesa ao Judicial Review.¹⁷⁷

Para Alexander Hamilton, autor do Federalista nº78, inexistente seria o risco de se exsurgir uma Supremacia Judiciária, vez que pela própria natureza do Poder Judiciário ele sempre será o menos perigoso aos direitos políticos assegurados pela constituição, não possuindo nem força e nem vontade para feri-los ou cerceá-los.¹⁷⁸ Ainda, ratificando a impossibilidade do Judiciário ganhar mais força que os demais Poderes no exercício do controle de constitucionalidade, Hamilton aponta que a função de tal controle não é a proteção do Poder Judiciário, mas da supremacia da Constituição como lei fundamental derivada do próprio povo.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Para Brutus: [...] The supreme court then have a right, independent of the legislature, to give a construction to the constitution and every part of it, and there is no power provided in this system to correct their construction or do it away [...] The judges are supreme—and no law, explanatory of the constitution, will be binding on them. YATES, Robert (Brutus). Antifederalist N° 78 – The Power of the Judiciary. New York: The New York Journal, 1788. Disponível em: <<http://www.firearmsandliberty.com/ResearchContent/theantifederalistpapers.pdf>> . Acesso em 01 mar. 2023.

¹⁷⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund. Disponível em: <https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf>. Acesso em 01 mar. 2023.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 402: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honours, but holds the sword of the community; the legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated; the judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments”.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.404. Nesse sentido, o Federalista aponta: “Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter, rather than the former.”

Esse foi o ideal jurídico que dominou o constitucionalismo americano no que Christopher Wolfe denominou de *Tradicional Era*, indo desde a fundação da nação até a década de 1890,¹⁸⁰ sendo o período marcado por intenso controle de constitucionalidade das leis e normas editadas, tendo como exemplo o famoso caso *Marbury v. Madison*.

É de se ressaltar que a interpretação constitucional no período era marcada pelo extremo apego ao texto constitucional e pela intenção dos “autores” da Constituição, não sendo os juízes senão meros descobridores e declaradores do direito.¹⁸¹

Aqui, faz-se necessário abrir breve parêntese relativo ao Controle de Constitucionalidade no Brasil, em especial na Constituição de 1891, a qual, como leciona o Ministro Gilmar Mendes em apontamento da Constituição:

[...] reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas¹⁸² (art. 59, §1º, *a e b*)

O Texto Constitucional era claro, os órgãos jurisdicionais possuíam poder para realização do controle de Constitucionalidade, entendimento este mantido – inclusive e apesar – após a reforma Constitucional de 1926, que não modificou a substância do modelo de 1891.

É de se ressaltar ainda, que o controle de constitucionalidade à época não era feito *in abstracto*, mas sim “em última instância”, ou seja, em concreto. Para Rui Barbosa: “os Tribunais não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral”¹⁸³, e ainda, entendia que o Controle de Constitucionalidade “é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”¹⁸⁴.

Ainda no período identificado por Ginsburg como primeira onda de controle de constitucionalidade, emerge – a partir dos anos 1890 – a chamada *Progressive Era*, marcada,

¹⁸⁰ WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Rev. Ed. Boston: *Rowman & Littlefield Publishers Inc.*, 1994, p. 3. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3030&context=mlr>>. Acesso em 05 mar. 2023.

¹⁸¹ GILLMAN, Howard. **The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the 'Living Constitution' in the Course of American State-Building**. *Studies in American Political Development*, v. 11, 1997, p. 191-247. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/studies-in-american-political-development/article/collapse-of-constitutional-originalism-and-the-rise-of-the-notion-of-the-living-constitution-in-the-course-of-american-statebuilding/E69001982C364491F0A4B90A68ADA482>> Acesso em 05 mar. 2023.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1250.

¹⁸³ BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. In: *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 83.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 83.

logo de início, pelo artigo *The Path of Law* de autoria de Oliver Wendel Holmes, em que o autor postula que consistiria o direito não apenas no que está disposto na lei, mas também naquilo que dizem os tribunais.¹⁸⁵ Em sentido semelhante, o jurista Charles Hughes afirmou à época: “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.”¹⁸⁶

Sob a influência teórica acima resumida, pautando-se na ideia de que o juiz não mais era apenas declarador do direito descoberto, mas também criador do direito,¹⁸⁷ a Suprema Corte dos EUA foi tornando o Controle de Constitucionalidade ainda mais agressivo e amplo, dando início ao que se denominou “Era Lochner” (até por volta de 1930), derrubando normas e leis com amparo em teses não expostas de forma clara e fundadas em cláusulas vagas do Texto Constitucional.¹⁸⁸

A segunda onda de Controle de Constitucionalidade apontada por Ginsburg é deflagrada na metade do Século XX em terras europeias, recebendo forte influência teórica de Hans Kelsen, e tendo como marco a Constituição Austríaca de 1920.

Nesse sentido, inspirado pelo teórico, o qual via o Poder Judiciário em forte relação de Subordinação ao Legislativo, a Constituição Austríaca estabeleceu uma Corte Constitucional apartada do Poder Judiciário, seguindo de forma clara o entendimento de Kelsen, segundo o qual: “O órgão que convém incumbir de anular seus atos inconstitucionais deve ser distinto dele (Legislativo), independente dele e, portanto, de qualquer outra autoridade estatal: esse órgão deve ser uma jurisdição ou um tribunal constitucional.”¹⁸⁹

O austríaco entendia a Constituição não apenas como elemento que estabelecia e regulava a forma de criação de leis (constitucionalidade formal), mas igualmente o conteúdo que a elas deveria ser atribuído ou, ainda, que nelas não poderia constar (constitucionalidade material). Nesse diapasão, o controle de constitucionalidade por ele defendido não se limitava à análise da constitucionalidade formal, estendendo-se também à constitucionalidade material. Conforme Kelsen:

¹⁸⁵ HOLMES, Oliver Wendell. **The Path of Law**. Harvard Law Review, 10, 457, 1897. Disponível em: <<http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>>. Acesso em 05 mar. 2023.

¹⁸⁶ HUGHES, Charles Evans. **Addresses and Papers**. 130, 1908 apud FISHER, Louis. Constitutional Dialogues. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 5.

¹⁸⁷ SHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 125-126. Disponível em: <https://codolc.com/books/Thinking_Like_a_Lawyer.pdf>. Acesso em 10 mar. 2023.

¹⁸⁸ SUNSTEIN, Cass R.. **Lochner's Legacy**. Columbia Law Review, vol. 87, 1987, p 873-919. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12354&context=journal_articles>. Acesso em 10 mar. 2023.

¹⁸⁹ KELSEN, H. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). **Direito Público**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2010, p. 108. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1401>>. Acesso em 15 mar. 2023.

Em consequência, uma lei pode ser inconstitucional em razão de alguma irregularidade processual cometida em sua feitura ou porque seu conteúdo contraria os princípios ou orientações formulados na Constituição, extrapolando os limites nela estabelecidos. Por isso, distingue-se amiúde a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material das leis [...] ¹⁹⁰

Apesar de defender um controle de constitucionalidade que abrangesse o conteúdo das normas editadas, no entender de Paul Yowell, Kelsen acreditava que a atuação das Cortes Constitucionais deveria se limitar aos aspectos estruturais da Constituição, apartando-se da análise de direitos abstratos do Texto Constitucional. Segundo Yowell:

Kelsen acreditava que as funções políticas e legislativas das Cortes Constitucionais deveriam se limitar ao controle de determinações estruturais da Constituição, à exemplo, divisão de poderes entre governos centrais e regionais ou entre corpos administrativos e judiciais. O autor rejeitava a ideia de que uma Corte Constitucional deva possuir o poder de fazer cumprir direitos abstratos e morais. Ele considerava termos como “liberdade”, “igualdade” e “justiça” como decorrência da “lei natural”, ausente, portanto, qualquer conteúdo legal e qualquer direção jurídica determinada ao juiz. Em consequência, a adoção de uma declaração de direitos acaba por dar à Corte um poder político intolerável ¹⁹¹

Após a Segunda Guerra, vivenciou-se na Europa um processo de adoção do modelo austríaco de Constituição e de Corte Constitucional, à exemplo da Alemanha, Itália, Espanha e Portugal. Entretanto, em consequência às barbaridades humanitárias presenciadas durante a Segunda Grande Guerra, foram adotadas constituições com extensa garantia de direitos, tornando o *judicial review* um fenômeno associado à proteção de Direitos e uma forma de repelir as arbitrariedades governamentais. ¹⁹²

Portanto, o controle de constitucionalidade adotado no período – diferentemente do pregado por Kelsen – não se limitava ao controle dos elementos estruturais previstos na Constituição, mas se voltou à ideia de fazer cumprir direitos morais e abstratos. Assim, André Uliano Borges assevera:

[...] as cartas europeias adotadas nesse período mesclaram um forte sistema de intervenção e fiscalização judicial, com um rol expandido de

¹⁹⁰ KELSEN, H. **A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)**. Direito Público, [S. l.], v. 1, n. 1, 2010, p. 108. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1401>>. Acesso em 15 mar. 2023.

