

## 1) INTRODUÇÃO

A certo ponto da História, na transição entre a Idade Média e a Idade Moderna, a personificação do poder deu lugar à territorialização. Ao soberano, uno e absoluto por unção divina, cumpria o dever de delimitar — e ampliar, sempre que possível — as fronteiras de seu reino, com vista à sedimentar a economia aristocrática, que lhe conferia sustentação política, e a credence popular, que, apesar do forte coeficiente social, era quem conferia-lhe o poder de fato à época, aquele que transborda aos deveres de governança e invade a esfera idílica que leva à deferência desmesurada, à irrestrita sujeição e ao temor como instrumentos máximos. Ou seja, o poder medieval, cego e distante, deu lugar ao poder supremo, que embora mantivesse uma equidistância de seu povo, compreendia-o sob nova perspectiva: para esse povo, deveria ser honroso poder servir e sustentar o monarca e sua plêiade intramuros palacianos, representações santificadas de estabilidade e segurança enviadas por Deus, o todo poderoso. Afinal, era preciso uma vastidão de anjos no Céu para sustentar as nuvens sobre as quais a monarquia e seus santos governavam o passado, o presente e o futuro.

Não espanta, portanto, que a mais alta Corte do Poder Judiciário tenha mantido a supremacia como expressão de sua função institucional em ex-colônias nas Américas, como nos casos dos Estados Unidos e sua Suprema Corte, da Venezuela e seu Tribunal Supremo de Justiça e do Brasil e seu Supremo Tribunal Federal. Não é mero acaso linguístico. O efeito conotativo da palavra sobre seus destinatários está na essência da linguagem normativa em sua natureza prescritiva, determinando o convívio e o comportamento social através do Direito (Araújo, 2005, p. 13). É o mesmo exercício premeditado de semiótica que concedeu aos juízes, pairando sobre nuvens de códigos e mandamentos, o título de “ministros”, conforme narrativa de um dos principais institutos de fé cristã: a Bíblia Sagrada, segundo a qual o evangelista Lucas teria escrito, no capítulo 3, versículos 23-38, antes de apresentar a extensa genealogia de Jesus Cristo, desde José até Adão e Deus, que “seu ministério havia começado aos cerca de trinta anos de idade” (Bíblia Sagrada, 1990, p. 2435-2436). “Nós somos supremos dentro deste Poder”, asseverou Ricardo Lewandowski, então ministro do STF, dois milênios depois.<sup>1</sup>

Compreender o ativismo judicial em sua atual cognição — nobre ou pejorativa — implica conhecer e revisitar a História, lançando olhar sobre a origem e as consequências da

---

<sup>1</sup> A afirmação foi feita pelo ministro Ricardo Lewandowski durante uma das sessões de julgamento em plenário da Ação Penal 470 — o famigerado “Mensalão do PT” — pelo Supremo Tribunal Federal (Bresciani; Brito, 2012, p. A7.).

separação dos Poderes, em especial seus impactos na trajetória republicana e constitucionalista e no debate público sobre o papel contemporâneo do Poder Judiciário e seu protagonismo na guarda das linhas jurídicas maestras. Para tanto, foi empenhada metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, de natureza básica e objetivo exploratório, em conjunto ordenado de procedimentos de busca por explicações e soluções à problemática suscitada.

## 2) A “DEMÊNCIA DA CANALHA” E OS PODERES EM SEPARADO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fixou a inabolibilidade da separação dos Poderes em seu art. 60, §4º, inciso III. Noutras palavras, muito embora todo o poder — minúsculo! — deva emanar do Povo, o legislador constituinte fez assegurar, em inelutável argumento, a petrificação do sistema de funções no país, que deflui do art. 2º da Carta Cidadã: são Poderes — maiúsculo! — da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A divisão do exercício do Poder não é um fenômeno altruísta, lastreado por abnegações. É, antes de qualquer outro aspecto passível de observação, um instrumento de ordem entre os atores que gravitam a governança do Estado *lato sensu*. Remontam à Antiguidade Clássica as funções identificadas e estabelecidas por Aristóteles, na *Política*, segundo o qual a boa gestão da *polis* estaria dividida entre o que havia de ser deliberado, executado e julgado, ainda que tal identidade não significasse autonomia e independência (Ferreira Filho, 2015, p. 68), uma vez que atreladas ao poder absoluto do soberano e, já em tempo antigo, aos instintos primitivos da multidão, à “demência da canalha”.<sup>2</sup>

Ao raiar do século XVII, a verve antiabsolutista do filósofo inglês John Locke, primeiro grande teórico do liberalismo (Várnagy, 2006, p. 46), sedimenta sua teoria acerca do consentimento dos homens para estabelecer uma sociedade política — direito natural — e da

