XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ATIVISMO JUDICIAL E A (DES) NATURALIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

JUDICIAL ACTIVISM AND A (DE)NATURIZATION OF THE SEPARATION OF POWERS

Patrícia Spagnolo Parise Costa [1]
José Rodrigo Rodriguez [2]

Resumo

A ideia de ativismo judicial foi construída sobre a tradicional teoria da separação de poderes, em que um Poder Judiciário proativo denotaria lesão ao Estado Democrático de Direito, por interferência na atuação dos poderes políticos. Questionou-se, então: o ativismo judicial poderia ser visto positivamente a partir de um novo arranjo de separação de poderes? O objetivo da pesquisa foi analisar o ativismo judicial diante dos equívocos da teoria de Montesquieu. Valeu-se da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo. Concluiu-se que o ativismo pode ser pensado em termos frutíferos, a partir da discussão pública, evitando a ocorrência de zonas de autarquia.

Palavras-chave: Judicialização, Ativismo, Segurança jurídica, Montesquieu, Zonas de autarquia

Abstract/Resumen/Résumé

The idea of judicial activism was built on the traditional theory of separation of powers, in which a proactive Judiciary would denote injury to the Democratic State of Right, by interference in the performance of the political powers. But, could judicial activism be seen positively from a new separation of powers arrangement? The objective of the research was to analyze judicial activism in the face of the misconceptions of Montesquieu's theory. Bibliographical research and the deductive method were used. It was concluded that activism can be thought of in fruitful terms, from the deliberation, avoiding the occurrence of autarky zones.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Activism, Legal security, Montesquieu, Zones of autarchy

[1] Professora de Direito Constitucional na Universidade de Rio Verde. Mestre em Direito. Doutoranda em Direito pela UNISINOS S.L.

[2] Graduado e mestre em Direito pela USP-SP, doutor em Filosofia pela Unicamp. Professor do PPG da UNISINOS. Pesquisador do CEBRAP.

1 INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro tem se investido no papel de protagonista em meio a um expressivo cenário de instabilidade dos poderes políticos. A intensa judicialização da política e das relações sociais, consequência de uma atuação possivelmente insuficiente do Legislativo e do Executivo, especialmente quanto à efetivação de direitos sociais, aliada à crescente pluralidade e complexidade da sociedade, tem acarretado práticas judiciais que, segundo boa parte da comunidade jurídica, é ativista e, portanto, lesiva ao Estado Democrático de Direito, por violar o princípio da separação de poderes, em especial, no âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição.

Contudo, o ativismo judicial é um instituto assentado em uma visão tradicional da teoria da separação de poderes, criada em um cenário muito diferente do atual. Mas, para os críticos, a teoria de Montesquieu já não consegue ser suficiente para trazer soluções aos problemas jurídicos contemporâneos e, nesta seara, o ativismo é uma figura inexistente. O que existe, na verdade, é prática de direito autárquico pelo julgador.

Assim, partindo de uma revisitação à teoria da separação de poderes, é no cenário ora desenhado que se colocam os seguintes questionamentos: será que o ativismo judicial é, de fato, lesivo ao Estado Democrático de Direito? Em uma perspectiva contemporânea de separação de poderes, em que possam ser pensados novos arranjos, como o ativismo judicial poderia ser frutífero para o atendimento das demandas de uma sociedade complexa e plural como a brasileira?

Portanto, com a pesquisa objetiva-se a buscar respostas para as perguntas apostas, ou seja, visa analisar, criticamente, o ativismo judicial a partir de outro paradigma de separação de poderes, de forma a reconhecer se tal prática é lesiva ou não ao Estado Democrático de Direito e se pode, de alguma forma, contribuir para a efetivação de direitos.

A importância deste estudo repousa, como se observa, na atualidade do tema e na polêmica que o envolve. Não é assunto novo, entretanto, ainda hoje sucinta discussão em nome de uma atuação legítima do Poder Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, de forma a preservar os preceitos do Estado Democrático de Direito. Ademais, há de se lembrar de que as decisões em âmbito de jurisdição constitucional têm um impacto em toda a sociedade e no próprio direito brasileiro.

A teoria de base que serve de suporte teórico ao estudo é a Teoria Critica do Direito, na perspectiva de José Rodrigo Rodriguez, especialmente, partindo de seus conceitos acerca das perversões do Direito (Direito autárquico), ativismo, separação de poderes e democracia.

Para a realização da pesquisa, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, considerando que o estudo parte da compreensão das regras gerais que permeiam as nuanças do tema, para, então, envolver as particularidades que se apoiarão na teoria de base proposta.