¹⁹¹ YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018, local. 163-179, e-book não paginado. Trad. Nossa.

¹⁹² GINSBURG, Tom. **The Global Spread of Constitutional Review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 85. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2487330_code243779.pdf?abstractid=2487330&mirid=1>. Acesso em 15 mar. 2023.

direitos fundamentais e normas de caráter aberto, principiológico e programático, acabando por criar as condições para uma atuação expandida do Poder Judiciário.¹⁹³

Ginsburg aponta que fora da Europa a onda de constitucionalismo do pós-Segunda Guerra exerceu influência fundamental. Assim, o período marcado pela descolonização e reconstrução constitucional levou outros países a adotarem o Controle de Constitucionalidade e as Cortes Constitucionais, que, apesar de seus variados níveis de atividade, emergiram de forma sólida em variadas sociedades.¹⁹⁴

No Brasil, é a Constituição de 1946 que, após um “inequívoco retrocesso no controle de constitucionalidade” decorrente da Carta de 1937¹⁹⁵, promove uma restauração do Controle de Constitucionalidade.

Assim, a ação direta de inconstitucionalidade introduzida na Carta de 1934 e cujos efeitos foram esvaziados na Constituição de 1937¹⁹⁶, passa a ser de titularidade exclusiva do Procurador-Geral da República, fator que, entretanto, em nada impediu a utilização sistêmica do mecanismo constitucional, o qual, “teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946”¹⁹⁷

Ao lado da representação interventiva de iniciativa do Procurador-Geral da República, a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 instituiu à Carta Magna o controle abstrato de normas

¹⁹³ ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 46. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Uliano_.pdf?sequence=1>. Acesso em 16 mar. 2023.

¹⁹⁴ GINSBURG, Tom. **The Global Spread of Constitutional Review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 85. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2487330_code243779.pdf?abstractid=2487330&mirid=1 Acesso em 17 mar. 2023.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1255.

¹⁹⁶ Esvaziamento decorrente da centralização de competências no Poder Executivo e na criação de barreiras ao efetivo Controle de Constitucionalidade, conforme se nota do 96 e seu § único da Carta de 1937: Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 16 mar. 2023.

¹⁹⁷ MENDES, GONET BRANCO. Op. Cit., p.1258

estaduais e federais,¹⁹⁸ consagrando-se o modelo abstrato de constitucionalidade para “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes”¹⁹⁹

O que vem se observando, portanto, é – através da evolução do Controle de Constitucionalidade – uma preponderância cada vez maior da atuação do Poder Judiciário, revestindo-se de funções mais incisivas e com escopo de atuação em constante alargamento.

A terceira fase apontada por Ginsburg coincide temporalmente com a queda do Muro de Berlim e a redemocratização dos países que compunham o antigo Bloco Soviético, de países latino-americanos e, de igual modo, o fortalecimento da democracia na Ásia e África.²⁰⁰

Não apenas é temporal a coincidência, mas o fim dos regimes ditatoriais pelo mundo – marcados por violações constantes aos direitos humanos e às liberdades individuais – acarreta a elaboração de Constituições ainda mais recheadas de direitos subjetivos, morais e abstratos. De igual forma, mais presente nas Cartas Magnas se torna a ideia de Controle de Constitucionalidade, em razão de uma constante identificação de juízes com a função de limitar a atuação do Estado e proteger direitos dos cidadãos.²⁰¹

Dessa maneira, passa-se a observar a promulgação de Constituições que trazem em seu corpo um imenso rol de princípios e direitos, fixam metas e estabelecem normas programáticas que devem ser implementadas pelo Estado, com fins à concretização do ideal do já analisado Estado Democrático de Direito e a busca pelo estabelecimento de uma justiça social.²⁰²

É nesse rol de ideias e período histórico que se insere a elaboração e promulgação da Constituição de 1988, a qual, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, foi “o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência”.²⁰³

¹⁹⁸ Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965) BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

¹⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p.413.

²⁰⁰ GINSBURG, Tom. **The Global Spread of Constitutional Review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. The Oxford Handbook of Law and Politics. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 85. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2487330_code243779.pdf?abstractid=2487330&mirid=1. Acesso em 17 mar. 2023.

²⁰¹ Ibidem

²⁰³ BARROSO, L. R. **Dez anos da Constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 214, 1998, p.5. DOI: 10.12660/rda.v214.1998.47263. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263>. Acesso em: 17 mar. 2023.

Nesse sentido, a Assembleia Constituinte, imbuída da missão de restaurar a ordem democrática no Brasil e superar as atrocidades vividas durante a Ditadura Militar, elabora uma Constituição que, sem a menor sombra de dúvidas, tem forte aspecto substantivo, dando realce aos direitos e às garantias que considera fundamentais, conforme aduz Daniel Sarmento:

A Assembleia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões - direitos individuais, políticos, sociais e difusos - aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV).²⁰⁴

Dessa forma, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes constata: “não é por mera coincidência que a Constituição de 1988 possui um dos mais extensos catálogos de direitos e garantias fundamentais do mundo.”²⁰⁵

A par disso, nota-se também que a Carta Magna de 88 caminhou em sentido contrário ao que se pode denominar Constituição-garantia, que, na lição de Gonet Branco, tende “a concentrar a sua atenção normativa nos aspectos de estrutura de poder, cercando as atividades políticas das condições necessárias para o seu correto desempenho”.²⁰⁶

Assim, apesar de a Constituição de 88 tratar da estruturação e da organização do poder, aí não se encontram seus limites, de forma que “traça metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico”²⁰⁷, classificando-se, portanto, como Constituição Programática e de “induviosa propensão dirigente”.²⁰⁸

A ideia de Constituição Dirigente, como bem estabelece o mestre português José Joaquim Gomes Canotilho, “será [...] o caminho de ferro social e espiritual através do qual vai peregrinar a subjetividade projetante”, tendo erguido o “estado a ‘homem de direção’ exclusiva

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009. Não Numerado. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf> Acesso em 17 mar. 2023.

²⁰⁵ MENDES, Gilmar. 20 anos da Constituição: o avanço da democracia, p.3. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de_estudos/outrapublicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/apresentacao-20-anos-da-constituicao-o-avanco-da-democracia>. Acesso em 17 mar. 2023.

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 63.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 63.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 63.

ou quase e quase exclusiva da sociedade” e convertido “o direito em instrumento funcional dessa direção”²⁰⁹. Sobre esse modelo constitucional, Lavocat Galvão afirma:

Buscava-se, com a Constituição dirigente, vincular substancialmente a produção legislativa e o destino do Estado. Em suma, a concepção dirigente de Constituição vislumbrava a Magna Carta como um documento compromissado com certos objetivos políticos que deveriam ser alcançados na arena democrática, subtraindo essas escolhas da seara política²¹⁰

A ideia de “direção” do modelo constitucional adotado na Carta Magna de 1988 fica muito claro já em seu artigo 3º, o qual estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil²¹¹, ou seja, o Estado brasileiro deve-se destinar ao atingimento dessas determinações, seja por meio da produção legislativa – cuja legislação editada deve estar vinculada aos objetivos políticos e metas do Estado, ou ainda pela atuação do Poder Executivo por meio de políticas públicas e ações governamentais.

No entender do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição vigente atribuiu ao Poder Executivo a natureza de Governo, entretanto, a estrita vinculação do Poder legislativo aos objetivos políticos, acabou por amesquinhar a função do Poder Legislativo.²¹² Já o Poder Judiciário, para o professor, foi potencializado, e, em sentido idêntico, Gilmar Ferreira Mendes aponta que “a Constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis [...]”²¹³

O Constituinte Originário dedicou o Capítulo III da Constituição de 1988 para, de forma esmiuçada e específica, estabelecer a estruturação do Poder Judiciário brasileiro, apontando seus órgãos, tribunais e, em especial, dedicando-se a atribuir para cada um desses sua competência, ao fim e ao cabo, apontando a competência e função do Poder Judiciário sob a égide da Constituição Cidadã.

²⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. Ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2001, p. 9-11.

²¹⁰ LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octavio. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.138.

²¹¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 72.

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1267.

Como vem aqui sendo exposto, observa-se grande paralelo entre a expansão de competências atribuídas ao Poder Judiciário e o incremento dos instrumentos de Controle de Constitucionalidade, regra esta que de igual modo se observa na Carta de 88, marcada por um forte desenvolvimento do *Judicial Review* e conseqüente ampliação do âmbito de atuação do Judiciário.

Nesse sentido, observa-se a “criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, a²¹⁴ c/c o art. 103)”²¹⁵, como hoje a concebemos, e tendo passado por consistente ampliação do seu direito de propositura.