---

<sup>2</sup> Em carta a Evaristo de Moraes, datada de 1911, Rui Barbosa escreve: “Voltaire chamou um dia, brutalmente, à paixão pública ‘a demência da canalha’. Não faltam, na história dos instintos malignos da multidão, no estudo instrutivo da contribuição deles para os erros judiciários, casos de lamentável memória, que expliquem a severidade dessa aspereza numa pena irritada contra as iniquidades da justiça no seu tempo.” (Barbosa, 2002, p. 36). Serviu-se do excerto, em ironia fina, o ministro Gilmar Mendes, do STF, ao deferir contracautela — sob pecha de *periculum in mora* inverso —, derrubando, assim, uma liminar concedida pelo ministro Celso de Mello em favor do então procurador da República, Deltan Martinazzo Dallagnol, que se encontrava sob a mira de Processo Administrativo instaurado pelo Conselho Nacional do Ministério Público por ter sido um dos protagonistas dos feitos da Operação Lava-Jato (Brasil, 2020).

restrição dos poderes monárquicos à função executiva. Embora faça referência a três Poderes — o legislativo, o executivo e o federativo —, Locke classifica os mesmos em apenas dois: o legislativo e o executivo, atribuindo ao monarca, preferencialmente, o exercício do poder federativo (Albuquerque, 2014, p. 68). No mesmo sentido axiológico de que se estaria a defender não a tripartição, mas uma teoria bipartite de Poderes, Norberto Bobbio (1997, p. 231) assevera que, “para Locke, considerado muitas vezes, erroneamente, como o pai da teoria dos três Poderes, os Poderes são apenas dois”.

Enquanto isso, a organização de uma espécie de magistratura real na França desde o século XIII, aliada à sua vastidão territorial, havia imposto um sistema feudal hierárquico com vista a fazer cumprir em todo território os mandamentos do rei em sua longínqua corte parisiense. Os tribunais senhoriais e seus reitores — os *prévots* — foram gradualmente sendo minados, mas muitos deles chegaram a sobreviver até à Revolução (Dawson, 1968, p. 266). Como eventual alternativa aos desmandos e rebeldias, o poder soberano criou cargos de alto escalão e grande prestígio social, nomeando-os oficiais de justiça e senescais — os *baillis* e os *sénéchaux* (termo geralmente empregado no sul e oeste da França), respectivamente —, que acumulavam funções administrativas, militares e financeiras, assim como as judiciais, com poderes inclusive de rever decisões exaradas pelos reitores e senhores feudais, vez que seus postos estavam entre estes e o rei.

Um passo importante na ampliação do controle real foi a criação, durante o século XIII, de um escritório de alto escalão: o do *bailli* (chamados de *sénéchaux* no sul e oeste da França), interposto entre os reitores e a corte central do rei. Como os reitores e seus análogos mais próximos na Inglaterra, os xerifes, os *baillis* tinham uma mistura de funções. Como juízes, eles logo adquiriam ambas as funções de jurisdição original e poder de revisão de apelação sobre os juízes reais inferiores, como os reitores, e sobre os tribunais senhoriais. Eles eram funcionários importantes, com grande prestígio, e instrumentos eficazes da política real. (Dawson, 1968, p. 267, tradução nossa, grifos no original).<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> “An important step in extending royal control was the creation, during the thirteenth century, of an office of higher rank, that of the *bailli* (called *sénéchaux* in the south and west of France) who was interposed between the *prevots* and the king's central court. Like the *prevots* and also like their nearest analogues in England, the *sheriffs*, the *baillis* had a mixture of functions. As judges they soon acquired both an original jurisdiction and a power of appellate review over inferior royal judges, such as the *prevots*, and over some seignorial courts. They were important officials with high prestige, effective instruments of royal policy.” (Dawson, 1968, p. 267, grifos no original).

Se até a virtude precisa de limites,<sup>4</sup> são os ventos do Iluminismo, no século XVIII, que trazem a *magnum opus* do francês Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu: *O espírito das leis*. Nela, surge o ideal de tripartição dos Poderes identificados no Estado: a função legislativa, responsável por criar, corrigir ou revogar leis por um tempo ou para sempre; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes — a função executiva do Estado, em síntese —, responsável pelas relações internacionais de paz ou guerra, de prevenção a ataques externos, de chancelaria e de segurança nacional; e o poder executivo daquelas coisas que dependem do direito civil — o poder de julgar, em suma —, responsável pelo mediar as querelas entre particulares e pelo julgamento de crimes (Montesquieu, 1996, p. 167-168).