Quanto ao procedimento, vale-se do método histórico para que seja abordado o percurso de formação das ideias de ativismo e judicialização, no contexto da teoria tradicional de separação de poderes, chegando à análise de teorias que traçam novos paradigmas sobre estes institutos.

Por fim, a técnica de pesquisa escolhida é a de documentação indireta, mais especificamente, a pesquisa bibliográfica, abrangendo as fontes sobre a temática estudada.

2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO – NOÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS

Antes que se possa tratar mais especificamente sobre judicialização e ativismo, vale uma breve imersão histórica para ilustrar os fatos que levaram à construção dos paradigmas de interpretação do direito, mormente, das normas constitucionais, que influenciaram a contemporânea teoria da decisão judicial. Vale ressaltar, ainda, que grande parte da celeuma envolvendo ativismo decorre da interpretação e aplicação das normas constitucionais.

A visão voltada à necessidade de interpretação da constituição, em virtude de se considerá-la como norma suprema, só veio a ser consolidada na segunda metade do século XX, mais precisamente após os anos 50. O direito constitucional, até então, era um direito sem interpretação (PEREZ ROYO, 2014).

Até meados do século XX, os métodos tradicionais de interpretação jurídica buscavam a neutralidade em sua aplicação, afastando valores, inclusive, já que integrados em plena teoria positivista. Acontece que, em se tratando de interpretação das constituições, acabaram tornando-se insuficientes em muitas situações, já que prezavam pela simples subsunção do caso à norma (BARROSO, 2013).

No exercício interpretativo a partir da visão tradicional, portanto, percebe-se que a análise do caso concreto perante a norma converge para a subsunção. Este padrão interpretativo, típico do positivismo jurídico, perdurou até que a dinâmica social mostrou sua insuficiência diante dos novos fatos da vida. Barroso (2013, p. 334) ilustra bem este cenário: “a nova

interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural".

No Brasil, os novos paradigmas hermenêuticos superaram os conceitos do pensamento jurídico clássico no final do século XX, com a finalidade de adotar uma postura mais lógica, criativa e justa quando da interpretação constitucional. Neste cenário, Barroso (2013) leciona que emergem três novos paradigmas hermenêuticos: a superação do formalismo jurídico, a nova cultura jurídica pós-positivista e a ascensão do direito público e a centralidade da Constituição.

A superação do formalismo jurídico ocorreu por meio do abandono da ideia clássica de que o Direito era a expressão máxima da razão e justiça, e que sempre haveria uma norma perfeita no ordenamento jurídico para que o juiz realizasse a subsunção. Com o advento do pensamento neopositivista, houve uma mudança de perspectiva no direito. A ciência, que classicamente era voltada para as relações privadas, passou a valorizar as normas de caráter público, o que resultou em uma visão de centralidade e primazia da Constituição. E atrelado a esta ideia, entendeu-se que qualquer interpretação jurídica deveria ser realizada nos parâmetros dos valores e princípios da Constituição (BARROSO, 2013).

Barroso (2013) aponta outros fatores que influenciaram a adoção de novos elementos de interpretação constitucional, alegando que esta não derrota a interpretação tradicional, mas emerge com vistas a suprir necessidades deficientemente supridas pelo modelo clássico. A nova interpretação surge, assim, para lidar com os casos difíceis, para os quais não existe solução pré-pronta no ordenamento. Os casos difíceis abrangem, em geral, normas definidoras de direitos fundamentais em conflito, para os quais, não raras vezes, é preciso o julgador realizar a ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade. É neste particular que o juiz atua como coparticipe da criação da norma.

Neste cenário, Streck (2017, p. 220) alerta que "a superação do positivismo implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial, o que em termos filosóficos se apresenta como o problema do solipsismo da razão prática". Para o autor, essa postura hermenêutica que coloca o julgador na posição de coparticipe da criação da norma leva à criação de espaços de discricionariedade que permitem a entrada de elementos políticos e morais, de forma que o intérprete passa a decidir conforme sua vontade.

Pois bem. Em meio a tais transformações nos fundamentos históricos, políticos e filosóficos que nutrem a atuação judicial, chega-se a um contexto em que, como coloca Rodriguez (2013, p. 192), já se tem a suficiente experiência democrática para saber que "ser cidadão é ter a possibilidade de exercitar e efetivar deliberadamente a imaginação institucional". Ou seja, buscar a concretização dos direitos os quais os poderes políticos não

conseguem realizar. É então, que se fala em judicialização da política e das relações sociais e, paralelamente, em ativismo judicial.