Se anteriormente a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo dependia da exclusiva propositura de ação pelo Procurador-Geral da República, na Carta de 88 passaram a ser legitimados: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.²¹⁶

Ao lado do incremento acima, grande atenção foi dada pelo Constituinte de 1988 para o que se entendeu como “omissão do legislador”²¹⁷, sendo criados dois mecanismos para situações tais. Assim, a Constituição inovou ao instituir, em primeiro lugar, o chamado mandado de injunção (art. 5º, LXXI²¹⁸ c/c o art. 102, I, q²¹⁹), remédio constitucional “que pode ser utilizado contra omissão de órgão com poder normativo que impeça o exercício de direito constitucionalmente assegurado.”²²⁰

²¹⁴ CF/88, Art.102, I, a. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 mar. 2023.

²¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. Op. Cit., p. 1269.

²¹⁶ Art. 103 e seguintes. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 mar. 2023.

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1268.

²¹⁸ CF/88, Art. 5º, LXXI. conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. BRASIL. Op. Cit.

²¹⁹ CF/88, art. 102, I, q. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. Ibidem

²²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. Op. Cit.

Em segundo lugar, foi estabelecido na Constituição a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 3º)²²¹, que tem por objeto a mera declaração de inconstitucionalidade da “omissão dos poderes e órgãos administrativos, que deixam de criar normas ou de praticar atos requeridos pela própria Constituição, para sua efetiva aplicação”²²²

Importante frisar que cabe ao Poder Judiciário tão somente a declaração de inconstitucionalidade do “não agir” do Poder Legislativo ou Executivo, devendo – conforme previsão constitucional – limitar-se a cientificar o Poder a quem compete o agir para que assim o faça.²²³ Nesse sentido, pontua Roque Antonio Carrazza:

O Supremo, dando pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não legisla nem executa; simplesmente declara a omissão (se a inércia for do Legislativo) ou determina a execução (se a inércia for do Executivo). Com isso, a Constituição da República) como já dissemos, reforçou o princípio da harmonia e separação dos Poderes) uma vez que proibiu que o Supremo Tribunal Federal editasse lei (no lugar do Poder Legislativo) ou a executasse (no lugar do Poder Executivo).²²⁴

Por mais semelhantes que se pareçam os institutos, diferentemente da ADO, que visa provocar o Poder Legislativo ou o Poder Executivo a regulamentar norma – em caráter geral – que garanta a efetividade de preceito constitucional, o Mandado de Injunção não visa essa regulamentação²²⁵, mas tão somente o estabelecimento de uma norma individual ao caso sobre apreciação do Supremo Tribunal Federal.²²⁶

Quanto à ampliação dos mecanismos de Controle de Constitucionalidade, cabe mencionar ainda a figura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) trazida pela Constituição Cidadã em seu artigo 102, § único, transformado em § 1º do mesmo artigo pela Emenda Constitucional nº3 de 1993,²²⁷ e posteriormente regulamentado pela Lei n.9.882/99.

²²¹ CF/88, art. 103, § 3º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. BRASIL. Op. Cit.

²²² CUNHA FERRAZ, Ana Candida da. Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 37.

²²³ BRASIL, Op. Cit., art. 102, I, q.

²²⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. Justitia, São Paulo, 55 (163), jul./set. 1993, p. 38. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22527/acao_direta_inconstitucionalidade_omissao.pdf>. Acesso em 18 mar. 2023.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1990, p. 388.

²²⁶ CARRAZZA, Op. Cit., p. 44.

²²⁷ CF/88, art. 102, § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do**

A partir da regulamentação, a ADPF ganha como objeto “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, sendo igualmente cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.”²²⁸

Questão interessante que se põe diz respeito ao conceito de Preceito Fundamental, uma vez que nem a Constituição Federal nem sua lei regulamentadora o trazem de forma clara. A vagueza da terminologia, não coincidentemente, caminha de mãos dadas com as características da Constituição de 88, albergando uma série de cláusulas de caráter aberto e que garante maior grau de interpretação ao seu aplicador²²⁹.

Apesar de diversas tentativas de definir o conceito – como a de André Ramos Tavares, em que entende Preceito Fundamental como norma constitucional caracterizada pela “[...] imediatidade dos valores que encampam e da relevância desses mesmos valores para o desenvolvimento ulterior de todo o direito [...]”²³⁰ – ao fim “ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preconceito fundamental”.²³¹

É de se notar que os “mecanismos” acima citados todos fazem parte do aparato de controle de constitucionalidade “abstrato” realizado, em grande maioria, pelo Supremo Tribunal Federal e tendo como legitimados para sua propositura um vasto rol de sujeitos ativos.²³²

Há ainda outras ferramentas constantes da Constituição de 88 que representaram um forte incremento do Controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciário Nacional, entretanto, bastante são os mecanismos citados para demonstrar a expansão não só do *Judicial Review*, especialmente em sua forma abstrata, mas também o alargamento formal de competências do Poder Judiciário, que passou a gozar de um cada vez maior espaço de atuação.

Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 mar. 2023.

²²⁸ Art. 1º, § único, I, Lei Nº 9.882/99. BRASIL. **Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm

²²⁹ Para Canotilho, “são cláusulas marcadas pela disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem mudança na realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e da ‘justiça’” CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1991, p. 171.

²³⁰ TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 53.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/RJ*. Rel.: Minº Néri da Silveira. Julgado em: 03 fev. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>> Acesso 18 mar. 2023.

²³² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1269.

Nesse sentido, “a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal”²³³, somada à grande extensão da Constituição de 88, hospedando princípios vagos, objetivos do Estado Brasileiro e aspectos que outrora cabiam aos corpos políticos, tornando-os não só elementos do Direito, mas elementos Constitucionalmente garantidos, grandemente favoreceu o fenômeno da Judicialização da Política.²³⁴

O Poder Judiciário, ante a impossibilidade de os Poderes Legislativo e Executivo cumprirem a totalidade das Promessas Civilizatórias²³⁵ insculpidas na Lei Fundamental, na expressão de Daniel Sarmiento, torna-se, em razão de “sua função de dizer o direito válido”, responsável pela “concretização dessa metanarrativa constitucional, ainda que no seu afazer diário fosse necessário suprir a omissão estatal.”²³⁶

Dessa forma, questões que tipicamente estão inseridas no debate político da Nação, mas que foram abraçadas na Constituição de 1988, seja por como objetivos da República Federativa do Brasil, ou com Princípios Fundamentais, acabam por passar sob a análise do Poder Judiciário. Assim, o professor Georges Abboud aponta:

[...] fato é que ainda se faz necessária a judicialização para resguardo de diversos direitos fundamentais e sociais, como a liberdade de expressão e o direito à saúde. Assim, a judicialização da política não é um mal per se. É, por vezes, tão somente, uma necessidade, ou seja, uma decorrência contingencial da realidade socio-normativa brasileira.²³⁷

Concordamos com o professor nesse sentido, de forma que judicialização da política não é fenômeno em que o Poder Judiciário extrapola suas competências, mas tão somente um elemento contingencial²³⁸ para a salvaguarda de direitos fundamentais e sociais, decorrente do arranjo jurídico-institucional advindo da Carta de 88.

²³³ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1269.

²³⁴ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade**. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo__daniel_sarmiento.pdf Acesso em 18 mar. 2023.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octavio. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.139.

²³⁷ ABOUD, Georges. *Ativismo Judicial: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.47.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 18 mar. 2023.

Assim, observa-se que judicialização e ativismo não são, também, sinônimos, desde que no fenômeno da judicialização esteja agindo o Poder Judiciário dentro das competências a ele atribuídas pela Constituição de 1988.

Entretanto, por mais que se enxergue a judicialização como fenômeno de contingência e muitas vezes necessário para garantir a efetividade constitucional, não se pode negar que a aparição do fenômeno potencializou e potencializa o risco de o Juiz atuar de forma ativista, posto que “uma judicialização errônea, sob o ponto de vista jurídico, denegará para uma modalidade de ativismo”.²³⁹

Finalmente, em resposta ao questionamento realizado no início do presente capítulo (o que não é ativismo judicial?), conclui-se: a atuação mais incidente e ativa do Poder Judiciário, decorrência direta de suas atribuições garantidas pela Constituição Cidadã não é ativismo judicial; a nova interpretação constitucional, que em muito decorre de a Carta de 88 ao pautar um “constitucionalismo compromissório, dirigente e principiológico”²⁴⁰, também não se trata de ativismo judicial; e a judicialização da política, resultado da soma dos fatores acima, de igual modo não consiste em ativismo judicial. Entretanto, apesar de não consistirem em ativismo judicial, a união dos três fatores acima em muito contribui para que venha o Poder Judiciário a atuar de tal forma.

A pergunta inicialmente feita agora renova-se pela sua faceta positiva: o que é, portanto, ativismo judicial?

3.2 O que é ativismo judicial?

Como vem sendo exposto, não se pode considerar ativista a decisão que, apesar de tangenciar outros Poderes, esteja no âmbito de atuação constitucionalmente definido pela Constituição de 1988 ao Poder Judiciário. De igual modo, não se pode considerar ativista a decisão tão somente por não estar o interlocutor de acordo com a mesma²⁴¹, ora, se advém a

²³⁹ ABOUD, Georges. *Ativismo Judicial: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.47.

²⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. *A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009a.

²⁴¹ ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 16. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Uliano_.pdf?sequence=1. Acesso em 18 mar. 2023.

decisão de fundamentos legais, a mesma é legítima, gostando ou não as partes e a opinião pública de seu conteúdo.²⁴²

Dessa forma, deve-se salientar que, em primeiro lugar, a decisão ativista somente se configura quando o Poder Judiciário se aparta do escopo de atuação que a Constituição a ele atribuiu, passando este a agir em substituição a outro Poder, seja ao Executivo ou seja o Legislativo. Enquanto atuar dentro de sua competência, ainda que extensa, não há que se falar em decisão ativista.²⁴³

Em segundo lugar, a decisão ativista apenas se configura quando o Juiz deixa de decidir com base no Ordenamento Jurídico e passa a decidir a partir de sua subjetividade/discrecionalidade²⁴⁴, aplicando não o comando legal e a Constituição, mas o substituindo por sua visão ideológica, política ou moral sobre o assunto a ser apreciado pelo judiciário.²⁴⁵

Portanto, a partir dessa linha de raciocínio, Georges Abboud conceitua ativismo judicial como: “atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade democrática vigente (CF + leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés, ideológico, político, religioso etc.)”, marcada por uma “atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição.”²⁴⁶

Em sentido semelhante, André Uliano Borges define ativismo judicial da seguinte forma: “exercício da jurisdição por meio de decisões que substituem a opção do órgão, a princípio, competente para efetuar aquela escolha, por meio de padrões hermenêuticos inconsistentes”, marcado por uma “atuação para além do que seria juridicamente consistente

²⁴² ABOUD, Georges. *Op. Cit.*, p. 55

²⁴³ Nesse sentido, André Uliano pontua: “De todo modo, o exercício de um poder constitucionalmente concedido, ainda que vasto, não se confunde com ativismo. Para isso, é necessário que o Poder Judiciário ultrapasse os limites de suas funções, mesmo que dessas funções ampliadas.” ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 16. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Ulino_.pdf?sequence=1> Acesso em 18 mar. 2023.

²⁴⁴ ABOUD, Georges. *Ativismo Judicial: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.47.

²⁴⁵ HOLLOWAY, Carson. Judicial activism, by liberals and conservatives, is danger to America. In: BERLATSKY, Noah. *Judicial Activism: Opposing view points*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012, p. 40. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/395213098/Carson-Holloway-Judicial-Activism#>>. Acesso em 18 mar. 2023.

²⁴⁶ ABOUD, Georges. *Op. Cit.*, p. 73.

extrair da regra ou princípio que serve de paradigma de controle; e a invasão da atividade típica de outros órgãos.”²⁴⁷

Elival da Silva Ramos, mantendo a mesma linha de raciocínio, apresenta o seguinte significado: “por ativismo deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento [...]”²⁴⁸ com base em uma incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.”²⁴⁹

Apesar das conceituações acima abordarem o fenômeno de forma distinta, preservam um núcleo-duro comum em todas, consubstanciado nos dois elementos acima trazidos e que consistem, em nossa interpretação, nas duas bases do ativismo judicial, uma em termos qualitativos e a outra em termos institucionais.²⁵⁰

A faceta qualitativa de uma decisão judicial demonstra-se em sua formação, nos elementos que levaram o Juiz a decidir no caso “x” ou no caso “y”, elementos esses que devem ter como base o direito (leis + CF), ou seja, ao decidir, o Poder Judiciário deve ter como base o direito vigente no país.

Entretanto, o primeiro aspecto do ativismo judicial traduz-se justamente na substituição, pelo julgador, do direito por outra linguagem ou código de decisão,²⁵¹ abandonando o direito anterior que deve basear as decisões judiciais²⁵² e, assim, passando a decidir com base em suas convicções políticas, sociais, ideológicas, religiosas etc.

Quanto a isto, Rory Leishman tratando sobre a realidade do Judiciário canadense aponta: “ao invés de defenderem a lei e a Constituição promulgadas pelo Poder Legislativo e definida em precedentes judiciais, os juízes do tribunal superior do Canadá passaram a impor suas preferências políticas pessoais [...]”²⁵³

²⁴⁷ ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 29-30.. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Ulino_.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 mar. 2023.

²⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

²⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.117.

²⁵⁰ ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.73.

²⁵¹ ABOUD. Op. Cit., p. 81.

²⁵² ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 16. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Ulino_.pdf?sequence=1>. Acesso em 19 mar. 2023.

²⁵³ LEISHMAN, Rory. **Against judicial activism: the decline of freedom and democracy in Canada**. Canada: McGill-Queen’s University Press, 2006, p. 135. Disponível em: <<https://archive.org/details/againstjudiciala000rory>>. Acesso em 19 mar. 2023.

O que se observa, assim, é que ao atuar de forma ativista o Juiz menospreza a legalidade vigente que vincula seu agir, apropriando-se das leis²⁵⁴, e decidindo não as aplicar ao caso concreto, não por não serem adequadas, mas por entender que a aplicação da norma não retornará os efeitos que ele espera da decisão judicial, impondo – assim – suas preferências em substituição à lei.

A primeira marca do ativismo, dessa forma, “é a discricionariedade judicial operada teleologicamente por vieses políticos”²⁵⁵, a qual antes de se consubstanciar na decisão ativista é pautada por uma hermenêutica de padrões inconsistentes, na terminologia de André Uliano Borges.²⁵⁶ Assim, há de se observar a relação existente entre o binômio discricionariedade judicial e padrões inconsistentes de hermenêutica.

A atuação do Poder Judiciário por muito foi entendida como “reduzida ao automatismo da subsunção meramente lógico-formal”²⁵⁷, ou seja, o entender de que o Juiz é tão somente a “boca da lei”, sem qualquer espaço interpretativo e qualquer possibilidade de realizar uma hermenêutica mais aprofundada na resolução de conflitos.

Entretanto, conforme se expôs em capítulo anterior, o desenvolvimento de novas formas de hermenêutica veio a propiciar ao Juiz mais liberdade na aplicação da norma, não para deixar de aplicar a norma – vez que “ao compor litígios ou conflitos normativos está sujeito a condicionamentos jurídicos [...]”²⁵⁸ – mas, conforme Luciani, para contextualização e atualização do preceito normativo.²⁵⁹

Nesse sentido, por mais que, como aponta Luciani, possa o julgador interpretar a norma para contextualizá-la ao caso concreto e atualizá-la para situação que anteriormente era desconhecida do legislador, não podem entretanto, se apartar da vontade do legislador e deixar de observar o “ [...] espírito jurídico reinante na época em que foi feita a norma”, uma vez que

²⁵⁴ LEISHMAN, Rory. **Against judicial activism: the decline of freedom and democracy in Canada**. Canada: McGill-Queen's University Press, 2006, p. 135. Disponível em: <<https://archive.org/details/againstjudiciala0000rory>>. Acesso em 19 mar. 2023.

²⁵⁵ ABOUD, *Op. Cit.*, p. 91.

²⁵⁶ ULIANO, *Op. Cit.* p. 29 1

²⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 124

²⁵⁹ LUCIANI, Massimo. **Interpretazione conforme a Costituzione**. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 2016. v. 9, p. 391-476 APUD AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 25, jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11 Acesso em 19 mar. 2023.

“a lei aparece como último elo de um a cadeia, como um fato intelectual e moral, cuja origem nos fará conhecer melhor o espírito e alcance do mesmo”.²⁶⁰

Assim, como aponta Carlos Horbach, apesar da capacidade de interpretação de que dota o juiz, este não pode apartar “o termo do conceito, o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito.”²⁶¹

Portanto, por mais que possua capacidade interpretativa da norma, o juiz não possui livre interpretação, estando adstrito e vinculado ao conceito e significado dado a ela pelo legislador, bem como ao contexto em que foi elaborada, apesar de, no aspecto político-ideológico, discordar tanto do conceito, quanto do significado dado à norma e ao seu contexto de aplicação.

A conclusão que se obtém, portanto, é a de que o juiz não ativista, ante a clara existência de norma incidente sobre situação concreta sob sua apreciação, opera sua aplicação, apenas promovendo a contextualização e atualização da norma ao caso concreto, respeitando a vontade do legislador ao editá-la, apesar de, no aspecto político-ideológico, discordar da solução jurídica apresentada pelo Ordenamento Jurídico ao assunto em disputa.

Contrário é o que se observa no momento em que o Juiz sai da “zona permitida” de interpretação e aplicação da norma e passa a decidir com base em “padrões inconsistentes de hermenêutica”²⁶², ou seja, no momento em que deixa de observar o conceito, o significado e o contexto de aplicação que pretendeu o legislador, atribuindo-se a si uma capacidade ilimitada de interpretação para fazer “prevalecer seus valores, compromissos, posições ideológicas sobre os do legislador”²⁶³.