Essa formulação, Montesquieu encontra na Inglaterra. Ela, porém, não é coetânea do livro (1748), mas, sim, do início do século XVIII, depois que o *Act of Settlement* de 1701 assegurou a independência dos juízes, tendo sido a do Parlamento consagrada pelo *Bill of Rights* de 1689. Isto sugere que ele, conforme autorizados intérpretes — entre os quais Jean-Jacques Chevallier — entendem, põe o que veio a ser conhecido por separação dos Poderes como uma receita de arte política, tendo em vista a transformação política desejável para a França. (Ferreira Filho, 2015, p. 68)

Não é demais estabelecer que, no cordão temporal dos sucessivos conflitos por poder na Europa moderna, a obra de Montesquieu está exatamente situada entre as guerras e revoluções inglesas irrompidas após a primeira Era Elizabetana — que a antecederam e serviram de inspiração — e as posteriores Revolução Americana (1776) e Revolução Francesa (1789), tendo esta última dela feito uso no rompimento com o absolutismo monárquico e na repartição de seus poderes — minúsculo! — concentrados entre instâncias distintas, havendo nos levantes europeus a ascensão do Legislativo como expressão maior da vontade democrática, como elucida Cappelletti:

Para dizer a verdade, cada uma dessas duas nações europeias tem uma história diferente acerca da supremacia parlamentar. Na França, é mister voltar-se ao passado para nele encontrar um profundo sentimento de repulsa popular contra o abuso da função jurisdicional exercido pelas as altas cortes de justiça no

---

<sup>4</sup> No Capítulo IV do Livro Décimo Primeiro, ao versar sobre “as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”, Montesquieu reflete sobre o abuso de poder numa democracia: “A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites.” (Montesquieu, 1996, p. 166).

tempo do *ancien régime*. Esses tribunais, ironicamente denominados de *Parlements*, tinham competência para rever atos do soberano, recusando-se a aplicar os considerados incompatíveis com "*as leis fundamentais do reino*". Os pronunciamentos — na maior parte não escritos — acerca dessas leis fundamentais, entretanto, induziram as cortes a afirmar a "*heureuse impuissance*" do legislador até mesmo introduzindo pequenas reformas liberais. Os juízes estavam de tal maneira identificados com o regime feudal que consideravam inaceitável qualquer inovação liberal. Os cargos eram hereditários, podendo ser comprados e vendidos. O trabalho dos juízes devia ser pago pelos litigantes como se a administração da justiça fosse um privilégio dos magistrados e não uma obrigação. *Status*, educação, família e interesses pessoais de classe se combinavam para motivar comportamentos extremamente conservadores, fato que, eventualmente, contribuiu para a deflagração da explosão revolucionária. O ressentimento popular contra os *Parlements* era justificado e refletiu-se, por vezes em forma velada, na celebrada obra, *De L'Esprit des Lois*, publicada pela primeira vez, em 1748, por quem, ao falar dos juízes de seu tempo e país, sabia muito bem o que estava dizendo. Charles-Louis de Secondat, o primogênito duma antiga família de juízes "*parlamentares*", contando 27 anos de idade, em 1716, já se tinha tornado "*Président à mortier*" no "*Parlement*" de Bordeaux. Herdara o alto cargo judiciário, assim como o nome de Montesquieu, de seu falecido tio. Perfeitamente compreensível, dado o tipo de juízes daquele tempo, pregasse um iluminado Montesquieu que os juízes não deveriam ser investidos de nenhum poder político: "*Não há liberdade... se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo*". "*Mesmo que a lei*", diz ele, "*embora clarividente e cega*", parecesse em certos casos cruel, ainda assim não seria dado aos juízes interferirem; pois esta tarefa é da competência exclusiva dos legisladores. Aos juízes incumbe o dever de aplicar a lei cegamente, uma vez que os juízes não são nada mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar quer a força quer o rigor da lei. (Cappelletti, 2001, p. 268-270, grifos no original)

É durante este processo de transformação das relações do Estado com o indivíduo cidadão que surge a grande controvérsia acerca dos três Poderes na obra montesquiana. Muito embora ele tenha apresentado o Judiciário como um dos Poderes, há um coeficiente de invisibilidade e nulidade no exercício de tal função, sendo o poder jurisdicional reduzido ao mero exercício intelectual de aplicar as leis — *bouche de la loi*, os juízes deveriam ser, tão somente, "bocas da lei" — ora produzidas pelos representantes dos cidadãos. Seu argumento mais contundente versa sobre temer-se a Magistratura e não aqueles cidadãos, escolhidos entre o povo, para exercer temporariamente a função judicante:

O poder de julgar não deve ser dado a um Senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os

homens, como não está ligado a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juizes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados. É até mesmo necessário que, nas grandes acusações, o criminoso, de acordo com a lei, escolha seus juizes. (Montesquieu, 1996, p. 169)

Montesquieu, por seu lastro de origem e tendo em vista considerar a função de julgar em alguma medida nula, assenta a necessidade de outro Poder: o Moderador. Uma vez que os cidadãos comuns do povo estariam, em alguma medida, representados ou atuantes nas funções de legislar e julgar e ao monarca coubesse a função executiva, haveria a natural demanda por um poder capaz de regulá-los, repousando este sobre as cabeças da fração do Legislativo composta pela nobreza, cuja faculdade de impedir seria ampla e a faculdade de estatuir encontrasse limitação, por excepcionalidade, nas leis concernentes à arrecadação de dinheiro (Montesquieu, 1996, p. 172).