Judicialização e ativismo são termos que, embora de diferentes conceituações, podem levar a certa confusão. Assim, compreender alguns prolegômenos que envolvem ambos, ainda que de forma breve, é crucial para o desenvolvimento das ideias aqui propostas.

Streck (2016, p. 99-100) diferencia ativismo e judicialização no âmbito de atuação do juiz:

> O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência - por motivo de inconstitucionalidade – de poderes ou instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso "avanço", seja para manter o *status quo*).

Deste pensamento depreende-se que o ativismo é uma consequência da judicialização. Contudo, importa ressaltar, com a máxima vênia ao ilustre autor supracitado, que judicialização é um fenômeno típico das sociedades contemporâneas, em especial, em virtude de sua crescente complexidade e pluralidade.

Não se trata, simplesmente, de uma questão de incompetência decorrente de inconstitucionalidade, mas, como pontua Teubner (2016), a complexidade da sociedade é responsável por dificultar, cada vez mais, a regulação. Ou seja, os poderes políticos, muitas vezes, não conseguem acompanhar a complexidade social, a velocidade com que os movimentos sociais se impõem.

Ainda sobre o ativismo e compartilhando do posicionamento de Streck (2016), Tassinari (2013, p. 33) esclarece que o termo pode ser entendido em diferentes perspectivas:

> a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade); b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade do ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.

Ainda que se trate de um conceito fragmentado, é fato que o ativismo repousa em discussões sobre a interpretação como ato de vontade, impulsionada por fatores políticos e morais. Tais fatores, lembre-se, remontam a história do direito. Diferentes filósofos construíram teorias que pudessem servir para controlar a racionalidade do ato de interpretação, muitos em contextos históricos, sociais e políticos distintos da realidade brasileira. Todas infecundas, importa ressaltar.

Os espaços de subjetividade na atividade hermenêutica já eram visíveis desde a obra de Hans Kelsen (2000, p. 393):

> Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ainda ter uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito Positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.

Rodriguez (2018, p. 488), acrescenta que: "fica claro que os juízes não podem ser completamente controlados nem pela lei nem pela ciência do direito, como Hans Kelsen nos mostra [...]".

Este fato se coloca, inclusive, no que tange à interpretação das normas constitucionais. Sobre isso, Mendes (2014) esclarece que é típica das constituições atuais a incorporação de valores morais ao domínio jurídico, não se limitando as Constituições a somente limitar a atuação do Estado e a discriminar competências.

Para o autor, "as constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito, debates políticos e morais" (MENDES, 2014, p. 81).

Pois bem. Controvérsias à parte, ainda que esse posicionamento represente um paradigma outro, e que possa, sim, ser capaz de propiciar a concretização de direitos de maneira mais efetiva, não há como negar que se trata de um *modus operandi* que converge, fatalmente, na discricionariedade judicial, levando ao ativismo. Veja-se, então, que no Brasil a prática solipsista não tem sido passível de contenção. Ela está impregnada na atividade hermenêutica dos juízes e demais agentes que atuam no âmbito jurídico, embora muitos condenem de forma incisiva tais espaços de discricionariedade na atuação do juiz.

O posicionamento tradicional sobre o ativismo o vê de forma tão prejudicial, que cabe lembrar o PL n. 4.754/2016, que propõe a ampliação dos casos de impeachment em que podem

ser enquadrados os juízes do STF, que cometerem crime de responsabilidade ao “usurpar competência do poder legislativo ou poder executivo”. (BRASIL, 2016).

Contudo, para que se possam ser identificados possíveis elementos frutíferos nesta atuação ativista, é preciso compreender o cenário em que foi desenhada a tradicional teoria da separação de poderes, de forma que se possam identificar seus equívocos e se vislumbrar possíveis novos arranjos que sejam aptos a atender às novas e crescentes demandas sociais e jurídicas.

2.1 Sobre a Separação dos Poderes

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu tem servido de aparato para designação das funções dos poderes públicos e o estabelecimento dos chamados controles recíprocos em vários países do mundo.

Sobre o tema, Pirraça (1989, p. 1) informa que:

> É indubitável que a doutrina ou teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do tipo de Estado que, a partir da Revolução Inglesa, da que deu origem aos Estados Unidos da América e, sobretudo, da Revolução Francesa, se foi propagando a todo o mundo ocidental [...] No entanto, o princípio da separação dos poderes tem gerado, ao longo dos seus dois séculos de existência constitucional, a maior controvérsia doutrinária e dogmática, que vai da total rejeição à apologética.