A partir da situação acima é que se deflagra a discricionariedade judicial, conquanto aparta-se o juiz do conteúdo da norma legal, que o vincula por força do princípio da legalidade, e se aproxima de sua própria vontade, do que entende ser politicamente, ideologicamente,

²⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/368678120/Carlos-Maximiliano-Hermeneutica-e-Applicacao-Do-Direito-19%C2%BA-Edicao-Ano-2003#> Acesso em 19 mar. 2023.

²⁶¹ HORBACH, Carlos Bastide. **A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 859, 2007, p. 88.

²⁶² ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 29. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Ulino_.pdf?sequence=1

²⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira**. *Revista de Direito Administrativo*, [Rio de Janeiro], v. 250, 2009, p.163. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>. Acesso em: 19 mar. 2023. Acesso em 19 mar. 2023.

moralmente ou economicamente mais correto. A consequência disso é evidente, “quando a política entra por uma porta, o direito e a técnica saem pelas janelas”.²⁶⁴

Assim, o juiz ativista não transita dentro de sua zona de interpretação permitida, promovendo a contextualização e atualização da norma ao caso concreto,²⁶⁵ mas a ultrapassa, fazendo valer sua opinião-político ideológica, pautando-se em padrões hermenêuticos inconsistentes e dando sentido diverso para a pretensão do legislador ou até mesmo deixando de aplicar a norma cabível para a situação em disputa, arvorando-se em “malabarismos” para fazer incidir norma diversa cujo resultado da aplicação mais lhe agrada.

Enquanto o primeiro, utiliza-se da liberdade interpretativa a ele conferida de forma saudável, o segundo passa a agir imbuído de uma discricionariedade judicial, passando por cima do comando legal e da vontade do legislador, para fazer prevalecer sua opinião pessoal, seja política, ideológica, moral, econômica ou religiosa em substituição à lei e à Constituição.²⁶⁶

Logo, o que tenta o juiz ativista é criar Direito com base em seus anseios, usurpando – dessa forma – competência típica do Poder Legislativo, postura intolerável e que não se compactua com o Estado de Direito e inverte a lógica da Separação de Poderes, vez que “se fosse dado ao juiz (não eleito) exercer a sua vontade em detrimento da lei e, assim, criar Direito, melhor seria que o próprio legislativo (eleito) exercesse a judicatura.”²⁶⁷

Nesse ponto, adentra-se no que Abboud denomina de faceta funcional/institucional do ativismo judicial²⁶⁸, mormente marcada pela “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”²⁶⁹, ou seja, “a invasão da atividade típica de outros órgãos”²⁷⁰.

²⁶⁴ BOCKMANN MOREIRA, Egon. “Quando a política entra por uma porta, o direito e a técnica saem pelas janelas. (...)” Curitiba/PA, 17 mar 2023. LinkedIn. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/egon-bockmann-moreira-66357127_situacao-de-caos-nas-rodovias-do-parana-poderia-activity-7043181391097802752-jgku/?utm_source=share&utm_medium=member_ios. Acesso em 22 mar 2023

²⁶⁵ ²⁶⁵ LUCIANI, Massimo. **Interpretazione conforme a Costituzione**. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 2016. v. 9, p. 391-476 APUD AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 25, jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11 Acesso em 19 mar. 2023.

²⁶⁶ ABOUD, Georges. *Ativismo Judicial: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.73.

²⁶⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 25, jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11. Acesso em 19 mar. 2023.

²⁶⁸ ABOUD. *Op. Cit.*,111.

²⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

²⁷⁰ ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 30. Disponível

Conforme já mencionado, apesar do extenso rol de competências atribuídas ao Poder Judiciário pela Constituição Cidadã, desde que a atuação do Poder Judiciário esteja dentro de suas “linhas”, não se pode – do ponto de vista institucional – considerar uma decisão judicial como ativista, o que tão somente ocorrerá quando na Constituição não houver fundamento para sua atuação.

Nesse sentido, é de se lembrar que a Separação de Poderes no atual estado de coisas caminha em direção ao respeito às competências estabelecidas pelo Constituinte para cada poder da República, ao núcleo do arranjo institucional por ele estabelecido para concretizar a ideia de limitação de poder.

Portanto, a importância da Separação de Poderes no contexto atual se insere na manutenção dos três Poderes da República, tendo sido elaborado complexo arranjo institucional para a garantia da autonomia do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Assim, para falar em violação à Separação de Poderes é “necessário observar se há, em algum grau, violação ao ideal de limitação do poder por força da ação de qualquer das instituições que compõem o Estado,”²⁷¹ ou seja, a violação não é constatada por uma exacerbada usurpação de competência, passando outro poder a executar atividade típica de outro, mas sim no momento em que determinado Poder ultrapassa os limites de sua atuação e tangencia a competência de um dos demais.

É nessa linha de raciocínio que deve ser inserida a ideia de oposição entre ativismo judicial e separação de poderes, de forma que “o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas democráticas da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa [...]”²⁷²

Portanto, como aponta Elival da Silva Ramos, a principal interferência do Poder Judiciário ativista é em face do Poder Legislativo, e, como mencionado anteriormente, a atuação ativista é baseada antes de mais nada em um fenômeno de “livre interpretação” do comando normativo, sendo ao fim um problema que envolve: poder de legislar, poder de interpretar e poder de aplicar.

Nessa linha de raciocínio, pautando a questão acima, Dieter Grimm aponta: “[...] competência normativa tem apenas o parlamento e, em abrangência limitado por autorização

em:http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Ulino_.pdf?sequence=1. Acesso em 19 mar. 2023.

²⁷¹ ABOUD, Georges; Oliveira, Rafael Tomaz de. **O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes**, Revista de Processo, n. 233, 2014. P.13.

²⁷² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

parlamentar, o governo. Ao contrário, a jurisdição não possui competências legislativas, podendo apenas decidir por meio de critérios preestabelecidos.”²⁷³

Assim, conforme pormenorizado em capítulo anterior, o juiz não possui autonomia para inovar no Ordenamento Jurídico, devendo ao fim, estar vinculado não somente ao comando legal, como também ao “[...] espírito jurídico reinante na época em que foi feita a norma”²⁷⁴, ou seja, o juiz não cria novas regras, não age em direção ao futuro, mas sim em relação ao passado²⁷⁵, aplicando institutos e “critérios preestabelecidos”²⁷⁶

O que o ativismo judicial promove, nesse sentido, é uma “confusão entre a tarefa legislativa e a função judicial, em que o Poder Judiciário passa a substituir escolhas de governo com base em razões jurídicas insuficientes”²⁷⁷, de modo que a postura ativista passa a “fazer valer as considerações políticas e morais do hermeneuta em detrimento do que foi estabelecido no processo político majoritário.”²⁷⁸

A consequência de tal postura pelo julgador é que, por abrir mão o juiz de seu vínculo com institutos jurídicos e critérios normativos já existentes, o mesmo passa a agir de forma prospectiva, decidindo não com vistas a resolver o caso concreto, mas de forma eminentemente política²⁷⁹.

Assim, as decisões de um juiz ativista muito se aproximam de um discurso político ou um “sermão fortemente político”, uma vez que se apartam da argumentação jurídica tradicional, pautada pelo direito vigente e passam a utilizar de argumentos, considerações e justificações de caráter político social e cultural.²⁸⁰

²⁷³ DIETER, Grimm. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

²⁷⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/368678120/Carlos-Maximiliano-Hermeneutica-e-Applicacao-Do-Direito-19%C2%BA-Edicao-Ano-2003#>. Acesso em 19 mar. 2023.

²⁷⁵ Conforme Ronald Dworkin: “[...] its account of the character of consistency with past political decisions that law requires [...] rights and responsibilities flow from past decisions and so count as legal [...]” DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 96. Disponível em: <https://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/empire.pdf>. Acesso em 20 mar. 2023.

²⁷⁶ DIETER, Grimm. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

²⁷⁷ ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 115. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Uliano_.pdf?sequence=1. Acesso em 20 mar. 2023.

²⁷⁸ LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octavio. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 23.

²⁷⁹ *Ibidem*. P. 23.

²⁸⁰ O entendimento é de Greg Craven, professor da Universidade Curtin, em Perth, na Austrália, de forma que, ao analisar a opinião consultiva da Suprema Corte do Canadá quanto ao direito de secessão do Quebec, apontou: One thing which must immediately strike Australian readers of the Supreme Court’s opinion is that it is a fundamentally political document. By this is meant not merely that it more closely resembles in style of argumentation a policy speech (or possibly a heavily political sermon) than it does a traditional, legally reasoned judgement - which clearly is the case - but that the various considerations, arguments and

O que se observa não é um “exercício desabrido de legiferação”²⁸¹, em que o Poder Judiciário se investe das funções típicas do Poder Legislativo, criando um processo legislativo, editando e promulgando leis, as alterando ou revogando da forma como compete ao legislador, mas sim que o resultado da atuação ativista do Judiciário acaba por extrapolar seu campo de atuação, minando a autonomia do direito²⁸² e a dos demais poderes.

