



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SAUL EMMANUEL DE MELO FERREIRA PINHEIRO ALVES**

**A ANTIJURIDICIDADE DA LEGISLAÇÃO JUDICIÁRIA:  
UMA NOÇÃO DE PRECEDENTES À LUZ DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Teresina

2023

**SAUL EMMANUEL DE MELO FERREIRA PINHEIRO ALVES**

**A ANTIJURIDICIDADE DA LEGISLAÇÃO JUDICIÁRIA:  
UMA NOÇÃO DE PRECEDENTES À LUZ DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, área de concentração “Direito, Democracia e Mudanças Institucionais”, linha de pesquisa “Mudanças Institucionais, Constituição, Democracia e Justiça”, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Deborah Dettmam Matos.

Teresina

2023

FICHA CATALOGRÁFICA  
Universidade Federal do Piauí  
Biblioteca Comunitária Jornalista Carlos Castello Branco  
Divisão de Representação da Informação

A474a      Alves, Saul Emmanuel de Melo Ferreira Pinheiro.  
A antijuridicidade da legislação judiciária : uma noção de  
precedentes à luz da separação de poderes / Saul Emmanuel de Melo  
Ferreira Pinheiro Alves. -- 2023.  
153 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Piauí,  
Programa de Pós-Graduação em Direito, Teresina, 2023.  
“Orientadora: Professora Doutora Deborah Dettmam Matos”.

1. Legislação judiciária. 2. Separação de poderes. 3. Precedente  
judicial. 4. Usurpação de poderes. I. Matos, Deborah Dettmam.  
II. Título.

CDD 341.256



## Ata da Sessão de Defesa da Dissertação

Aos quinze dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e vinte e três, às quinze horas, em ambiente virtual, reuniram-se os membros da banca julgadora da dissertação apresentada pelo mestrando Saul Emmanuel de Melo Ferreira Pinheiro Alves, do Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Federal do Piauí, intitulada "**A ANTIJURIDICIDADE DA LEGISLAÇÃO JUDICIÁRIA: UMA NOÇÃO DE PRECEDENTES À LUZ DA SEPARAÇÃO DE PODERES**". A banca foi composta por Deborah Dettmam Matos (Presidente e orientadora), Ricardo Alexandre da Silva (Examinador) e Nelson Juliano Cardoso Matos (Examinador). Em sessão pública, após exposição descritiva da dissertação, o candidato foi arguido pelos integrantes da banca. Ato contínuo, a banca julgadora, em sessão privada, deliberou pela APROVAÇÃO do trabalho, com recomendação para publicação. O resultado foi então proclamado publicamente pela Presidente. Nada mais havendo a tratar, foi dada por encerrada a sessão de defesa da dissertação, que tem por conteúdo o teor desta Ata que, após lida e achada conforme, será assinada pela Presidente para fins de produção de seus efeitos legais. Dado e passado em Teresina, capital do Estado do Piauí, em quinze de fevereiro de dois mil e vinte e três.

Documento assinado digitalmente

gov.br

DEBORAH DETTMAM MATOS  
Data: 24/02/2023 07:49:48-0300  
Verifique em <https://verificador.iti.br>

Deborah Dettmam Matos

Presidente da Banca Julgadora

  
Ricardo Alexandre da Silva

Examinador e titular

Documento assinado digitalmente

gov.br

NELSON JULIANO CARDOSO MATOS  
Data: 24/02/2023 07:56:18-0300  
Verifique em <https://verificador.iti.br>

NELSON JULIANO CARDOSO MATOS

Examinador e titular

Dedico esta dissertação à memória do meu pai, Emanuel Pinheiro, e da minha avó, Hilda de Melo Ferreira. O amor e o incentivo que deles recebo, mesmo depois da partida deste mundo, foram o principal motor e inspiração que me levaram a superar os diferentes desafios que se interpuseram no percurso do rigoroso Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Federal do Piauí.

## AGRADECIMENTOS

Por tudo, agradeço a Deus – Pai, Filho e Espírito Santo.

Agradeço a todos os membros da minha família, por haverem me motivado, cada um à sua maneira, e me ajudado, com imenso sacrifício pessoal, a trilhar o caminho do estudo. Agradeço, especialmente: à minha mãe, Joana Paula, que jamais mediu esforços para me proporcionar absolutamente tudo o que pudesse contribuir para o meu pleno desenvolvimento e para a minha integral realização; à Aída, minha amada esposa, pela cumplicidade ao longo de toda a caminhada, mesmo quando precisamos verter o melhor de nossas energias ao nosso primogênito, Miguel, que, como benção divina, veio ao mundo nos últimos meses de elaboração da dissertação; à minha irmã, Emmanuela, pelo companheirismo que me faz saber que tenho com quem sempre contar; ao Dr. José Tupinambá e à Dr.<sup>a</sup> Conceição Sá, que me abraçaram como filho e me beneficiaram, pelo exemplo, com ensinamentos de zelosa dedicação ao trabalho e ao constante aperfeiçoamento pessoal e profissional.

Agradeço à Professora Doutora Deborah Dettmam Matos, por ter acolhido o meu projeto de pesquisa e me proporcionado uma orientação sempre equilibrada entre firmeza e generosidade, franqueando-me liberdade de pesquisa ao mesmo tempo em que me ensinava as exigências do método científico, nas peculiaridades que assume no campo do direito, com as quais não se pode transigir. Devo dirigir um agradecimento especial também ao Professor Doutor Nelson Juliano Cardoso Matos, não apenas porque seu magistério marca minha formação desde os primeiros contatos com o direito, mas também porque, com seus valiosos apontamentos acerca desta dissertação, me permitiu compreender muitas feições que ela vinha assumindo, e das quais eu mesmo não havia me dado conta. Igualmente cruciais foram os aportes realizados pelo Professor Doutor Ricardo Alexandre da Silva, que me deu a honra de analisar a dissertação com atenção a cada detalhe, fosse de ordem formal, conceitual ou, ainda, concernente às consequências concretas das ideias defendidas, especialmente no campo do direito processual civil brasileiro, tendo-o feito a partir de um *background* teórico e prático único. Uma menção especial é devida aos Professores Doutores Cleber de Deus Pereira da Silva e Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa, a quem devo a descoberta, não de uma, mas de múltiplas bibliografias, assim como a paciente e generosa interlocução, da qual colhi inúmeros benefícios. A esses Professores agradeço, por não terem renunciado às verdades elementares de sua ciência, como tantos fizeram.

Minha gratidão se estende a todos os Professores fundadores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, cuja iniciativa e abnegação proporcionaram a nós,

estudantes piauienses, o acesso a um nível mais elevado de ensino e pesquisa, sem os sacrifícios da migração para outros estados.

Como a pesquisa no Mestrado tem como ponto de partida muitas outras experiências vivenciadas com o fenômeno jurídico, agradeço de um modo muito especial ao Professor Doutor Francisco Antônio Paes Landim Filho, que me proporcionou a mais rica delas, em sua atuação como Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí. Ao servir como seu assessor na cúpula do Judiciário piauiense, por mais de seis anos, pude sorver um pouco do muito que tem a ensinar esse que é um dos mais completos juristas piauienses em atividade. A ele devo, em grande parte, o rumo que a minha curta carreira profissional tem tomado até aqui.

Eu não teria conseguido cumprir adequadamente os créditos, se não fosse pela solidariedade que me prestou um grande amigo, o Doutor Francisco Evaldo Martins Rosal Pádua, Presidente da Associação Piauiense dos Procuradores do Estado. Em um contundente testemunho de que liderar é servir, se dispôs a permutar atribuições comigo na Procuradoria Judicial, permitindo-me disponibilidade de tempo para me matricular em disciplinas indispensáveis. Por isso, manifesto a minha gratidão, que se estende a todos que fazem a Procuradoria Geral do Estado do Piauí.

Agradeço também a todos os colegas do Mestrado, entre os quais Rayanna, Rebeka, Adonias, Thiago, Larissa, Cecília, Roberto e tantos outros pesquisadores talentosos, com os quais aprendi nas acaloradas discussões, e que suavizaram o peso das dificuldades enfrentadas ao longo de dois anos de um exigente curso. Agradeço, também, por terem me concedido a honra de servir como representante discente no Colegiado do PPGD/UFPI, em que fui tratado com exemplar lhaneza por todos os Professores.

Agradeço a todos os servidores da Universidade Federal do Piauí, mencionando especialmente os secretários Caio e Gabriela, que sempre prestaram um atendimento marcado pela eficiência, urbanidade e prontidão.

## RESUMO

Discute-se, nesta dissertação, o problema que a emissão de enunciados gerais e abstratos por tribunais superiores no Brasil suscita em face do princípio da separação de poderes, a saber: quais são as características de um precedente vinculante. Para tanto, resgata-se a distinção entre direito (*nomos*) e legislação (*thesis*), tal como proposta por Hayek. Ressalta-se que o pensamento político-filosófico moderno, caracterizado pelo racionalismo construtivista, a partir do iluminismo, pretendeu reduzir toda a complexidade do fenômeno jurídico à vontade da potestade estatal, instaurando o paradigma da *lex*. Assim, sustenta-se que a definição de teses por órgãos jurisdicionais de cúpula não pode ser convertida em método de legislação judiciária, pelo qual se busque a imposição arbitrária de programas políticos, sem o indispensável lastro democrático, escapando aos mecanismos de controle do poder, proporcionados pelo governo representativo, para usurpar as funções legislativa e executiva, as quais somente podem ser exercidas, como regra, por representantes eleitos do povo.

**Palavras-chave:** Separação de poderes. Precedente judicial. Usurpação de poderes. Legislação judiciária.



## **ABSTRACT**

This dissertation discusses the problem that the issuance of general and abstract announcements by higher courts in Brazil raises in view of the principle of separation of powers, namely: what are the characteristics of a binding precedent. To this end, the distinction between law (nomos) and legislation (thesis) was rescued, as proposed by Hayek. It should be noted that the modern political-philosophical thought, characterized by constructivist rationalism, from the Enlightenment, intended to reduce all the complexity of the legal phenomenon to the will of state power, establishing the paradigm of lex. Thus, it is argued that the definition of theses by the highest jurisdictional bodies cannot be converted into a method of judicial legislation, by which the arbitrary imposition of political programs is sought, without the indispensable democratic ballast, escaping the control switches of power, provided by representative government, to usurp legislative and executive offices, which can only be exercised, as a rule, by elected representatives of the people.

**Keywords:** Separation of powers. Judicial precedent. Usurpation of powers. Judicial legislation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1 O PODER JURISDICIONAL COMO A PROTEÇÃO DO JURÍDICO CONTRA OS EXCESSOS DO POLÍTICO.....</b>	<b>22</b>
1.1 A FILOSOFIA POLÍTICA CLÁSSICA EM BUSCA DA BOA CONSTITUIÇÃO: A NOÇÃO DE REGIME MISTO.....	24
1.2 O BEM ÚLTIMO E A SUBMISSÃO DA POTESTADE À <i>LEX NATURALIS</i> ....	34
1.3 DE UMA METAFÍSICA DISSIDENTE ÀS ORIGENS DO ABSOLUTISMO: IMANENTIZAÇÃO VIA NOMINALISMO E GNOSTICISMO MODERNO .....	38
<b>2 A SEPARAÇÃO DE PODERES EM TRÊS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>49</b>
2.1 CONSTITUCIONALISMO EQUILIBRADO INGLÊS.....	51
2.1.1 <i>Rule of law</i> .....	52
2.1.2 A doutrina da soberania do parlamento na Inglaterra segundo Dicey ...	65
2.2 A TEORIA DA SOBERANIA POPULAR COMO MESSIANISMO POLÍTICO.	71
2.3 O <i>JUDICIAL REVIEW</i> NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A PROTEÇÃO DO <i>RULE OF LAW</i> CONTRA OS EXCESSOS DA DEMOCRACIA .....	85
<b>3 DIREITO E LEGISLAÇÃO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA PARA O DEBATE SOBRE PRECEDENTES.....</b>	<b>92</b>
3.1 AS PREMISSAS TEÓRICAS HEGEMÔNICAS SUBJACENTES AO DEBATE SOBRE PRECEDENTES NO BRASIL .....	92
3.2 <i>NOMOS</i> E <i>THESIS</i> : O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO E A ATIVIDADE DE CRIAÇÃO INTENCIONAL DE NORMAS .....	95
3.2.1 Direito como ordem espontânea ( <i>nomos</i> ) .....	97
3.2.2 Legislação como atividade de criação intencional de normas ( <i>thesis</i> ) ...	100
3.3 A UNIVERSALIDADE DO PRECEDENTE COMO FORMA DE MANIFESTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO.....	101
<b>4 PRECEDENTES E LEGISLAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>114</b>
4.1 O PODER JURISDICIONAL COMO A PROTEÇÃO DO <i>NOMOS</i> CONTRA OS EXCESSOS DA <i>THESIS</i> .....	120

4.2	ENUNCIADOS JUDICIAIS (SÚMULAS E TESES): PRECEDENTES OU LEGISLAÇÃO?.....	127
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>140</b>

## INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário consolidou, no início do século XXI, uma posição de protagonismo, manifesta sob a forma de fenômenos que, apesar de amplo dissenso conceitual, e não apenas terminológico, têm sido denominados pelas expressões judicialização da política e ativismo judicial.<sup>1</sup>

Em sua acepção mais estrita e rigorosa, a locução judicialização da política designa a tomada – pelo poder judiciário – da potestade<sup>2</sup> para a decisão de questões que se situam na esfera da política propriamente dita, ou seja, para a prática de atos superiores de governo, sobre elas deliberando como pontos controvertidos em matéria de Direito Constitucional.<sup>3</sup> Dito de outro modo, a judicialização da política consiste na tendência “a outorgar ao poder judicial a posição dominante de árbitro supremo na dinâmica do processo político”,<sup>4</sup> fazendo com que órgãos jurisdicionais assumam, pela natureza dos conflitos que resolvem, um “caráter político, ainda que esteja a decisão revestida de forma judicial”.<sup>5</sup>

Por sua vez, o ativismo judicial se caracterizaria, segundo alguns,<sup>6</sup> por uma tendência de avanço do judiciário sobre as competências constitucionalmente cometidas aos outros poderes,

---

<sup>1</sup> Nelson Juliano Cardoso Matos, ao realizar uma análise abrangente e minuciosa das diversas acepções em que são empregadas as expressões “ativismo judicial” e “judicialização da política” na literatura especializada, chama atenção para a confusão terminológica e conceitual que impera nesse campo: “O uso indiscriminado dessas duas expressões – judicialização da política e ativismo judicial – tem provocado ainda mais confusão e ambiguidade. Particularmente no Brasil, os termos são empregados em tal proporção e com tanto desacordo semântico que não parece possível identificar duas definições consensualmente aceitáveis” (MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, p. 122, no prelo. Essa obra se constitui na versão atualizada (gentilmente cedida pelo autor) da tese de Doutorado aprovada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007, disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4146>, acessado em 23 de novembro de 2020).

<sup>2</sup> Ao longo desta dissertação, o termo “potestade” é empregado para designar “o poder socialmente reconhecido”, em oposição a “autoridade”, entendida no sentido específico de “saber socialmente reconhecido” (D’ORS, Álvaro. *La violencia y el orden*. Madrid: Criterio, 1998, p. 88). Em algumas passagens, o termo autoridade é empregado como sinônimo de potestade, porque, conforme explicado na seção 2.3, a filosofia política da modernidade confundiu os dois conceitos, assimilando o primeiro ao segundo. Isso ocorreu com a artificial substituição do saber pelo poder como critério de verdade. Desse modo, o poder socialmente reconhecido passou a atuar sem enfrentar a censura ou o contraste por parte do saber socialmente reconhecido.

<sup>3</sup> Nelson Juliano Cardoso Matos oferece três diferentes propostas de sistematização terminológica, considerando a terceira delas como a mais rigorosa, em que “a expressão judicialização da política ficaria reservada apenas à (...) situação em que um órgão judicial atuasse como árbitro das decisões políticas e constitucionais; aqui o rigor terminológico é mais preciso, pois literalmente descreve a interferência de um órgão judicial na esfera política propriamente dita (dos atos superiores de governo)” (MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, p. 125, no prelo).

<sup>4</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução e estudo por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 321.

<sup>5</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução e estudo por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976, pp. 321-322.

<sup>6</sup> Uma definição similar é adotada por Bruno Meneses Lorenzetto e Clèmerson Merlin Clève: “A presença recorrente de temas políticos no Judiciário ficou conhecida como a judicialização da política. Esta, contudo, não pode ser confundida com o ativismo judicial, o qual caracteriza decisões expansivas, as quais cruzam as fronteiras traçadas anteriormente para a atuação do Judiciário. Trata-se de uma atuação mais intensa nos espaços desenhados para a atuação dos outros Poderes (BARROSO, 2009, p. 75), em uma definição sumária, caracterizando-se por uma propensão acentuada dos tribunais para

inclusive para interferir sobre a realização de políticas públicas, seja na concepção (competência legislativa), seja no planejamento e execução delas (competência material ou administrativa).<sup>7</sup> Para a caracterização do ativismo judicial, esse avanço ou essa interferência precisa corresponder a um exercício do poder jurisdicional que não se restrinja ao desempenho do controle de juridicidade que o direito positivo tenha cometido ao judiciário realizar em relação aos atos de outros poderes ou órgãos, ou seja, com ofensa aos limites impostos pelo ordenamento jurídico e sem observância ou aplicação adequada dos métodos próprios do direito.<sup>8</sup>

Apesar do inegável rigor dessa distinção conceitual entre judicialização da política e ativismo judicial, algumas situações parecem sugerir que ambos se apresentam na realidade como fenômenos imbricados, de modo que, na experiência concreta, os campos semânticos das duas expressões se interseccionam, coincidindo sobre os mesmos fatos: a atuação aparentemente pontual de um órgão jurisdicional, para decidir questão convencionalmente compreendida como pertinente à atividade legiferante ou à administração pública, tem o potencial de interferir diretamente sobre assuntos de megapolítica ou macropolítica.

De uma maneira geral, alguns autores visualizam, na realidade atual de vários países ocidentais, uma supremacia<sup>9</sup> do poder judiciário, designada como juristocracia por Ran Hirschl, ao reportar-se às revoluções constitucionais ocorridas no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia e na África do Sul.<sup>10</sup> No Brasil, a caracterização do ativismo judicial foi percebida por Georges Abboud como o fenômeno em que “os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos

---

declarar um maior número de leis inconstitucionais. Logo, uma Corte mais ativista exerce de maneira mais recorrente e com maior liberdade o controle de constitucionalidade, chegando, até mesmo, a produzir, diante omissões do legislativo, soluções normativas para casos controvertidos” (LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, pp. 142-162, Set.-Dez., 2017, p. 147. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233925>. Acessado em 26 de janeiro de 2022).

<sup>7</sup> “A expressão ativismo judicial ficaria reservada apenas à (...) situação em que os órgãos judiciais determinassem políticas públicas no âmbito mais geral (substituindo o legislativo) ou no âmbito mais particular (substituindo o executivo); aqui a expressão ativismo poderia ser entendida no sentido mais livre como expansão ou ampliação da esfera de atuação do judiciário para além do que lhe é convencionalmente aceitável.” (MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, pp. 125-126, no prelo).

<sup>8</sup> Esse aspecto é acentuado por André Borges Uliano, ao sustentar a seguinte definição do fenômeno: “(...) ativismo judicial é o exercício da jurisdição por meio de decisões que substituem a opção do órgão, a princípio, competente para efetuar aquela escolha, por meio de padrões hermenêuticos inconsistentes.” (ULIANO, André Borges. *Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas*. Londrina-PR: Thoth, 2022, n. 1.1, sem paginação, edição do Kindle).

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010, p. 5 a 43.

<sup>10</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. 1ª ed. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade.”<sup>11-12</sup>

Para André Borges Uliano, aí se pode identificar o gênero próximo para a definição do ativismo judicial, que se configuraria por “julgamentos que substituem a escolha tomada pelo órgão, a princípio, investido da atribuição para decidir”.<sup>13</sup> Isso, contudo, como ressaltado por Uliano, não é suficiente para a caracterização do ativismo judicial, o qual se manifesta em “decisões que se utilizam de padrões hermenêuticos inconsistentes, derrubando ou ignorando leis, atos administrativos ou precedentes”<sup>14</sup> simplesmente por discordar a autoridade julgadora da carga normativa neles contida ou por reputar indesejáveis as as consequências que supõe acarretarem. Qualquer que seja a motivação do julgador, incorre em ativismo judicial ao afastar esse material normativo “sem um fundamento jurídico consistente, isto é, sem que uma norma superior tenha sido violada pela lei, ato administrativo ou precedente ignorado”.<sup>15</sup>

Essas constatações parecem confirmar o prognóstico de Karl Loewenstein, publicado pela primeira vez em 1957, segundo as quais a concessão, a um órgão jurisdicional, da condição de árbitro dos conflitos políticos esmaeceria as fronteiras entre a política e a jurisdição, tanto por expor os agentes políticos à tentação de trasladar as questões políticas ao tribunal, como por “obrigar” os juízes a substituírem as decisões dos mandatários eleitos pelos seus próprios juízos políticos, “camuflados em forma de sentença judicial”.<sup>16</sup> Segundo tal autor, isso transformaria “o sistema governamental em um domínio dos juízes ou em uma ‘judiciocracia’”.<sup>17</sup>

---

<sup>11</sup> ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters Proview, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v5/page/RB-10.2>.

<sup>12</sup> Georges Abboud elenca seis premissas a fim de elaborar um conceito de ativismo judicial: “i) a realização de controle de constitucionalidade das leis não caracteriza, necessariamente, ativismo judicial; ii) do mesmo modo, não é ativismo judicial a atuação contramajoritária do Judiciário para assegurar a proteção dos direitos fundamentais face à sociedade civil ou o próprio Estado; iii) juízes somente podem aplicar o direito mediante atividade interpretativa. Logo, não ser *literal* não é sinônimo de ativismo judicial. O fato de o juiz não buscar a vontade da lei ou do legislador não caracteriza ativismo. Conforme expusemos no Cap. 1, esse é o paradigma contemporâneo de decisão. iv) juiz pode ser ativista exercendo a *judicial review* ou praticando o *self-restraint*; v) ativismo judicial não é questão de ideologia. Ou seja, tanto posturas mais progressistas quanto conservadoras podem ser ativistas; e vi) em termos de validade da decisão, todo ativismo incorrerá em algum tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade.” (ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters Proview, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v5/page/RB-10.1>).

<sup>13</sup> ULIANO, André Borges. *Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas*. Londrina-PR: Thoth, 2022, n. 1.1, sem paginação, edição do Kindle.

<sup>14</sup> ULIANO, André Borges. *Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas*. Londrina-PR: Thoth, 2022, n. 1.1, sem paginação, edição do Kindle.

<sup>15</sup> ULIANO, André Borges. *Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas*. Londrina-PR: Thoth, 2022, n. 1.1, sem paginação, edição do Kindle.

<sup>16</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução e estudo por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 325.

<sup>17</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução e estudo por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 325.

Com efeito, no Brasil contemporâneo, os sintomas do ativismo judicial se manifestam em, pelo menos, quatro diferentes planos de conflito institucional. No nível mais concreto, o ativismo se manifesta por meio de uma dogmática que compreende os âmbitos de discricionariedade do administrador público como campos muito restritos, impondo ao poder executivo uma vinculação a pautas materiais definidas de maneira casuística por órgãos jurisdicionais, mediante fundamentações que invocam textos normativos ou tópicos retóricos com elevado grau de abstração e generalidade.<sup>18</sup>

Em outro plano, o ativismo judicial se apresenta por ocasião do controle da juridicidade de políticas públicas,<sup>19</sup> no qual o poder judiciário tem assumido, francamente, a condução de programas governamentais, não apenas com base nas normas que disciplinam o processo jurisdicional coletivo, mas também mediante a adoção de uma série de práticas que têm sido denominadas “processos estruturais”. Pelo emprego dessas formas especiais de exercício do poder jurisdicional, se pretende transladar do poder executivo para o poder judiciário a competência relativa à concepção de políticas públicas, fazendo do processo jurisdicional (necessariamente presidido por uma autoridade judicial) a última instância decisória quanto ao exercício de atribuições eminentemente governamentais. Mesmo os defensores do processo estrutural para a conformação e execução de políticas públicas reconhecem que isso significa a subversão da ideia de processo jurisdicional.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Apenas ilustrativamente, recorda-se, como exemplo, que o ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, por decisão unipessoal e em juízo de cognição sumária, em exame de medida liminar em mandado de segurança (via processual em que a cognição é severamente limitada no plano horizontal), suspendeu os efeitos da nomeação de um delegado da Polícia Federal para ocupar a função de diretor-geral desse mesmo órgão, praticada pelo presidente da República no desempenho de uma competência expressamente prevista em lei como exclusiva do chefe do poder executivo federal. A fundamentação desse pronunciamento monocrático encontra-se baseada na premissa de que é dever do órgão jurisdicional verificar a “exatidão do exercício da discricionariedade administrativa perante os princípios da administração pública (CF, art. 37, caput), verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica do ato administrativo com os fatos”. Ao se desincumbir desse “dever” do “poder judiciário”, o ministro fundamentou sua decisão em declarações prestadas por ex-ministro da justiça, de que aquela nomeação tinha por motivo a intenção da autoridade nomeante de realizar “interferência política” sobre o órgão detentor da atribuição de polícia judiciária da União, a Polícia Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 37.097/DF. Relator: ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 29 de abril de 2020, DJe-107, divulgado em 30/4/2020, publicado em 4/5/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>. Acessado em 21 de novembro de 2020).

<sup>19</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 15, p. 59-86, Jan.-Jun., 2012, p. 61. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

<sup>20</sup> “Como se percebe, parece ocorrer uma inversão entre a relação causa-efeito e a relação meio-fim. Se no processo não estrutural, numa fase de conhecimento, se verifica/conhece de uma causa ocorrida que implica efeitos, no processo estrutural, numa fase de conhecimento, se verifica/conhece de um fim (não ocorrido, muito pelo contrário) a ser perseguido e cuja busca implica meios que “causarão”, como efeito, o alcance do fim. Lá (relação causa-efeito) se efetiva o efeito com base na causa, aqui (relação meio-fim) se efetiva a causa (meios) com base no efeito que se pretende (fim).” (GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. 2019. 166p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 59. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30432/1/MATHEUS%20SOUZA%20GALDINO.pdf>. Acessado em 12 de julho de 2021).