A origem mais remota desta ideia encontra-se na obra “A Política” de Aristóteles, na qual o filósofo já apontava as competências do Poder Deliberativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Contudo, o princípio da separação dos poderes se coloca como ponto de partida do Estado Liberal, em que era preciso evitar a concentração do poder e limitar o exercício do poder. (RIBEIRO, 2016).

O primeiro pensador a trabalhar com o tema de forma mais sistematizada foi John Locke, no “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, obra em que mencionou apenas os poderes Legislativo e Executivo. Mas foi Montesquieu quem sistematizou, de forma científica, o princípio da separação dos poderes, fazendo a divisão do exercício do poder nas três funções estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário. (RIBEIRO, 2016).

Montesquieu (2000, p. 167-168) define a estrutura tripartite do poder do Estado da seguinte forma:

> Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige e anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

E continua sua exposição, defendendo que tal estrutura é fundamental para a liberdade política:

> 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. (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Contudo, tal teoria, naturalizada, vem sendo utilizada de forma equivocada, presa ao formalismo e não tem sido capaz de acompanhar as transformações constantes da sociedade, que, fatalmente, desaguam no Direito.

Neumann (1969), neste sentido, entendia que "a ciência política moderna deve se emancipar do peso morto da doutrina da separação de poderes, que muito contra a concepção de Montesquieu, já se transformou em dogma".

A teoria de Montesquieu refletiu, por óbvio, um contexto histórico específico. Os séculos vindouros mostraram a falência de algumas de suas ideias sobre os poderes.

2.1.1 Revisitando a Teoria da Separação de Poderes

Aqui, interessa mais proximamente, tratar sobre os equívocos inerentes à atuação do Poder Judiciário. Montesquieu defendia uma atuação diferenciada do Judiciário nas repúblicas, nos governos despóticos e nas monarquias, relacionando o despotismo e a república com a existência de leis simples, leis que não precisam ser interpretadas pelo Poder Judiciário. Nos estados republicanos é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei, pois nesse regime todos os homens devem ser tratados como iguais, ao contrário das monarquias. Nas monarquias, o Judiciário teria uma que se esforçar para julgar sempre da mesma forma, porque

as leis são mais diversificadas e complexas, sobre a vida, a propriedade e a honra das pessoas. (RODRIGUEZ, 2013a).

A partir desta ideia, portanto, caberia ao juiz o papel de boca-de-lei no âmbito dos governos republicanos. Montesquieu não previu, contudo, que, nas repúblicas, a pluralidade acarretaria a complexidade de situações que não seriam condizentes com leis simples. Ora, a própria busca por igualdade dos diversos movimentos sociais resultou na criação de uma multiplicidade de leis especiais.

A tais análises, Ferraz Jr. (2014) acrescenta que Montesquieu traçou mais um preceito de arte política do que jurídica em sua divisão dos poderes, ou seja, pretendeu estabelecer um princípio para evitar o despotismo real e não para organizar o sistema estatal e distribuir competências. O princípio, portanto, não era destinado para a separação dos poderes, mas para estabelecer controles recíprocos, lembrando que dos três poderes, o Judiciário era o que menos tinha a ver com força política. Por outro lado, o reconhecia como a mais alta autoridade nos governos constitucionais.

Pois bem. Voltando todo o exposto para a atividade interpretativa no Brasil, considerando a complexidade e a variedade de leis existentes, como se pode ainda pensar em intérpretes textualistas?

Veja-se, então, mais uma vez, a dificuldade de se encontrar mecanismos de controle da racionalidade do ato hermenêutico, de forma a se coibir a prática ativista. Neste cenário, resta a ampliação/aprofundamento do debate público entre os agentes do sistema de justiça e a sociedade, de forma a legitimar a atividade interpretativa.

Rodriguez (2013a, p. 63), a este respeito, lembra o pensamento de Kelsen acerca da prática interpretativa:

> Como Kelsen notara há quase cem anos, se o direito for considerado uma "ciência", ele terá característica muito diversas do que as que são atribuídas às ciências "duras". O pensamento jurídico será mais parecido com o raciocínio "ético-moral", com uma forma de pensar relativamente indeterminada e dinâmica, que encara a imprecisão como um fato da vida, uma consequência necessária da liberdade da sociedade, que se traduz na possiblidade de reivindicar direitos e de lutar pela melhor intepretação das leis, tendo em vista a indeterminação de seu sentido. Em uma democracia, portanto, os juristas devem se preocupar menos com o sentido preciso do texto das leis do que com a dinâmica da luta social.