Na realidade, a estrita separação, *French style*, dos poderes governamentais, se de inspiração realmente montesquiana ou não, estava a milhas de distância do tipo da separação dos poderes praticamente adotada ao mesmo tempo pela Constituição Americana. A separação dos Poderes na América é melhor caracterizada como *pesos e contrapesos* e sob este princípio está reservado aos tribunais a função extremamente importante de rever atos do legislativo e da administração. (Cappelletti, 2001, p. 271, grifos no original)

Atravessando o oceano, na composição dos 85 artigos que formam a obra *O Federalista*, Alexander Hamilton, John Jay e James Madison deslocam o *locus* de soberania na defesa de uma nova principiologia para o exercício dos Poderes, afinal o juscontratualismo anglo-americano compreendia o poder supremo popular de modo completamente diverso ao ideal revolucionário francês. Enquanto na França pós-revolução a soberania do povo passou a ser o princípio do ordenamento político e este, por seu turno, o formulador do direito — o Judiciário subordinado aos poderes políticos do Executivo e do Legislativo —, na América a soberania popular, institucionalizada, seria exercida pelos representantes eleitos, que não teriam força autônoma e estariam subordinados ao poder de resistência de seus representados contra qualquer pretensão absolutista violadora de direitos naturais, transgressora do poder original. Noutras palavras, o poder político estaria subordinado ao direito, que permaneceria essencialmente nas mãos do povo e seria delegado, a título precário, aos mandatários eleitos (Lynch, 2010, p. 110-111).

É possível explicar a tese em gráfico de simples compreensão:

**FRANÇA (1789):**



**ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (1776):**

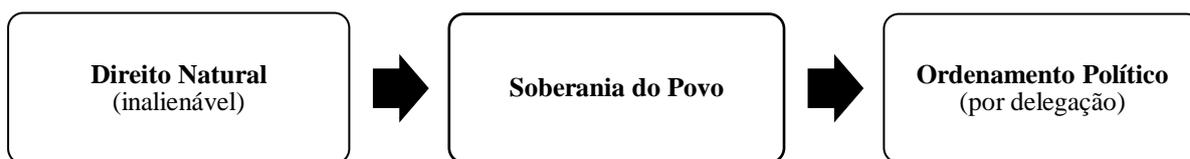


Gráfico 1: Modelo esquemático para demonstrar o *locus* de soberania a partir da Revolução Francesa (ideal republicano francês) e da Revolução Americana (juscontratualismo anglo-americano).

Há hipóteses para esse deslocamento do *locus* de soberania na gênese do constitucionalismo norte-americano. Uma das mais emblemáticas é suscitada por Christian Lynch:

A principal causa dessa concepção dessustancializada do conceito de soberania democrática nos Estados Unidos, mais profundamente que a herança inglesa, deve ter sido a cultura protestante das colônias. A tradição católica francesa motivara os seus teóricos a transferir ao povo todos os atributos da soberania divina, como a unidade, a bondade e a onipresença, voltando-se simultaneamente contra a Igreja e o Trono para criar um absolutismo democrático. Fragmentada em inúmeras seitas igualitárias e desprovidas de um intermediário entre o céu e a terra, a tradição protestante norte-americana, ao contrário da francesa, preservava a esfera religiosa em toda sua intensidade e por isso a punha numa esfera distinta e superior à política, ainda que a moldasse à sua feição. Assim, ao invés de deslocar os atributos de soberania de Deus para o povo e voltá-los contra a própria religião, Deus continuou perfeitamente poderoso e intocado nos Estados Unidos, velando pelos direitos naturais de seus fiéis na terra — a liberdade, a igualdade e a propriedade. (2010, p. 111)

Não por acaso, corroborando a hipótese de Lynch, o libelo de independência dos Estados Unidos da América faz referência a Deus como criador da natureza e das leis naturais, conessor

de direitos individuais inalienáveis — “entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade” —, árbitro favorável às intenções separatistas como “Juiz Supremo do mundo” e fonte da divina providência na qual estava depositada a “firme confiança” de proteção ao ato oficial de independência (Jefferson, 2014).

Uma década depois, sob a pressão de dois dos três delegados do Estado de Nova York não constarem dentre os signatários do esboço da Constituição dos Estados Unidos — os juízes Robert Yates e John Lansing Jr. recusaram-se a assinar; apenas o banqueiro Alexander Hamilton ratificou o documento —, concebido pela Convenção de Filadélfia, os novaiorquinos acordaram naquele 27 de outubro de 1787 com o *Independent Journal* trazendo em suas páginas as linhas do primeiro artigo da série que viria a constituir a obra *O Federalista*, a qual Thomas Jefferson classificaria como “o melhor comentário jamais escrito sobre princípios de governo” (Kramnick *in* Madison *et al.*, 1993, p. 1). O objetivo era evidente: utilizar a imprensa, em seu papel de formação e manipulação da opinião pública, para persuadir os convencionais do Estado a votarem pela ratificação da nova Constituição, conclamando-os à instituição de uma espécie de republicanismo democrático lastreado pelo binômio civilizatório *reflexão-escolha* e não pelas paixões e preconceitos advindos da lógica ortodoxa *acaso-força* vigente.<sup>5</sup>