A propósito, José Eduardo da Fonseca Costa desenvolve dez críticas contra o processo estrutural, demonstrando inexistência de fundamento jurídico-constitucional para deslocar a elaboração de políticas públicas para um processo jurisdicional. Entre outras deficiências da tese em favor de um processo estrutural, Costa denuncia que os adeptos dessa ideia, apesar da inexistência de previsão constitucional que autorize a elaboração jurisdicional de políticas públicas, limitam-se a defender uma teoria avançada da separação de poderes, sem apresentá-la, apenas para elidir o referido princípio constitucional em sua versão dita tradicional e atrasada.<sup>21</sup>

Em um terceiro plano, o ativismo se faz sentir no exercício do poder de polícia, inclusive nas suas fases de elaboração normativa e de fiscalização. Na realidade, o poder judiciário, a título de controle de juridicidade, às vezes interfere até mesmo sobre as decisões adotadas por agências reguladoras, que, no Brasil, foram introduzidas para o exercício de discricionariedade técnica, com autonomia jurídica e orçamentária, independência funcional de certos agentes e, em alguns casos, poder normativo primário, compreendido como competência normativa outorgada diretamente pela Constituição da República.<sup>22</sup>

Finalmente, o ativismo judicial se manifesta no desempenho da jurisdição constitucional (tanto na fiscalização abstrata quanto no controle concreto da constitucionalidade). Nesse contexto,

---

<sup>21</sup> “[...] os estruturalistas precisam explicar como se pode teorizar a interferência judicial sobre os outros poderes sem se teorizar a fundo a própria separação de poderes. A rigor, não há previsão constitucional expressa sobre o controle judicial de políticas públicas. A intromissão judicial em escolhas discricionárias indevassáveis excepciona a separação de poderes em sua concepção mais tradicional. Por isso, aos teóricos do processo estrutural não basta acusar essa concepção de «atrasada», nem bradar aos quatro ventos a necessidade de uma concepção mais «avançada»: eles precisam de uma vez por todas apresentar essa teoria «avançada» e minudenciar dogmaticamente essa «nova» separação de poderes em seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, derivando dela a possibilidade de o Judiciário readequar instituições e políticas. Contudo, a tarefa não é fácil. À Constituição cabe estabelecer os limites positivos e negativos do poder; logo, só a ela cabe prever quando há negligência de determinado poder [= regra de conduta] e quando se autoriza que ele seja substituído pontualmente por outro [= regra de sanção]. Por força da garantia da separação de poderes [CF, artigos 2º e 60, § 4º, III], é necessário que essas regras sejam excepcionais, claras, objetivas e expressas. Daí por que a Constituição não prevê sanção para toda e qualquer negligência. Ademais, nem sempre a sanção consiste na substituição *ad hoc* de um poder por outro. Vigem regimes fragmentários, pois: visto que a interferência de um poder sobre outro deve ser mínima, as hipóteses constitucionalmente qualificadas de negligência e de conseguinte substituição *ad hoc* se reservam a situações graves selecionadas com pudor pela própria Constituição” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Dez senões do processo estrutural*. Disponível em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>. Acessado em 12 de julho de 2021. O referido artigo científico foi publicado também na Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), Belo Horizonte, ano 29, n. 115, jul./set. 2021).

<sup>22</sup> Caso digno de atenção é aquele submetido ao Supremo Tribunal Federal por meio da propositura da Ação Originária Cível n. 3.451, em que o Estado do Maranhão pediu à Corte Suprema brasileira que obrigasse a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) a deferir a “autorização para importação da vacina Sputnik V”. Por sua vez, a Anvisa obtemperou que tal agência reguladora devia “[...] conferir se o registro concedido pela autoridade sanitária internacional alcançou os requisitos mínimos de qualidade, segurança e eficácia [...]”. Ao deferir a tutela provisória postulada pelo Estado do Maranhão, o ministro Ricardo Lewandowski determinou que a Anvisa se pronunciasse sobre o pleito daquele ente federativo no prazo de trinta dias, ao fim do qual estaria “o Estado do Maranhão autorizado a importar e a distribuir o referido imunizante à população local, sob sua exclusiva responsabilidade, e desde que observadas as cautelas e recomendações do fabricante e das autoridades médicas”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 3.451. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF, 13 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3451Sputnik.pdf>. Acessado em 12 de julho de 2021).



algumas vezes, o poder judiciário reputa inconstitucionais atos normativos primários, produzidos principalmente pelo poder legislativo – o que se revela como um exercício de verdadeiro poder de veto à lei aprovada pelo Parlamento,<sup>23</sup> ou, pelo menos, como severa restrição ao espaço de liberdade de conformação legislativa – pelo simples fato de serem incompatíveis com certas concepções políticas consideradas preferíveis pelos juízes constitucionais, e não propriamente por serem incompatíveis com alguma norma da Constituição.<sup>24</sup>

Nesses diversos níveis, uma estratégia argumentativa frequentemente empregada com vistas à usurpação de funções legislativa e administrativa consiste na imputação de uma omissão inconstitucional aos poderes políticos. Argumenta-se, por exemplo, que o poder legislativo contraria a Constituição ao deixar de editar uma lei com um certo conteúdo, que se supõe exigido pela Constituição da República. Ou, ainda, alega-se que o poder executivo se abstém da concepção, planejamento e execução de uma política pública com as características adequadas à realização de alguma promessa constitucional.

Em todas essas modalidades, o ativismo judicial suscita, diante do princípio constitucional da separação de poderes, problemas de legitimidade democrática.<sup>25</sup> Desse modo, mesmo em sua modalidade aparentemente mais concreta (relacionada com a redução do espaço de discricionariedade do administrador público), a postura ativista do poder judiciário produz atritos entre os órgãos de

---

<sup>23</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. 2017. 294 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49483>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

<sup>24</sup> Exemplo de uma tal situação se colhe do cotejo entre as conclusões contraditórias adotadas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de duas ações diretas de inconstitucionalidade, que versavam sobre leis estaduais que disciplinavam o emprego de animais em manifestações culturais. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal declarou “a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará”, que disciplinava a prática da vaquejada, por considerar que tal manifestação cultural terminava por submeter os animais à crueldade, o que tornaria a sua regulamentação legal incompatível com o “inciso VII do artigo 225 da Carta Federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983, Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 6 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acessado em 17 de fevereiro de 2022). Já em 2019, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese segundo a qual “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 494.601, Relator: ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: ministro Edson Fachin. Brasília-DF, 28 de março de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>. Acessado em 17 de fevereiro de 2022). No primeiro caso, a disciplina legal da vaquejada foi considerada inconstitucional, por, supostamente, implicar, de modo necessário, submissão dos animais a certas formas de crueldade. No segundo caso, entendeu-se que o sacrifício ritual não configura crueldade e, por isso, uma lei que o discipline é constitucional. A inconsistência no padrão decisório denuncia um viés no controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, derivado, no primeiro caso, do apreço político à causa ambientalista, a qual, no segundo, cedeu lugar à causa identitária. A vedação constitucional à crueldade contra os animais [“vedadas, na forma da lei, as práticas que (...) submetam os animais a crueldade”], apesar de expressamente submetida à disciplina em lei, foi tomada como impedimento material ao exercício da competência legislativa no caso da lei cearense. No exame da lei gaúcha, a regulamentação do sacrifício de animais foi, corretamente, considerada como compatível com a mesma regra constitucional.

<sup>25</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, especialmente capítulo III, n. 2 e 3, pp. 104 a 111, no prelo.

cúpula das instituições, com impactos inegáveis sobre o que se denomina megapolítica ou macropolítica.<sup>26</sup>

No Brasil, consoante uma tendência mundial de convergência entre as metodologias consideradas típicas das tradições anglo-saxã (*Common Law*) e romano-germânica (*Civil Law*),<sup>27</sup> a importância da jurisprudência, ou de certos julgados (notadamente aqueles proferidos em controle abstrato de constitucionalidade), se ampliou a partir da introdução das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, passando pelo advento de certos mecanismos processuais como a súmula “impeditiva” de recursos (Lei n. 11.276, de 7 de fevereiro de 2006) e a “sistemática de recursos repetitivos” (Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008), até a aprovação do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), a partir daqui designado pela sigla “CPC”.

Entre os preceitos dessa codificação, cumprem função central as regras explicitadas nos arts. 926 e 927: o primeiro, ao impor aos tribunais o dever de uniformização da jurisprudência, bem como os deveres de manutenção de sua coerência, estabilidade e integridade; o segundo, ao elencar uma série de decisões, enunciados sumulares e orientações a serem observadas pelos órgãos jurisdicionais, conforme sua vinculação na escala hierárquica de organização judiciária, de maneira que os órgãos jurisdicionais têm o dever de observar os precedentes dos tribunais superiores, proferidos a respeito das matérias que lhes tenham sido constitucionalmente cometidas, ao passo que cada juiz tem de observar, adicionalmente, os precedentes dos tribunais a que vinculados.

O reconhecimento, tanto pelo legislador quanto pelo poder judiciário, da eficácia obrigatória ou expansiva das razões de decidir (*ratio decidendi*) contidas em certas decisões judiciais (proferidas por alguns órgãos constitucionalmente incumbidos de competência para conferir unidade ao Direito, mediante o atendimento de uma certa metodologia de deliberação) afigura-se como um fator de amplificação dos problemas relacionados à separação de poderes.

Esse cenário de supremacia judicial<sup>28</sup> suscita o risco de que a formação dos precedentes vinculantes seja transmutada, indevidamente, em um instrumento para avanços sistemáticos do poder

---

<sup>26</sup> Também a esse respeito, conf. LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 142-162, Set.-Dez., 2017, p. 147. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233925>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

<sup>27</sup> A convergência entre os sistemas de *statutory law* e de *case law* pode ser melhor compreendida como dois movimentos sucessivos de expansão, relacionados por causa e efeito: primeiro, uma expansão do direito legislado, ocorrida também nos países de *common law*; segundo, uma expansão do direito judiciário, inclusive nos ordenamentos filiados à *civil law*, que se seguiu como consequência daquele primeiro fenômeno. Nesse sentido, conf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 18.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010, p. 5-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

judiciário sobre a função legislativa. Com a propagação da crença de que incumbiria aos tribunais constitucionais os papéis de agentes contramajoritários, representativos e iluministas,<sup>29</sup> esses órgãos judiciais podem arrogar a condição de instância decisória mais adequada (inclusive em comparação com o próprio poder legislativo) para o exercício da mediação entre a vontade popular e os limites a ela impostos pelo Direito, numa postura que já foi qualificada de messiânica.<sup>30</sup> Se assumido esse conjunto de premissas ativistas, a formação de precedentes vinculantes pode ser confundida com um processo deliberativo de pura construção normativa.<sup>31</sup>

A observação da prática institucional dos tribunais revela que a atividade de formação de precedentes vinculantes tem sido reduzida à elaboração de enunciados prescritivos gerais e abstratos, a serem aplicados pelos demais órgãos jurisdicionais como vinculantes, obrigatórios ou dotados de eficácia expansiva. A esses enunciados as cortes de justiça têm atribuído o nome de teses.

Algumas vezes, ao elaborarem essas teses, o órgão jurisdicional colegiado insere detalhes prescritivos, com características similares às da atividade legiferante. Com efeito, os enunciados elaborados pelos tribunais brasileiros, em alguns casos, introduzem elementos normativos inteiramente novos, como requisitos para configuração de posições jurídicas (por exemplo, direitos subjetivos a uma prestação, e correspondentes obrigações) não previstas em lei.

Assim, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 657.718/MG, o Supremo Tribunal Federal fixou uma tese segundo a qual, em dadas hipóteses e atendidos certos requisitos, surge para o Estado a obrigação de fornecer medicamentos ainda não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).<sup>32</sup> Dentre os requisitos estipulados pelo STF nessa tese, na presença dos quais o Estado passa a ser obrigado a fornecer medicamento não aprovado pela Anvisa, se encontra “a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior”.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

<sup>30</sup> PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. Apresentação: o Supremo e a “voz das ruas”, in PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (coordenadores). *Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020, p. 17-24. Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br/44-supremos-erros-decis%C3%B5es-inconsti>. Acessado em 30 de novembro de 2020.

<sup>31</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 94.

<sup>32</sup> Essa atividade legiferante na elaboração de “teses” pelas Cortes Supremas já despertou o interesse da academia pelas interações entre o Poder Judiciário e as agências ou órgãos incumbidos da regulação e, de um modo geral, do exercício do poder de polícia. SILVEIRA, Bruna Braga. *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o Regulador no julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2021. 320 p.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 657.718/MG. Relator: ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: ministro Roberto Barroso. Brasília-DF, julgado em 22/05/2019, Dje-267, divulgado em 06-11-2020, publicado em 09-11-2020. Então, assentou-se esta “tese” de “repercussão geral”: “1. O Estado não pode ser

Diante de tudo isso, esta dissertação se propõe a identificar, no campo conceitual, as características dos precedentes vinculantes, verificando se a sua formação se distingue da emissão de enunciados prescritivos gerais e abstratos, à luz do princípio da separação de poderes.

Para tanto, no capítulo 1, apresenta-se uma síntese do percurso filosófico que permitiu conceber-se a atividade judicial como a proteção conferida pelo direito contra os excessos da potestade, modernamente corporificada no estado absolutista.

No capítulo 2, empreende-se uma revisão acerca dos três mais influentes modelos de constitucionalismo, para demonstrar que, na vertente desse movimento de limitação do poder, o poder jurisdicional surge como a proteção do *rule of law* contra os excessos da democracia, expressos na atividade legiferante.

No capítulo 3, apresenta-se a distinção entre direito (*nomos*) e legislação (*thesis*), tal como concebida por Hayek, a fim de ressaltar a jurisdição e a sua atividade de formação de precedentes como a proteção do primeiro contra os excessos da segunda. Finalmente, indica-se o que se entende como pertinente à essência da função jurisdicional, bem como os limites a que está submetida, de modo a oferecer um conceito de precedentes vinculantes capaz de diferenciá-los da legislação.

A compreensão dos limites da função jurisdicional na formação de precedentes é imprescindível para a identificação da eventual usurpação de funções que, em tese, pode ser perpetrada por meio da enunciação de teses pelos órgãos de cúpula do poder judiciário brasileiro, com a pretensão de vinculatividade absoluta. Tal prática, como toda modalidade de exercício do poder estatal, somente pode ser concebida como limitada pela Constituição da República Federativa do Brasil, a qual determina, no art. 1º, parágrafo único, a separação de poderes e o exercício da soberania pelo povo,<sup>34</sup> por meio de seus representantes eleitos.

A usurpação de funções, especialmente a legislativa, por órgãos jurisdicionais brasileiros, por meio da formação de “precedentes vinculantes”, tornou-se um risco digno de preocupação, porque, no Brasil, disseminou-se muito rapidamente – tanto na academia quanto na prática do poder judiciário, com acolhida pelo poder legislativo – a ideia de que as razões de decidir (ou os motivos determinantes) de certos pronunciamentos judiciais deveriam influenciar a aplicação do direito para

---

obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); **(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior**; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União” (sem negrito no original).

<sup>34</sup> Obviamente, o próprio exercício da soberania pelo povo é igualmente controlado e limitado, em conformidade com a distribuição de competências prevista na própria Constituição da República.

a resolução de questões idênticas, similares ou análogas, postas ao exame jurisdicional em outros processos.

Ilustrativamente, em 1996, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afirmava que os enunciados da própria súmula de jurisprudência não eram dotados do “denominado ‘*binding effect*’, ao contrário do que se registra, no sistema da ‘*Common Law*’, por efeito do princípio do ‘*stare decisis et non quieta movere*’, que confere força vinculante ao precedente judicial”.<sup>35</sup> Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 incluiu o art. 103-A na Constituição Federal, para permitir, ao Supremo Tribunal Federal, “aprovar súmula” dotada de “efeito vinculante”, “mediante decisão de dois terços dos seus membros”. Por sua vez, a Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, disciplinou “a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal”. Menos de 10 (dez) anos depois, entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), que buscou introduzir no Brasil a eficácia vinculante de certos “provimentos judiciais”, ou, mais propriamente, de certos enunciados judiciais (art. 927 do CPC).

Poucos meses depois da entrada em vigor dessa codificação, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal afirmou, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 655.265/DF, que o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 “ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que ‘densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação’”<sup>36</sup>.

Em 2018, em um dos julgamentos que mais atraiu a atenção da “opinião pública” nos últimos anos, a Ministra Rosa Weber, ao proferir voto crucial no julgamento do *Habeas Corpus* n. 152.752-PR, impetrado em favor de Luiz Inácio Lula da Silva, invocou, como fundamento para a denegação da ordem, o respeito à eficácia horizontal do *stare decisis*, pelo qual as Cortes Supremas devem observar seus próprios precedentes, abandonando fundamentos que tenham sido derrotados ou refutados em julgamentos anteriores, apesar dos posicionamentos pessoais de integrantes do Tribunal. Nessa ocasião, a Ministra Rosa Weber afirmou que “o respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio conceito de justiça, na dimensão da equidade”.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 179.560/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, julgado em 23/04/1996, publicado no Diário da Justiça de 27-05-2005, p. 12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=281493>. Acessado em 25 de novembro de 2020.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 655.265/DF, Relator: Ministro Luiz Fux. Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília-DF, julgado em 13/04/2016, Dje-164, divulgado em 04-08-2016, publicado em 05-08-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acessado em 24 de novembro de 2020.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n. 152.752-PR. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília-DF, julgado em 04/04/2018, Dje-127, divulgado em 26-06-2018, publicado em 27-06-2018, p. 200. Disponível

Todos esses sinais inequívocos, provenientes da cúpula do poder judiciário brasileiro, bem como do poder legislativo nacional, dão conta de que alguma versão do *stare decisis* está em pleno desenvolvimento na prática concreta do exercício do poder jurisdicional brasileiro. Por essa razão, o reconhecimento dos limites do poder jurisdicional, em relação à formação de “precedentes vinculantes”, assume posição central nas preocupações relativas à separação de poderes.

A má compreensão sobre a adoção de decisões judiciais, cujas razões de decidir são tidas como vocacionadas a serem “aplicadas” por outros órgão jurisdicionais – porque dotadas de eficácia obrigatória ou expansiva – pode transmutar essa metodologia prudencial de desenvolvimento do Direito a partir de casos concretos em um instrumento de centralização política, mediante o qual se usurpam as funções legislativas para implementar objetivos políticos à margem das instâncias próprias, ou seja, contornando as instituições incumbidas do exercício da soberania popular, notadamente o poder legislativo e o poder executivo, cujas funções são exercidas pelos representantes eleitos.

---

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acessado em 26 de novembro de 2020. Nesse voto, a Ministra Rosa Weber, seguindo o Ministro Edson Fachin, sustentou que “a doutrina do precedente, hoje acolhida no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, estabelece um padrão de equidade e coerência normativa decisória – previsibilidade e fortalecimento da instituição – para o exercício da jurisdição”.

## 1 O PODER JURISDICIONAL COMO A PROTEÇÃO DO JURÍDICO CONTRA OS EXCESSOS DO POLÍTICO<sup>38</sup>

A controvérsia em torno dos limites ou limitações do poder, embora possa ser abordada, estritamente, como uma questão de técnica, beneficia-se de alguma consideração sobre o “caldeirão de tendências espirituais e ideológicas que explicam a origem do Estado moderno e sua posterior evolução”.<sup>39</sup> Os problemas que dão lugar ao tema da separação de poderes, longe de configurarem-se como estritamente jurídicos, situam-se na interface entre a política e o direito, pois partem da questão de saber que estatuto jurídico se deve conferir a uma específica organização política – o estado –, para minimizar, o quanto possível, a prática do abuso no exercício do poder ou, em termos mais otimistas, reduzir a influência da ubiquidade do arbítrio sobre o jogo da política. Sendo assim, como tema bifronte, uma abordagem da separação de poderes pode se beneficiar de um voo transversal sobre algumas noções elementares da ciência política (*politike episteme*), fundada por Platão e Aristóteles,<sup>40</sup> assim como sobre os desenvolvimentos e os embates que se seguiram, com a finalidade de situar a complexa problemática dos limites do poder jurisdicional. Trata-se de saber, em outros termos, como o constitucionalismo antigo articulava as relações entre a ordem política e o direito, para que se possa encarar as questões suscitadas pelo constitucionalismo moderno a partir de uma perspectiva que não esteja presa ao próprio paradigma dentro do qual se originaram.

Para uma compreensão mais precisa da realidade, é preciso ter presente a noção de que a sociedade humana é, para além de seu aspecto exterior, um pequeno mundo inteiro: um *cosmion*, na terminologia de Eric Voegelin.<sup>41</sup> Isso significa que os seres humanos elaboram cosmovisões a respeito dos grupos sociais que formam, repletas de simbolismo acerca da vida e do convívio que

---

<sup>38</sup> Deve-se o título desta seção à arguta observação e às sugestões do Professor Doutor Nelson Juliano Cardoso Matos, externadas durante a sessão de defesa desta dissertação.

<sup>39</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 63. Na mesma obra, observa esse autor: “Efetivamente, a questão das limitações – neste caso do poder, porém mais universalmente de qualquer outro objeto – deita raízes em um terreno propriamente filosófico: o conhecimento de uma determinada realidade decorre do que de positivo contém, mas também pelas fronteiras que demarcam seu perímetro e o distinguem dos campos limítrofes. Assim, pois, somente acertando em captar a metafísica do poder poderemos tirar proveito de quais devem ser suas limitações. Como, inversamente, em um processo convergente, somente alcançando um modo de precisar estas limitações é que encontraremos o seu *numen*. Portanto, a abordagem da essência do poder e a atenção a suas limitações são apresentadas a nós como intimamente inter-relacionadas. Porém, ao mesmo tempo, a realidade do poder mostra-se como inacessível e incompreensível sem a consideração dos fatores históricos e sociológicos que estão na base do que se supõe como uma autêntica ‘mudança de significado’ deste.” (AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, pp. 63-64.

<sup>40</sup> VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997, p. 10.

<sup>41</sup> VOEGELIN, Eric. *The new science of politics: an introduction*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1987, p. 27. Tradução livre. Na obra de Voegelin, o dado da realidade que é significado mediante o termo *cosmion* não se confunde com aquelas ordens espontâneas que Hayek reúne sob a categoria do *kosmos*.

experimentam. Tais cosmovisões acerca da ordem social, por sua vez, em movimento circular, exercem influência sobre os comportamentos adotados pelas pessoas, famílias, subgrupos e grupos que a compõem.

Esse *cosmion*, que é a sociedade humana, tem por característica essencial ser “iluminada com significado desde dentro, por seres humanos que, continuamente, a criam e a carregam como modo e condição de sua autorrealização”.<sup>42</sup> Essa iluminação da sociedade humana se dá por meio de um elaborado simbolismo, que a preenche de significado, na medida em que os símbolos, a partir do rito, passando pelo mito e chegando à teoria, engendram as estruturas desse cosmos, as relações entre os membros e grupos de membros e “sua existência como um todo, transparente para o mistério da existência humana”.<sup>43</sup>

O que viabilizou a elaboração de juízos acerca da ordem<sup>44</sup> social foi a abertura do homem à visão da transcendência, proporcionada pela especulação filosófica e pela encarnação reveladora do *Logos*, as quais, por sua vez, permitiram ao homem participar de uma ordem superior.<sup>45</sup> Por essa “abertura da alma”, o homem descobre uma “ordem superior”, à qual corresponde a “verdade da alma”, em oposição à “ordem da sociedade” e à sua correspondente verdade – a “verdade da sociedade”, plasmada pelo “simbolismo da sua auto-interpretação”.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> VOEGELIN, Eric. *The new science of politics: an introduction*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1987, p. 27. Tradução livre.

<sup>43</sup> VOEGELIN, Eric. *The new science of politics: an introduction*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1987, p. 27. Tradução livre.

<sup>44</sup> O que Voegelin designa pelos termos ordem e desordem pode ser compreendido na seguinte explicação fornecida, em tom didático, por esse autor: “Frequentemente, surgem perguntas sobre os sentidos dos termos *ordem* e *desordem* em minha análise. A realidade da ordem não é descoberta minha. Refiro-me à ordem da realidade, conhecida pelo gênero humano desde que temos os primeiros registros escritos, e há ainda mais tempo com as pesquisas arqueológicas, que nos desvelam símbolos gravados em monumentos já no paleolítico. *Ordem* é a estrutura da realidade como experienciada pelo homem, bem como a sintonia entre o homem e uma ordem não fabricada por ele, isto é, a ordem cósmica. Esses *insights* sobre a estrutura e o problema do ajuste – ou, como disse, da sintonia – já estão presentes em documentos literários egípcios do terceiro milênio a.C. Do mesmo milênio egípcio datam as expressões literárias da experiência da desordem. Um exemplo destas últimas é a emergência de um ceticismo radical em relação à ordem cósmica, em um momento marcado pela experiência cotidiana de uma sanguinária desordem tomando conta das ruas.” (VOEGELIN, Eric. *Reflexões autobiográficas*. Introdução e edição de texto de Ellis Sandoz. Tradução de Maria Inês de Carvalho. Notas de Martim Alves da Cunha. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 117).

<sup>45</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 39.

<sup>46</sup> “The opening of the soul was an epochal event in the history of mankind because, with the differentiation of the soul as the sensorium of transcendence, the critical, theoretical standards for the interpretation of human existence in society, as well as the source of their authority, came into view. When the soul opened toward transcendent reality, it found a source of order superior in rank to the established order of society as well as a truth in critical opposition to the truth at which society had arrived through the symbolism of its self-interpretation. Moreover, the idea of a universal God as the measure of the open soul had as its logical correlate the idea of a universal community of mankind, beyond civil society, through the participation of all men in the common measure, be it understood as the Aristotelian *nous*, the Stoic or the Christian *logos*. The impact of such discoveries might well obscure the fact that the new clarity about the structure of reality had not changed this structure itself. The opening of the soul, indeed, marked an epoch through its advancement from compactness to differentiation of experience, from dimness to clarity of insight; but the tension between a truth of society and a truth of the soul had existed before this epoch, and the new understanding of transcendence could sharpen the consciousness of the tension but not remove it from the constitution of being. The idea of a universal God, for instance, achieved its specific purity through the mystic philosophers, but its existence, imbedded in a compact cosmological myth,



Por isso, a auto-interpretação das comunidades que se situem em algum ponto do novo composto pelas linhas de desenvolvimento da civilização ocidental depende de uma mínima aproximação da posição ocupada pelo poder no respectivo simbolismo civilizacional.