E prossegue, explicando que:

> [...] parece claro que defender hoje a interpretação presa ao texto da lei nos mesmos termos de Montesquieu significaria opor-se a toda a legislação especial dos últimos dois séculos, tendo em vista os "problemas interpretativos que elas provocam; a contar das leis destinadas a regular a situação de pessoas pobres, velhas, jovens e crianças, ainda que em bases estritamente assistencialistas; uma legislação que constitui os primórdios do que se viria a transformar nos estados de bem-estar social do século XX. (RODRIGUEZ, 2013b, p. 56).

Cabe acrescentar que a desnaturalização desta estrutura já foi proposta por Ackerman (2007), na medida em que o autor pontuou que a tradicional divisão de poderes não é capaz de proteger de forma eficaz os direitos fundamentais, que muitas vezes, são tolhidos em nome de interesses políticos de uma elite política. Exemplo disso, no Brasil, é o presidencialismo de coalizão, que se sustenta das barganhas feitas entre os poderes, frequentemente, em detrimento de direitos fundamentais.

Ackerman, a partir de suas pesquisas, pode observar o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não poderiam ser categorizadas como legislativas, judiciais ou executivas. Essas novas formas institucionais serviriam ao chamado "sistema de freios e contrapesos". Foi com tal ideia que sugeriu um modelo parlamentarista limitado nos EUA, de forma que o primeiro-ministro ficasse no cargo desde que conseguisse manter o apoio do Parlamento e que o poder deste tivesse como freio e contrapeso diferentes instituições, além da corte constitucional. (ACKERMAN, 2007).

A título de ilustração, vale mencionar que o autor sugeriu uma estrutura que tivesse como cerne uma câmara democraticamente eleita com a função de escolher um governo e promulgar leis, contrapesada por um conjunto de poderes específicos. Sob o aspecto da legitimidade democrática, haveria a limitação das decisões por meio de referendos populares em série, respaldadas por um tribunal constitucional. (ACKERMAN, 2007).

Do ponto de vista da especialização funcional, haveria um "poder revisor da integridade burocrática", cujo papel seria fiscalizar o governo no que se refere a problemas de corrupção e abusos similares (este poder seria composto por "guardiões constitucionais"). Também haveria um "poder supervisor da democracia", com o objetivo de salvaguardar os direitos de participação de cada cidadão, um "poder de justiça distributiva", com a atribuição de planejar a provisão econômica mínima para os menos favorecidos, e um tribunal constitucional dedicado a proteção dos direitos fundamentais. (ACKERMAN, 2007).

A obra de Ackerman (2007) serve para mostrar que a estrutura de controles recíprocos não precisa, necessariamente, ser construída em número de três. E que, a cada um, não são necessárias atribuições exclusivas. Neste sentido, Rodriguez (2013) e Urbinati (2006)

defendem ser possível, na contemporaneidade, construir uma representação democrática (ou *advocacy*, como prefere chamar) acoplando diferentes formatos, distintos da visão hegemônica predominante, ou seja, diferente daquela em que o Parlamento deve ser o cerne da vontade geral.

Daí decorre que se pode vislumbrar a atuação do Poder Judiciário como concretizador de direitos, ainda que ele tome para si, o encargo de atuar, segundo Barroso (2018) como coparticipe da criação da norma.

Este posicionamento tem se mostrado expressivo na atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal. Barroso (2017) defende que a atuação de uma corte constitucional deve se pautar em dois papeis[1]: o contramajoritário e o representativo. No exercício do contramajoritário, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade das normas, inclusive podendo invalidar aqueles emanados dos poderes Legislativo e do Executivo. Os fundamentos para isso, de acordo com o autor são: "a) a proteção dos direitos fundamentais; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos". (BARROSO, 2017, p. 48-49).

No que tange ao papel representativo, o Ministro pontua que este precisa ser pensado em um paradigma diferente de separação de poderes, ou seja, a partir do pensamento de que somente aqueles eleitos pelo voto podem atuar como representantes dos interesses da sociedade. Ainda mais, considerando a crise de representação da atualidade, em que se questiona, inclusive, se, de fato, os legisladores representam a vontade popular. (BARROSO, 2017). E complementa: "não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário". (BARROSO, 2017, p. 55).

Pois bem. Pensando a questão em um novo paradigma de separação de poderes e admitindo que o Judiciário e, mais especialmente, as cortes constitucionais expressariam melhor o sentimento majoritário, é possível afirmar que o ativismo judicial tem um lado bom, ou seja, pode ser alinhado com os preceitos do Estado Democrático de Direito?