Nesse sentido, o ativismo é uma “recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seu poder,”²⁸³ e, ao assim fazê-lo – decidindo com base não nos institutos e critérios jurídicos anteriores que deveriam vinculá-lo, mas com base em argumentos, considerações e justificações de caráter político social, cultural etc. – adentra na seara da política, típica aos Poderes Executivo e Legislativo.

Conclui-se, assim, que Ativismo Judicial é postura por meio da qual os juízes afastam-se da legalidade vigente (CF + leis)²⁸⁴ e dos critérios jurídicos preexistentes²⁸⁵, para - por meio de discricionariedade judicial, de uma hermenêutica jurídica de padrões inconsistentes²⁸⁶ e de uma “livre interpretação” – fazerem valer seus ideais políticos, sociais, filosóficos, religiosos e econômicos²⁸⁷, acabando por minar a autonomia do direito e descer ao plano da política legislativa e executiva, agindo em detrimento das competências constitucionais destes dois Poderes da República.²⁸⁸

justifications which the Court brings forward in support of its position almost invariably call to political, social and cultural values, rather than to strictly legal considerations. CRAVEN, Greg. **The Quebec Secession Reference: The Law Of Politics Or The Politics Of Law?**, 1999, Australia: Murdoch University Electronic Journal of Law. Disponível em: <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurdochUeJILaw/1999/6.html>>. Acesso em 20 mar. 2023.

²⁸¹ RAMOS. Op. Cit.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 330-333.

²⁸³ TAVARES, Rodrigo de Souza; Vieira, José Ribas; DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo Jurisdicional e Supremo Tribunal Federal**, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em 20 mar. 2023.

²⁸⁴ ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.75.

²⁸⁵ DIETER, Grimm. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

²⁸⁶ ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 16. Disponível em:<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Ulino_.pdf?sequence=1>. Acesso em 20 mar. 2023.

²⁸⁷ CRAVEN, Op. Cit.

²⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Eis que se chega ao final da presente pesquisa, tendo sido expostos os elementos centrais do Estado de Direito, a conformação da Separação de Poderes no Brasil e as características do chamado Ativismo Judicial.

Dessa forma, creio que se faz possível responder a pergunta que deu nome ao presente texto, conquanto agora se questiona: O ativismo judicial é consequência lógico-jurídica da evolução temporal do Estado de Direito e da Separação de Poderes ou postura que corrói suas bases?

Quanto ao Estado de Direito, vejamos.

Conforme exposto, o Estado de Direito sofreu inúmeras alterações e deformações ao logo de “sua existência”. Apesar da Carta Magna de 1988 ter sido promulgada em período marcado pela deturpação do ideal central do Estado de Direito, é incontestável que o Texto Constitucional, entretanto, preservou os princípios que, no entender de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dão sustentação à essa forma de organização do Estado, mantendo vivos em seu bojo a “legalidade, a igualdade e a jusiticialidade”²⁸⁹

Como apontado, o Princípio da Legalidade resume a ideia mais elementar do Estado de Direito, a garantia da liberdade individual por meio da limitação do exercício do Poder Estatal pela lei, fruto da elaboração pelo Poder Legislativo e marcada pela sua prospectividade, generalidade, certeza, igualdade de aplicação²⁹⁰ e marcada por um espírito jurídico reinante quando da sua edição.²⁹¹

Assim, quando se coteja a ideia de legalidade com o conceito, características e efeitos do ativismo, vê-se de pronto que ambos não se conciliam e em nada se encontram. Ora, como se observa, o Poder Judiciário está vinculado a aplicar a lei da forma como foi elaborada pelo Poder Legislativo, uma vez que somente esta é fruto da participação popular necessária e é marcada pelas características apontadas.

Entretanto, no momento em que o juiz atua de maneira ativista, ele atropela o fruto da legítima Produção Legislativa que o vinculava, agindo de forma discricionária em flagrante

²⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁹⁰ TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 122.

²⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/368678120/Carlos-Maximiliano-Hermeneutica-e-Aplicacao-Do-Direito-19%C2%BA-Edicao-Ano-2003#> Acesso em 20 mar. 2023.

desrespeito ao texto legal, deixando de aplicar a norma vigente ou dando-lhe interpretação e aplicação completamente distintas das pretendidas pelo Legislador ao editá-la.

Sendo o ideal de legalidade e de lei, como aponta Lavocat Galvão, fruto de uma vontade geral, de um agir coletivo “definido por meio de votação majoritária dos envolvidos [...]” e que “consegue dar conta dos desacordos existentes nas sociedades contemporâneas sem que haja a imposição autoritária de uma solução”²⁹², o ativismo judicial representa sua imediata antítese, vez que a decisão ativista, em sua aplicação ou “desaplicação” da lei, passa por cima do processo político majoritário que representa a vontade da maioria e faz valer, por meio de sua decisão, os ideais pessoais de política, economia, ideologia, religiosidade e economia do Juiz. Como aponta Hamilton, no *Federalista* n° 78:

Não se pode dar valor à afirmação de que os tribunais podem, a pretexto de uma incompatibilidade, substituir as intenções constitucionais do legislativo por seus próprios anseios. [...] Os tribunais devem especificar o sentido da lei [...]²⁹³

Assim, se pelo Princípio da Legalidade os Poderes da República devem atuar em adstrição à lei, dotada de características próprias, sentido definido e editada por processo específico, no momento em que o Poder Judiciário assume postura ativista, rompe-se com as características próprias do comando legal, atribui-se a ela sentido diverso do que ela exprime e atropela o processo político majoritário por meio do qual ela é editada.

Portanto, Ativismo Judicial e Princípio da Legalidade não se conciliam, ao contrário, o primeiro corrói o segundo.

O princípio da igualdade, por sua vez, possui incidência que se desdobra e se modifica a depender do ente estatal que está a aplica-lo. Para o juiz, José Afonso da Silva aponta que o princípio representa a interdição do magistrado “de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei”²⁹⁴, ou seja, é a obrigatoriedade de se aplicar a mesma norma e dar o mesmo entendimento jurídicos à casos idênticos.

A ideia de igualdade, entretanto, não se limita apenas aos casos idênticos, mas se observa também em face de situações completamente distintas, de forma que a efetivação do princípio da igualdade recaia, nesses casos, sobre o atingimento de um resultado justo e eficaz

²⁹² LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octavio. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 146

²⁹³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, p. 495. Trad. Nossa. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf. Acesso em 20 mar. 2023.

²⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 221.

para ambos, resultado este somente alcançado pela diferenciação, por parte do juiz, de meios aplicados, aplicando a norma e entendimento jurídico mais adequados ao fim colimado.

Nesse sentido, observa-se que a concretização do princípio da igualdade, pelo juiz, depende da correta aplicação das normas e entendimentos jurídicos cabíveis e que se adequarão ao caso concreto, adequação baseada – também – no espírito que o legislador atribuiu para a norma.

A atuação ativista caminha em direção completamente oposta a isto, pois o juiz ativista não aplica o direito que com mais exatidão recai sobre o caso concreto e que resultará em um resultado mais justo e eficaz, mas aplica o direito que mais se adeque aos seus ideais políticos, ideológicos, religiosos, sociais ou econômicos, utilizando-se o caso concreto e o direito como mera interface de aplicação de sua vontade.

Dessa forma, caso se depre com situações idênticas em que seja necessário decidir de igual forma, o juiz ativista, caso as idênticas decisões não permitam que efetive seus ideais particulares, deixará de assim decidir e fará distinção entre as situações tão somente para fazer valer seus ideais.

O mesmo ocorrerá quando, deparando-se com situações distintas e que exijam resoluções distintas, o juiz ativista entender que – para obter o resultado ideológico que pretende – não poderá agir de forma distinta ou não poderá aplicar a norma e entendimento jurídico que mais se adequa às especificidades do caso.

Assim, para impor suas crenças à sociedade, o juiz ativista falha em igualar os iguais e em “quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”.²⁹⁵ Portanto, mais uma vez chega-se à mesma conclusão: Ativismo Judicial e Princípio da Igualdade não se conciliam, ao contrário, o primeiro corrói o segundo.

O Princípio da Justicialidade, como sistema contencioso – em que se insere a atuação dos juízes – para a resolução dos conflitos e litígios que surgirem entre os particulares, “entre as autoridades superiores do Estado, ou entre autoridades e particulares”,²⁹⁶ acarreta, muito em suma, um sistema que “[...] aplique normas e determinações legais estabelecidas em nome de

²⁹⁵ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços: Discursos aos bacheleros da Faculdade de Direito de S. Paulo em 1920**. Brasília: Edições do Senado Federal – vol. 271, 2019, p. 36. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/564558/Oracao_aos_mocos_Rui_Barbosa.pdf?sequence=5&isAllowed=y Acesso em 20 mar. 2023.

²⁹⁶ Schmitt, Carl. **Teoria de la constitucion**. Trad. esp. México, Nacional, 1966. p. 154. Apud FERREIRA FILHO, M. G. Estado de direito e estado legal. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 157, p. 32, 1984. DOI: 10.12660/rda.v157.1984.44119. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>. Acesso em: 21 mar. 2023.

toda a sociedade aos casos individuais e resolva disputas relativas à aplicação dessas normas [...]”²⁹⁷.