## 1.1 A FILOSOFIA POLÍTICA CLÁSSICA EM BUSCA DA BOA CONSTITUIÇÃO: A NOÇÃO DE REGIME MISTO

Nessa tenção crítica entre a ordem superior e a ordem social, que se constitui em estrutura permanente da civilização, situa-se a investigação acerca da ordem e da desordem da sociedade, realizada por Platão, a partir do princípio antropológico, o qual estabelece uma correspondência entre a ordem e a desordem da alma humana e as formas verdadeiras e desviadas de constituições (ou seja, de governos): “(...) quantas formas distintas houver de governo, tantas haverá de alma”,<sup>47</sup> ou seja, “tem de haver tantas espécies de caracteres humanos quantas formas de governo”<sup>48</sup>, uma vez que as constituições não “nascem dos carvalhos e das pedras”, mas “dos costumes dos cidadãos, que tudo arrastam para o lado a que se inclinam”.<sup>49</sup>

Conforme se encontra em *A república*, seriam quatro as formas de governo viciado: timocracia ou timarquia, oligarquia, democracia e tirania.<sup>50</sup> Mas, como “há uma forma única de virtude, enquanto são infinitas as do vício”,<sup>51</sup> uma, apenas, é a constituição verdadeira, expressão da virtude ou da alma ordenada, ainda que possa ser denominada monarquia (reino) ou aristocracia, conforme o número dos

---

is attested by Egyptian inscriptions for about 3000 B.C.; and since, even at this early date, the idea appeared in the course of a polemical, critical speculation on hierarchy and function of gods, there must have existed the tension between a truth as understood by the speculating thinker and the truth of the received myth. The Stoic understanding of the cosmopolis to which men belong by virtue of their participation in the *Logos*, on the other hand, did not abolish the existence of man in finite historical societies. Hence, we must distinguish between the opening of the soul as an epoch in experiential differentiation and the structure of reality which remains unchanged. From the distinction it follows for the present problem that the tension between a differentiated truth of the soul and the truth of society cannot be eliminated from historical reality by throwing out the one or the other. Human existence in natural societies remains what it was before its orientation toward a destiny beyond nature. Faith is the anticipation of a supernatural perfection of man; it is not this perfection itself. The realm of God is not of this world; and the representative of the civitas Dei in history, the church, is not a substitute for civil society. The result of the epochal differentiation is not the replacement of the closed society by an open society—if we may use the Bergsonian terms—but a complication of symbolism which corresponds to the differentiation of experiences. Both types of truth will from now on exist together; and the tension between the two, in various degrees of consciousness, will be a permanent structure of civilization.” (VOEGELIN, Eric. *The new science of politics: an introduction*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1987, pp. 156-158).

<sup>47</sup> PLATÃO. *A república* (ou: sobre a justiça. Gênero político). Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000, Livro IV, 445c, p. 224.

<sup>48</sup> PLATÃO. *A república* (ou: sobre a justiça. Gênero político). Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000, Livro VIII, 544d, p. 360.

<sup>49</sup> PLATÃO. *A república* (ou: sobre a justiça. Gênero político). Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000, Livro VIII, 544d-e, pp. 360-361.

<sup>50</sup> PLATÃO. *A república* (ou: sobre a justiça. Gênero político). Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000, Livro VIII, 544c, p. 360.

<sup>51</sup> PLATÃO. *A república* (ou: sobre a justiça. Gênero político). Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000, Livro IV, 445c, p. 224.

excelentes em virtude.<sup>52</sup> O personagem que encarna essa alma ordenada e virtuosa é o filósofo,<sup>53</sup> a quem compete implementar o governo da razão, por conhecer a Ideia do Bem. Para alguns estudiosos, Platão teria retratado, em *A república*, “o despotismo da Ideia: isto é, uma ideocracia”.<sup>54</sup>

Na obra de Aristóteles, essa personificação recai sobre o *spoudaios* (o “homem bom” ou o “homem maduro”).<sup>55</sup> Para a ética aristotélica, o bem é a “a finalidade de todas as coisas”.<sup>56</sup> E o bem maior, que é a meta da política, é a felicidade, a boa ventura, a *eudaimonia*, expressão que designa a vida que se passa na prática constante das virtudes, caracterizadas pela mediania entre traços de caráter extremos, tal como a virtude da coragem é o meio termo entre a covardia e a temeridade.<sup>57</sup>

Para responder ao problema da relatividade quanto ao que se possa considerar como bem, Aristóteles defende que apenas podem ser admitidos a esse debate os homens capazes de adequar a sua vontade à verdade.<sup>58</sup> Esse seria o *spoudaios*, o homem que, por atualizar habitualmente as virtudes éticas e dianoéticas, atinge as condições para a vida contemplativa, enxerga a verdade em cada classe de coisas e, com isso, torna-se a regra e a medida (*kanon kai metron*).<sup>59</sup>

Isso significa que tanto na ética como na política de Aristóteles, o critério a partir do qual se pode julgar uma ação é o próprio *spoudaios*. Entretanto, somente é assim por ser o *spoudaios*, como o homem bom ou o homem maduro, um ser dotado de prudência (*phrónesis*), um *uphronimos*.

---

<sup>52</sup> PLATÃO. *A república* (ou: sobre a justiça. Gênero político). Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000, Livro IV, 445d, p. 225.

<sup>53</sup> PLATÃO. *A república* (ou: sobre a justiça. Gênero político). Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000, Livro VI, 499b, 500c e 500d, pp. 498-300.

<sup>54</sup> BARKER, Ernest. *The political thought of Plato and Aristotle*. New York: Russell & Russell, 1959, p. 164.

<sup>55</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 44.

<sup>56</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 4ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, 1094a1, p. 45.

<sup>57</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 4ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, 1097b1, pp. 57 e seguintes.

<sup>58</sup> VOEGELIN, Eric. *Order and history: Plato and Aristotle*, v. III. The collected works of Eric Voegelin, v. 16. Columbia and London: University of Missouri Press, 2000, p. 354.

<sup>59</sup> “Still, we have not disposed of the problem that different people desire different things as good. In the face of this fact we must either maintain, so it seems, that each man desires as good what appears to him as good and that, as a consequence, we have only apparent goods; or, that there is a real good, but that the persons who choose wrongly do not really wish what they desire. Aristotle solves the problem by defining as good what is wished for in the true sense, while conceding that every man wishes what appears to him as good. He distinguishes between ‘true’ good and ‘phenomenal’ good; all goods are good in appearance, but only that phenomenal good is the true good that is desired by the true wish. The truth of the good is inseparable from the truth of the wish; hence, a critical debate about the good can be conducted only by men who are capable of desiring according to truth. Such a man Aristotle calls *spoudaios*. The translators render the term as ‘the goodman.’ It would perhaps be more adequate to speak of the serious, or weighty, man; or, in order to oppose him to the ‘young man’ who is unfit for ethical debate, one might call the *spoudaios* the mature man, or the man who has attained full human stature. Such a mature man differs from others by seeing the truth in each class of things, being as it were their *kanon kai metron*, that is, their norm and measure (1113a29–35)” (VOEGELIN, Eric. *Order and history: Plato and Aristotle*, v. III. The collected works of Eric Voegelin, v. 16. Columbia e Londres: University of Missouri Press, 2000, p. 354).

Desde essa perspectiva, o que faz do homem maduro regra e medida é uma “específica característica intelectual”:<sup>60</sup> a prudência, que “é uma capacidade racional genuína que diz respeito à ação relativamente às coisas que são boas ou más para os seres humanos”,<sup>61</sup> ou seja, “relativamente aos bens humanos”.<sup>62</sup> É a característica da prudência que permite aos homens “discernir que coisas são boas para eles mesmos e para os seres humanos”.<sup>63</sup>

A importância disso é que Aristóteles assenta sobre a prudência “o critério de retidão da *praxis*”,<sup>64</sup> isto é, todo o domínio ético, aí incluído a política,<sup>65</sup> ao afirmar que aquela característica intelectual, como capacidade de discernir as coisas boas, “coincide com nosso entendimento do que seja alguém conhecedor da *administração doméstica ou da administração política*. (Daí explica-se, inclusive, o nome *moderação*, ou seja, *preservadora da prudência*. [...])”.<sup>66</sup>

Vale ressaltar, entretanto, que a emissão do juízo verdadeiro é que qualifica o homem como prudente (*uphronimos*), mas o inverso não procede, pois não se pode afirmar verdadeiro o juízo por ter sido emitido por um prudente.<sup>67</sup>

A razão por que Aristóteles erige o homem prudente a critério mesmo da correção prática reside no fato de que a adequação da ação do homem ao bem a que predisposta varia conforme as circunstâncias e, portanto, somente pode ser aferida mediante um critério vivo que se possa situar no problema prático, imerso nas peculiaridades que o compõe, e não para que essa figura do *uphronimos* seja alçada à condição de autoridade que, por um específico atributo seu, tenha o poder de ditar o padrão de conduta a ser observado.<sup>68</sup>

Na filosofia aristotélica, o ato de discernir, para a identificação do bem verdadeiro, efetuado pelo homem prudente, se insere em um “movimento dentro do ser”, o qual parte de Deus e prossegue até a ação humana, como explica Voegelin:

<sup>60</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 45.

<sup>61</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 4ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, 1140b5-10, p. 226.

<sup>62</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 4ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, 1140b20-25, p. 227.

<sup>63</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 4ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, 1140b20-25, p. 227.

<sup>64</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 45.

<sup>65</sup> “A *phronesis* possui a mesma característica moral (...) da ciência política. Ambas são idênticas como virtudes, mesmo que na fala comum, como Aristóteles aponta explicitamente, haja uma tendência de diferenciar de acordo com as categorias de ação, como entre ação em casos privados (*phronesis* num sentido mais estrito) e questões políticas (EN 6.8). A identificação é importante a fim de compreender o seguinte ponto, em que *phronesis* deve ser entendida como sempre incluindo ciência política.” (VOEGELIN, Eric. *Anamnese: da teoria da história e da política*. Introdução e edição de texto de David Walsh. Tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 194).

<sup>66</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 4ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, 1140b10-15, p. 227, itálico como no original.

<sup>67</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 46.

<sup>68</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 46.

O arrazoar acerca da ação concreta é parte de um movimento dentro do ser, que vem de Deus e termina na ação humana. Assim como Deus move (*kinei*) tudo no universo, o divino também move todas as coisas em nós (BE, 1248a27). É certo que o divino em nós move normalmente através do conhecimento (*episteme*), da mente (*nous*) e da virtude (*arete*), mas ele também pode passar sem esses instrumentos e mover-nos sem eles, diretamente pelo *enthousiasmos*. Próximo da certeza acerca da ação justa encontrada nos homens sábios há a certeza dos insensatos (*alogoi*) que acertam a marca das decisões justas pela adivinhação (*mantike*). Tal certeza de ação verdadeira sem o instrumental (*organon*) do conhecimento e da experiência faz de seu possuidor um favorecido da fortuna, um *eutyches*.<sup>69</sup>

Se o *spoudaios* (ou *uphronimos*) ocupa o posto mais elevado entre os seres humanos, isso se deve, na linguagem peculiar de Voegelin, ao seu “elevado grau de permeabilidade ao movimento do ser”.<sup>70</sup>

Sem a compreensão da ontologia cosmológica de Aristóteles, é impossível compreender a ética do estagirita e, por consequência, a ciência política por ele formulada, na qual a descrição de uma ampla variedade de constituições se presta a exemplificar a mutabilidade do que é justo por natureza. Nessa medida, tais constituições, embora inseridas na história, “apareciam como realidades de um domínio a-histórico do ser”, como elucidada Voegelin:

Do motor imóvel como a primeira causa, o movimento do ser corre pelo cosmos até a última coisa que é movida e, no âmbito da humanidade, até a ação humana. Se, então, se mostra que o que é justo por natureza tem características do *kineton*, a tradução deste termo como “mutável” pode ser correta, mas tem de ser suplementada com o significado de “ser movido cosmicamente pela causa de todo movimento”. As implicações cosmológicas também não nos devem levar ao entendimento de que o que está sendo representado como diferente caso a caso simplesmente são particularidades históricas no sentido moderno. As constituições da pólis, que Aristóteles usa para exemplificar a mutabilidade do que é justo por natureza, pertencem realmente ao domínio do que hoje chamamos história. Entretanto, para o pensador helênico, elas apareciam como realidades de um domínio a-histórico do ser. Não esqueçamos a comparação utilitária de Aristóteles com a situação do mercado, ao qual uma ou outra medida poderia ser adequada.<sup>71</sup>

Como exemplares históricos de realidades pertencentes a um domínio a-histórico do ser, as constituições da antiguidade grega revelavam a “resistência da realidade histórica à penetração da Ideia”.<sup>72</sup>

Idealmente, o governo da razão seria superior ao governo das leis, as quais, pela sua generalidade e rigidez, se afigurariam dispensáveis. No entanto, se a comunidade política é

<sup>69</sup> VOEGELIN, Eric. *Anamnese: da teoria da história e da política*. Introdução e edição de texto de David Walsh. Tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 188.

<sup>70</sup> VOEGELIN, Eric. *Anamnese: da teoria da história e da política*. Introdução e edição de texto de David Walsh. Tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 190.

<sup>71</sup> VOEGELIN, Eric. *Anamnese: da teoria da história e da política*. Introdução e edição de texto de David Walsh. Tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 189.

<sup>72</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 57.

desprovida de homens excelentes na virtude da prudência, dotados do *logos basilikos*, o governo da razão é impossível, porque não há, na realidade histórica, permeabilidade à realidade da Ideia.

Em tal situação, o governo das leis se afigura superior ao governo dos homens. Inviabilizada a realização histórica da verdadeira constituição, pode-se recorrer a uma cópia imperfeita (*mimesis*) dela, em que as leis a tomem como modelo.<sup>73</sup>

Assim, Platão, em *Político*, não abandona a afirmação de que apenas uma é a constituição verdadeira: aquela em que o critério para a escolha do governante recai sobre o conhecimento da ciência política, pois “o governo real depende de uma ciência”.<sup>74</sup> Porém, se não há na comunidade uma pessoa que domine essa ciência, as constituições históricas, imperfeitas, podem ser classificadas por outro critério: o da subordinação dos governantes à lei.<sup>75</sup> Segundo tal critério, há seis espécies de constituições, todas imperfeitas: a) três delas menos desagradáveis – realeza, aristocracia e democracia submetida às leis; e b) três delas insuportáveis – tirania, oligarquia e democracia não submetida às leis.<sup>76</sup>

Já em *As leis*, Platão aprofunda o argumento, asseverando que, mesmo um ser humano virtuoso e dotado da ciência, seria corrompido pelo poder. Desse modo, apesar das limitações de sua generalidade, as leis se imporiam como uma “necessidade prática”<sup>77</sup> para o convívio humano.<sup>78</sup> Nessa

<sup>73</sup> PLATÃO. *Diálogos*. O banquete. Fédon. Sofista. *Político*. Coleção Pensadores, vol. III. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril, 1972, 293d-e, p. 250.

<sup>74</sup> PLATÃO. *Diálogos*. O banquete. Fédon. Sofista. *Político*. Coleção Pensadores, vol. III. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril, 1972, 292b, p. 248.

<sup>75</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, pp. 56-62.

<sup>76</sup> PLATÃO. *Diálogos*. O banquete. Fédon. Sofista. *Político*. Coleção Pensadores, vol. III. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril, 1972, 301a-303d, pp. 257-260.

<sup>77</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 63.

<sup>78</sup> “[...] é realmente necessário aos seres humanos fazerem eles mesmos leis e viver de acordo 875a com as leis, sem o que a humanidade não diferirá em absoluto das bestas mais selvagens. E a razão disso é que a natureza de ser humano algum é naturalmente capaz tanto de perceber o que é benéfico para a vida civil dos seres humanos quanto, percebendo-o, ser igualmente capaz e desejosa de praticar o melhor. A primeira verdade difícil de ser reconhecida consiste em admitir que a verdadeira arte política necessariamente zela pelo interesse público e não pelo privado, isto porque o interesse público aglutina os Estados enquanto o privado os rompe, e perceber também que beneficia tanto o interesse público quanto o privado igualmente quando b o interesse público, mais do que o privado, é bem promulgado. E, em segundo lugar, mesmo que alguém capte plenamente a verdade disso como um princípio de arte, na suposição dele posteriormente assumir o controle do Estado e se tornar um autocrata irresponsável, jamais se revelaria capaz de permanecer fiel a esse princípio, e continuar ao longo de toda sua vida cultivando em primeiro lugar o interesse comum, e o particular somente em função do primeiro; pelo contrário, sua natureza mortal o impelirá sempre para a ambição pessoal e o egoísmo, irracionalmente evitando o sofrimento e perseguindo o prazer; estes dois objetos c terão preferência sobre a justiça e a virtude, e por atrair escuridão para o interior de si mesmo ele lotará a si mesmo e todo o Estado com todas as espécies de males. E, no entanto, se surgisse algum dia um ser humano competente por natureza, nascido pela graça divina, para assumir um tal cargo, ele dispensaria qualquer lei acima de si mesmo, pois nenhuma lei ou regra é mais poderosa do que o conhecimento, e nem compete à razão, sem impiedade, fazer-se servidora ou escrava do que quer que seja, devendo sim ser a senhora de todas as coisas, se é realmente verdadeira e livre como o quer sua natureza. Mas, no presente, uma tal natureza não existe em lugar algum, a não ser em modesto grau, pelo que nos cumpre escolher a segunda melhor opção, nomeadamente, a regra e a lei, que veem e discernem o princípio geral, mas são incapazes de perceber cada exemplo em detalhe.” (PLATÃO. *As leis*: ou da legislação e *Epinomis*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2021, Livro IX, 874e-875d, pp. 420-422).

perspectiva antropológica mais realista – assevera Machado –, “a proposta platônica tardia confia na superioridade de um regime misto sob a lei”.<sup>79</sup> A *polis* somente será uma *politeia* se governada em conformidade com a lei, por magistrados (quaisquer dignatários da *polis*) que sejam escolhidos para as diversas posições hierárquicas da organização conforme seu grau de submissão à lei.<sup>80</sup> Qualquer tentativa de sujeitar a lei à autoridade de algum magistrado ou ao interesse de uma facção deve ser punida severamente.<sup>81</sup> Em outras palavras, a lei é que submete e limita as autoridades humanas e os interesses parciais, não podendo ser utilizada como instrumento para o cometimento de abusos por parte daquelas nem para a promoção destes.

O que Platão designa pela palavra “leis” corresponde às avaliações que, feitas a partir das expectativas negativas (medo) e positivas (confiança) nutridas pelo ser humano acerca da ocorrência de fatos agradáveis (prazer) ou desagradáveis (dor) no futuro, foram transformadas em “decreto público do Estado”. Em outra imagem, tomados vícios e virtudes como tendões ou cordéis que animam o ser humano como se fosse uma marionete, a “avaliação que se intitula lei pública do Estado” seria como “o fio condutor, dourado e sagrado”, que “é flexível e uniforme”, e não duro como o aço, com o qual todos têm que “cooperar sempre pois considerando-se que a avaliação é sumamente boa, porém mais branda do que dura, seu fio condutor requer colaboradores”.<sup>82</sup> O

---

<sup>79</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 64.

<sup>80</sup> “O ateniense: Quando há luta pelo poder, os que se sagram vitoriosos se apropriam dos cargos públicos completamente, de modo a não deixar a menor parcela de autoridade para os próprios vencidos e seus descendentes, e cada partido passa a vigiar o outro, com receio que haja uma insurreição em represália aos transtornos sofridos anteriormente. Com certeza negamos que essas formas de governo sejam realmente formas de governo, como negamos que sejam leis verdadeiras as que não são feitas a favor do interesse comum de todo o Estado. Assim quando as leis são promulgadas no interesse de uma parte, chamaremos a estes promulgadores de partidários e aquilo que julgam ser sua forma de governo de enfundamento e não de uma autêntica forma de governo, sendo a justiça que atribuem a essas leis meramente um nome vazio. Se o dissemos é porque não tencionamos no teu Estado distribuir cargos tomando como critério para tanto a riqueza, ou qualquer outra qualidade do gênero, tais como força, compleição física ou nascimento. Os cargos deverão caber aos homens que se destacam na obediência às leis e estendem esta vitória ao Estado, o mais elevado cargo (o serviço aos deuses) ao primeiro destes, o segundo cargo ao segundo destes, e os demais cargos sendo necessariamente distribuídos de maneira análoga e sucessivamente a todos esses homens. Se chamo de servidores das leis aqueles a que damos o nome de magistrados não é pelo simples prazer de cunhar uma expressão nova, mas sim porque acredito que a salvação ou a ruína de um Estado, acima de qualquer outra coisa, se baseia nisso, pois todo Estado que tem a lei numa condição subserviente e impotente está à beira da ruína enquanto para todo Estado no qual a lei é soberana sobre os magistrados e estes são servidores da lei haverá salvação e todas as benesses que os deuses outorgam aos Estados.” (PLATÃO. *As leis: ou da legislação e Epinomis*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2021, Livro IV, 715a-715e, pp. 190-191).

<sup>81</sup> “Todo aquele que fizer as leis de servas colocando-as a serviço da autoridade dos seres humanos e tornar o Estado sujeito a uma facção, e atuar ilegalmente agindo em tudo isso pela violência e incitando à insurreição terá que ser considerado o pior dos inimigos do Estado em sua totalidade. E todo aquele que, embora não participe de nenhuma dessas ações, deixar de observá-las enquanto estiver participando das principais magistraturas do Estado, ou mesmo as observando não conseguir defender o Estado legal e punir quem deve ser punido, devido a sua covardia, um tal cidadão deve ser tido como um cúmplice do crime.” (PLATÃO. *As leis: ou da legislação e Epinomis*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2021, Livro IX, 856b-c, p. 390).

<sup>82</sup> PLATÃO. *As leis: ou da legislação e Epinomis*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2021, Livro I, 644c-645b, p. 78. A analogia viria a ser retomada por Joseph de Maistre, ao asseverar que “Estamos todos atados ao trono do Ser Supremo por uma corrente flexível, que nos detém sem nos escravizar.” (MAISTRE, Joseph de. *Considerações sobre a França*. Tradução, introdução, notas e bibliografia de José Miguel Nanni Soares. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2022, p. 170).

fundamento dessa lei é a razão, e não a autoridade em si. Tanto que “nossa lei divina e admirável” ostenta “um nome aparentado à razão”.<sup>83</sup>

Em outras palavras, a lei é a ordenação da razão, que permite, em grau imperfeito, a infusão da verdade da alma – presente na ordem superior – na ordem da sociedade.<sup>84</sup> Nessa linha, o governo das leis representa um sucedâneo do governo da razão, não perfeito como este seria, mas preferível na medida em que idôneo a assegurar certa generalidade e constância, porquanto submetido a uma ordem normativa superior, como observa Nelson Juliano Cardoso Matos:

O sentido da teoria do governo das leis é que a generalidade e a constância é preferível à mudança das paixões: “este contraste entre as paixões dos homens e a frieza das leis conduzirá ao topos não menos clássico da lei identificada com a voz da razão”. A expressão governo “das leis” pode levar o leitor desavisado a algum equívoco; por “lei” deve-se entender um direito superior (supralegal), que restrinja as “mudanças de paixão” do legislador (do governante).<sup>85</sup>

Nisso reside o ponto de tensão entre as filosofias políticas antiga e moderna. Como salientou Machado, na antiguidade clássica, não se concebe a lei como pura criação da autoridade política (para ser mais preciso, da potestade), nem dos cidadãos, mas como a expressão da sabedoria acerca de uma ordem superior, explicitando a verdade que lhe corresponde, e não a mera verdade da sociedade.<sup>86</sup>

Em *Política*, Aristóteles apresenta a sua concepção teleológica da vida em sociedade, ao afirmar que “toda a comunidade é constituída em vista de algum bem”. Por sua vez, a cidade é a mais elevada de todas as formas de comunidade, englobando todas as demais, e, portanto, visa ao “maior de todos os bens”:<sup>87</sup> a vida boa (*eu zen*) e a participação dos elementos da cidade na vida boa ou felicidade (*eudanimonia*).<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> PLATÃO. *As leis: ou da legislação e Epinomis*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2021, Livro XII, 957b, p. 547.

<sup>84</sup> “[...] em qualquer lugar que seja onde um Estado tem um mortal e nenhum deus como governante, nesse lugar as pessoas não têm trégua em relação ao peso dos males e das dificuldades; e se considera que 714a devemos por todos os meios imitar a vida da época de Cronos, tal como a tradição a retrata, ordenando tanto nossos lares quanto nossos Estados segundo o acatamento ao elemento imortal no nosso interior, dando a essa ordenação da razão o nome de lei. Mas se um indivíduo humano, uma oligarquia ou uma democracia encerram uma alma que se empenha pelos prazeres e apetites, buscando empanturrar-se deles, incapaz de continência e presa de um mal interminável e insaciável, se uma autoridade de tal espécie chegar a governar um Estado ou indivíduo pisando sobre as leis, então não haverá (como eu disse há pouco) nenhum meio de salvação.” (PLATÃO. *As leis: ou da legislação e Epinomis*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2021, Livro XII, 713e-714b, pp. 187-188).

<sup>85</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, p. 54, no prelo.

<sup>86</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 67.

<sup>87</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Portugal: Vega, 1998, 1252a, p. 23.

<sup>88</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 75.

Como a cidade visa ao bem maior da participação dos seus diversos elementos na vida boa, o critério distintivo entre os governos ou regimes retos e os transviados recai sobre a orientação que assumam rumo à realização do bem comum.<sup>89</sup>

Nessa linha, o estagirita admite, por hipótese, que seria preferível um governo de um ou de alguns dotados de excepcional virtude. Entretanto, a convergir com Platão, está certo de que a reunião dos requisitos humanos indispensáveis para tanto é altamente improvável.