Rodriguez (2013b, p. 195-196)) entende que:

> Uma concepção tradicional do direito como a que sustenta as ideias de "judicialização da política" e de "ativismo judicial" [...] congela o direito e seu código de tal maneira que a própria possibilidade de pensar a regulação jurídica de conflitos sob novas formas sociais, legais e institucionais desaparece no horizonte dos atores. Um

[1] Em obra mais recente, o autor acrescenta o papel iluminista às cortes constitucionais, fazendo referência a uma "razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. [...] a razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância [...] de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos". (BARROSO, 2019, p. 480).

> entendimento não tradicional do direito e de seu papel social permite recolocar o problema de fundo presente nas ideias gêmeas de "judicialização da política" e de "ativismo judicial" em termos mais frutíferos.

Isso não significa, contudo, que a atividade interpretativa possa ser conduzida sem critério algum. Por mais que se possa admitir um modelo diferente de separação de poderes, em que o Judiciário e o próprio Supremo Tribunal Federal possa atuar como legislador positivo – o que caracteriza a atuação ativista – o fortalecimento da argumentação do intérprete prescinde de uma consistente fundamentação e da valorização do debate público, de forma a propiciar a devida racionalidade ao ato decisório e a ocorrência do que se chama de zona de autarquia, uma das espécies de perversões do direito (direito autárquico), trabalhadas a seguir.

3 ATIVISMO JUDICIAL E ZONA DE AUTARQUIA

A zona de autarquia é uma figura enquadrada no que Rodriguez (2016a) chama de perversões do Direito. Eis, então, a necessidade da compreensão preliminar do que seja perversão do direito.

O termo perversão do direito é utilizado como referência à circunstância na qual os detentores do poder utilizam o direito "para conferir aparência jurídica a espaços de puro arbítrio nos quais seria possível agir sem o controle da sociedade civil, em função apenas dos interesses dos poderosos". (RODRIGUEZ, 2016a, p. 103).

E acrescenta: "importante esclarecer que uso a expressão 'perversão do direito' para designar um 'direito autocrático', em contraposição a um 'direito democrático', cuja gênese é determinada pelos conflitos sociais". (RODRIGUEZ, 2016b, p. 266).

O autor ainda explica os fatores que contribuem para a ocorrência de perversões do direito:

> A democratização do direito e a liberdade da sociedade civil tende a deixar livres os agentes sociais para formular suas demandas sob a forma de direitos, demandas estas que tendem a constranger cada vez mais a liberdade dos agentes econômicos a utilizarem suas riquezas como bem entenderem e a criar limites para a ação de agentes de poder localizados em todo o tecido social, da família ao estado, passando pela sociedade civil. Em outro nível de analise, a presença da gramática dos direitos fornece à sociedade uma narrativa para os seus problemas que permite a comparação da condição de vida das pessoas umas com as outras, sua organização em movimentos sociais, sindicatos, partidos e outros grupos que passam a formular demandas por igualdade na forma de garantia de direitos que limita, como já dito, o poder dos estados e dos particulares. Não é por outra razão que a efetivação de diversos destes direitos tende a ser combatida pelos agentes de poder por meio das várias modalidades de perversão do direito as quais, sem fazer parte de um projeto

> de criação de novos regimes autoritários, buscam criar, de maneira furtiva, espaços de decisão autárquicos ou excluir do âmbito de proteção do direito certos grupos de pessoas, ainda que sob a aparência de legalidade. Na falta de apoio político e de força para advogar a recriação de regimes autoritários, resta tentar frustrar a efetivação dos direitos por outros meios. (RODRIGUEZ, 2018, p. 104-105).

Pois bem. Todo o cenário descrito importa para tratar, de forma mais específica, da figura zona de autarquia, cuja ocorrência pode se dar durante a atividade interpretativa/julgadora.

Rodriguez (2016a, p. 104) define esta espécie de perversão como:

> [...] um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas num espaço vazio de justificação. [...] zonas de arbitrariedade em que a forma jurídica se torna apenas aparência vazia para justificar a arbitrariedade do poder público ou privado.

Neste cenário conceitual, pode-se questionar o que configuraria um discurso racional. Rodriguez (2013, p. 172-173), a este respeito, coloca o seguinte:

> [...] um discurso racional é aquele em que os falantes levantam pretensões de validade e são capazes de defende-las, sem entrar em contradição, quando instados a fazê-lo. Não se pode sustentar, racionalmente, A e não A simultaneamente. Não se pode recusar, racionalmente, a justificar uma asserção proferida quando alguém se põe a questioná-la, também não se pode, racionalmente, desqualificar o interlocutor que demanda por minhas razões ou impedir que qualquer outro faça o mesmo.