Ainda, a ideia de justicialidade impõe o estabelecimento de um aparato e procedimento para sua fiel observância. Nesse sentido, Jeremy Waldron, ao abordar o procedimento das cortes, entende que não pode ser simplesmente arbitrário e com participação única do julgador, mas deve garantir a todas as partes envolvidas o direito de participação e o respeito à sua dignidade.

Dessa forma, o que se observa é que a concretização do princípio da justicialidade pelo juiz depende, em grande resumo, da aplicação de normas decorrentes da vontade da sociedade e da garantia da participação das partes – no Brasil, na forma do livre convencimento motivado.

O ativismo judicial, por sua vez, rompe com cada uma dessas ideias. Em relação à aplicação de ‘normas e determinações legais estabelecidas em nome de toda a sociedade aos casos individuais’²⁹⁸, resta mais que demonstrado que o juiz ativista se furta de aplicar a norma estabelecida “por toda” a sociedade ou de aplica-la no sentido que a generalidade lhe deu, aplicando norma por ele estabelecida e em sentido que a ele seja conveniente.

A participação das partes, no sentido de influírem no convencimento e na posterior decisão do juiz, também é ceifada quando o magistrado age de forma ativista. Por mais que materialmente tenha que permitir, por força da Constituição e das Leis, que venham as partes a se manifestarem no processo, o juiz ativista acaba por tornar sem efeitos essa participação, vez que em nada influirá seu convencimento, pois não está a decidir para alcançar a decisão mais justa para as partes, mas para – através da decisão – fazer valer suas convicções prévia.

Dessa forma, o decidir do juiz ativista se afasta por completo do entendimento de Waldron no sentido de que “aplicar uma norma a um indivíduo nada tem a ver com decidir o que fazer com um animal feroz ou uma casa deteriorada. É parte do procedimento prestar atenção aos pontos de vista apresentados e respeitar a personalidade do indivíduo ali envolvido.”²⁹⁹

²⁹⁷. WALDRON, Jeremy. **The Concept and the Rule of Law**. Georgia Law Review, vol. 43, nº. 1, 2008, p.20. Tradução Nossa. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley>. Acesso em 20 mar. 2023.

²⁹⁸ WALDRON, Jeremy. **The Concept and the Rule of Law**. Georgia Law Review, vol. 43, nº. 1, 2008, p.20. Tradução Nossa. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley>. Acesso em 20 mar. 2023.

²⁹⁹ “*Applying a norm to a human individual is not like deciding what to do about a rabid animal or a dilapidated house. It involves paying attention to a point of view and respecting the personality of the entity one is dealing with.*” WALDRON, Jeremy. **The Concept and the Rule of Law**. Georgia Law Review, vol. 43, nº. 1, p. 23, 2008. Trad. Nossa. Disponível em:

Portanto, novamente se observa, Ativismo Judicial e Princípio da Justicialidade não se conciliam, ao contrário, o primeiro corrói o segundo.

O quarto princípio do Estado de Direito e que, por sua importância, ganhou capítulo próprio, trata-se da ideia da Separação de Poderes.

A Separação de Poderes, sob a ótica da Constituição de 88 se mostra como um princípio negativo, de forma a impedir que um poder venha a usurpar as competências estabelecidas constitucionalmente a outro e inibir o monopólio das funções do Estado. É o respeito às competências estabelecidas pelo Constituinte para cada poder da República, o núcleo do arranjo institucional por ele estabelecido.

O que se observa, dessa forma, é que o respeito da Separação de Poderes pelo Poder Judiciário depende da atuação deste tão somente dentro do quadro de competências a ele atribuído pela Constituição Cidadã, de forma que no momento em que sair deste quadro, estará a violar o princípio constitucional.

Como exposto, a postura ativista por parte do Poder Judiciário promove, especialmente em face ao Legislativo, uma “confusão entre a tarefa legislativa e a função judicial, em que o Poder Judiciário passa a substituir escolhas de governo com base em razões jurídicas insuficientes”³⁰⁰, de modo que a postura ativista passa a “fazer valer as considerações políticas e morais do hermeneuta em detrimento do que foi estabelecido no processo político majoritário.”³⁰¹

Dessa forma, no momento em que o juiz ativista deixa de seguir as normas e institutos jurídicos anteriores que deveriam vinculá-lo, frutos de um processo político majoritário, para fazer valer seus conceitos e anseios políticos e ideológicos, ele adentra na seara da política, típica aos Poderes Executivo e Legislativo.

Não se observa um “exercício desabrido de legiferação”³⁰², em que o Poder Judiciário se investe das funções típicas do Poder Legislativo, criando um processo legislativo, editando e promulgando leis, alterando-as ou as revogando da forma como compete ao legislador, mas

<https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley>. Acesso em 20 mar. 2023.

³⁰⁰ ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021, p. 115. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Ulino_.pdf?sequence=1

³⁰¹ LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octavio. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 23.

³⁰² RAMOS. Op. Cit.

sim que o resultado da atuação ativista do Judiciário acaba por extrapolar seu campo de atuação, minando a *autonomia do direito*³⁰³ e a dos demais poderes.

O julgador ativista, assim, ao extrapolar os limites de competência ao Poder Judiciário estabelecidos e adentrar no campo da política, mina a autonomia e invade competências do Poder Legislativo e Executivo – rompendo de forma direta com o propósito central da Separação de Poderes: a inibição do monopólio do Poder Estatal em um só ente.

Graves, portanto, são as consequências do Ativismo Judicial para a Separação de Poderes, de forma que Hamilton aponta:

[...] caso [os tribunais] se dispusessem a exercer a vontade em vez do julgamento, isso acarretaria na substituição do desejo do corpo legislativo pelo seu próprio. Se algo estivesse a ser demonstrado, assim, seria que não deve haver nenhum juiz além do próprio legislativo³⁰⁴

O que Hamilton aponta no Federalista de N° 78 é que uma atuação do Poder Judiciário em moldes tais, que talvez possamos pontuar com o que chamamos de ativismo, produziria tão excessiva concentração de poderes nas mãos do Poder Judiciário, que seria melhor que o Próprio Legislativo exercesse a função de julgar.

Em arremate, a consequência da atuação ativista do Poder Judiciário também é apontada por Montesquieu:

[...]. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.³⁰⁵

A conclusão a que se chega é novamente a mesma: Ativismo Judicial e Separação de Poderes não se conciliam, ao contrário, o primeiro corrói o segundo.

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 330-333.

³⁰⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, p. 495. Trad. Nossa. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf. Acesso em 20 mar. 2023.

³⁰⁵ [...] Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative, et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs ; celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **De l'esprit des lois**, vol. I, Paris: Garnier-Flammarion, 2005, p. 113-14.

Ao fim, conclui-se que não somente é o ativismo judicial incompatível com o Estado de Direito e com a Separação de Poderes, mas sim uma anomalia que os dominou e está a crescer, corroendo suas bases, colocando em risco sua estrutura e aos poucos pavimentando o caminho para uma possível Supremacia do Poder Judiciário.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis** in RT, v. 868, 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572274/mod_resource/content/0/Organizacao%20de%20poderes%20em%20Montesquieu.pdf.

_____. **Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa**. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 235., jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Vol. 4 e 6. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços: Discursos aos bacharelandos da Faculdade de Direito de S. Paulo e m 1920**. Brasília: Edições do Senado Federal – vol. 271, 2019. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/564558/Oracao_aos_mocos_Rui_Barbossa.pdf?sequence=5&isAllowed=y.

_____. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. In: *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, L. R. **Dez anos da Constituição de 1988**. *Revista de Direito Administrativo, [S. l.]*, v. 214, 1998, p.5. DOI: 10.12660/rda.v214.1998.47263. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263>.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito**, São Paulo: Ícone, 1996.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. “Quando a política entra por uma porta, o direito e a técnica saem pelas janelas. (...)” Curitiba/PA, 17 mar 2023. LinkedIn. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/egon-bockmann-moreira-66357127_situacao-de-caos-nas-rodovias-do-parana-poderia-activity-7043181391097802752-jgku/?utm_source=share&utm_medium=member_ios. Acesso em 22 mar 2023

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. Tradução de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 2008. Disponível em: https://pt.scribd.com/read/482637323/Teoria-del-derecho#__search-menu_933321.

BOLINGBROKE, Henry St. John. **A Dissertation upon Parties (1733–34)**. Cambridge: Cambridge University Press. Disponível em: https://assets.cambridge.org/97805214/43937/excerpt/9780521443937_excerpt.pdf.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 346. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4471941/mod_resource/content/1/173838831-Bonavides-Paulo-Andrade-Paes-d.pdf.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm

_____ **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

_____ **Emenda Constitucional N° 1 de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm.

_____ **Emenda Constitucional N° 11 de 1978**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm.

_____ **Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm

_____ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/RJ**. Rel.: Minº Néri da Silveira. Julgado em: 03 fev. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>.