“Assim sendo” – diz Aristóteles – “é preferível que seja a lei a governar e não um dos cidadãos”.<sup>90</sup> Isto é, o sucedâneo ao governo de um ou alguns dotados de excepcional virtude se encontra em “um certo governo misto sob a lei”,<sup>91</sup> com alternância no poder, traduzida em rotatividade nas magistraturas, devendo aqueles nelas investidos funcionarem como guardiões ou ministros da lei, jamais como os senhores dela.<sup>92</sup>

Em Aristóteles, a oposição entre governo de homens e governo de leis já aparece: como as paixões viciam a atuação até mesmo dos melhores entre os seres humanos investidos de poder, a lei surge como o elemento racional que doma o elemento passional. Desde essa perspectiva, “A lei é, pois, a razão liberta do desejo”.<sup>93</sup> Exigir o predomínio dela equivale a exigir o predomínio de Deus e da razão. A correlação entre lei, razão e transcendência denota que a concepção aristotélica não se satisfaz com a mera adoção de leis escritas, mas requer a submissão da autoridade política (mais propriamente, da potestade) às leis fundadas nos costumes e, mais do que isso, exige que tais leis possam ser consideradas justas, ou seja, aptas a orientar a cidade à realização do bem comum.<sup>94</sup>

Apenas à luz dessas considerações é que se pode compreender a origem clássica da ideia de regime misto. Independentemente da quantidade de governantes, a constituição poderá ser reta ou transviada, conforme esteja ou não submetida à lei, com vistas à consecução do bem comum. Como toda constituição reta é suscetível a degenerar, Aristóteles propõe, como terapia, a composição de regimes mistos. Entre as possíveis combinações de regimes, o estagirita propõe a *politeia* como a conjugação de princípios e de instituições próprios da democracia – a liberdade do cidadão – com aqueles peculiares à oligarquia – a riqueza. Tais princípios e instituições contrapostos são combinados

---

<sup>89</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Portugal: Vega, 1998, Livro III, 6, 1279a, p. 211.

<sup>90</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Portugal: Vega, 1998, Livro III, 16, 1287a, p. 257.

<sup>91</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 73.

<sup>92</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Portugal: Vega, 1998, Livro III, 16, 1287a, pp. 257-259.

<sup>93</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Portugal: Vega, 1998, Livro III, 16, 1287a, p. 259.

<sup>94</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Portugal: Vega, 1998, Livro III, 16, 1287a-b, pp. 259-260.



com o propósito precípua de promover a moderação dos excessos que caracterizam cada um daqueles regimes degenerados, de modo que o elemento oligárquico contenha o elemento democrático e vice-versa. O elemento aristocrático – a virtude – também pode fazer parte da composição.

Nelson Juliano Cardoso Matos percebe no pensamento aristotélico uma sutileza digna de nota, para ressaltar que nele se encontra uma teoria do governo moderado, dotada de conteúdo mais abrangente do que o da teoria do governo misto, ainda que parcialmente coincidente. A teoria do governo misto, na famosa versão restrita de Políbio, preconizava a conjugação das formas ditas puras – reinado, aristocracia e democracia –, para a elaboração de uma organização política complexa, constituída de diferentes “classes de governo”, cada qual com os caracteres próprios daqueles três regimes, a conferir à constituição uma feição peculiar.<sup>95</sup> Como sublinha Nelson Juliano Cardoso Matos, essa engenharia institucional visava a alcançar: *a*) maior adequação de cada órgão ou agência de poder no desempenho de específicas atribuições; *b*) mecanismos de controle recíproco; e *c*) estabilização política, ou seja, promoção do equilíbrio do governo, para evitar a denegação, própria das formas puras, em tirania, oligarquia e oclocracia. O referido autor sintetiza os caracteres básicos da teoria do governo misto nestes termos:

A teoria do governo misto, cuja formulação mais famosa pertence a Políbio, consiste no desenho institucional da forma perfeita e estável de governo, a partir da conjugação engenhosa das três formas puras: reino, aristocracia e democracia. As razões para uma teoria do governo misto é que as formas puras, ainda que formas boas, não seriam estáveis, sendo facilmente sucedidas por formas de governo degeneradas (tirania, oligarquia e oclocracia); no governo misto, cada uma das três dimensões equilibra as outras, estabilizando o governo, impedindo a degeneração e assegurando a liberdade. É nesse sentido que, na teoria do governo misto, a organização do poder político não pode ser simples e deve ser necessariamente complexa, prevendo um órgão popular, um aristocrático e outro monárquico (real). Ou seja, os defensores do governo misto pretendiam atingir três objetivos: (a) cada espécie de órgão tem sua própria índole, que o torna mais eficiente para atingir determinada finalidade, assim, o órgão popular exerceria melhor a proteção das liberdades, enquanto que o órgão monárquico exerceria melhor a condução (administração) cotidiana dos negócios públicos, por exemplo; (b) cada órgão, sendo expressão de uma potência social distinta, poderia controlar os outros dois órgãos, conduzindo a comunidade para o bem comum e não para o bem de parte da comunidade; e (c) o governo misto conseguiria interromper o processo natural de degeneração das formas de governo e, portanto, estabilizar as relações políticas.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> “Así, pues, estas tres clases de gobierno que he citado dominaban la constitución y las tres estaban ordenadas, se administraban y repartían tan equitativamente, con tanto acierto, que nunca nadie, ni tan siquiera los nativos, hubieran podido afirmar con seguridad si el régimen era totalmente aristocrático, o democrático, o monárquico. Cosa muy natural, pues si nos fijáramos en la potestad de los cónsules, nos parecería una constitución perfectamente monárquica y real, si atendiéramos a la del senado, aristocrática, y si consideráramos el poder del pueblo, nos daría la impresión de encontrarnos, sin ambages, ante una democracia.” (POLÍBIO. *Histórias*, Livros V-XV. Tradução e notas de Manuel Balasch Recort. Madrid: Editorial Gredos, 1981, Livro VI, 11-13, p. 169).

<sup>96</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, pp. 51-52, no prelo.

Já a teoria de Aristóteles, como esclarece Nelson Matos, propõe, para além de um governo misto, um governo moderado, pois atende “à máxima de que a perfeição é evitar os extremos, isto é, moderar entre a falta e o excesso”. Então, a “engenhosidade institucional” da combinação de regimes adquire o seu sentido prático justamente na promoção de “controles mútuos que evitam posições radicais”, resultando, assim, “em decisões moderadas”.<sup>97</sup>

Essa observação vai corroborada por Newman, para quem o governo misto (na nomenclatura de Nelson Matos, o governo moderado) se caracteriza mais por uma combinação de elementos sociais (liberdade do cidadão, riqueza e virtude) do que de uma combinação de constituições ou formas de governo.<sup>98</sup> Dentro dessa perspectiva, as noções de governo misto e de governo das leis se entrelaçam: o que marca a retidão da *politeia* é que se caracterize como um governo das leis – que é o sucedâneo do governo da razão –, e não como um governo do povo ou de alguns.<sup>99</sup> Daí a maior abrangência da proposta Aristotélica, o que impõe distingui-la como uma teoria do governo moderado, mais abrangente do que uma teoria do governo misto, segundo sublinha Nelson Matos.

Pode-se dizer, em suma, que o debate central da filosofia política na antiguidade clássica se estabelecia com vistas à identificação de “*standards* elevados”,<sup>100</sup> de realização altamente improvável, mas sem abandonar a busca pelos “meios terapêuticos para uma limitada conformação da realidade política histórica àqueles mesmos *standards*”.<sup>101</sup> Os antigos conferiam à sabedoria, à virtude e à prudência a primazia “na condução dos assuntos comunitários – pois só verdadeiramente assim vai mantida a abertura da própria comunidade política para a fonte transcendente da ordem que a mesma comunidade realiza imperfeitamente na história”.<sup>102</sup>

Como a vida filosófica depende da cidade e o homem inexoravelmente necessita do convívio com os seus semelhantes, o filósofo, na feliz imagem de Leo Strauss, necessita descer de volta à caverna, voltar-se aos problemas políticos desse ser intermédio, que se situa entre as feras e os deuses, para compreender que a cidade necessita reconciliar sabedoria e consenso.<sup>103</sup>

---

<sup>97</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, p. 53, no prelo.

<sup>98</sup> NEWMAN, W. L. *The Politics of Aristotle*, v. I. Oxford: Clarendon Press, 1887, pp. 264-265.

<sup>99</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Portugal: Vega, 1998, Livro IV, 2-9, 1289a-1294b, pp. 275-309.

<sup>100</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 88.

<sup>101</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 88.

<sup>102</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 88.

<sup>103</sup> “However this may be, both the obvious dependence of the philosophic life on the city and the natural affection which men have for men, and especially for their kin, regardless of whether or not these men have ‘good natures’ or are potential philosophers, make it necessary for the philosopher to descend again into the cave, i.e., to take care of the affairs of the city, whether in a direct or more remote manner. In descending into the cave, the philosopher admits that what is intrinsically or by nature the highest is not the most urgent for man, who is essentially an ‘in-between’ being—between the brutes and the gods. When attempting to guide the city, he knows then in advance that, in order to be useful or good for the city, the requirements of wisdom must be qualified or diluted. If these requirements are identical with natural right or with natural law, natural right or natural law must be diluted in order to become compatible with the requirements of

## 1.2 O BEM ÚLTIMO E A SUBMISSÃO DA POTESTADE À *LEX NATURALIS*

O pensamento político medieval, na sua caracterização genérica, representa uma certa continuidade da filosofia política da antiguidade greco-romana, impactada, entretanto, pela experiência do advento do cristianismo. O universo é concebido como um todo perfeitamente ordenado por Deus (*macrocosmus*), composto por entidades parciais (*microcosmus*) que são, cada uma delas, determinadas pela causa final do universo – Deus –, ao mesmo tempo em que, como um “todo parcial”, são dotadas de uma causa final por si mesmas.<sup>104</sup> Assim, o universo é a pluralidade que, ordenada, se reconduz à unidade (*ordinatio ad unum*), ao convergir para Deus.<sup>105</sup> Dentro dessa perspectiva, toda a humanidade compõe uma única comunidade, governada por Deus, como corpo místico (*corpus mysticum*) do qual Ele é a cabeça.<sup>106</sup> Esse senso de unidade da Igreja, que marcará também a teoria política da idade média, provém das primeiras comunidades cristãs.<sup>107</sup>

Sem embargo, a separação dessa comunidade entre duas ordens da vida – a espiritual e a temporal –, já cultivada desde os primórdios do cristianismo,<sup>108</sup> foi observada como um imperativo da lei divina, em consonância com a duplicidade da natureza e do destino da humanidade, que é, a um só tempo, uma igreja universal (*ecclesia universalis*) e uma república de todo o gênero humano (*respublica genenis humani*). De acordo com essa visão, à ordem temporal incumbiria cumprir o destino mundano do homem, enquanto a ordem espiritual o prepararia para a realidade transcendente da vida eterna. Cada uma dessas ordens constitui como que um reino separado.<sup>109</sup> Ainda assim, como

---

the city. The city requires that wisdom be reconciled with consent. But to admit the necessity of consent, i.e., of the consent of the unwise, amounts to admitting a right of unwisdom, i.e., an irrational, if inevitable, right. Civil life requires a fundamental compromise between wisdom and folly, and this means a compromise between the natural right that is discerned by reason or understanding and the right that is based on opinion alone. Civil life requires the dilution of natural right by merely conventional right. Natural right would act as dynamite for civil society. In other words, the simply good, which is what is good by nature and which is radically distinct from the ancestral, must be transformed into the political good, which is, as it were, the quotient of the simply good and the ancestral: the politically good is what "removes a vast mass of evil without shocking a vast mass of prejudice." It is in this necessity that the need for inexactness in political or moral matters is partly founded." (STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. 5ª impressão. Chicago/London/Toronto: The University of Chicago Press/The University of Toronto Press, 1965, pp. 152-153).

<sup>104</sup> GIERKE, Otto von. *Political Theories of the Middle Ages*. Tradução de Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1913, p. 7.

<sup>105</sup> GIERKE, Otto von. *Political Theories of the Middle Ages*. Tradução de Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1913, p. 9.

<sup>106</sup> GIERKE, Otto von. *Political Theories of the Middle Ages*. Tradução de Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1913, p. 10.

<sup>107</sup> BOUCHET, Rubén Calderón. *Formação da cidade cristã*. 3ª ed. Tradução de Sérgio Luiz Ayres Marinho. Prefácio de Dardo Juan Calderón. São Paulo/São Luís: Castela Editorial e Livraria Resistência Cultural, 2021, capítulo I, n. 3, p. 58.

<sup>108</sup> BOUCHET, Rubén Calderón. *Formação da cidade cristã*. 3ª ed. Tradução de Sérgio Luiz Ayres Marinho. Prefácio de Dardo Juan Calderón. São Paulo/São Luís: Castela Editorial e Livraria Resistência Cultural, 2021, capítulo I, n. 3, pp. 50 e seguintes.

<sup>109</sup> GIERKE, Otto von. *Political Theories of the Middle Ages*. Tradução de Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1913, p. 10.

o bem último – Deus – pertence à ordem espiritual e tem primazia sobre todos os bens temporais, as organizações políticas e autoridades mundanas têm a sua constituição subordinada à ordem eclesiástica. Como consequência disso, “todas as leis humanas (*leges*) encontram seus limites e suas esferas de competência estabelecidos e assinalados pela lei espiritual (*canones*)”.<sup>110</sup>

A versão mais representativa dessa visão se encontra em Santo Tomás de Aquino, o qual, a partir da ética aristotélica, postula que a finalidade da vida do ser humano é a busca de Deus, o sumo bem,<sup>111</sup> o que somente se concretiza por meio da prática das virtudes. É sobre essa base ética que o filósofo medieval distingue a lei eterna, a lei natural, a lei humana e a lei divina. O Aquinate afirma a existência da lei eterna, por meio da qual a razão divina governa todo o universo.<sup>112</sup> O ser humano, como criatura racional, participa da razão divina, acessando-a apenas em parte, imperfeitamente. Nessa medida, participa da lei eterna. A essa participação do ser humano na lei eterna Aquino denomina lei natural.<sup>113</sup>

No entanto, há certas disposições da lei eterna das quais o ser humano não participa (não consegue acessar) pela lei natural. Para suprir essa falta, a razão humana procede a certas disposições particulares, partindo dos preceitos da lei natural, que funcionam como princípios gerais e indemonstráveis (ou seja, autoevidentes).<sup>114</sup> Essas disposições particulares correspondem à lei humana (o direito positivo). Como a lei humana (o direito positivo) somente se ocupa dos atos externos, a busca do sumo bem carece da lei divina, que se ocupa dos atos internos e não é acessada pela razão humana, mas foi revelada pela graça, desdobrando-se em lei antiga e lei nova, reveladas cada uma no momento apropriado.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> “In order therefore to purge away the stain of its origin and to acquire the divine sanction as a legitimate part of that Human Society which God has willed, the State needs to be hallowed by the authority of the Church. In this sense therefore it is from the Church that the Temporal Power receives its true being, and it is from the Church that Kaiser and Kings receive their right to rule. And all along the Temporal Government when it has been constituted remains a subservient part of the Ecclesiastical Order. It is a mean or instrument of the single and eternal purpose of the Church. In the last resort it is an Ecclesiastical Institution. For this reason all human laws (*leges*) find their boundaries set and their spheres of competence assigned to them by the law spiritual (*canones*). For this reason the Temporal Power is subject to and should obey the Spiritual. For this reason the offices of Kaiser, King, and Prince are ecclesiastical offices.” (GIERKE, Otto von. *Political Theories of the Middle Ages*. Tradução de Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1913, p. 13).

<sup>111</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Ia pars, v. 1. Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed. Campinas – SP: Ecclesiae, 2020, Questão 6, Art. 2, p. 60.

<sup>112</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Ia IIae, v. 2. Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed. Campinas – SP: Ecclesiae, 2020, Questão 91, Art. 1, p. 550.

<sup>113</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Ia IIae, v. 2. Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed. Campinas – SP: Ecclesiae, 2020, Questão 91, Art. 2, p. 551.

<sup>114</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Ia IIae, v. 2. Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed. Campinas – SP: Ecclesiae, 2020, Questão 91, Art. 3, p. 552.

<sup>115</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Ia IIae, v. 2. Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed. Campinas – SP: Ecclesiae, 2020, Questão 91, Art. 5, p. 554.

No que diz respeito à forma de governo, a obra de Santo Tomás de Aquino, na trilha do estagirita, não aponta, peremptoriamente, um desenho típico preferencial, o que rendeu ensejo a um debate sobre aquela forma por ele reputada como a melhor. Alguns vislumbram uma diferença entre o conteúdo do *De regno* e da *Suma*, afirmando que, naquele, Aquino indicaria preferência pela realeza, enquanto, nesta, por um regime misto.<sup>116</sup> Na realidade, porém, mesmo na *Suma*, Santo Tomás de Aquino enaltece a realeza, como se pode verificar pelo cotejo de duas traduções, abaixo transcritas:

Solución. Hay que decir: Para la buena constitución del poder supremo en una ciudad o nación es preciso mirar a dos cosas: la primera, que todos tengan alguna parte en el ejercicio del poder, pues por ahí se logra mejor la paz del pueblo, y que todos amen esa constitución y la guarden, como se dice en II Polit.3 La segunda mira a la especie de régimen y a la forma constitucional del poder supremo. De la cual enumera el Filósofo, en III Polit.4 , varias especies; pero las principales son la monarquía, en la cual es uno el depositario del poder, y la aristocracia, en la que son algunos pocos. La mejor constitución en una ciudad o nación es aquella en que uno es el depositario del poder y tiene la presidencia sobre todos, de tal suerte que algunos participen de ese poder y, sin embargo, ese poder sea de todos, en cuanto que todos pueden ser elegidos y todos toman parte en la elección. Tal es la buena constitución política, en la que se juntan la monarquía —por cuanto es uno el que preside a toda la nación—, la aristocracia —porque son muchos los que participan en el ejercicio del poder— y la democracia, que es el poder del pueblo, por cuanto estos que ejercen el poder pueden ser elegidos del pueblo y es el pueblo quien los elige.

[...].

2. A la segunda hay que decir: La monarquía es el mejor régimen político si no se vicia. Pero, a causa del gran poder que el rey se concede, fácilmente degenera en tiranía si no está adornada de gran virtud la persona a quien ese poder se confiere; pues, como dice el Filósofo en IV Ethic.5 , sólo el virtuoso es capaz de soportar los grandes favores de la fortuna. Y la virtud perfecta se halla en pocos; [...].<sup>117</sup>

SOLUÇÃO. – A respeito da boa constituição dos chefes de uma cidade ou nação, duas coisas devemos considerar. Uma, que todos tenham parte no governo; assim se conserva a paz do povo e todos amam e guardam um tal governo, como diz Aristóteles. A outra é relativa à espécie do regime ou à constituição dos governos. E[,] tendo estes diversas espécies, como diz o Filósofo, as principais são as seguintes. A monarquia, onde o chefe único governa segundo o exige a virtude; a aristocracia, i.e., o governo dos melhores, na qual alguns poucos governam segundo também o exige a virtude. Ora, o governo melhor constituído, de qualquer cidade ou reino, é aquele onde há um só chefe, que governa segundo a exigência da virtude e é o superior de todos. E, dependentes dele, há outros que governam, também conforme a mesma exigência. Contudo[,] esse governo pertence a todos, quer por poderem os chefes ser escolhidos dentre todos, quer também por serem eleitos por todos. Por onde, essa forma de governo é a melhor, quando combinada: monarquia, por ser só um o chefe; aristocracia, por muitos governarem conforme o exige a virtude; democracia, i.e., governo do povo, por, deste, poderem ser eleitos os chefes e ao mesmo pertencer à [rectius: a] eleição deles.

[...].

O governo real é o melhor regime para o povo, se não se corromper. Mas, por causa do grande poder de que o rei é dotado, o seu governo facilmente degenera em tirania, se não for perfeita

<sup>116</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, pp. 93-94.

<sup>117</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. I-II, v. 2. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Tradução de Jesús María Rodríguez Arias e outros. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989, Cuestión 105, Artículo 1, p. 864.

a virtude de quem foi investido nesse poder. Pois, como diz Aristóteles, só o virtuoso pode suportar a boa fortuna.<sup>118</sup>

Nesse excerto da *Suma*, Santo Tomás de Aquino foi suficientemente claro ao indicar como melhor uma realeza, mas, ao mesmo tempo, pôs a ênfase na sua caracterização como uma monarquia limitada que, composta também pela mescla de elementos aristocráticos e democráticos, se constitui como um governo misto ou, em terminologia mais precisa, moderado, em termos similares aos preconizados por Aristóteles.

De todo modo, não é exagerado afirmar que, para o pensamento do Aquinate, “a forma de governo [...] não era decisiva”,<sup>119</sup> pois, mesmo na realeza, o principal elemento de limitação do rei não reside na mixagem de formas de governo, mas na exigência de participação do governante na *divina ratio* e consequente submissão à *lex aeterna*, mediante a adoção de um comportamento virtuoso, balizado por uma específica prudência – a *prudencia regnativa*.<sup>120</sup> E essa submissão não teria sido, naquele contexto histórico, apenas uma postulação vã. A existência de corpos sociais intermediários, nos quais a pessoa sempre estava inserida, a protegia de “medidas gerais arbitrariamente aplicadas”, bem como a livrava de “se enfrentar com poderes irresponsáveis ou anônimos, como seria, por exemplo, o de uma lei, de um grupo de empresas ou de um partido”.<sup>121</sup> Como consequência disso,

“[...] o rei feudal não possuía nenhuma das atribuições que hoje parecem normais na autoridade política. Não podia promulgar leis gerais, nem impor impostos para a totalidade de seu reino. Nem sequer estava em seu poder mobilizar um exército nacional. Somente a partir do século XV os reis começariam a assumir tais direitos até tornarem-se absolutistas.

Esse modelo, característico da idade média, recebe a denominação de monarquia tradicional, que seus defensores – os tradicionalistas – procuram diferenciar tanto da monarquia absolutista, por um lado, como da monarquia constitucional, por outro. Como, na monarquia tradicional, o rei governava constrangido por limites bem precisos, demarcados pela lei da terra, aquela forma de governo teria sido a antípoda do que se lhe seguiu: a monarquia absolutista. Nas palavras de Tejada, na monarquia tradicional, “o monarca reina e governa, mas dentro de limites impostos pelas leis

<sup>118</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Ia IIae, v. 2. Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed. Campinas – SP: Ecclesiae, 2020, Questão 105, Art. 1, p. 670.

<sup>119</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 93.

<sup>120</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Ia IIae, v. 2. Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed. Campinas – SP: Ecclesiae, 2020, Questão 93, Art. 3, p. 561. A propósito, conf. MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 100.

<sup>121</sup> SÁENZ, Alfredo. *A cristandade e sua cosmovisão*. Tradução de Augusto Mendes e Airton Vieira. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2020, p. 88.

fundamentais ou da terra”, sem que lhe seja reconhecida a prerrogativa de alterar, pela simples vontade, “a máquina legal de seus povos, sem o consentimento deles”.<sup>122</sup> Mas a monarquia tradicional também não se confundia com a monarquia constitucional, porque nesta o papel político do rei foi – na perspectiva tradicionalista – completamente esvaziado em favor da soberania popular, o que rendeu ensejo a uma outra “construção onipotente, como na democracia totalitária”.<sup>123</sup> Na verdadeira limitação do poder residiria a superioridade da monarquia tradicionalista, nas palavras de um reconhecido ícone dessa corrente no século XX:

[...] a monarquia tradicional é a única forma de governo em que o poder do governante é verdadeiramente limitado, pois os marcos que demarcam suas faculdades não consistem em letras frias ou doutrinas mortas, mas na fértil realidade social, anterior e diferente do Estado. Onde os totalitários e absolutistas veem mais um instrumento do seu poder e onde os liberais veem o vazio do inexistente, em sociedades intermediárias e autossuficientes, a monarquia tradicional encontra o freio efetivo que outros sistemas políticos ignoram. É por isso que a monarquia tradicional é a única forma de governo em que os homens podem se sentir verdadeiramente livres.<sup>124</sup>

O que chama a atenção nesse arranjo institucional do medievo, na síntese lapidar de Rubén Calderón Bouchet, é que “a monarquia tradicional não tem um poder legislativo capaz de modificar o estatuto de uma sociedade”.<sup>125</sup>

### 1.3 DE UMA METAFÍSICA DISSIDENTE ÀS ORIGENS DO ABSOLUTISMO: IMANENTIZAÇÃO VIA NOMINALISMO E Gnosticismo MODERNO

<sup>122</sup> Tradução livre da seguinte passagem: “Y La realeza no es algo huero, como en los liberalismos doctrinarios, ni algo omnipotente, como en las construcciones totalitarias o absolutistas. El monarca reina y gobierna, pero dentro de límites impuestos por las leyes fundamentales o de la tierra. No le es asequible alterar porque sí la máquina legal de sus pueblos, sin consentimiento de los pueblos mismos. Impera, sí, porque es rey; pero impera dentro de leyes bien precisas.” (TEJADA, Francisco Elías. *La monarquía tradicional*. Madrid: Rialp, 1954, p. 159).

<sup>123</sup> BOUCHET, Rubén Calderón. *Formação da cidade cristã*. 3ª ed. Tradução de Sérgio Luiz Ayres Marinho. Prefácio de Dardo Juan Calderón. São Paulo/São Luís: Castela Editorial e Livraria Resistência Cultural, 2021, capítulo VII, n. 4, p. 312.

<sup>124</sup> Tradução livre da seguinte passagem: “Y en este terreno es la monarquía tradicional la única forma de gobierno en que el poder del gobernante se halla de veras limitado, porque los mojonos que deslindan sus facultades no consisten en letras frías o en doctrinas muertas, sino en la fecunda realidad social, anterior y distinta del Estado. Donde totalitarios y absolutistas ven un instrumento más de su poderío y donde los liberales ven el vacío de lo inexistente, en las sociedades intermedias y autárquicas, encuentra la monarquía tradicional el freno efectivo que los demás sistemas políticos ignoran. Por eso la monarquía tradicional es la única forma de gobierno donde los hombres puedan sentirse verdaderamente libres.” (TEJADA, Francisco Elías. *La monarquía tradicional*. Madrid: Rialp, 1954, p. 159).

<sup>125</sup> BOUCHET, Rubén Calderón. *Formação da cidade cristã*. 3ª ed. Tradução de Sérgio Luiz Ayres Marinho. Prefácio de Dardo Juan Calderón. São Paulo/São Luís: Castela Editorial e Livraria Resistência Cultural, 2021, capítulo VII, n. 4, pp. 312-313.