Em síntese, enquanto o republicanismo ortodoxo francês partia do pressuposto de existência de um grupo capaz de se organizar politicamente como representação da sociedade e, em seu nome, exercer o controle dos Poderes em separado, o republicanismo democrático-liberal norte-americano, por sua principiologia, precisava sedimentar-se na virtude de seus cidadãos, a quem um idílico sistema, independente do direito positivo, havia conferido a unidade da soberania e de quem deveria emanar a diversidade de atitudes e concepções, através da representatividade, para o interior das instituições, controlando-as em suas diferenças (*check*) na direção do equilíbrio (*balance*). Afinal, como os próprios federalistas reconheceram, nem sempre seria possível ter estadistas esclarecidos no exercício dos Poderes e paixões e

---

<sup>5</sup> Sob pseudônimo *Publius*, Hamilton, Madison e Jay acusaram a intriga e mordacidade de seus oponentes na disputa pela ratificação da Constituição, mas não os pouparam em construções sarcásticas e até ferinas desde o primeiro artigo publicado. Leia-se ao texto inaugural: “Não se pode duvidar que grande parte da oposição que já se manifestou, ou pode vir a se manifestar, brotará de fontes, se não respeitáveis, pelo menos inatacáveis [na oposição, dois juízes]. Erros honestos de mentes desviadas por ciúmes e temores preconcebidos. De fato, tão numerosas e poderosas são as causas da distorção do julgamento, que em muitas ocasiões, em questões de primeira magnitude para a sociedade, vemos homens sábios e bons tanto do lado errado como do lado certo. [...] No entanto, por mais que admitamos a justiça desses sentimentos, já temos indicações suficientes de que as coisas se passarão desta vez como em todos os casos anteriores de grande discussão nacional. Uma torrente de paixões raivosas e malignas se desencadeará. A julgar pela conduta dos partidos oponentes, seremos levados a concluir que esperam provar a justeza de suas opiniões e aumentar o número de seus seguidores pela estridência de suas arengas e a acrimônia de suas invectivas” (Publius [Hamilton] *in*: Madison *et al.*, 1993, p. 94-95).

interesses localizados, ainda que majoritários e mascarados sob a égide constitucional, não poderiam servir-se de tal prerrogativa para executar esquemas de opressão contra as minorias. O sacrifício de paixões e interesses dominantes em nome do bem público, dos direitos privados de todos. O bem do todo. A grande virtude de se constituir uma União (Madison *et al.*, 1993, p. 136).

Eis a pedra angular da separação dos Poderes: a existência virtuosa da União, a qual Madison classificou como “remédio republicano para as doenças que mais afligem o governo republicano” (1993, p. 139) e, mais tarde, seria chamada por John Pocock (1975, p. 506-552) como um movimento de “americanização da virtude”. Definitivo, Quentin Skinner (1996, p. 625) estabelece essa análise do “poder onipotente, porém impessoal”, como sendo os “alicerces assentados” da teoria moderna do Estado.

### **3) O DESAFIO DA REPRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL DOS PODERES**

Entre a Europa continental e os Estados Unidos da América há bem mais do que as águas do Atlântico Norte. O coeficiente socioeconômico, político e cultural que emerge após as revoluções setecentistas estabeleceu os rumos que iriam definir as nações e estabelecer suas tradições jurídicas. Enquanto o *civil law*, ainda que lastreado pelos ideais da Revolução Francesa, expandiu-se pela Península Ibérica carregado de dogmas capazes de negar institutos e do exercício limitado de declaração judicial da lei dentro de uma doutrina de separação estrita entre os Poderes, o eixo de formação do *common law* deslocou a base do *statute law* — o direito escrito — para a *lex non scripta* — o direito não escrito —, espelhando os costumes gerais e particulares como norteadores da função jurisdicional (Marinoni, 2009, p. 12) e, conseqüentemente, levando os Poderes, por mais que estivessem bem definidos na Constituição norte-americana, à tênue linha fronteiriça que até hoje os separa.