_____ Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF. Relator. Ministro Cezar Peluso**. Brasília, 22 de setembro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. Ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2001.

_____ **Estado de Direito. Cadernos Democráticos**, 1.ed. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

_____ **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1991, p. 171.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. Justitia, São Paulo, 55 (163), jul./set. 1993, p. 38. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22527/acao_direta_inconstitucionalidade_omisao.pdf

CARRE DE MALBERG, Raymond. **Contribution à la théorie générale de l'état**. Paris, Sirey, 1920. t. I., Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9359q/f527.image>.

CÍCERO, Marco Túlio. **Sobre as leis (De Legibus)**. Trad. Bruno Amaro Lacerda. Juíz de Fora: Editora UFJF, 2021. Disponível em: <https://www2.ufjf.br/editora/wp-content/uploads/sites/113/2021/12/SOBRE-AS-LEIS-2.pdf>

_____ Da República. Livro II. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2247

CORPUS IURIS CIVILIS DIGESTO. Livro 1, Título 3, 7. Tradução: Antônio Augusto Catão Alves. Brasília: TRF-1, ESMAF, 2010, p.51. Disponível em: <https://trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/52682/1/Corpus%20iuris%20civilis%20%28disgesto%29.pdf>

CORWIN, Edward Samuel. **The Higher Law background of American Constitutional law**. Indianapolis: Liberty Fund

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A.. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Minnesota Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23; Univeristy of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=939768>

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO POVO DA VÍRGINA, 1776. Disponível em: <https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42Declarao%20da%20Virginia.pdf> >. Acesso em 20 out. 2022.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, Disponível em:

<

<https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM13SS20-Declarao%20de%201789.pdf>>

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia do Direito** (tradução francesa, Paris, 1935, p. 412) *apud* SÓFOCLES. A Trilogia Tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Cury. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1990, p. 219.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 35. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022,.

DIAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 6 ed. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the Constitution**. 8. ed., Londres: Macmillan, 1915. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf

DIETER, Grimm. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DUGUIT, León. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: Ed. Boccard, 1923, t.3, p. 594-6. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5747875f.texteImage>.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. Disponível em: <<https://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/empire.pdf>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Estado de direito e estado legal.** *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 157, p. 14–44, 1984. DOI: 10.12660/rda.v157.1984.44119. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>.

_____. **Lições de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira.** *Revista de Direito Administrativo*, [Rio de Janeiro], v. 250, 2009, p.163. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>.

_____. **O poder constituinte**, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1985. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcgclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5109756/mod_resource/content/0/FERREIRA%20FILHO%2C%20Manoel%20Gon%C3%A7alves.%20O%20poder%20constituente%2C%204%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%2C%200S%C3%A3o%20Paulo%20%20Saraiva%2C%202005%2C%20Partes%20I%20a%20III.pdf

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791.** Trad. Luiz Arnaut. Paris, 1791. Disponível em: <https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**, revised ed. New Haven: Yale University Press, 1969. p. 106. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcgclefindmkaj/https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3571&context=ilj>.

GIERKE, Otto. **Political Theories of the middle age.** Cambridge: At the University Press, 1900. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2562/Gierke_PoliticalTheories1634_Bk.pdf.

GILLMAN, Howard. **The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the 'Living Constitution' in the Course of American State-Building.** *Studies in American Political Development*, v. 11, 1997..

GINSBURG, Tom. **The Global Spread of Constitutional Review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2487330_code243779.pdf?abstractid=2487330&mirid=1

CRAVEN, Greg. **The Quebec Secession Reference: The Law Of Politics Or The Politics Of Law?**, 1999, Australia: Murdoch University Electronic Journal of Law. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurdochUeJILaw/1999/6.html>

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, p. 405. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf.

HAYEK, Friederich A. **The Road to Serfdom**. London: The Institute of Economic Affairs, 2005, p.56. Disponível em: <https://cdn.mises.org/Road%20to%20serfdom.pdf>

HERVADA, J. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução E. M. Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 263

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. organizado por Richard Tuck; tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; revisão da tradução Eunice Ostrensky. -Ed. brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. -São Paulo: Marlins Fontes, 2003.

HOLLOWAY, Carson. **Judicial activism, by liberals and conservatives, is danger to America**. In: BERLATSKY, Noah. *Judicial Activism: Opposing view points*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/395213098/Carson-Holloway-Judicial-Activism#>

HOLMES, Oliver Wendell. **The Path of Law**. *Harvard Law Review*, 10, 457, 1897. Disponível em: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf> .

HORBACH, Carlos Bastide. **A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 859, 2007.

HUGHES, Charles Evans. **Addresses and Papers**. 130, 1908 apud FISHER, Louis. Constitutional Dialogues. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 5.

KELSEN, H. **A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)**. Direito Público, [S. l.], v. 1, n. 1, 2010, p. 108. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1401>. Acesso em: 15 mar. 2023.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**. California Law Review, vol. 92, no. 5, October 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/files/fulltext.pdf?ln=en>.

LAVOCAT GALVÃO, Jorge Octavio. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 139-141.

LLEWELLYN, K.N. **The Bramble Bush** apud RAZ, Joseph. The Authority of Law: Essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press. Disponível em <http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/77486/1/17.pdf>.

LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. (Coleção textos filosóficos. Lisboa: Grupo Almedina (Portugal), 2018.

Loewenstein, **Teoría de la Constitución**, Barcelona, Ariel, 1986, trad. Alfredo Gallego Anabitarte.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**, 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

LUCIANI, Massimo. **Interpretazione conforme a Costituzione**. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 2016. v. 9, p. 391-476 APUD AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 25, jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O ativismo judiciário e a separação de poderes**. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v. 44, n. 194, p. 21-27, out. 2018, p. 27. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_0917_0925.pdf.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/368678120/Carlos-Maximiliano-Hermeneutica-e-Aplicacao-Do-Direito-19%C2%BA-Edicao-Ano-2003#>.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2008. Disponível em: < <https://oll.libertyfund.org/title/mcilwain-constitutionalism-ancient-and-modern>>.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 101

MENDES, Gilmar. **20 anos da Constituição: o avanço da democracia**, p.3. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outrapublicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/apresentacao-20-anos-da-constituicao-o-avanco-da-democracia>.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **De l'esprit des lois**, vol. I, Paris: Garnier-Flammarion, 2005.

_____. O espírito das leis, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

PAINE, Thomas. **The Rights of Man**. Trad. Nossa. New York: The Citadel Press, 1945. Disponível em: <https://www.rcboe.org/cms/lib/GA01903614/Centricity/Domain/10616/the-complete-works-of-thomas-paine.pdf>.

PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. **Tomás de Aquino e a Razão Natural dos Direitos Humanos: Pessoa e Bem Comum**. Revista do Direito: Santa Cruz do Sul, N° 48, p.75, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6593/4664>.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press. Trad. Nossa. Disponível em: <http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/77486/1/17.pdf>.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade**. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf

Schmitt, Carl. **Teoria de la constitucion**. Trad. esp. México, Nacional, 1966. p. 179. Apud FERREIRA FILHO, M. G. Estado de direito e estado legal. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 157, p. 32, 1984. DOI: 10.12660/rda.v157.1984.44119. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>.

SHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Disponível em: https://codolc.com/books/Thinking_Like_a_Lawyer.pdf

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'este-ce que le Tiers état?** Paris: Éditions du Boucher, 2002, cap. 5, p. 50-62. Disponível em: <http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1990, p. 388.

SMITH, George P. **Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition?**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=sulr>. Acesso em: 27 jul. 2014.

SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. Niterói: [s.c.p.], 1961..

STRECK, Lênio Luiz. **A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo**. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009a.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 148.

SUNSTEIN, Cass R. **Lochner's Legacy**. Columbia Law Review, vol. 87, 1987, p 873-919. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12354&context=journal_articles.

TAMANAH, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

TAVARES, Rodrigo de Souza; Vieira, José Ribas; DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo Jurisdicional e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf

TERRÉ, François, **La Crise de la Loi**, Archives de Philosophie du Droit, Paris : 1980, t.25, p. 18-9 APUD FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 4.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO LEAL, Saul. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do STF**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.222.

ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**. Mestrado em Direito, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós Graduação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Ulino_.pdf?sequence=1

UNITED STATES. Supreme Court. **Marbury v. Madison**. 5 U.S. 137. 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 192.

_____. **The Concept and the Rule of Law**. Georgia Law Review, vol. 43, n.º 1, p. 23, 2008. Disponível em: https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review:from constitutional interpretation to judge-made law**. Rev. Ed. Boston: *Rowman & Littlefield Publishers Inc.*, 1994.

YATES, Robert (Brutus). **Antifederalist N.º 78 – The Power of the Judiciary**. New York: The New York Journal, 1788. Disponível em: <http://www.firearmsandliberty.com/ResearchContent/theantifederalistpapers.pdf>.

YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018, local. , e-book.