Filosofias dissidentes, desenvolvidas ao tempo em que a escolástica encontrava o seu ápice, constituíram, após lenta decomposição, o adubo a partir do qual germinou a modernidade. Pode-se aí entrever “o segredo da Modernidade: ela não é inteiramente ‘moderna’”.<sup>126</sup>

A distorção das ideias de Ibn Ruxd, conhecido como Averróis, constituiu uma corrente de pensamento denominada averroísmo latino, a qual, abstraídas as variações que se difundiam nas universidades do século XIII, postulava – entre outras teses, como a eternidade da criação – a unidade do intelecto (monopsiquismo). Traduzindo em termos modernos, o averroísmo latino defendia existir “um supra-eu (*subiectus*) colectivo no que toca aos pensamentos, continuando cada um de nós a ser o primeiro suporte (geneticamente falando, é claro) das sensações, ficções, imaginações e memórias que são o ponto de partida dos ideatos”.<sup>127</sup> Isso significa que, para os averroístas, na didáctica colocação de Scherer, “o homem menos pensa do que é ‘pensado’ por essa instância”.<sup>128</sup> Um dos consectários dessa doutrina, antevista por Santo Tomás de Aquino, seria a impossibilidade de efetuar-se o julgamento de cada indivíduo, atribuindo-lhe as recompensas e as penas, no plano transcendental, conforme os atos praticados em vida: “Ou seja, se o intelecto é único para todos os homens, não há juízo individual”.<sup>129</sup>

Na tentativa de escamotear a completa negação da doutrina católica, o averroísmo violava o princípio da não contradição, ao sustentar a “teoria da dupla verdade”, segundo a qual seria possível, pela razão natural, filosoficamente,<sup>130</sup> chegar a certas conclusões, mas, ainda assim, “pela fé, crer no contrário”.<sup>131</sup> Nessa cisão entre fé e razão estaria, segundo Scherer, “a consequência fatal do averroísmo”.

Entre os que se opuseram ao averroísmo, encontravam-se os chamados agostinistas, os quais terminaram por ampliar suas impugnações a muitas teses tomistas. À morte do Aquinate, seguiram-se críticas severas à sua obra, inclusive àquela tese que alguns consideram uma das chaves de todo o pensamento tomista: a diferença entre essência (*essentia*), existência e ser (*esse*).<sup>132</sup> Nessa trilha,

<sup>126</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 13.

<sup>127</sup> CARVALHO, Mário Santiago de. Apresentação. In: AQUINO, Santo Tomás de. *A unidade do intelecto, contra os averroístas*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 18, *apud* SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 127.

<sup>128</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 127.

<sup>129</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 130.

<sup>130</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado: um estudo sobre o Defensor Pacis* de Marcílio de Pádua. Obras Seletas II. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2022, p. 190.

<sup>131</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 131.

<sup>132</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 134. Para uma visão panorâmica da filosofia do ser de Santo Tomás de Aquino, pode-se consultar essa mesma obra, pp. 95-104.



destacou-se Dietrich de Freiberg, para quem não há distinção real (ontológica) entre ser e essência, pois diferem apenas quanto ao modo de significação, ou seja, gnosiologicamente.<sup>133</sup>

Sobre essa indistinção ontológica entre ser e essência, John Dans Scot erige a rejeição à ideia tomista de que o Ente divino se relacione com os entes criados por analogia (*analogia entis*). Daí Scot extrai a afirmação de que Deus é conhecido em algum conceito unívoco a Ele próprio e à criatura (*univocatio entis*). Tal doutrina abre caminho para o panteísmo, pois o ser é reduzido a um gênero, cujos elementos se diferenciam apenas por diferenças extrínsecas.<sup>134</sup> Mas também obscurece a distinção entre ordem natural e ordem sobrenatural; reduz a fé sobrenatural a uma espécie de sublimação da fé natural; resume a lei natural à moral religiosa; reputa a teologia uma ciência prática; e nega um conjunto de teses centrais da escolástica, como a necessidade da luz da glória para a visão beatífica, a necessidade das virtudes morais infusas e a possibilidade de demonstração da imortalidade da alma.<sup>135</sup>

Para além de teses heterodoxas em relação à dogmática católica, Scot impulsiona o voluntarismo como tendência da filosofia moderna. Para Santo Tomás o intelecto tem primazia sobre a vontade: a bondade de Deus é a causa do Seu querer e, por isso, Ele somente quer o que é bom. Contrariamente, para Scot, a vontade tem primazia sobre o intelecto: os bens são bens porque Deus os quer, ou seja, é bem aquilo que Deus quiser.<sup>136</sup>

Tais postulações prepararam caminho para o nominalismo, “um sentimento, um espírito difuso”<sup>137</sup> que, encontrando em Guilherme de Ockham um símbolo,<sup>138</sup> cindiu filosofia e teologia, promovendo uma análise crítica dos antecessores, com vistas a engendrar um novo modo de fazer filosofia (a *via moderna*, em contraposição à *via antiqua*). O nominalismo se define a partir da querela dos universais – as categorias de gênero e espécie, em contraposição aos indivíduos. Põe-se a questão de saber a que tipo de realidade correspondem os universais. Para o nominalismo, gêneros e espécies (os universais) “são meros *nomina* ou *flatus vocis*, ou seja, não existem por si nem nas coisas; são

<sup>133</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 136.

<sup>134</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 147.

<sup>135</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, pp. 151-152.

<sup>136</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 152.

<sup>137</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 156.

<sup>138</sup> Marcos Paulo Fernandes de Araújo defende que o nascimento do direito natural moderno se deu a partir das ideias de Ockham, cujas formulações teológicas e filosóficas resultaram a concepção de direito hegemônica no ocidente. A propósito, conf. ARAÚJO, Marcos Paulo Fernandes de. A ideologia “neonstitucionalista” no Brasil: exposição crítica histórico-filosófica de seus pressupostos, pp. 495 e seguintes. In SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAÚJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito natural contemporâneo: a renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo*. Londrina-PR: Thoth, 2021, capítulo XXIX, pp. 489-522.

apenas nomes que damos a aspectos dos entes, os quais existem apenas como puras particularidades”.<sup>139</sup>

Mas o nominalismo não se deixa circunscrever pela resposta que oferece à querela dos universais, pois “melhor se define como um conjunto de problemas, uma atitude crítica e acética diante dos aportes da escolástica anterior”.<sup>140</sup> Segundo seus críticos, o nominalismo é o ponto de partida para “a catástrofe do subjetivismo moderno”,<sup>141</sup> porque, na ausência de universais, não haveria categorias dadas, a partir das quais estruturar a experiência humana. Ser, unidade, ordem, verdade, bem, justiça. Tudo isso não passaria de meros produtos de criação humana.<sup>142</sup>

Essa “atitude crítica e acética” que o nominalismo representa em face da “escolástica anterior”, desde uma perspectiva cosmológica, pode ser interpretado como um desdobramento ou um exemplar medieval de gnosticismo.

O gnosticismo, fecundamente estudado há mais de três séculos,<sup>143</sup> é um fenômeno cujas origens remontam à antiguidade. Se, no século VII a.C., tem início a era dos impérios ecumênicos, com as grandes civilizações cosmológicas da Mesopotâmia, da Síria e do Egito, os momentos subsequentes são marcados por um conjunto de acontecimentos de grande proporção, ocorridos no contexto do colapso dos grandes impérios orientais. Escravização e deportação de povos inteiros, com a dissolução étnica, institucional e civilizacional, ocorrida em meio a uma intensa interpenetração cultural, lançou as pessoas sujeitas a tais circunstâncias em um estado de desamparo, que se traduzia em insegurança material e espiritual, assim como em desorientação intelectual.<sup>144</sup> Esse quadro suscitou muitas tentativas de recobrar a compreensão acerca do sentido da existência humana, entre as quais o estoicismo, o polibianismo, religiões misteriosas, as culturas heliopolitanas, o cristianismo e o maniqueísmo.<sup>145</sup>

Em meio a essas formulações, o gnosticismo figura como uma das mais relevantes. O elemento central da proposta de criação de sentido gnóstica é “a experiência do mundo como um lugar estranho no qual o homem se extraviou e do qual ele deve encontrar o caminho de volta para o

<sup>139</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 155.

<sup>140</sup> FRAILE, Guillermo. *Historia de la filosofía*, tomo II 2º, p. 538-539, apud CALDERÓN, Álvaro Martín. *Umbral de la filosofía: cuatro introducciones tomistas*. Moreno: el autor, 2011, p. 120.

<sup>141</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 158.

<sup>142</sup> SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021, p. 158.

<sup>143</sup> Um apanhado dos principais trabalhos publicados no século XX é realizado por VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997, pp. 5-6.

<sup>144</sup> VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997, p. 6.

<sup>145</sup> VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997, pp. 6-7.

outro mundo de sua origem”.<sup>146</sup> A perspectiva gnóstica é a do ser humano que se sente arremessado em um mundo estranho, do qual pretende fugir. A mitopoética gnóstica evoca o problema dos meios de libertação, os quais seriam revelados pelos mensageiros de um deus estranho e escondido, a indicar os caminhos para escaparem do mundo em que o deus paternal (como Zeus, na cultura helênica; ou Javé, na hebraica) os aprisionou.<sup>147</sup>

Na ontologia gnóstica, o ser humano se vê enredado, preso ao mundo pela ignorância (*agnoia*), mas é possível à alma (*psique*), impulsionada pelo espírito (*pneuma*), desenredar-se pelo conhecimento da sua verdadeira vida e da sua condição de alienação no mundo. Embora as fases até a salvação variem conforme as diferentes seitas ou sistemas gnósticos, o instrumento é sempre o mesmo – o conhecimento (*gnose*) –, assim como o objetivo também é uma constante: a destruição do velho mundo e a passagem para o novo.<sup>148</sup>

Na sua versão moderna, os movimentos gnósticos têm como principal característica a imanentização, ou seja, a renúncia a qualquer transcendência vertical ou sobrenatural. Para o gnosticismo moderno, a ordem do ser há de ser transformada no processo histórico e depende da ação humana, tornando-se possível pelo esforço do ser humano. Acredita-se, assim, em uma prescrição para a própria salvação e para a salvação do mundo. É próprio do gnóstico a sua disposição para se apresentar como um profeta que proclamará seu conhecimento (*gnosis*) de um método para a alteração da ordem do ser, de estágio insatisfatório para o da perfeição.<sup>149</sup> E essa transformação se operará de modo intramundano, como que em uma transcendência horizontal, algo como uma parusia futurística – entenda-se: o paraíso na Terra.<sup>150</sup>

É importante ressaltar, entretanto, que a explicação da modernidade não se exaure a partir do gnosticismo. O próprio Voegelin reconheceu, por um lado, como fator importante para a formação do fenômeno moderno, a confluência de outras experiências, como o apocalipse metastático dos

---

<sup>146</sup> VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997, p. 7.

<sup>147</sup> VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997, pp. 7 e 8.

<sup>148</sup> VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997, pp. 8-9.

<sup>149</sup> VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997, pp. 35 e seguintes, especialmente 59-61.

<sup>150</sup> SANDOZ, Ellis. Introduction. In VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. Washington DC: Gateway Editions, 1997, sem paginação, posição 89 de 1441, edição do *Kindle*. Voegelin aponta uma homogeneidade entre essa ontologia gnóstica antiga e o moderno gnosticismo que vislumbra no pensamento de Hegel, Marx e Nietzsche: “In modern gnosticism it is accomplished through the assumption of an absolute spirit which in the dialectical unfolding of consciousness proceeds from alienation to consciousness of itself; or through the assumption of a dialectical-material process of nature which in its course leads from the alienation resulting from private property and belief in God to the freedom of a fully human existence; or through the assumption of a will of nature which transforms man into Superman.” (VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997, p. 8).

profetas israelitas, o qual, por meio do apóstolo Paulo, se conecta com movimentos cristãos dissidentes e vai desembocar na renascença.<sup>151</sup> Por exemplo, a imanentização teria origens independentes com o neoplatonismo reavivado na Florença do final do século XV.<sup>152</sup> Por outro, assevera que o nominalismo, nascido de uma cisão no pensamento teológico posterior a Santo Tomás de Aquino – em sua perspectiva, numa bifurcação que segue, na outra via, pelo misticismo<sup>153</sup> de Eckhart –, “tornou-se a forma predominante no Ocidente, pois foi adotado no século XVIII e consagrado como forma intelectual de ideologização”.<sup>154</sup>

Pode-se perceber alguns vislumbres desse caldo de fatores que contribuíram para a modernidade na obra de Marcílio de Pádua, o qual, influenciado pela atmosfera averroísta,<sup>155</sup> no século XIV, concebeu um corpo de ideias que estudiosos qualificam como a pioneira teoria do Estado, enquanto sistematização conceitual de um novo tipo de organização política, antecipando não apenas a monarquia absolutista,<sup>156</sup> mas até mesmo a mentalidade moderna que resultaria no totalitarismo do século XX, numa transição entre esta e o universo político da Cristandade, marcado pela pluralidade feudal, corporativa e comunitária.<sup>157</sup> Com efeito, o averroísmo latino tinha por características essenciais um naturalismo, um racionalismo e um secularismo que se encontram presentes na obra do autor paduano, conforme demonstra Galvão de Sousa:

O quarto capítulo da primeira *Dictio* recorda-nos a lição do Filósofo grego: o homem procura a vida social para viver, e para viver bem. Trata-se do fim natural do homem. Mas o Cristianismo veio ensinar a nossa destinação sobrenatural. Ora, diz Marcílio, não podendo os filósofos demonstrar [*rectius*: demonstrarem] a existência da vida eterna por via racional, restringem-se eles à vida terrena, em vista da qual versam os problemas da comunidade

<sup>151</sup> A respeito do sentimento escatológico dominante nas primeiras comunidades cristãs, conf. BOUCHET, Rubén Calderón. *Formação da cidade cristã*. 3ª ed. Tradução de Sérgio Luiz Ayres Marinho. Prefácio de Dardo Juan Calderón. São Paulo/São Luís: Castela Editorial e Livraria Resistência Cultural, 2021, capítulo I, n. 2, pp. 46-50.

<sup>152</sup> VOEGELIN, Eric. *Reflexões autobiográficas*. Introdução e edição de texto de Ellis Sandoz. Tradução de Maria Inês de Carvalho. Notas de Martim Alves da Cunha. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 106. Nesse sentido, ainda, a citação direta de Eric Voegelin em SANDOZ, Ellis. Introduction. In VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. Washington DC: Gateway Editions, 1997, sem paginação, posição 139 de 1441, extraída de obra editada por R. Eric O'Connor, conforme referido na nota n. 5 da aludida Introdução.

<sup>153</sup> O que Voegelin entendeu por misticismo é “Essa nova articulação de um estrato da experiência para além da simbolização da presença divina noética e pneumática”, ou seja, “a consciência de um estrato da realidade que transcende estruturalmente a realidade das teofanias históricas ou mesmo da teofania em Cristo”. Exemplos disso se veria mesmo em Platão, o qual tinha, segundo Voegelin, “um claro conhecimento das relações com uma realidade divina situada além da revelação, o que se expressa em símbolos como o de um Demiurgo ou do *Noûs*, que seria o terceiro deus na história, após Cronos e Zeus” (VOEGELIN, Eric. *Reflexões autobiográficas*. Introdução e edição de texto de Ellis Sandoz. Tradução de Maria Inês de Carvalho. Notas de Martim Alves da Cunha. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 164).

<sup>154</sup> VOEGELIN, Eric. *Reflexões autobiográficas*. Introdução e edição de texto de Ellis Sandoz. Tradução de Maria Inês de Carvalho. Notas de Martim Alves da Cunha. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 164.

<sup>155</sup> A respeito da influência, sobre Marcílio de Pádua, de averroístas como João de Janduno, mas também de franciscanos nominalistas, como Ubertino de Casale, Miguel de Cesena e, até mesmo, Guilherme de Ockham, conf. SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado: um estudo sobre o Defensor Pacis de Marcílio de Pádua*. Obras Seletas II. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2022, pp. 220-225.

<sup>156</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado: um estudo sobre o Defensor Pacis de Marcílio de Pádua*. Obras Seletas II. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2022, p. 183.

<sup>157</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado: um estudo sobre o Defensor Pacis de Marcílio de Pádua*. Obras Seletas II. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2022, pp. 175-176.

política. Vemos aí um ponto de partida para o laicismo marsiliano e a diversidade da sua posição em relação a Santo Tomás, que considerava o bem comum da sociedade civil na sua subordinação à finalidade última e transcendente do homem. Ao mesmo tempo, abrem-se as portas para a autonomia da política e sua separação da moral, como acontecerá mais tarde com Maquiavel. Os dois fins – vida eterna e felicidade temporal – são considerados paralelamente e não numa subordinação hierárquica. E na realização do seu fim próprio – ordenação do homem para o bem viver terrestre –, o Estado não só prescindir do fim último do homem, mas até mesmo se substitui à Igreja, passando a exercer sobre os homens a jurisdição espiritual e servindo-se da religião e da cultura para alcançar os seus objetivos. Marsílio tinha em vista, segundo a expressão hoje usual, um “Estado de cultura”, na sua mais ampla compreensão. A seu ver, devia caber ao Estado dirigir toda a educação, supervisionar os ofícios e as artes e até controlar os ritos eclesiais.<sup>158</sup>

Marsílio de Pádua sustentou, por exemplo, que “todo gênero de filósofos não foi capaz de provar por via demonstrativa a vida eterna, nem essa decorre de um princípio autoevidente”.<sup>159</sup> Chegou mesmo a acolher, segundo G. H. Sabine, a premissa de que “a felicidade se encontra nesta vida sem a ajuda de Deus e que uma vida moral conforme à *Ética* de Aristóteles basta para a salvação”.<sup>160</sup> Nessa trilha, o pensador paduano “acaba por nos deixar a concepção do Estado como sociedade perfeita, não dependendo nem do direito canônico, nem do direito natural, em sentido contrário aos ensinamentos da tradição escolástica que o precedera”,<sup>161</sup> com o que obviamente tentou liberar a potestade (ou seja, a “autoridade” política) da submissão a qualquer normatividade que não seja aquela por ela mesma produzida.

Aí já teve início a ruptura com a tradição da filosofia política clássica, que levaria ao predomínio de uma perspectiva inteiramente diversa sobre a dicotomia entre potestade e autoridade, bem como sobre a legitimação e o exercício do poder. Dentro da cosmovisão moderna, a ação política não tem por base a ideia do bem, natural ou sobrenatural. Se a escolástica medieval se encarregou de desdivinizar a sociedade política, dela separando a esfera espiritual, a modernidade promoveu a substituição da ordem transcendente por uma outra, imanente, a ser realizada pelo homem mesmo. Com isso, suprimem-se os símbolos da experiência humana transcendental – como o *summum*

---

<sup>158</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado: um estudo sobre o Defensor Pacis* de Marcílio de Pádua. Obras Seletas II. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2022, pp. 188-189.

<sup>159</sup> “Ma il vivere e il ben vivere conviene agli uomini in due diversi modi, l'uno dei quali è temporale o terreno, mentre l'altro vien detto di solito eterno o celeste. Tuttavia, l'intero genere dei filosofi non è stato capace di provare per via dimostrativa questo secondo modo di vivere, ossia l'eterno, né questo era un principio evidente di per sé stesso; e quindi i filosofi non si occuparono dei mezzi necessari per raggiungerlo. Ma i famosi filosofi hanno invece inteso quasi completamente, per via di dimostrazione, quel primo modo di vivere e di viver bene, che abbiamo detto terreno ed anche i suoi mezzi necessari. E conclusero che, per raggiungerlo, è necessaria la comunità civile senza la quale non potrebbe esser mai raggiunta la vita sufficiente.” (MARSILIO DA PADOVA. *Il difensore della pace*. Tradução de Cesare Vasoli. Unione Tipografico-Editrice Turinese, *dictio* I, capítulo IV, n. 3, p. 121).

<sup>160</sup> Apud SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado: um estudo sobre o Defensor Pacis* de Marcílio de Pádua. Obras Seletas II. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2022, p. 190.

<sup>161</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado: um estudo sobre o Defensor Pacis* de Marcílio de Pádua. Obras Seletas II. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2022, p. 183.

*bonnum*, situado na eternidade –, em uma redivinização da sociedade política e do próprio homem. Esse câmbio entre a tradição clássico-medieval e a modernidade é bem sintetizado por Machado:

A realidade vai assim comprimida na sua dimensão imanente, e o homem e o seu intramundano domínio de ação adquirem o sentido de uma realização escatológica que acontece na história, por obra do próprio homem. No fim das contas, a ordem da sociedade é ela mesma compreendida como um *escathon* [*rectius: eschaton*], numa espécie de beatificação da ordem política.<sup>162</sup>

A pretexto de pacificar os conflitos entre facções, pondo fim a rebeliões e guerras civis, frequentemente ligados a querelas religiosas, parte-se para a negação de qualquer normatividade superior àquela imposta pela potestade (ou seja, pela “autoridade” política temporal). Em Thomas Hobbes se encontra um exemplar desse pensamento, para quem toda a filosofia política anterior era a própria causa das contendas e do derramamento de sangue, na medida em que ensinava que alguém, que não o próprio rei, pudesse formular juízo acerca da justiça ou injustiça das ordens do monarca.<sup>163</sup> Para Hobbes, sequer existe o sumo bem.<sup>164</sup> Se os apetites de cada ser humano fazem variar o que se considere como bem, é certo que todos os serem humanos têm em comum o medo da morte. Assim, não deve a vida em comunidade ser orientada por aquilo que sequer se pode determinar (o bem), mas se deve construir a ordem política “pelo medo compartilhado de um tal *summum malum*”.<sup>165</sup> A vontade do poderoso assume a primazia sobre o bem e as virtudes, de modo que tudo o que se possa considerar lícito ou ilícito, desejável ou indesejável, proibido, permitido ou obrigatório encontra como único critério o voluntarismo de uma potestade (isto é, uma “autoridade” política) incontestável, uma

---

<sup>162</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 102.

<sup>163</sup> “Lastly, how many rebellions hath this opinion been the cause of, which teacheth that the knowledge whether the commands of Kings be just or unjust, belongs to private men, and that before they yeeld obedience, they not only may. [...] This I say, the Antients not only themselves saw, but in one of their fables, they seem very aptly to have signified it to us; for they say, that when Ixion was invited by Jupiter to a banquet, he fell in love, and began to court Juno her selfe; offering to embrace her, he claspt a clowd, from whence the Centaures proceeded, by nature halfe men, halfe horses, a fierce, a fighting, and unquiet generation; which changing the names only, is as much as if they should have said, that private men being called to Counsels of State desired to prostitute justice, the onely sister and wife of the supreme, to their own judgements, and apprehensions, but embracing a false and empty shadow instead of it, they have begotten those hermaphrodite opinions of morall Philosophers, partly right and comely, partly brutall and wilde, the causes of all contentions, and blood-sheds.” (HOBBS, Thomas. *De Cive*. A critical edition by Howard Warrender. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 31).

<sup>164</sup> “By manners, I mean not here decency of behaviour; as how one man should salute another, or how a man should wash his mouth, or pick his teeth before company, and such other points of the small morals; but those qualities of mankind that concern their living together in peace and unity. To which end we are to consider that the felicity of this life consisteth not in the repose of a mind satisfied. For there is no such finis ultimus (utmost aim) nor summum bonum (greatest good) as is spoken of in the books of the old moral philosophers. Nor can a man any more live whose desires are at an end than he whose senses and imaginations are at a stand. Felicity is a continual progress of the desire from one object to another, the attaining of the former being still but the way to the latter.” (HOBBS, Thomas. *Leviathan: or the matter, form and power of a common-wealth ecclesiasticall and civill*. London: Andrew Crooke, 1651, capítulo XI, p. 60).

<sup>165</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 106.

entidade suprema,<sup>166</sup> instituída pelos pactos celebrados por uma grande multidão, com o objetivo de empregar os meios e a força de todos para a consecução da paz e a defesa comum, tendo como titular o soberano.<sup>167</sup>

Sob tais alegações, a filosofia política moderna opera uma absorção da autoridade pela potestade. Os romanos haviam distinguido potestade e autoridade. Enquanto a primeira correspondia ao poder socialmente reconhecido, a segunda, ao saber socialmente reconhecido. Essas duas realidades, dotadas de reconhecimento social, se relacionavam em tensão natural: as decisões e as ações da potestade (a instância de poder socialmente reconhecido) se encontravam sujeitas à apreciação prudencial por partes das autoridades, ou seja, por parte das instâncias de saber socialmente reconhecido. Álvaro d’Ors esclarece que:

A autoridade é o saber socialmente reconhecido e a potestade é, precisamente, o poder socialmente reconhecido; essa fundamental distinção é a que tenho tratado de significar com o aforismo “pergunta quem pode e responde quem sabe”, pois, com efeito, só pode perguntar quem tem potestade para fazê-lo, e só pode responder quem tem autoridade por seu saber reconhecido.

[...] toda potestade que governe na sociedade civil deve confrontar-se com a autoridade, que pode referendar os seus atos ou censurá-los, ainda que sempre careça de poder para executá-los ou impedi-los. Em caso de contradição entre esse saber socialmente reconhecido e os atos da potestade, a única coisa que aquela autoridade pode fazer é vetá-lo, ou seja, declarar a sua improcedência, ainda que não possa evitar diretamente que se realizem tais atos. Esse veto ou declaração de “não deve ser” se expressa em castelhano também como “proibição”, ainda que, em latim, *prohibere* seja precisamente impedir materialmente a execução de um ato e vetar, diferentemente, é dizer que aquele ato é improcedente.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> “And because the constitution of a man’s body is in continual mutation, it is impossible that all the same things should always cause in him the same appetites and aversions: much less can all men consent in the desire of almost any one and the same object. But whatsoever is the object of any man’s appetite or desire, that is it which he for his part calleth good; and the object of his hate and aversion, evil; and of his contempt, vile and inconsiderable. For these words of good, evil, and contemptible are ever used with relation to the person that useth them: there being nothing simply and absolutely so; nor any common rule of good and evil to be taken from the nature of the objects themselves; but from the person of the man, where there is no Commonwealth; or, in a Commonwealth, from the person that representeth it; or from an arbitrator or judge, whom men disagreeing shall by consent set up and make his sentence the rule thereof.” (HOBBS, Thomas. *Leviathan: or the matter, form and power of a common-wealth ecclesiasticall and civill*. London: Andrew Croke, 1651, capítulo VI, p. 33).