O grande desafio das emergentes democracias, como explica Robert Dahl (2012, p. 41), era consolidar a teoria republicana e os paradigmas democráticos a sociedades de maior porte, grandes e heterogêneas, promovendo as adaptações necessárias à escala de diversidade e com vista ao longo alcance de transformações. Entre esses ajustes, o de maior relevo e com as conseqüências mais profundas foi o entendimento de que, para alcançar as dimensões

geográficas, culturais e populacionais dos países, era preciso institucionalizar a representação de seu povo no exercício do poder e dos Poderes. Assim conclui Stuart Mill:

Torna-se evidente que o único governo capaz de satisfazer a todas as exigências do estado social é aquele do qual participou o povo inteiro; que toda participação, por menor que seja, é útil; que a participação deverá ser, em toda parte, na proporção em que permitir o grau geral de desenvolvimento da comunidade; e que não se pode desejar nada menor do que a admissão de todos a uma parte do poder soberano do Estado. Mas como, nas comunidades que excedem as proporções de um pequeno vilarejo, é impossível a participação pessoal de todos, a não ser de uma pequena porção muito pequena dos negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só pode ser o representativo. (1981, p. 38)

Com os Poderes em separado, limitados e moderados, e posta a representatividade como vetor de seu exercício, como regular o melhor funcionamento dessa estrutura política de forma a garantir direitos fundamentais e liberdades individuais num contexto de pluralidade participativa? Inspirada na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, a resposta foi traduzida ao art. 16 da francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a repartição dos Poderes determinada, não tem Constituição” (Élisée, 2022). Na esteira, a recém ratificada Constituição dos Estados Unidos, que já trazia a plena separação dos três Poderes, consolidou suas dez primeiras emendas garantidoras de direitos e liberdades: *The Bill of Rights*, criada em setembro de 1789 e ratificada em dezembro de 1791 (National, 2022).

Resta evidente, portanto, que a institucionalização de Poderes bem definidos e harmônicos entre si tornou-se pressuposto de existência para as repúblicas democráticas e pilar de sustentação para o estado democrático de direito. Porém, não sem custo. Dahl (2012, p. 45) salienta que essa união entre os preceitos de administração republicana e a ampla representatividade popular exigiu a criação de “uma constelação inteiramente nova e altamente complexa de instituições políticas”, cuja missão era superar e substituir o *locus* de soberania monárquica advindo dos conceitos de democracia da Antiguidade para, enfim, consolidar a institucionalidade da democracia representativa.

#### 4) O PODER DOS MOINHOS DE VENTO

Em célebre excerto, Cervantes (2012, p. 151-158) narra o encontro entre Dom Quixote e Sancho Pança e os 12 galeotes nas proximidades da Serra Morena, entre a Andaluzia e a Mancha. Condenados a remar nas galés pelo cometimento de crimes diversos — lenocínio, furto, incesto, solécia, entre outros tipificados à moral dos tempos —, eles foram agraciados pelo beneplácito do cavaleiro castelhano, que exigiu a imediata soltura sob argumento de que não havia honradez no ato de os *beleguins* — oficiais de justiça e diligências — conduzirem aqueles presos sem nada ganhar com isso e sem terem eles sido alvos diretos de tais criminosos. “Que cada um se vire com seu pecado; no céu há Deus, que não se descuida de castigar o mau nem de premiar o bom”, asseverou Dom Quixote, lancetando-os. Uma vez libertos, “sabendo que o cavaleiro não era muito certo, desde o disparate que havia cometido ao libertá-los”, os galeotes começaram a lhes atirar uma “tempestade de pedras”, roubaram seus pertences e fugiram sem olhar para trás.

A passagem quixotesca é reveladora da compreensão de justiça, com a literatura emprestando às ciências a sátira sobre a decadência de uma mentalidade continental-europeia — sobretudo na Península Ibérica — e a ascensão desse novo modelo de sociedade realista, capitalista e politicamente representada que alcançou o mundo contemporâneo (Amaral, 2019, p. 90-93). Enquanto Dom Quixote ainda idealiza o mundo pela ótica da fidalguia dos cavaleiros, da suntuosidade dos castelos, da cortesia e das batalhas heroicas contra os inimigos do rei, o fiel Sancho Pança é seu pé fincado na realidade, lembrando-o a todo tempo sobre as mazelas humanas, a desigualdade social impressa na simplicidade das hospedarias, o jogo de interesses políticos e os moinhos de vento propulsores da economia em franca industrialização.

Assim como na obra de Cervantes é possível avistar a transição para a contemporaneidade, o termômetro de evolução do direito também oscilou diante das transformações sociais no Ocidente. Enquanto a tradição *civil law* manteve por algum tempo a ilusão do gigantismo das palavras ditadas pelo legislador, reduzindo o Judiciário à tarefa montesquiana de apenas aplicar normas, os moinhos da *common law* rapidamente moldaram a estrutura do Poder Judiciário, superando a mecânica da mera aplicação da lei e concedendo aos juízes a *law-making authority* — teoria constitutiva —, lastreada pelo constitucionalismo e pelo controle jurisdicional e demandada pelos conflitos contemporâneos irrompidos a partir do início do século XIX. Por óbvio, a dogmática do Poder Legislativo como fonte única do direito na

*civil law*, ancorada na Revolução Francesa, não sobreviveu aos fenômenos sociais e aos fatos históricos, permitindo florescer deferência à elasticidade de elaborações e interpretações provenientes de um Judiciário mais robusto, com poder de controlar a constitucionalidade das leis e a legalidade dos atos do Poder Executivo (Marinoni, 2009, p. 20-22).