Veja-se, então, que sob o prisma das ideias expostas até o momento, o ativismo judicial, em si, pode não ser o problema, mas, sim, as decisões carentes de racionalidade, de fundamentação plausível, sem o devido controle social. A ocorrência de zonas de autarquia deve ser evitada, mas a prática ativista pode, por outro lado, ser benéfica em termos de novos arranjos institucionais que possam, por exemplo, efetivar direitos. É o que sugere Rodriguez (2013, p. 199):

> [...] abandonar a visão que embasa as ideias de judicialização da política e de ativismo judicial não significa abdicar de qualquer pretensão normativa. Significa apenas dar um passo atrás em ralação a uma teoria normativa por demais determinada, que bloqueia tanto uma boa descrição dos conflitos como o surgimento de alternativas para encontrar melhores fórmulas institucionais de seu regramento democrático.

Mas, será que admitir que o Judiciário e, mormente, a corte constitucional pode atuar como legisladora positiva não acarreta questionamentos sobre a segurança jurídica das decisões judiciais? Possivelmente, sim. É o que se pretende tratar no próximo tópico.

3.1 Ativismo Judicial, Segurança Jurídica e Democracia

Considerando que o controle da discricionariedade do ato interpretativo, tanto mais envolvendo normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, tem sido um desafio para muitos filósofos do Direito, Rodriguez (2013b, p. 202) explica que "a segurança jurídica tem sido pensada como a existência de respostas únicas e unívocas para os problemas jurídicos apresentados diante do Poder Judiciário". E acrescenta:

> A demanda por respostas desse tipo está ligada a uma estratégia legislativa que privilegia a edição de textos normativos fechados em detrimento de textos normativos abertos. Afinal os primeiros seriam supostamente capazes de conter o intérprete induzindo-o a adotar raciocínios textualistas. (RODRIGUEZ, 2013, p. 202).

Contudo, Rodriguez (2013b, p. 202) explica que o texto ser aberto ou fechado não é empecilho para a atuação criativa do julgador:

> Há muito tempo a teoria do direito tem mostrado que, mesmo diante de textos fechados, os juízes encontram espaço para criar interpretações com fundamento em justificativas que extrapolam uma interpretação meramente literal dos mesmos.

Importa acrescentar que, para que se possam buscar caminhos para uma atuação judicial condizente com a Constituição, ou seja, com os preceitos do Estado Democrático de Direito, é preciso:

> Reformular o conceito de segurança jurídica em função da argumentação que fundamenta as decisões judiciais e não em função do texto legal. A possibilidade de se obter mais de uma resposta para as questões jurídicas é um fato normal que deve ser levado em conta na definição da segurança jurídica e não servir como argumento para afirmar sua impossibilidade. [...] talvez seja mais adequado trabalhar com textos normativos abertos e, para buscar restringir as possibilidades interpretativas, criar mecanismos que formalizem de alguma maneira o procedimento destinado a solucionar casos concretos a partir deles. [...] no que se refere à atividade jurisdicional, os tribunais seriam o local adequado para promover este tipo de debate tendo em vista a padronização da interpretação da fundamentação das normas jurídicas. (RODRIGUEZ, 2013b, p. 203).

Veja-se, então, que o conceito de segurança pode ser pensado a partir de um outro paradigma, em que o foco seja na dimensão argumentativa e não no texto legal. Neste prisma, a ideia de que o ativismo judicial seja algo lesivo ao Estado Democrático de Direito, e mais

especificamente, ao princípio da separação de poderes, acaba por perder o sentido. Ao contrário, ativismo é um conceito que pode ser frutífero. Por outro lado, há de se reafirmar a necessidade de se combater a ocorrência das zonas de autarquia, porque estas sim, são prejudiciais ao Estado Democrático de Direito.

Rodriguez (2013b, p. 198) ensina que é preciso voltar os olhos para as ideias de judicialização e ativismo a partir de outro prisma:

> Deixando de lado o normativismo presente nessas noções, o que surge diante dos olhos é um processo de desenvolvimento das instituições democráticas que ainda vai encontrar nos conflitos sociais e políticos em curso respostas para questões como separação de poderes, funcionamento interno do Judiciário, ou mesmo o que virá a ser compreendido como "direito" e "direitos". E que, portanto, é impossível compreender esse processo em toda a sua complexidade sem que a categoria mesma de "esfera pública" passe a desempenhar aí um papel decisivo.