<sup>167</sup> SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, capítulo II, n. 7, p. 56.

<sup>168</sup> Tradução livre da seguinte passagem: “La autoridad es el saber socialmente reconocido y la potestad es, precisamente, el poder socialmente reconocido; esta fundamental distinción es la que he tratado de significar con el aforismo “pregunta quien puede y responde quien sabe”, pues, en efecto, sólo puede preguntar quien tiene potestad para hacerlo, y sólo puede responder quien tiene autoridad por su saber reconocido. [...] toda potestad que rija en la sociedad civil debe confrontarse con la autoridad, que puede referendar sus actos o censurarlos, aunque carezca siempre de poder para ejecutarlos o impedirlos. En caso de contradicción de ese saber socialmente reconocido frente a los actos de la potestad, lo único que aquella autoridad puede hacer es vetarlos, es decir, declarar su improcedencia, aunque no pueda evitar directamente que se realicen tales actos. Este veto o declaración de “no deber ser” se expresa en castellano también como “prohibición”, aunque, en latín, *prohibere* es precisamente impedir materialmente la ejecución de un acto, y *vetare*, en cambio, el decir que aquel acto es improcedente.” (D’ORS, Álvaro. *La violencia y el orden*. Madrid: Criterio, 1998, p. 88).

Na cristandade medieval, a distinção entre potestade e autoridade compunha a estrutura da realidade social, sendo que a segunda se encontrava difusa em uma “multidão de instituições: o poder político era uno e a autoridade social plural, e – acima de todos – a soberania estava reservada a Deus”.<sup>169</sup> Desse modo, o poder político estava debaixo de restrições impostas “por uma pluralidade de autoridades”, o que circunscrevia a potestade à harmonização da “estrutura de uma sociedade com vida própria”.<sup>170</sup> Assim se equalizava unidade e pluralidade no medievo.<sup>171</sup> A *res publica*, embora composta por uma pluralidade de corpos sociais dotados de autoridade (saber socialmente reconhecido), encontrava unidade na *potestas* do governo monárquico. Nas palavras de Ayuso, “governa um só homem, o rei, mas de acordo com as leis que ele não faz e com os limites que ele não fixa”.<sup>172</sup>

Na modernidade, porém, como a vontade do soberano é o próprio critério de verdade, já não se concebe qualquer outra instância de saber socialmente reconhecido. Pretensamente, não há mais autoridade, no sentido próprio que o termo assumia na civilização romana e na cristandade medieval. Há, apenas, a potestade do soberano, alçado, ao mesmo tempo, à condição de única autoridade, deturpando-se o sentido que antes carregavam este último vocábulo. Não se admite que à potestade do soberano seja contrastado qualquer saber, ainda que socialmente reconhecido. Os corpos sociais em que a autoridade, no sentido próprio, antes encontrava a sua sede, já não têm qualquer relevância.

A imanentização que sobreveio com a prevalência do nominalismo e do gnosticismo moderno – ou, como prefere Saldanha, “o processo de secularização da cultura” – teve como “primeiro grande resultado político” o estado absoluto, o qual, por sua vez, “instaurou uma pauta de valores, construiu o modelo administrativo do Estado moderno em termos quase definitivos”.<sup>173</sup> É, entretanto, a própria dinâmica da modernidade quem oferece o antípoda do estado absoluto, pois o monstro imbatível, “o Leviatã”, era suficiente para destruir a ordem anterior – e mesmo para lançar as bases de um “novo mundo”<sup>174</sup> – mas insuficiente para cumprir a escatologia imanentista, ou seja, para tornar concreto o

---

<sup>169</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 70.

<sup>170</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 70.

<sup>171</sup> Uma reflexão muito interessante a respeito dessa dialética entre unidade e pluralidade (e não pluralismo) se encontra em AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, pp. 40 e seguintes, especialmente pp. 56-61. Nessas páginas, o autor diferencia o binômio medieval unidade/pluralidade daquele outro, moderno, unitarismo/pluralismo, concluindo que “a lógica moderna da totalidade e o enfraquecimento pluralista vêm a ser os dois braços de uma mesma pinça”.

<sup>172</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 71.

<sup>173</sup> SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, capítulo III, n. 1, p. 64.

<sup>174</sup> SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, capítulo III, n. 1, p. 64.



paraíso na Terra.<sup>175</sup> Sem dúvidas, era imprescindível limitar o estado absoluto. Mas, na linha do imanentismo moderno, isso não poderia ser feito mediante um “retrocesso” à Idade Média; ao contrário, era preciso progredir, revolucionar.<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> Essa é, em outros termos, a conclusão de Saldanha: “O Estado dito absoluto, porém, conflitava (ele e seu esquema absorvente) com certas tendências do racionalismo em desenvolvimento. O problema da sucessão dinástica podia ser questionado em face do ideal de autogoverno da comunidade. Não era bastante “racional”, para muitos, que o rei reinasse apenas porque seu pai reinara. Cabia dar ao seu reinado fundamentos novos – ou, se isto não fosse possível, substituir sua presença pela de entidades outras: o parlamento, por exemplo. A ligação da ordem estatal ao âmbito espacial e cultural da nação ensejava um *glissement* doutrinário, tendente a entregar à nação os fundamentos do poder do Estado” (SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, capítulo III, n. 1, p. 64).

<sup>176</sup> SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, capítulo III, n. 1, p. 65.

## 2 A SEPARAÇÃO DE PODERES EM TRÊS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO

Os problemas suscitados pelo fenômeno da modernidade colocaram a questão de saber que estruturas e procedimentos institucionais são aptos a controlar essa autoridade, bem como a impor limites ao exercício do seu poder, na tentativa de mitigar o arbítrio advindo da sua assumida insubordinação a qualquer ordem normativa que lhe seja extrínseca. Recusando-se a “retroceder” à metafísica legada pela antiguidade clássica e desenvolvida no medievo, o constitucionalismo deposita as esperanças para a consecução dessa tarefa tão árdua – o controle e a limitação do poder – na pesquisa por arranjos organizacionais e esquemas institucionais. Nisso reside o “profundo paradoxo” que, segundo Ayuso, acomete a modernidade. Ao conceber-se o estado hobbesiano, abriram-se as comportas da represa que continha o fenômeno natural do poder, liberando “uma torrente que em épocas anteriores havia sido canalizada e contida pela grossa malha das instituições sociais e pelo muro da fé religiosa e da moral comunitária”.<sup>177</sup> Em seguida, porém, procura-se o domínio dessa torrente por meio de “fatores artificiais e aparatos técnicos”,<sup>178</sup> deparando-se com o paradoxo da onipotência: se uma entidade tem o poder de fazer qualquer lei ou praticar qualquer ato, ela pode limitar o seu próprio poder? Independentemente da resposta que se dê a essa indagação, essa entidade não pode tudo.<sup>179</sup> Na doutrina hobbesiana, porém, o paradoxo se resolve na plena revogabilidade de qualquer limitação que o soberano se haja imposto a si mesmo. Por mais irrealista que seja, esse postulado continua a ser invocado pelos que arrogam o arbítrio de dar a última palavra sobre seus próprios poderes.

Conforme Deborah Dettmam Matos, o constitucionalismo moderno surge como um desafio ao estado absoluto, “com o intuito de conceber um governo legítimo em que o povo limitaria, em sua constituição, o governo que, por sua vez, limitaria o povo”.<sup>180</sup> Se a soberania não mais poderia recair sobre o monarca, a quem ela deveria ser confiada? Assim se poderia sintetizar a controvérsia em torno da qual orbitavam as disputas políticas dos séculos XVII e XVIII na Inglaterra e na França. “O

---

<sup>177</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 69.

<sup>178</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 69.

<sup>179</sup> ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009, p. 191.

<sup>180</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 15.

desafio, assim, – esclarece Dettmam – era dar legitimidade a um governo no qual o monarca não fosse o soberano”.<sup>181</sup>

As experiências inglesa e francesa ofereceram respostas diferentes a esse desafio, cada uma com sua própria concepção de separação de poderes.<sup>182</sup> Por isso, para discutir apropriadamente a doutrina da separação de poderes – assim como as teorias a ela associadas, como a do governo moderado –, revela-se de grande utilidade o emprego de um referencial analítico, ou um tipo ideal, concebido por Vile, qual seja: a definição de uma “doutrina pura” da separação de poderes, como uma formulação vocacionada a viabilizar um critério racional para o exame das diversas variações da teoria, sem, contudo, ostentar qualquer carga valorativa a respeito delas.<sup>183</sup>

A definição da “doutrina pura” da separação de poderes adotada por Vile apresenta cinco aspectos:<sup>184</sup>

- a) o orgânico – o estado (ou, na linguagem anglo-saxã, o governo) deve ser dividido em três órgãos, também designados como ramos ou departamentos, quais sejam, o legislativo, o executivo e o judiciário;
- b) o funcional – a cada um desses órgãos corresponde uma função peculiar, que lhe é própria, à qual deve se manter confinado e na qual os demais não podem interferir;
- c) o subjetivo – as pessoas que integram aqueles departamentos e exercem estas funções não podem coincidir em hipótese alguma, de modo que a nenhum indivíduo se reconhece a possibilidade de integrar, ao mesmo tempo, mais de um desses ramos;
- d) o objetivo – cada um desses órgãos deve operar como um freio para os demais, impedindo, assim, que um único grupo de pessoas assuma o controle do aparato estatal; e
- e) o teleológico – tal doutrina tem por fim último o estabelecimento e a manutenção da liberdade política.

Essa versão “ideal” – ou, mais propriamente, caricatural – da doutrina da separação dos poderes raramente foi sustentada e posta em prática, mas serve como um elemento de contraste entre

---

<sup>181</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 15.

<sup>182</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 15.

<sup>183</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 13.

<sup>184</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 14.

ela própria, a teoria do governo misto e a teoria dos freios e contrapesos, tornando nítidas as linhas de desenvolvimento em que foram se ramificando as suas versões históricas.<sup>185</sup>

Na Inglaterra, desenvolveu-se o constitucionalismo equilibrado, nascido do recurso ao acervo da antiguidade, ainda que com rejeição da respectiva metafísica, em um amálgama de noções como a de governo das leis, governo misto e governo moderado.<sup>186</sup>

Já a França foi o berço do que ora se denomina constitucionalismo popular, ao qual corresponde uma teoria da separação funcional de poderes que “rejeita a divisão do poder legislativo e impede que os poderes executivo ou judiciário participem da legislatura”.<sup>187</sup> Com isso, sob o *slogan* da soberania popular, torna-se o corpo de representantes do povo imune a qualquer controle no exercício do poder legislativo, a não ser aquele que se realize via procedimentos eleitorais.<sup>188</sup>

A partir da fundação dos Estados Unidos da América, com a ratificação da constituição elaborada na convenção da Filadélfia, seria posta em prática uma nova experiência de constitucionalismo equilibrado, que, a partir de uma adaptação das ideias de Montesquieu,<sup>189</sup> valorizará a noção de *checks and balances*, para atribuir tanto ao executivo como ao judiciário algum mecanismo de revisão dos atos do poder legislativo.

Para uma correta compreensão do significado dos precedentes e do papel que se possa esperar que desempenhem, torna-se imprescindível situar a relação entre legislação e jurisdição em cada um desses modelos de constitucionalismo.

## 2.1 CONSTITUCIONALISMO EQUILIBRADO INGLÊS

A simples translação do eixo de poder – do monarca para o parlamento – revelou-se, na experiência inglesa, insuficiente para minorar as ocasiões de arbítrio ou abuso de poder. Por isso, o constitucionalismo equilibrado atacou o absolutismo em duas frentes distintas. Na primeira delas, consolidou o *rule of law*, pelo qual cada integrante da comunidade (do mais humilde ao mais

---

<sup>185</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, pp. 14-15.

<sup>186</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 10.

<sup>187</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 11.

<sup>188</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 11.

<sup>189</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 76.

poderoso) estava igualmente submetido ao direito, garantido, porém, contra legislação destituída dos imprescindíveis caracteres da generalidade e da abstração. Na segunda frente, o constitucionalismo inglês desenvolveu a doutrina da soberania do parlamento, concebido este, porém, a partir da ideia expressa pela locução *king in parliament*. Desse modo, a preservação da representação política das diversas potências sociais, mediadas por mecanismos como a existência de duas casas legislativas e o poder de veto do rei, propiciou a moderação, valorizada pela filosofia política da antiguidade clássica.<sup>190</sup> É essa versão da doutrina da separação de poderes que se encontra, pelo menos nos últimos dois séculos, associada à teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances* – existência de diversos órgãos ou agências, capazes de, reciprocamente, fiscalizar, suspender, desconstituir ou mesmo modificar os atos praticados pelos demais).<sup>191</sup>

A correta descrição do constitucionalismo equilibrado inglês requer uma aproximação dessas duas noções fundamentais: *rule of law* e doutrina da soberania do parlamento.

### 2.1.1 *Rule of law*

A expressão *rule of law*<sup>192</sup> designa uma máxima ou prescrição de caráter jurídico-político segundo a qual todas as pessoas, do mais humilde cidadão até a mais poderosa das autoridades, estão submetidas ao direito e devem, igualmente, obediência às normas jurídicas vigentes, podendo ser responsabilizadas pelas condutas que o infringem. Com isso, garante-se aos indivíduos que a ação da potestade (da “autoridade” política) sobre os direitos dos cidadãos está previamente limitada, de modo que estes têm condições de orientar a própria conduta à luz do conhecimento a respeito das consequências jurídicas que lhes serão impostas pela entidade governamental.

Nesse sentido, Hayek apresenta aquela que foi considerada “uma das mais claras e poderosas formulações do ideal de *rule of law*”:<sup>193</sup>

Nada distingue mais claramente um país livre de um país dominado por um governo arbitrário do que a observância, por parte daquele, dos grandes princípios conhecidos como *Rule of*

<sup>190</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 16.

<sup>191</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, pp. 1-3. Disponível em <https://oll.libertyfund.org/title/vile-constitutionalism-and-the-separation-of-powers>, acessado em 11/11/2022.

<sup>192</sup> A locução *rule of law* poderia ser traduzida para o português, literalmente, como “supremacia da lei” ou, mais apropriadamente, como “império do direito”. Essas traduções, embora acusadas de excessivamente imprecisas, têm alguma valia para transmitir a ideia nuclear da máxima ou prescrição ora indicada.

<sup>193</sup> Esses termos elogiosos foram empregados por Raz em trabalho dedicado a criticar tal concepção de *rule of law*. Conf. RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: BELLAMY, Richard (organizador). *The rule of law and the separation of powers*. London/New York: Routledge, 2016, p. 77.

*Law*. Abstraídas as tecnicidades, significa que o governo, em todas as suas ações, está vinculado a regras previamente fixadas e anunciadas – regras que tornam possível antever, com razoável certeza, como a autoridade empregará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias e planejar seus assuntos individuais com base nesse conhecimento. Assim, dentro das regras do jogo conhecidas, o indivíduo está livre para perseguir os seus fins pessoais, certo de que os poderes do governo não serão deliberadamente utilizados para frustrar seus esforços.<sup>194</sup>

Esse postulado jurídico-político procede de um conjunto de noções interconectadas, próprias da antiguidade clássica, já presentes em Platão e em Aristóteles,<sup>195</sup> mas encontradas também em personagens representativos do pensamento político romano, especialmente aquele característico da fase republicana, como Lívio e Cícero. Na literatura política do período elisabetano, é possível rastrear as origens do *rule of law*, para encontrar no pensamento político greco-romano o paradigma adotado pelos ingleses: *a*) o governo das leis, em oposição ao governo dos homens; *b*) a isonomia estabelecida por Sólon em Atenas, entendida como igualdade perante a lei; *c*) a liberdade sob a lei, dentro da compreensão de que o cidadão obedece às leis para ser livre; e *d*) a consciência de uma normatividade superior (*legum legis*, leis das leis), a limitar a atividade do legislador.<sup>196</sup>

Ainda que sob essa inspiração, o *rule of law*, como experiência concreta e com as suas especificidades simbólicas, foi forjado na Inglaterra pelos embates entre o rei e o parlamento durante a guerra civil. Entre os eventos desse período, aquele que ficou marcado como o grande símbolo das conquistas liberais deles resultantes foi a extinção dos tribunais de prerrogativas, em 1641, especialmente a *Star Chamber*, a qual havia se tornado “uma corte de políticos implantando políticas, não um tribunal de juizes aplicando o direito” (“*a court of politicians enforcing a policy, not a court of judges administering the law*”).<sup>197</sup>

De modo nenhum se poderiam confundir tais medidas com o enfraquecimento da magistratura judicante. Ao contrário, aproximadamente na mesma época, foram aplicados os primeiros esforços para assegurar a independência dos juizes. Nas duas décadas que se seguiram, a prevenção contra a

---

<sup>194</sup> Tradução livre do seguinte trecho: “Nothing distinguishes more clearly a free country from a country under arbitrary government than the observance in the former of the great principles known as the Rule of Law. Stripped of technicalities this means that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand – rules that make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances and to plan one’s individual affairs on the basis of this knowledge. Thus, within the known rules of the game, the individual is free to pursue his personal ends, certain that the powers of government will not be used deliberately to frustrate his efforts.” (HAYEK, Friedrich August von. *The road to serfdom*. Text and documents. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. II. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, p. 49).

<sup>195</sup> A propósito, conf. 1.1, *supra*.

<sup>196</sup> HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. XVII. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, pp. 237-246.

<sup>197</sup> Tradução livre do trecho de MAITLAND, Frederic William. *The constitutional history of England: a course of lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1909, p. 263, *apud* HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. XVII. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 249.

ação arbitrária do estado tomou o centro do debate público. À medida em que o parlamento se apresentava como uma fonte de arbitrariedade tão perigosa quanto o rei, percebeu-se que o problema não residia na fonte subjetiva ou orgânica dos atos abusivos, encontrando-se o ponto crucial em saber se o poder era exercido com observância de preceitos jurídicos pré-existentes, como aquilo que conhecemos por princípio da legalidade estrita penal (*nulla crime sine legge*), princípio da irretroatividade das leis e a ideia de que a discricionariedade judicial deve estar estritamente delimitada pelo direito. Firmou-se, assim, o postulado geral segundo o qual a lei deveria ser o rei (*lex, rex*).<sup>198</sup>

Paulatinamente, ganham força duas concepções reputadas de grande importância para a proteção desses ideais: uma constituição escrita e a separação de poderes. Em janeiro de 1660, sobreveio a Declaração do Parlamento Reunido em Westminster, com o propósito de reduzir a termo os princípios essenciais de uma constituição. Aí já se via afirmada a possibilidade de responsabilização das autoridades incumbidas da administração da justiça a casos concretos como requisito imprescindível ao legítimo exercício dessa função.<sup>199</sup> Em meio à turbulência da guerra civil inglesa, tornou-se corrente a invocação do direito à resistência aos julgadores que, no exercício de suas funções, infringissem a “lei da Inglaterra”, a quem todos deviam obediência. Disso se tem um bom exemplo na argumentação manejada por John Lilburn, liderança *leveller*, em petição de 1647, formulada enquanto se encontrava preso na Torre de Londres:

Toda magistratura na Inglaterra é limitada pela conhecida e declarada Lei da Inglaterra e, enquanto eles agem de acordo com a Lei, sou obrigado a obedecê-los, mas quando eles deixam suas regras e seguem as regras arbitrárias de suas próprias vontades, eles não agem como Magistrados, mas como Tiranos, e não podem, em tais atos, exigir qualquer obediência, nem sou obrigado a obedecê-la, mas estou compelido, pela consciência e pelo dever para comigo e para com o meu país natal, a resistir e resisti-los, e se seus oficiais usarem força e violência para me obrigar a obedecer e me curvar ao seu comando arbitrário e ilegal; posso e devo (se for fiel às minhas liberdades nativas e legais), pela força, resistir a ele ou a eles, da mesma maneira que posso resistir a um homem que vem roubar minha casa, ou como posso resistir a um homem que, no alto caminho, pela força e violência, tiraria minha bolsa ou minha vida.<sup>200</sup>

<sup>198</sup> HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. XVII. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, pp. 249-250.

<sup>199</sup> HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. XVII. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, pp. 250-251.

<sup>200</sup> Tradução livre do seguinte excerto: “All Magistracy in England, is bounded by the known and declared Law of England(a) and while they Act according to Law, I am bound to obey them, but when they leave the rules thereof, and walk by the arbitrary rules of their owne wills, they do not act as Magistrates, but as(b) Tyrants, and cannot in such actings challenge any obedience, neither am I bound to yeeld it, but am tied in conscience and duty to my selfe and my native Countrey therein to resist and withstand them, and if their Officers goe about by force and violence to Compell mee to obey and stoop unto their arbitrary and illegall command; I may, and ought, (if I will be true to my native and legall freedoms) by force to withstand him or them, in the same manner that I may withstand a man that comes to rob my house, or as I may withstand a man, that upon the high way by force and violence would take my purse or life from me.” (LILBURN, John. A plea... against the proceedings of the close and illegall Committee, of Lords

Antes mesmo disso, em um panfleto de 1645, intitulado *England's Birth-right Justified*, Lilburn postula a imperativa separação entre o poder legislativo e o poder de julgamento, ainda visto como uma parte do poder de executar as leis.<sup>201</sup> A mesma ideia foi referida em 1649 por John Milton, que não apenas elogiou a distinção entre as funções legislativa e de execução das leis, conjugada ao cometimento de cada uma delas a diferentes órgãos ou agências governamentais, como também enalteceu o valor da sabedoria ou de uma certa forma de conhecimento – referida como filosofia – enquanto fonte de legitimação e, nessa mesma medida, de limitação ao exercício do poder, no que se pode perceber uma invocação da tradição legada pela filosofia política da antiguidade clássica:

Em todas as nações sábias, o poder legislativo e a execução judicial daquele poder têm sido mais comumente distinguidos e postos em várias mãos, mas ainda o primeiro como supremo e o segundo como subordinado. Então, se o rei for apenas designado para executar a lei, que é de fato o mais alto de seu cargo, ele não deve fazer ou proibir a elaboração de qualquer lei acordada no parlamento, assim como também não devem fazê-lo outros juízes inferiores, que são seus deputados. Tampouco pode o rei rejeitar uma lei oferecida a ele pelos comuns, assim como não pode fazer uma nova lei que eles rejeitam. Além do mais, para dar crédito e defender sua causa, ele invocaria a filosofia a seu favor; forçando seus sábios ditames para propósitos não filosóficos. Mas quando os reis chegam tão baixo, a ponto de bajular a filosofia, que antes eles não valorizavam nem compreendiam, tem-se um sinal infalível de que eles foram obrigados a lançar mão do seu último recurso. E a filosofia também lhes é exigente, não permitindo que seus ditos dourados se tornem seus lábios ou sejam usados como máscaras e cores de atos violentos e injuriosos. De modo que o que eles presumem tomar emprestado de suas regras sábias e virtuosas, como o enigma da Esfinge não compreendido, quebra o pescoço de sua própria causa.<sup>202</sup>

Essas ideias, esgrimidas nas lutas da guerra civil, influenciaram não apenas a Inglaterra, mas a Europa continental e a América, principalmente tal como consolidada após a expulsão final dos

---

and Commons appointed to examine these that are called London Agents [...]. In HART, David M.; KENYON, Ross (orgs.). *Tracts on Liberty by the Levellers and their Critics*, v. 5 (1648). Indianapolis: Liberty Fund, 2017, pp. 5-040a, disponível em [https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2600/Leveller\\_1542-05.html](https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2600/Leveller_1542-05.html), acessado em 23 de novembro de 2022, os destaques gráficos foram mantidos como no original).

<sup>201</sup> HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. XVII. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 250, nota de rodapé n. 58.

<sup>202</sup> Tradução livre do seguinte excerto: “In all wise nations the legislative power, and the judicial execution of that power, have been most commonly distinct, and in several hands; but yet the former supreme, the other subordinate. If then the king be only set up to execute the law, which is indeed the highest of his office, he ought no more to make or forbid the making of any law agreed upon in parliament than other inferior judges, who are his deputies. Neither can he more reject a law offered him by the commons, than he can new make a law which they reject. And yet the more to credit and uphold his cause, he would seem to have philosophy on his side; straining her wise dictates to unphilosophical purposes. But when kings come so low, as to fawn upon philosophy, which before they neither valued nor understood, it is a sign that fails not, they are then put to their last trump. And philosophy as well requites them, by not suffering her golden sayings either to become their lips, or to be used as masks and colours of injurious and violent deeds. So that what they presume to borrow from her sage and virtuous rules, like the riddle of Sphinx not understood, breaks the neck of their own cause.” (MILTON, John. *The prose works of John Milton*, v. 1. Philadelphia: John W. Moore, 1847. Edição do Kindle, posições 12.629 a 12.637, de 14.898. Disponível em <https://oll.libertyfund.org/title/griswold-the-prose-works-of-john-milton-vol-1>. Acesso em 23 de novembro de 2022).



Stuarts em 1688. Entre as versões célebres, aquela exposta por John Lock no *Segundo tratado sobre o governo civil* foi a que logrou maior alcance.<sup>203</sup> Divisa-se, na obra de Locke, dois momentos: a primeira fase, marcada pelos *Dois opúsculos sobre o governo* (1660-1662), publicados postumamente, em que o autor defende a existência de uma prerrogativa do soberano (que designa como “o Magistrado”) de “impor uma religião uniforme a seu povo”,<sup>204</sup> sob nítida influência de Hobbes, a depositar na subordinação da autoridade espiritual à temporal as esperanças de estabilização social; a segunda, iniciada com o *Ensaio sobre a tolerância*, de 1667, e desenvolvida nos *Dois tratados sobre o governo* (1689-1690), em que acentuou-se a defesa da tolerância como meio para a paz social, por compreender que a repressão é garantia não da ordem, mas da desordem.<sup>205</sup>

No *Segundo tratado sobre o governo civil*, encontra-se a síntese do constitucionalismo do equilíbrio, com a separação entre o legislativo e o executivo. A este (poder executivo), Locke reconhece o poder de veto<sup>206</sup> – ou, sob outra perspectiva, uma participação no poder legislativo. A função jurisdicional, por sua vez, se vê assimilada ao poder executivo, pois entendida a administração da justiça a casos concretos como execução das leis.<sup>207</sup> Sem embargo, como sublinha Deborah Dettmam Matos, Locke, “em diversos momentos de sua obra, afirmou que o poder legislativo é o poder supremo, não permitindo que um poder inferior possa regular o superior.”<sup>208</sup> Mesmo assim, o poder legislativo, tal como concebido por Locke, encontrava-se, sim, limitado, ainda que não estivesse submetido a um controle institucional. Dentro dessa concepção, a legislatura deveria se nortear pelo direito natural, o qual, entretanto, não poderia ser empregado como o parâmetro de uma fiscalização de compatibilidade vertical, a ser realizada por uma instituição diversa do legislativo. Isso porque essa instituição fiscalizadora do legislativo “seria tão falível quanto a legislatura.”<sup>209</sup>

---

<sup>203</sup> HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. XVII. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 251. Na nota de rodapé n. 61, encontram-se referências valiosas sobre as obras de Algernon Sidney e Gilbert Burnet, as quais, segundo Hayek, foram, no final do século XVII, tão influentes quanto a de Locke.