Não há dúvida de que o controle jurisdicional constituiu o núcleo central da separação dos Poderes no Estado constitucional contemporâneo. Exemplos dessa situação estão nas democracias brasileira, estadunidense, alemã e italiana, em que toda lei aprovada pode ser cassada por um órgão do Poder Judiciário. [...] Nos dias atuais, a separação dos Poderes caracteriza a ideia de Estado constitucional democrático e não existe país democrático que não possua essa regra em sua Constituição. (Pelicioli, 2006, p. 28)

Não é demais observar que a efervescência do Poder Judiciário ante ao constitucionalismo posto jamais foi consenso, quiçá unanimidade. A ideia da existência de juízes supremos, com prerrogativa de *judicial review* sobre leis democraticamente concebidas, fermenta debate de longevidade bicentenária (Grostein, 2019, p. 33-34). Há rigorosas críticas ao que se convencionou chamar ativismo judicial, como o fez Alexander Bickel, que havia sido assessor de Felix Frankfurter — juiz associado da Suprema Corte dos Estados Unidos e, ele próprio, defensor da autocontenção nos julgamentos do tribunal constitucional —, atacando o papel contramajoritário da magistratura, capaz de sacrificar a lei em favor de agendas políticas, e propondo que o Judiciário assumisse a tese de aceitar-se como o mais fraco dos Poderes.

Caminho semelhante, um pouco menos feroz, trilhou Cass Sunstein ao defender uma ótica minimalista para o Judiciário. Em síntese, a arquitetura democrática contemporânea remete à construção de consensos em meio à diversidade de valores e ao multiculturalismo das sociedades, ou seja, fora dos tribunais. O papel da Constituição seria exatamente fornecer as condições mínimas necessárias para garantir a existência, a liberdade e a participação desse conjunto diverso nas estruturas deliberativas. À corte constitucional, portanto, não caberia avaliações morais acerca de casos concretos, nem interpretações iluministas e alargadas para as linhas maestras (Ziegler; Gauer, 2016, p. 98).

Entretanto, ainda que o magistrado constitucional mantenha aberto os ouvidos sacerdotais ao apelo de outras vozes, a experiência no exercício da função é o diapasão nesse debate que atravessa séculos. Juiz da Suprema Corte no pós-1929, um dos períodos mais críticos

da História recente dos Estados Unidos, o novaiorquino Benjamin Cardozo (2004, p. 5) — que acabou substituído por Frankfurter após sua morte — traz à luz a reflexão:

Onde o juiz encontra a lei que ele incorpora em seu julgamento? Às vezes, a fonte é óbvia. A norma que se ajusta à causa pode ser fornecida pela Constituição ou pela lei emanada do Legislativo. Quando é assim, o juiz dá sua busca por encerrada. Certificada a correspondência, sua obrigação é obedecer. A Constituição prevalece sobre a lei escrita, mas uma lei escrita, se coerente com a Constituição, prevalece sobre a lei dos juízes. Nesse sentido, o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores. É verdade que códigos e leis escritas não dispensam o juiz, nem tornam seu trabalho superficial e mecânico. Há lacunas a preencher. Há dúvidas e ambiguidades a esclarecer. Há dificuldades e erros a atenuar, se não evitar. Fala-se geralmente da interpretação como se fosse simplesmente a busca e a descoberta de um propósito que, apesar de obscuro e latente, tinha, não obstante, uma preexistência real e verificável na mente do legislador. De fato, às vezes o processo é esse mesmo, mas frequentemente envolve algo mais. A verificação da intenção pode ser o menor problema que um juiz tem de enfrentar ao atribuir significado a uma lei escrita.

Em síntese, como faz lembrar Grostein (2019, p. 35), a aferição do que seja o ativismo judicial, em seu sentido pejorativo, não passa pelo mero exercício da jurisdição constitucional. A menos que, sob uma perspectiva juriscêntrica, a supremacia do Judiciário se dê pelo desengajamento dos demais Poderes ou pela ausência de gravidade entre os atores privados que deveriam participar do processo de interpretação constitucional (Brandão, 2017, p. 344). Ou, ainda, pelo medo dos moinhos de vento.

## **5) CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O que dá sustento ao estado democrático de direito não é capacidade iluminista do magistrado constitucional, o poderio do chefe executivo eleito ou a grandeza representativa do legislador. Se assim fosse, a vida de um país democrático ficaria reduzida ao embate eterno e intransponível de verificação de ilegitimidades e as decisões mais relevantes restariam aleatórias ou arbitrárias, tal qual escolher um lado e jogar uma moeda para cima ou dar azo a maiorias transitórias.