E a propósito do contexto de esfera pública, Godoy (2017), tratando em específico, das nuanças da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, defende a ideia de que, considerando que a Constituição traz em seu bojo o compromisso fundamental de uma sociedade na qual seus membros se reconhecem como livres e iguais, os significados das normas que consagram tal compromisso, bem como seu conteúdo e alcance, só possuem razão de ser quando o povo figure como partícipe dessa tarefa. Ou seja, a atividade interpretativa em âmbito judicial deve ser compartilhada entre povo, os Poderes e as instituições. Nesta linha de pensamento, o autor descreve o que ele chama de constitucionalismo popular.

Ainda no que tange à prática da corte constitucional brasileira, vale lembrar a que a previsão da realização das audiências públicas, bem como da participação do *amicus curiae*, enquanto instrumentos de democratização, apesar de carecerem de aperfeiçoamento e maior constância, tem rendido bons frutos no que se refere às decisões judiciais. Em sua pesquisa, realizada a partir da análise de alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, Godoy (2017) concluiu que nos votos dos Ministros, houve influência dos debates propiciados pelas audiências públicas e *amicus curiae*.

A existência de instrumentos que possibilitem o diálogo entre os sujeitos sociais e a sociedade é condição essencial para a concretização da democracia. E uma atuação judicial fundada em um novo paradigma de separação de poderes, nos termos aqui expostos, necessariamente, carece de deliberação com o ente maior interessado: o povo. Sem isso, não há como falar em democracia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, concluiu-se que as ideias de judicialização e ativismo foram construídas a partir de um paradigma tradicional da teoria da separação de poderes, em que a atuação do Judiciário, incluindo a das cortes constitucionais, deveria estar atrelada ao texto normativo, sob pena de que a decisão judicial viesse a ser contaminada pela discricionariedade.

O agir discricionário, eivado de elementos subjetivos, de política e de moral já era admitido desde Kelsen e, durante todo o correr da história da teoria da decisão, o que se observou foi que estes espaços de discricionariedade não puderam ser passíveis de contenção.

O ativismo judicial, condenado por muitos, sob o argumento de lesão ao Estado Democrático de Direito, se pensado de forma livre das amarras da tradição jurídica, ou seja, em um outro paradigma de separação de poderes, de forma a admitir diferentes atuações no sistema de controles recíprocos, pode ser positivo em termos da atuação interpretativa do juiz, em circunstâncias, especialmente, de omissão dos poderes políticos, no que diz respeito à efetivação de direitos.

Neste contexto, podem surgir dúvidas quanto à segurança jurídica, questão que pode ser dirimida desde que o foco de discussão recaia sobre a esfera argumentativa, ao invés do texto da lei.

Mas, ressalte-se a importância de que a interpretação não repouse em argumentos de autoridade, configurando as zonas de autarquia. Ou seja, é essencial que exista a devida argumentação/fundamentação inerente ao caso julgado. Mais do que o texto legal, importa a racionalidade da decisão. E o elemento balizador deste processo, que pode servir de adequado e democrático instrumento é a deliberação entre o povo, as instituições e os poderes. Quanto mais democrático for este processo deliberativo, mais legítimo se tornará.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Trad. José Manuel Salazar. México: Fondo de Cultura Economica, 2007.

BARROSO, Luís Roberto**.** A razão sem voto. In: VIEIRA, Oscar Vilhena, GLEZER, Rubens. **A razão e o voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados. PL 4754/2016. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 02 fev. 2019.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica** . São Paulo: Editora Manole, 2014.

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

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 393.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 941-942.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

PIRRAÇA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo das suas origens e evolução. Coimbra Editora, 1989, p. 11.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes:** por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do status quo. In: **Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988**. Novos Estudos, 96, julho 2013a, p. 49-66.

_____. José Rodrigo. A política jurídica da Lava-Jato. In: SILVA, Felipe Gonçalves, RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Manual de sociologia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 488.

_____. José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 19, n. 37, 2016a, p. 99-108.

_____. José Rodrigo. **Como decidem as cortes:** para uma crítica do direito (brasileiro). FGV Editora: Rio de Janeiro, 2013b, p. 172.

_____. José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos / Perversion of law (and democracy): six cases. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 4, p. 261-294, dez. 2016b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22185>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. José Rodrigo. Um novo ciclo autoritário: para uma democracia multinormativa. In: STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo, ENGELMANN, Wilson [orgs.]. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**, n. 14, 2018, p. 100-126.

STRECK, Lenio Luíz. O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? In: STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo, ENGELMANN, Wilson [orgs.]. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**, n. 12, 2016, p.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEUBNER, Gunther. **Direito comparado:** fragmentos constitucionais – constitucionalismo social na globalização (edição digital). São Paulo: Saraiva, 2016.

URBINATI, Nadia. **Representative democracy:** principles & genealogy. Chicago: Chicago University Press, 2006.