<sup>204</sup> GOLDIE, Mark. Introdução. In LOCKE, John. *Ensaaios políticos*. Clássicos Cambridge de Filosofia Política. Organizado por Mark Goldie. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XIII.

<sup>205</sup> DINIZ, Márcio Victor de Sena. *O conceito de tolerância em John Locke: a tolerância universal e seus limites*. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011, p. 13. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/5584/1/arquivototal.pdf>, acessado em 23 de novembro de 2022.

<sup>206</sup> LOCKE, John. *The Enhanced Edition of John Locke's Two Treatises of Civil Government (1689, 1764)*. Indianapolis: Liberty Fund, 2014, Livro II, capítulo XIII. Edição do Kindle. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/locke-the-enhanced-edition-of-the-two-treatises-of-government-1689>, acessado em 23 de novembro de 2022.

<sup>207</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 26. No mesmo sentido, WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 85.

<sup>208</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 31.

<sup>209</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 35.

Nesses termos, o *rule of law* é concebido não apenas como necessidade de observância do direito positivado, mas também como imperativa adequação entre a legislação e o direito natural. Todavia, essa adequação somente poderia ser aferida pelo próprio povo, não sendo recomendável conferir tal poder a outra instituição governamental, muito menos a juízes não eleitos. Isso porque, “se houvesse um órgão investido da competência para revogar a legislação, seria ele o verdadeiro soberano, o verdadeiro produtor da lei na sociedade”.<sup>210</sup> Em hipóteses extremas – defendia Locke –, a solução consiste, nas palavras de Deborah Dettmam Matos, em “devolver ao povo o direito de retomar a sua liberdade original e estabelecer um novo legislativo adequado a promover sua segurança e tranquilidade, aplicando-se a mesma regra ao executivo.”<sup>211</sup>

Na proposta de Locke, se houvesse um órgão investido da competência para revogar a legislação, seria ele o verdadeiro soberano, o verdadeiro produtor da lei na sociedade.<sup>212</sup> Desse modo, o reconhecimento de uma instância normativa superior – o direito natural – atuaria como fator central de aperfeiçoamento da cultura política,<sup>213</sup> promovendo aquilo que Jeremy Waldron denominou de “prevalência de um espírito de liberdade e respeito entre as pessoas”, o que seria mais relevante, para a proteção de direitos, do que “declarações formais ou outros arranjos institucionais”.<sup>214</sup> Em termos práticos, cada cidadão e todo legislador têm como dever, no desempenho de seus respectivos papéis, desenvolver um esforço para identificar os limites impostos pelo direito natural à atividade legiferante, assim como observar essas restrições na edição dos estatutos.<sup>215</sup>

Como um dos núcleos centrais do *rule of law*, encontra-se uma distinção ontológica entre duas espécies de operações governamentais: a de confeccionar leis (função legislativa) e a de torná-las efetivas, ou seja, concretizá-las (execução). É preciso enfatizar, nada obstante, que a moderna concepção de produção legislativa guarda uma diferença decisiva em relação à concepção antiga e medieval acerca do significado jurídico-político da atividade legiferante. Enquanto na antiguidade e na idade média a edição de leis era vista sempre como uma atividade declaratória do direito natural ou, pelo menos, a exposição minudente das consequências desse direito, a modernidade inaugura o conceito da criação de direito *ex nihilo*, como atividade eminentemente constitutiva, por meio da

---

<sup>210</sup> WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 86. Tradução livre.

<sup>211</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, pp. 36-37.

<sup>212</sup> WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 86.

<sup>213</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 35.

<sup>214</sup> WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 84.

<sup>215</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 35.

confeção de leis que expressem a vontade do soberano, uma potestade (em termos modernos, uma “autoridade” política) secular suprema. Com Vile, é de suma importância destacar que, antes da transição para a modernidade, “todos os atos de governo eram, de algum modo, justificados como aspectos da aplicação e da interpretação do direito”, a tal ponto que “a participação do parlamento na promulgação da lei era vista como um aspecto dessa função judicial do governo”.<sup>216</sup> Conferindo suporte a essa assertiva, Dicey esclareceu que “declarações parlamentares do direito, como a *Petition of Right* e o *Bill of Rights*, guardam uma certa afinidade com decisões judiciais”.<sup>217</sup>

Por isso, apenas com o advento da moderna ideia de que um certo órgão ou agência humana tinha a capacidade de “fazer leis”, como uma atividade de criação de normas, foi possível separar, de um lado, a legislação – com esse sentido constitutivo – e, de outro, a execução, ou seja, a aplicação do direito, aí incluída a administração de justiça, no julgamento de casos concretos.

Na segunda metade do século XVIII, o conteúdo do *rule of law* foi coerentemente exposto, principalmente por autores dedicados a interpretar os eventos históricos, mas também por outros, preocupados em oferecer alguma sistematização.<sup>218</sup> Nisso foi especialmente bem-sucedido William Paley, o qual enfatizou que as atividades de elaboração legislativa e de aplicação das leis não apenas devem ser distinguidas, mas confiadas a órgãos ou agências diversos, ou seja, devem ser confiadas a diferentes mãos.

Isso é assim para que, por um lado, sejam reduzidas as condições do legislador de vislumbrar, plenamente, as consequências que a legislação por ele concebida produzirá nos casos específicos. Por

---

<sup>216</sup> Tradução livre de excertos da seguinte passagem de Vile: “The connection between modern theories of law and sovereignty and the emergence of the concepts of the legislative, executive, and judicial functions of government is very close. The idea of an autonomous ‘legislative power’ is dependent upon the emergence of the idea that law could be *made* by human agency, that there was a real power to make law, to legislate. In the early medieval period this idea of making law by human agency was subordinated to the view that law was a fixed unchanging pattern of divinely-inspired custom, which could be applied and interpreted by man, but not *changed* by him. In so far as men were concerned with ‘legislation’ they were in fact declaring the law, clarifying what the law really was, not creating it. Legislation was in fact part of the judicial procedure. Law was seen as the embodiment of the law of God in the custom of the community, and the actions of the King in his Council making formal statements of the law were seen as clarificatory acts. There could, therefore, be only one ‘function’ of government - the judicial function; all acts of government were in some way justified as aspects of the application and interpretation of the law. The participation of Parliament in the promulgation of law was seen as an aspect of this judicial function of government; the High Court of Parliament advised the King upon the issues which came before him for decision, and declared the law as a court declares it, but in a more formal way, and usually, but not always, in general terms. Of course, this is not to say that there was a medieval or early modern view of a ‘judicial function’ equivalent to our modern view of that function. Rather it was a way of looking at government which encompassed the whole range of governmental acts, whilst recognizing that there were differing agencies involved, differing tasks to be performed, and differing procedures to be employed. This recognition formed the basis for the lists of the ‘parts of sovereignty’ that were later evolved by writers on government, and again at a later stage provided the starting-point for the formulation of new distinctions of the functions of government.” (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, pp. 26-27).

<sup>217</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, p. 187, nota de rodapé n. 1.

<sup>218</sup> HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. XVII. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, pp. 255-256.

outro lado, o potencial das autoridades judicantes para prejudicarem o jurisdicionado estará limitado pelo dever de ministrarem uma solução que esteja em conformidade, não com as suas inclinações pessoais, mas com as leis, que não foram concebidas pelos próprios juízes, mas pelo legislador. Desse modo, o cidadão não fica inteiramente à mercê do legislador, que não atuará de modo casuístico, tampouco do julgador, que não poderá julgar os casos segundo a sua própria vontade, mas subordinado à lei, ou seja, a preceitos previamente estabelecidos, com generalidade e abstração, por um órgão distinto. Ao lado da separação de poderes, assim concebida, Paley listava, como postulado de igual importância para uma imparcial administração da justiça, a independência dos juízes. Na sequência, tecia, ainda, uma série de recomendações de organização judiciária e até mesmo de normas de distribuição de competências jurisdicionais.<sup>219</sup>

Desde essa perspectiva, a divisão de funções entre diferentes órgãos ou agências governamentais não parte de um critério arbitrário qualquer, nem de uma estipulação inovadora de algum engenheiro social, mas deriva da concepção moderna sobre a atividade legislativa – concebida como uma atividade constitutiva, de criação de normas antes inexistentes –, bem como atende ao propósito de minimizar os riscos que, segundo a experiência concreta de milênios, o governo representa contra a liberdade do cidadão.

Nesses termos próprios do liberalismo clássico, o desenvolvimento do *rule of law* se encerra no século XVIII, quando começam a tomar lugar, sob o título de liberalismo, ideologias filiadas ao racionalismo construtivista, influenciadas pelo iluminismo, na linha do pensamento revolucionário

---

<sup>219</sup> “The first maxim of a free state is, that the laws be made by one set of men, and administered by another; in other words, that the legislative and judicial characters be kept separate. When these offices are united in the same person or assembly, particular laws are made for particular cases, springing oftentimes from partial motives, and directed to private ends: whilst they are kept separate, general laws are made by one body of men, without foreseeing whom they may affect; and, when made, must be applied by the other, let them affect whom they will. [...] Parliament knows not the individuals upon whom its acts will operate; it has no cases or parties before it; no private designs to serve; consequently, its resolutions will be suggested by the consideration of universal effects and tendencies, which always produces impartial, and commonly advantageous regulations. When laws are made, courts of justice, whatever be the disposition of the judges, must abide by them; for the legislative being necessarily the supreme power of the state, the judicial and every other power is accountable to that: and it cannot be doubted that the persons who possess the sovereign authority of government will be tenacious of the laws which they themselves prescribe, and sufficiently jealous of the assumption of dispensing and legislative power by any others. This fundamental rule of civil jurisprudence is violated in the case of acts of attainder or confiscation, in bills of pains and penalties, and in all *ex post facto* laws whatever, in which parliament exercises the double office of legislature and judge. And whoever either understands the value of the rule itself, or collects the history of those instances in which it has been invaded, will be induced, I believe, to acknowledge, that it had been wiser and safer never to have departed from it. He will confess, at least, that nothing but the most manifest and immediate peril of the commonwealth will justify a repetition of these dangerous examples. If the laws in being do not punish an offender, let him go unpunished; let the legislature, admonished of the defect of the laws, provide against the commission of future crimes of the same sort. The escape of one delinquent can never produce so much harm to the community as may arise from the infraction of a rule upon which the purity of public justice, and the existence of civil liberty, essentially depend.” (PALEY, William. *The Principles of Moral and Political Philosophy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2002, livro VI, capítulo VIII, posição 5971 de 8518. Edição do Kindle).

francês.<sup>220</sup> Ainda assim, no final do século XIX, Dicey ainda definia o *rule of law* (ao qual também se referia como *supremacy of law* ou mesmo *predominance of law*) como um dos elementos que, permeando toda a constituição da Inglaterra, marcava o seu caráter, a contemplar três “concepções”.<sup>221</sup> A primeira delas é a de que nenhuma pessoa pode ser submetida a sofrimento físico ou à subtração de bens, ou, enfim, punida de qualquer modo, senão por uma específica infração ao direito, identificada segundo um método jurídico e por um órgão jurisdicional previamente estabelecidos, com o que se rejeita qualquer sistema de governo baseado no exercício de poderes amplos, arbitrários ou discricionários.<sup>222</sup> Pela segunda concepção, nenhuma pessoa está acima do direito, mas qualquer cidadão, independentemente de sua condição social, está submetido ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, pode ser responsabilizado perante os órgãos jurisdicionais ordinários.<sup>223</sup> Finalmente, a última concepção intrínseca ao *rule of law* é assim explicada por Dicey:

[...] os princípios gerais da constituição da Inglaterra (como à liberdade pessoal ou o direito de reunião) são, entre nós, o resultado de decisões judiciais a determinar os direitos das pessoas privadas em casos particulares trazidos perante os tribunais; considerando que, sob muitas constituições estrangeiras, a segurança concedida aos direitos individuais resulta ou parece resultar dos princípios gerais da constituição.<sup>224</sup>

Então, Dicey admite a noção segundo a qual o ordenamento constitucional e os próprios direitos, no sentido subjetivo, são realidades normativas desenvolvidas por meio de decisões concebidas para a solução de conflitos concretos levados às autoridades judiciárias. Porém, o referido autor impugna a afirmação corrente de que a constituição não teria sido feita, mas cultivada (“*grown*”), ao argumento de que as instituições políticas são fruto do trabalho de seres humanos e devem a sua existência à vontade deles. De todo modo, mesmo rejeitando a imagem comumente empregada, Dicey confirma a ideia nela expressa, ao testemunhar que:

---

<sup>220</sup> HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. XVII. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 259.

<sup>221</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, pp. 179 e seguintes.

<sup>222</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, pp. 179-180.

<sup>223</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, p. 185.

<sup>224</sup> Tradução livre do seguinte excerto: “We may say that the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the constitution” (DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, p. 187).

[...] algumas políticas, e entre elas a constituição inglesa, não foram criadas de um golpe, e, longe de serem o resultado de legislação, no sentido ordinário do termo, são o fruto de disputas judiciais em favor de direitos dos indivíduos. Nossa constituição, em resumo, é uma constituição feita por juízes e carrega na face todas as características, boas ou más, do direito feito por juízes.<sup>225</sup>

A expressão *rule of law* é frequentemente traduzida por estado de direito. A assimilação de uma ideia à outra não é de todo imprópria, pois esta última locução designa, na síntese de Saldanha, “um Estado que tem, no direito (ou seja, no chamado ordenamento jurídico) e em especial na Constituição, seu fundamento e ao mesmo tempo sua limitação”.<sup>226</sup> Com efeito, caracteriza-se o estado de direito “pela submissão do Estado à ordem jurídica, de maneira a salvaguardar as liberdades, evitando as arbitrariedades do poder”.<sup>227</sup> Para alguns, a relação que existe entre as duas noções – *rule of law* e estado de direito – seria de continência, pois a segunda abrangeria a primeira, implicando, porém, outros conteúdos jurídicos, a saber: os princípios da legalidade e da isonomia, a independência da magistratura judicante, garantias eficazes aos direitos individuais e sociais e responsabilização “dos governantes e agentes do poder por atos de transgressão da ordem jurídica, devendo eles, nesta hipótese, responder a processo, dentro do legalmente estabelecido”.<sup>228</sup>

Essa relação de continência é altamente discutível, porque, em realidade, depende da amplitude em que concebida uma e outra noção. Em torno de ambas, estabelece-se um debate entre, de um lado, as concepções formais e, de outro, as concepções substantivas.<sup>229</sup> Nisso mesmo reside um ponto polêmico nas discussões contemporâneas em torno do *rule of law*. Por meio dessa clivagem entre concepções formais e substantivas, busca-se determinar a natureza dos preceitos jurídicos específicos que podem ser extraídos do *rule of law*. As concepções formais preocupam-se com os aspectos que se relacionam com a cognoscibilidade do direito, para o fim de orientação da conduta, tais como o processo de elaboração dos textos normativos (inclusive competência e forma em que

---

<sup>225</sup> Tradução livre do seguinte excerto: “[...] some polities, and among them the English constitution, have not been created at one stroke, and, far from being the result of legislation, in the ordinary sense of that term, are the fruit of contests carried on in the Courts on behalf of the rights of individuals. Our constitution, in short, is a judge-made constitution, and it bears on its face all the features, good and bad, of judge-made law.” (DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, p. 188).

<sup>226</sup> SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, capítulo III, n. 12, p. 88.

<sup>227</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. *Dicionário de política*. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, p. 369.

<sup>228</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. *Dicionário de política*. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, pp. 369-370.

<sup>229</sup> “Nos debates sobre o problema, tem-se indagado se bastaria manter o requisito formal para ter-se o Estado de Direito. Pois que muitos Estados têm (e aplicam) um ordenamento jurídico completo e estão ligados a uma Constituição, sem que, entretanto, submetam-se inteiramente a esta. Começou-se, então, a requerer a fidelidade do Estado ao *espírito* do direito, ou a cobrar-lhe legitimidade específica. Certas ditaduras do século XX tinham, ou têm, uma Constituição correta e vigente, no mais das vezes, porém inócua ou sujeita a mutações oriundas da vontade dos autocratas” (SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, Capítulo III, n. 12, p. 88).

veiculada), a sua clareza e a eficácia da norma no tempo (apenas prospectiva ou, se retrospectiva, em que grau), etc. Por sua vez, as concepções substantivas vêm no *rule of law* o próprio fundamento de certos direitos.<sup>230</sup>

A variedade de concepções de *rule of law* é tamanha que seria necessário um longo tratado para discorrer sobre elas adequadamente. Contudo, para o objetivo de caracterizar o constitucionalismo equilibrado inglês, pode-se exemplificar as concepções formais com aquela delineada por Raz, para quem *rule of law* significa que “as pessoas devem obedecer ao direito e serem por ele governadas”.<sup>231</sup> Sem embargo, nas teorias política e jurídica, a locução inglesa assume um significado mais amplo, segundo o qual “o governo deve ser governado pelo direito e se submeter a ele”.<sup>232</sup> Não é difícil perceber que, assim compreendido, o *rule of law* corresponde à ideia clássica, presente em Platão e em Aristóteles, de governo das leis, em oposição a governo dos homens (conf. 1.1.1, *supra*).

Mesmo em uma concepção formal, como a de Raz, o *rule of law* implica, ainda, a exigência de que as normas jurídicas sejam passíveis de serem previamente conhecidas pelos seus destinatários, para que estes estejam em condições de adotar comportamentos conforme esse prévio conhecimento sobre as consequências das condutas que adotarem. O *rule of law* requer, nas palavras de Raz, que o direito seja “capaz de guiar os comportamentos dos seus destinatários. De tal maneira que eles possam descobrir o conteúdo das normas jurídicas e agir em conformidade com isso”.<sup>233</sup>

Raz tem toda razão ao qualificar essas exigências como formais, porque realmente não dizem respeito às condutas determinadas pelo ordenamento jurídico, tampouco se relacionam ao caráter do regime em que opera. Porém, essas exigências correspondem, exhaustivamente, àquelas que Hayek associa ao *rule of law*. Desse modo, a crítica de Raz a Hayek não fica bem endereçada pela apresentação de um conceito formal de *rule of law*, pois o conceito sustentado pelo segundo autor não incorpora outras exigências, para além daquelas que o primeiro autor enumera. Aliás, Raz vai além de Hayek na enumeração das exigências formais que associa, com toda razão, ao *rule of law*.

A divergência de Raz com Hayek recai – como ele próprio admite – sobre certas conclusões às quais chegou o economista austríaco.<sup>234</sup> Raz supõe que Hayek, para chegar a essas conclusões,

---

<sup>230</sup> CRAIG, Paul. Formal and substantive conceptions of the rule of law. In: BELLAMY, Richard (organizador). *The rule of law and the separation of powers*. London/New York: Routledge, 2016, p. 95.

<sup>231</sup> RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: BELLAMY, Richard (organizador). *The rule of law and the separation of powers*. London/New York: Routledge, 2016, p. 78.

<sup>232</sup> RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: BELLAMY, Richard (organizador). *The rule of law and the separation of powers*. London/New York: Routledge, 2016, p. 78.

<sup>233</sup> RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: BELLAMY, Richard (organizador). *The rule of law and the separation of powers*. London/New York: Routledge, 2016, p. 80.

<sup>234</sup> RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: BELLAMY, Richard (organizador). *The rule of law and the separation of powers*. London/New York: Routledge, 2016, pp. 77 e 91-92.

introduziu a exigência substancial de que o sistema jurídico, para obedecer ao *rule of law*, devesse promover um determinado modelo de intervenção mínima sobre a economia. Na realidade, todo o argumento de Hayek consiste no seguinte: a adoção do *rule of law*, ou seja, a observância das exigências de caráter formal – que podem ser resumidas como cognoscibilidade do direito – já seria suficiente para obstar a adoção de medidas governamentais destinadas a intervir sobre o funcionamento do mercado, independentemente de juízos de valor acerca disso.

O núcleo do argumento sustentado por Raz seria melhor dirigido a concepções verdadeiramente substantivas. Dworkin contrapõe, na sua proposta teórica, duas concepções de *rule of law*. Uma delas é formal, por ele denominada “concepção do livro de regras”,<sup>235</sup> a qual não se ocupa da conformidade do conteúdo de um ordenamento jurídico com uma certa concepção de justiça, mas “apenas insiste que o governo jamais deveria exercer o poder contra indivíduos, a não ser de acordo com regras que tenham sido estabelecidas e disponibilizadas a todos antecipadamente”.<sup>236</sup> Já a concepção substantiva de *rule of law* sustentada por Dworkin, por ele denominada de concepção dos direitos, foi assim formulada:

Eu denominarei a segunda concepção de *rule of law* de concepção dos direitos. Ela é, de vários modos, mais ambiciosa do que a concepção do livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais recíprocos e direitos políticos contra o estado como um todo. Ela insiste que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no direito positivo, para que possam ser objeto de execução forçada mediante demandas individuais de cidadãos perante tribunais e outras instituições desse tipo, tanto quanto isso seja possível. O *rule of law*, nessa concepção, é o ideal de governo por uma concepção pública específica de direitos individuais. Ela não distingue, como o faz a concepção do livro de regras, entre *rule of law* e justiça substantiva; ao contrário, ela requer, como parte do ideal de direito, que as regras do livro capturem e efetivem os direitos morais.<sup>237</sup>

Percebe-se que o *rule of law*, cujo significado normativo pode ser historicamente caracterizado, ainda que apenas por aproximação, teve a sua conceituação atraída para o centro do

---

<sup>235</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986, pp. 7-8.

<sup>236</sup> Tradução livre de trecho em que Bellamy procura explicar como Dworkin caracteriza a “concepção do livro de regras”: “It says nothing about the content of the laws which exist within a legal system, but merely insists that the government should never exercise power against individuals except in accordance with rules which have been set out in advance and made available to all.” (CRAIG, Paul. Formal and substantive conceptions of the rule of law. In: BELLAMY, Richard (organizador). *The rule of law and the separation of powers*. London/New York: Routledge, 2016, p. 95).

<sup>237</sup> Tradução livre do seguinte excerto: “I shall call the second conception of the rule of law the “rights” conception. It is in several ways more ambitious than the rule-book conception. It assumes that citizens have moral rights and duties with respect to one another, and political rights against the state as a whole. It insists that these moral and political rights be recognized in positive law, so that they may be enforced upon the demand of individual citizens through courts or other judicial institutions of the familiar type, so far as this is practicable. The rule of law on this conception is the ideal of rule by an accurate public conception of individual rights. It does not distinguish, as the rule-book conception does, between the rule of law and substantive justice; on the contrary it requires, as part of the ideal of law, that the rules in the rule book capture and enforce moral rights.” (DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1985, pp. 11-12).



intricado debate a respeito dos encargos de que um governo deve se desincumbir e da complexa discussão sobre as relações entre política, moral e direito. Independentemente da posição assumida nessas controvérsias, é perceptível que as concepções substantivas podem ser explicadas como manifestações do gnosticismo moderno, por pressuporem uma visão progressista da história, delineando, com maior ou menor desenvoltura, os diversos estágios por que deve passar a humanidade até que, na imanência, seja realizado o melhor modelo de convívio social.

Para uma sumária descrição do constitucionalismo equilibrado inglês, ressalta-se que, historicamente, o *rule of law* surgiu dentro de uma concepção que a literatura contemporânea qualificaria como formal. Vivenciados a guerra civil, o protetorado e a revolução gloriosa, os ingleses moldaram suas instituições políticas a partir do propósito de reduzir as oportunidades para o abuso do poder. No conjunto desse arranjo institucional, existe uma preocupação com o imperativo de imparcialidade, pelo qual a ninguém, nem mesmo às mais elevadas autoridades, se permite atuar como juiz das próprias causas.<sup>238</sup> Essa diretriz cogente, cuja observância estrita deve ser implacavelmente exigida de todas as autoridades jurisdicionais, sob pena de rigorosa responsabilização, incide até mesmo sobre o legislativo, a quem o *rule of law* proíbe a edição de leis retroativas ou destituídas dos traços indispensáveis da generalidade e da abstração. Deborah Dettmam Matos corrobora essas assertivas:

Do exposto, é possível concluir que as experiências da guerra civil, do protetorado de Cromwell e da posterior Revolução Gloriosa, fizeram com que os ingleses, no século XVII, já possuíssem uma sofisticada teoria de separação das funções do Estado, cujo exercício deveria ser realizado por distintas pessoas (uma com poder de julgar segundo as leis, outra com autoridade para criá-las), ainda que não se apresentasse como uma separação total, devido ao conceito do *king in Parliament*. Para Nuno Piçarra, esse era, sobretudo, um postulado do *rule of law*, em que as leis não poderiam ser feitas por quem, simultaneamente, tivesse poder para aplicá-las, instituindo um importante princípio de imparcialidade. Foi a atuação igualmente arbitrária da Câmara dos Comuns que levou a maioria dos ingleses à conclusão de que era necessário reintroduzir um mecanismo de controle sobre a atuação dos representantes, à semelhança do esquema constitucional da monarquia mista.