No fundo, o *design* institucional conduzido pela assunção dos Poderes em separado versa mais sobre sua união e harmonia do que sua formal separação. A Constituição, por princípio, não é a forja de uma identidade nacional. Ao contrário, as magnas linhas constitucionais são o produto das múltiplas faces, gêneros e cores de uma nação como garantia de sua própria existência, inventário de valores substantivos para essa sociedade plural. Guardá-la, ainda que seja função precípua do Judiciário, também é dever do Legislativo, do Executivo e de todos e cada um dos cidadãos.

Ainda que institucionalmente separados e independentes, os Poderes — maiúsculo e plural —, em nome da segurança jurídica e da estabilidade democrática, devem ser a expressão singular do exercício harmônico do poder da União. A obviedade que faz o chavão, não o banaliza: é a união que faz a força.

## 6) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Dom Quixote. *In*: NEVES, José Roberto de Castro (Org.). **O que os grandes livros ensinam sobre justiça**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019, p. 87-117.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Semiótica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALBUQUERQUE, Armando. A teoria lockeana da separação de Poderes. *In*: POZZOLI, Lafayette; OLIVEIRA JR., José Alcebíades; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa (Orgs.). **Estudos contemporâneos de Filosofia do Direito**. Mauá: Letras Jurídicas, 2014.

BARBOSA, Rui. **O dever do advogado**: carta a Evaristo de Moraes. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.

BÍBLIA SAGRADA. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath, tradução das expressões latinas por Janete Melasso Garcia. Brasília: Editora UnB, 1997.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, Brasília (DF), 2022. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Pet 9.068-MC-AgR/DF**. Rel.: Min. Nunes Marques; Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes. Julg. 04/09/2020, Dje-223 divulg. 08/09/2020 public. 09/09/2020.

BRESCIANI, Eduardo; BRITO, Ricardo. Cassação divide STF e anuncia crise com a Câmara. **O Estado de S.Paulo**, São Paulo (SP), ano 133, n. 43519, 11 dez. 2012, Nacional, p. A7.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, tradução de Fernando Sá, v. 20, p. 261-286, out. 2001.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Tradução de Silvana Vieira, revisão técnica de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARVALHO, Bruno Leal Pastor de. Uma união não tão perfeita: o nascimento da Constituição dos Estados Unidos. In: **Café História**. Brasília (DF), ISSN: 2674-5917. Publicado em 16 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.cafehistoria.com.br/uma-uniao-nao-tao-perfeita-a-constituicao-dos-eua/>>. Acesso em: 16 mar. 2024.

CARVALHO, Daniel Gomes de; FLORENZANO, Modesto. A (des)fortuna de Thomas Paine: um problema histórico e historiográfico. **Tempo**, Editora da UFF, Niterói (RJ), v. 25, n. 2, p. 321-341, mai./jun. 2019.

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **Dom Quixote de la Mancha**. Tradução e notas de Ernani Ssó, introdução de John Rutherford e posfácios de Jorge Luís Borges e Ricardo Piglia. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2012 (Clássicos).

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DAWSON, John P. **The oracles of the law**. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968 (Thomas M. Cooley Lectures).

ÉLISÉE. **La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen de 1789**. La Présidence, Mis à Jour le: 14 décembre 2022. Disponível em: <<https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen>>. Acesso em: 17 mar. 2024.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo (SP), ano 16, n. 40, p. 67-81, abr./jun. 2015.

GROSTEIN, Júlio. **Ativismo judicial**: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019.

JEFFERSON, Thomas. **A declaração de independência dos Estados Unidos da América**. 1ª ed. Tradução de Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

LYNCH, Christian E. C. Do direito à política: a gênese da jurisdição constitucional norte-americana. **Revista de Ciências Sociais**, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro (RJ), v. 16, p. 101-130, 2010.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**: edição integral. Tradução de Maria Luiza Xavier de Almeida Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba (PR), n. 49, p. 11-58, 2009.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Manoel Innocêncio de Lacerda Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981 (Coleção Pensamento Político, v. 19).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NATIONAL ARCHIVES. **The Bill of Rights**. America's Founding Documents, The U.S. National Archives and Records Administration, reviewed on July 12, 2022. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em: 15 mar. 2024.

PELICIOLI, Ângela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos Poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, Brasília (DF), v. 43, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006.

POCOCK, John Greville Agard. **The Machiavellian moment**: Florentine political thought and the Atlantic republican tradition. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 1975.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 2ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. *In*: BORON, Atílio A. (Org.). **Filosofia política moderna**: de Hobbes a Marx. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO); São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (DCP-FFLCH), Universidade de São Paulo (USP), 2006, p. 45-79.

ZIEGLER, Joici; GAUER, Lessandra Bertolazi. Minimalismo judicial na visão de Cass Sunstein: uma alternativa para a concretização da Democracia. **Arquivo Jurídico: Revista Jurídica da Universidade Federal do Piauí**, Teresina (PI), v. 3, n. 2, p. 94-111, jul./dez. 2016.