O constitucionalismo do equilíbrio valoriza as garantias ínsitas ao *rule of law*, reconhecendo no direito o principal limite ao poder, e não um instrumento à disposição dos caprichos da potestade (ou seja, da “autoridade” política) do momento. Ainda nessa perspectiva, para conter o poder do estado moderno, a experiência constitucional inglesa estabeleceu, como imprescindível, a distinção entre as funções de criação da lei (legislação) e de aplicação dela, para confiá-las a órgãos diferentes, com composições sociais próprias. Para compatibilizar essa separação de poderes com a moderna

---

<sup>238</sup> MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, pp. 19-20.

ideia de soberania, tal modelo de constitucionalismo adotou a doutrina da soberania do parlamento, à qual se dedica a próxima seção.

### 2.1.2 A doutrina da soberania do parlamento na Inglaterra segundo Dicey<sup>239</sup>

É precisa a difundida ideia de que o direito inglês se constitui em um *case law*. Ainda assim, é incorreto supor que a atuação do parlamento cumpra papel apenas secundário na experiência político-jurídica da Inglaterra. Bem diferente disso, pelo menos durante a modernidade, predomina a ideia de que vigora naquele país a doutrina da soberania do parlamento, para cuja compreensão pode ser de grande utilidade a obra de Albert Venn Dicey.

Na terminologia jurídica inglesa, “Parlamento” significa o conjunto de três corpos (ou órgãos) em atuação conjunta: o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns. Ou seja, o Parlamento é constituído por esses três órgãos, cuja atuação conjunta pode ser descrita pela expressão “Rei no Parlamento” (“*King-in-Parliament*”). O princípio da soberania parlamentar significa que o Parlamento, definido naqueles termos, tem o direito (*right*) de fazer e desfazer qualquer lei (*law*) e, adicionalmente, que a nenhuma pessoa ou órgão se reconhece, pelo direito da Inglaterra, o direito (*right*) de anular ou de afastar a legislação (*legislation*) do Parlamento. Não é sem importância ressaltar que o autor equipara os vocábulos *law* e *legislation*. Uma lei (*law*) pode, no contexto da obra de Dicey, ser definida como “qualquer norma (ou regra – *rule*) que será aplicada pelos tribunais”.<sup>240</sup>

Sob o aspecto positivo, o princípio da soberania parlamentar pode ser assim descrito: qualquer ato do Parlamento, ou qualquer parte de um ato do Parlamento, que institui uma nova lei, ou revoga ou modifica uma lei existente, será obedecida pelos tribunais.

Já sob o aspecto negativo, o mesmo princípio pode ser assim enunciado: não há pessoa ou grupo de pessoas (isto é, órgão) que possa, sob a constituição inglesa, produzir normas que anulem ou derroguem um ato do Parlamento, ou que serão aplicadas pelos tribunais em infração a algum ato do Parlamento.

O autor reconhece que podem ser identificadas algumas exceções à doutrina acima enunciada, mas as qualifica como aparentes. Como exemplo, menciona que os Juízes da Alta Corte de Justiça criam “normas judiciais” (*rules of court*), revogando decretos parlamentares (*Parliamentary*

---

<sup>239</sup> Essa seção constitui uma síntese do capítulo I de DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915.

<sup>240</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, capítulo I, p. 4.

*enactments*). No entanto, afirma que essas aparentes exceções podem ser resolvidas em casos nos quais o Parlamento, direta ou indiretamente, sanciona (isto é, aprova) legislação subordinada.

Segundo Edward Coke, citado por Blackstone, o poder e a jurisdição do Parlamento são transcendentais e absolutos, de tal modo que não pode ser confinado em quaisquer limites, seja por causas ou pessoas. E sobre esse alto tribunal (*high court*) se pode verdadeiramente dizer: se considerada a antiguidade, é o mais antigo; se considerada a dignidade, é honorabilíssimo; se considerada a jurisdição, é competentíssimo. O Parlamento tem autoridade soberana e incontrolável para configurar o direito, a respeito de toda e qualquer matéria, constituindo-se no lugar a que o poder despótico absoluto (que, em todos os governos, deve residir em algum lugar) está confiado pela constituição destes reinos.

Mesmo o que extrapola o curso normal das leis se encontra ao alcance desse extraordinário órgão, que pode regular ou remodelar a sucessão da Coroa; alterar a religião estabelecida do país; pode mudar e criar de novo até a constituição do reino e dos próprios parlamentos. Em resumo, o Parlamento pode fazer tudo que não seja naturalmente impossível, razão pela qual alguns já denominaram seu poder como “a onipotência do Parlamento”. Para Edward Coke, citado por Blackstone, é verdade que aquilo que o Parlamento faz nenhuma autoridade sobre a Terra pode desfazer.<sup>241</sup> Por isso, Dicey considera ser crucial para as liberdades da Inglaterra que seja outorgada semelhante confiança aos órgãos integrantes do Parlamento, uma vez que são mais eminentes pela sua probidade, sua fortaleza e seu conhecimento.<sup>242</sup>

---

<sup>241</sup> Dicey fornece muitos exemplos históricos dessa “onipotência do Parlamento”: a) o Rei ocupa o trono sob um título parlamentar, ou seja, sua pretensão ao reinado resulta de uma lei em sentido formal (*statute*), um ato do Parlamento (*Act of Parliament*), o qual estabelece a sucessão da Coroa; b) no reinado do George I (alemão de nascença), os *Tories* (mais favoráveis à manutenção do *status* do clero anglicano e a uma política externa de não-interferência em questões geopolíticas da Europa continental) foram paulatinamente banidos dos altos cargos públicos, inclusive do exército, da marinha e dos corpos diplomático e judicial, os quais foram ocupados por *Whigs*, mediante a crescente influência de Robert Walpole; nesse contexto político-partidário, o Parlamento, induzido pelo Ministério *Whig*, aprovou o Ato Setenial (*Septennial Act*), para alterar o intervalo entre cada eleição geral de 3 para 7 anos, revogando o Ato Trienal, de 1694, mas para estender o próprio mandato dos então integrantes da Câmara dos Comuns, que aprovaram o referido estatuto em benefício próprio, concedendo a si mesmos mais 4 anos de mandato; o ato prevaleceu, apesar do protesto de 31 nobres, os quais argumentaram que, tendo sido o mandato dos membros da Câmara dos Comuns concedido pelo povo, não poderia o Parlamento (que com o povo obviamente não se confunde) estender o mandato por um prazo além daquele estipulado à época das eleições, até porque, se isso fosse possível, tal extensão poderia ser repetida indefinidamente, ou mesmo poderia o Parlamento proclamar mandato perpétuo, como ocorreu em 1641; o Ato Setenial (*Septennial Act*) prova cabalmente que, do ponto de vista jurídico, o Parlamento não age em benefício dos eleitores, nem lhes garante os interesses; c) a soberania parlamentar não dispõe, por meio de Atos do Parlamento, apenas acerca de direitos subjetivos de caráter público, mas também sobre direitos subjetivos de índole privada, para, por exemplo, emancipar crianças ou menores, declarar alguém traidor mesmo após a morte, conferir nacionalidade a estrangeiro, declarar legítimo um filho nascido fora do casamento, declarar válidos casamentos evitados de vícios na celebração e decretar o divórcio de pessoas casadas; por meio dos Atos Locais e Privados (*Local and Private Acts*), se dispõe sobre ferrovias, portos, docas e assentamentos em terras privadas; pelos Atos de Indenização (*Acts of Indemnity*), torna-se válido um ato que foi praticado em desconformidade com o Direito ou redime-se um indivíduo da responsabilização por um ato ilícito.

<sup>242</sup> Daí a profecia do senhor tesoureiro Burleigh, citada por Dicey: “que a Inglaterra jamais poderia ser arruinada, senão pelo Parlamento”. Na mesma linha, Matthew Hale, citado por Dicey, observa que, sendo essa a mais alta e grandiosa

O Rei, cada Câmara do Parlamento e os tribunais de justiça já reivindicaram, em algum momento, poder legislativo independente, mas sem sucesso.

*O Rei.* Originariamente, o Rei detinha alguma autoridade legislativa, a qual era exercida mediante deliberação do Conselho Real (*King in Council*), cujos atos normativos eram formalizados como ordenações (*Ordinances*) e, mais tarde, em proclamações (*proclamations*).

Mesmo após o começo da legislação parlamentar, esse sistema de legislação real subsistiu e com aquela conviveu, encontrando seu ápice no Ato n. 31, editado em 1539 por Henry VIII, pelo qual esse Rei investiu a si mesmo de poder legislativo a ser exercido via proclamações, as quais deveriam ser “observadas como se fossem atos do Parlamento”, “sob as penas e suplícios” que “parecessem necessárias” a ele e seu Conselho. Segundo o ato de Henry VIII, tais proclamações somente não poderiam ser prejudiciais a heranças, cargos, liberdades, bens ou à vida. Mas o Ato n. 31, editado em 1539 por Henry VIII, foi repellido no reinado de Edward VI, provavelmente pela sua incompatibilidade com todo o teor do direito inglês. Dicey especula que, se mantido esse Ato, as consequências poderiam ter sido revolucionárias, porque um rei inglês teria se tornado quase tão despótico quanto um monarca francês, estabelecendo-se uma distinção, comum em países da Europa continental, entre a lei (*law*) propriamente dita e ordenações (*ordinances*) com força de lei. Estas últimas não seriam leis em sentido estrito: antes seriam como decretos do Poder Executivo do que como atos legiferantes (*Acts of legislature*).

Dicey recorda que, em outros países, as leis editadas pelos corpos parlamentares se limitam a impor princípios gerais (*general principles of legislation*), deixando para o Poder Executivo a suplementação por meio de decretos ou instrumentos regulamentares.

Dicey defende que as restrições sabiamente opostas no passado aos poderes do Rei, em sua época, comprimem desnecessariamente as ações do Poder Executivo. Segundo o autor, em sua época, já não se fazia necessário privar o Poder Executivo de todo e qualquer poder normativo, bastando limitá-lo a aspectos regulamentares, isto é: a Administração Pública somente estaria autorizada a desenvolver os detalhes normativos com submissão e observância aos princípios traçados nos Atos do Parlamento. Um tal modelo poderia ser a solução para o problema da prolixidade dos estatutos parlamentares ingleses.

A extensão dos poderes legislativos do Rei foi controvertida durante um bom tempo. Em 1610, uma opinião solene ou protesto dos juízes (*solemn opinion or protest of the judges*) estabeleceu a

---

corte sobre a qual ninguém mais pode ter jurisdição em tais domínios, se, por qualquer meio, um desgoverno puder, de alguma maneira, cair sobre tal Reino, os súditos estarão abandonados sem qualquer espécie de remédio. Com o mesmo propósito, Montesquieu, ainda que precipitadamente, previu que, assim como Roma, Esparta e Cartago perderam sua liberdade e pereceram, assim também a constituição da Inglaterra, a seu tempo, perderá sua liberdade, perecerá: perecerá a qualquer momento em que o poder legislativo vier se tornar mais corrupto do que o executivo.

moderna doutrina segundo a qual as proclamações reais não tinham força de lei, em sentido algum, servindo apenas para chamar a atenção do público para o Direito, mas elas não poderiam, por si mesmas, impor, sobre ser humano algum, obrigações ou deveres jurídicos (*legal obligation or duty*) não impostos pelo direito consuetudinário (*common law*) ou por ato do Parlamento (*Act of Parliament*).

Ainda assim, em 1766, Lorde Chatham tentou proibir a exportação de trigo por força de proclamação, em reação ao que foi aprovado um Ato de Indenização. Tal episódio pode ser considerado a última disposição legislativa de alguma reivindicação, por parte da Coroa, de produção normativa por meio de proclamação.

Ao tempo da obra, as principais hipóteses em que proclamações ou ordens emitidas pelo Rei e seu Conselho têm algum efeito são aquelas em que, pelo Direito consuetudinário, uma proclamação é o modo regular, não para legislar, mas para enunciação da vontade executiva do Rei (como a convocação do Parlamento), ou aquelas em que um ato do Parlamento confere autoridade a ordens do Conselho.

*Resoluções de ambas as Câmaras do Parlamento.* Resolução de quaisquer das Câmaras não é lei, mas pode ser utilizada, por cada uma delas, para a defesa das respectivas competências ou prerrogativas institucionais, uma vez que lhes é garantido o completo controle de seus procedimentos e o direito de protegerem a si mesmas de ataques ou afrontas, não sendo dado a qualquer órgão judiciário inquirir sobre o modo como cada Câmara exercita os poderes que lhe são conferidos pelo Direito.

Fora daí, prevalece o princípio segundo o qual nenhum ramo do Poder Legislativo (*Legislature*) pode, isoladamente, pela mera afirmação de suas alegadas prerrogativas, alterar, suspender ou revogar qualquer lei (*law*) reconhecida no país, ou impedir que cidadãos lancem mão de qualquer remédio, ou obstar o exercício e gozo de qualquer direito subjetivo por aquela lei estabelecido.

*O voto dos eleitores do Parlamento.* Ao longo das discussões políticas, são empregadas expressões que dão a entender que o corpo de pessoas a quem compete eleger os membros do Parlamento teriam, sob o Direito Constitucional inglês, algum tipo de autoridade legislativa. No entanto, tal linguagem não encontra correspondente na realidade, mas apenas indica que os desejos do eleitorado influenciam a ação do Parlamento. Do ponto de vista jurídico, não se pode atribuir aos eleitores qualquer papel na produção do direito. Nenhum órgão judiciário consideraria, por um momento sequer, que uma lei é inválida por se opor à opinião do eleitorado, a qual, do ponto de vista jurídico, somente pode ser expressa pelo Parlamento, exclusivamente.

*As cortes de justiça.* Uma larga porção do direito inglês é, na realidade, feito pelos juízes. A adesão dos juízes ao precedente, isto é, o hábito deles de decidir um caso de acordo com o princípio, ou suposto princípio, que governou um caso passado, conduz, inevitavelmente, para a formação gradual, pelos tribunais, de regras fixas para decisão, as quais são, efetivamente, direito. Essa legislação judicial pode parecer, ao primeiro olhar, incompatível com a supremacia do Parlamento, mas não é. Os juízes ingleses não reivindicam nem exercem nenhum poder de revogação de uma lei, tanto que os atos do parlamento podem superar o direito judicial, e constantemente o fazem. Em resumo, a legislação judicial é legislação subordinada, levada adiante sob a supervisão do Parlamento.

As dificuldades conceituais de impor qualquer espécie de limites à soberania já foram sustentadas admiravelmente por Austin e Holland. Necessariamente, em qualquer Estado, será necessário identificar uma pessoa, ou conjunto de pessoas, que possam, de acordo com a constituição, independentemente da sua forma, licitamente modificar toda lei, constituindo-se no poder juridicamente supremo no Estado.

Possíveis limitações à autoridade do Parlamento foram sugeridas, mas nenhuma delas está contida no direito inglês:

1. princípios de moralidade e de direito internacional (o autor faz citação direta de Blackstone, que, na realidade, se refere a “leis da natureza” (*law of nature*);
2. a prerrogativa (*Prerogative*) do Rei;
3. atos anteriores do próprio Parlamento.

Com vários exemplos históricos, Dicey sustenta que a soberania parlamentar é uma realidade indubitável: sob o aspecto positivo, o Parlamento pode legislar sobre qualquer matéria que, a seu juízo, possa ser submetida a legislação; sob o aspecto negativo, não há, sob a constituição inglesa, poder algum que possa rivalizar com a soberania legislativa do Parlamento.

Assim, as alegadas limitações impostas pelo Direito à autoridade absoluta do Parlamento são destituídas de existência real, nem guardam correspondência alguma com a legislação e a prática dos tribunais. Desse modo, a doutrina da supremacia legislativa do Parlamento se constitui na pedra angular do Direito Constitucional. Ainda assim, trata-se de um dogma nem sempre facilmente aceito, razão pela qual é interessante examinar as dificuldades que impedem a admissão dessa verdade.

São de duas ordens as dificuldades com a doutrina da soberania parlamentar:

a) a doutrina da soberania parlamentar pode parecer uma simples aplicação da teoria da soberania de Austin à constituição britânica, ainda que tal autor defenda que referida autoridade é exercida pelo Rei, pela Câmara dos Lordes, pela Câmara dos Comuns e pelos eleitores, enquanto os juristas consideram apenas os três primeiros.

b) todos sabem, pelo senso comum, que – não importa o que digam os juristas – o poder soberano do Parlamento não é ilimitado, pois há várias disposições que o Parlamento jamais aprovaria e nem poderia aprovar. Se a doutrina da soberania do Parlamento implicasse atribuição de poder irrestrito ao Parlamento, não passaria de mera ficção jurídica.

Quanto às dificuldades relacionadas à obra de Austin, Dicey critica a ideia de que os eleitores sejam incluídos entre as entidades titulares ou exercentes da soberania. Segundo Dicey, é preciso ter presente que o termo soberania veicula, pelo menos, uma acepção jurídica e uma outra, política, as quais estão intimamente ligadas, mas não se confundem. Dicey afirma que a soberania em sentido político é tão ou mais importante do que no sentido jurídico. Não obstante, desde a perspectiva jurídica, para Dicey, os eleitores não devem ser incluídos como titulares da soberania do Parlamento, porque os tribunais sequer conhecem a vontade do povo, muito menos a tomam em consideração, a não ser na medida em que tais desejos populares venham a ser expressos em Atos do Parlamento. Ademais, os Atos do Parlamento jamais sofrem questionamento quanto à sua validade a partir do argumento de que foram aprovados ou mantidos contra os desejos dos eleitores. Segundo Dicey, é fora de qualquer questionamento que nenhum juiz inglês jamais reconheceu – nem poderia reconhecer, sob o então vigente regime constitucional – no Parlamento, em qualquer sentido jurídico do termo, um agente fiduciário ou garante (*trustee*) dos eleitores. Sobre essa relação de confiança (*trust*) entre o Parlamento e os eleitores, os tribunais nada sabem ou dela não cogitam.

Para Dicey, em matéria de Direito, o Parlamento é o poder soberano no Estado. Tal assertiva, que Austin qualifica como uma suposição imprecisa, corresponde à correta enunciação de uma realidade fática (*legal fact*) que forma a base de todo o sistema legislativo e judicial inglês.

Já quanto ao sentido político do termo soberania, Dicey admite que os eleitores são a parte mais importante e verdadeira do poder soberano, uma vez que a vontade deles deve ser obedecida em última instância, sob o então vigente regime constitucional.

Então, para Dicey, a descrição oferecida por Austin, ao incluir os eleitores como titulares da soberania, é tão precisa do ponto de vista político como é imprecisa do ponto de vista jurídico, pois, conforme os melhores constitucionalistas, o poder juridicamente soberano pertence exclusivamente ao Parlamento.

Dicey conjectura que o erro de Austin deriva da percepção de que os poderes do Parlamento, na prática, estão suscetíveis a várias limitações, dentre as quais a necessidade do Parlamento de preservar uma relação de confiança com o eleitorado. Daí a segunda ordem de dificuldades.

As limitações reais ao exercício do poder soberano do Parlamento podem ser classificadas em:

a) limites externos; e

b) limites internos.

*Limites externos.* Alguns ou muitos súditos desobedecerão ou resistirão às leis do Parlamento.

Dicey, citando Hume, enfatiza que, no campo da política, o poder se apoia, em última instância, na opinião dos súditos e na prontidão deles a obedecer à minoria governante, afirmação válida tanto para os governos mais despóticos e militarizados como para os governos mais liberais e populares.

Na realidade, essa prontidão à obediência será sempre limitada, sendo “um erro supor que mesmo o governante mais absoluto que já existiu pudesse, na realidade, fazer ou mudar todo o Direito ao seu bel prazer”.<sup>243</sup>

Tanto assim que existem muitos exemplos históricos de resistência generalizada dos súditos, os quais resultaram de medidas legislativas que, apesar de juridicamente válidas, foram, de fato, além do alcance ou da margem de manobra política do Parlamento, assim como há certas decisões que o Parlamento já adotou com sucesso no passado, mas não ousaria tentar à época de Dicey.

*Limites internos.* Mesmo o déspota exerce seu poder de acordo com o seu caráter, o qual, por sua vez, é moldado pelas circunstâncias em que vive, aí incluído o sentimento moral da época e a sociedade a que pertence.

Para Dicey, os governos representativos apresentam a peculiaridade de terem como objetivo e efeito produzir uma coincidência (ou, pelo menos, diminuir a divergência) entre os limites internos e externos ao exercício do poder soberano: aquilo que os governantes determinam a maioria dos governados normalmente deseja. Isso também pode ser dito de modo negativo: aquilo que os governantes consideram, por escrúpulo, que não possam fazer se aproxima daquilo que os súditos não estão dispostos a aceitar.

Por isso, governos verdadeiramente representativos têm, como propriedade essencial, a vantagem de fazer coincidir (ou alinhar) a vontade dos governantes à vontade dos governados. Isso é o que explica, na Inglaterra, ter-se adotado, como remédio à instabilidade política, a transferência do poder da Coroa para as Câmaras do Parlamento.

## 2.2 A TEORIA DA SOBERANIA POPULAR COMO MESSIANISMO POLÍTICO

O constitucionalismo popular que se desenvolveu na França a partir da revolução de 1789 foi edificado como instrumento jurídico de um projeto político inspirado por ideias cujas raízes

---

<sup>243</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, capítulo I, p. 30.



filosóficas remontam ao nominalismo e nas quais se poderia identificar a matriz do gnosticismo moderno (item 1.3, *supra*), o qual, por sua vez, se revelará como uma das tendências prevalentes da política e do direito ocidentais nos séculos seguintes. Apesar de todo o dissenso sobre a questão, não se pode desprezar a influência que o iluminismo francês projetou sobre o curso dos acontecimentos. Os principais traços dessa corrente filosófica são o racionalismo – que Hayek, na linha de Popper, qualifica como construtivista ou ingênuo<sup>244</sup> – e o laicismo, predominantemente anticristão, que frequentemente atingia as raias do imanentismo, ou, em poucas palavras, a negação da transcendência.

Para Gertrude Himmelfarb, ainda que os *philosophes* não tenham sido concordes a esse respeito, pode-se caracterizar o iluminismo francês como um racionalismo irreligioso.<sup>245</sup> Por sua vez, Tocqueville minimiza a irreligiosidade do movimento revolucionário, ao acentuar que ele combateu a igreja como instituição política, tanto que, conforme ela perdia importância nessa área, o combate à religião arrefecia. Esse argumento, contudo, não autoriza descaracterizar a revolução francesa como um movimento secularista e laicista, o que é admitido pelo mesmo autor, ao reconhecer “a filosofia do século XVIII como uma das causas principais da Revolução”, sendo “essa filosofia [...] profundamente irreligiosa”.<sup>246</sup>

Obviamente, essa qualificação do iluminismo francês como irreligioso atrai a problemática do conceito de religião. Albert Mathiez, ao adotar parcialmente a posição de Durkheim – segundo a qual o fenômeno religioso se reconhece pela forma, e não pelo conteúdo<sup>247</sup> –, sustentou, em publicação de 1903, a tese de que, no contexto da revolução francesa, “existiu uma religião revolucionária, análoga em essência a todas as outras religiões”, sendo incorreto ver os “cultos revolucionários” (como o culto da razão, o culto do ser supremo, a teofilantropia, o culto decadário) como “meras construções artificiais, expedientes improvisados, instrumentos efêmeros a serviço dos partidos políticos”.<sup>248</sup> Desde essa perspectiva, seria possível identificar um “credo comum” cultivado

---

<sup>244</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 1. Livro digital formato *Kindle*. Não paginado.

<sup>245</sup> HIMMELFARB, Gertrude. *Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2015, pp. 165-172.

<sup>246</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, pp. 49-50. Edição do Kindle. De todo modo, na avaliação de Tocqueville, sociedades democráticas não são naturalmente hostis à religião, pois “nada no cristianismo, nem mesmo no catolicismo, é absolutamente contrário ao espírito dessas sociedades, e várias coisas lhe são muito favoráveis” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 51. Edição do Kindle).

<sup>247</sup> MATHIEZ, Albert. *As origens dos cultos revolucionários: fanatismo ideológico*. Tradução de Marly Peres. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 21.

<sup>248</sup> MATHIEZ, Albert. *As origens dos cultos revolucionários: fanatismo ideológico*. Tradução de Marly Peres. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 25.

pelos revolucionários, com origem na filosofia do século XVIII, apesar das profundas divergências que marcavam a obra dos seus próceres, cujo conteúdo foi assim sintetizado por Mathiez:

Todos se preocuparam muito com o que hoje chamamos de questão social. Todos construíram mais ou menos sua futura cidade, todos acreditaram na onipotência das *instituições* sobre a felicidade dos homens. Mais do que ninguém, Montesquieu tem o sentimento da grandeza da organização social, de que deduz a origem da moral. Ele acredita que basta mudar as leis para melhorar a sociedade e até regenerá-la. Os enciclopedistas não pensam o contrário. Eles esperam das leis a reforma e a ordenação dos costumes. Ao ouvi-los, há muito menos diferenças entre os homens do que se poderia pensar, e essas diferenças podem ser cada vez mais reduzidas pela educação. J. J. Rousseau afirma o direito, novo e até inédito, do Estado de distribuir educação pública. Pelas leis, por um lado, pela educação, por outro, o progresso é possível e o caminho para a felicidade está no fim. Ora, a felicidade é o objetivo da associação política.

Esta é a grande ideia essencial da filosofia do século XVIII: *o homem pode melhorar a sua condição indefinidamente, modificando o organismo social*. O organismo social pode e deve ser um instrumento de felicidade; de um instrumento de felicidade a um objeto de veneração, de adoração, há apenas um passo.<sup>249</sup>

Talmon vai além, ao asseverar que os *philosophes* do século XVIII jamais tiveram dúvidas de que pregavam uma nova religião.<sup>250</sup> Sob esse prisma, não seria correto afirmar a irreligiosidade do iluminismo francês, pois não teria sido uma corrente filosófica, mas apenas um dos aspectos de uma religião revolucionária. Porém, é equivocado confundir a cosmovisão revolucionária moderna com fenômenos religiosos, uma vez que essa postura termina por reduzir a religião ao mero fanatismo, em uma postura impregnada de secularismo ou laicismo intolerante. Nessa linha, Eric Voegelin, que também chegou a publicar um livro intitulado *Religiões Políticas*, percebeu que investigações empreendidas por essa trilha estavam a tatear fenômenos muito mais amplos, cujas origens remontam à antiguidade. As ideologias modernas, de que o iluminismo subjacente à revolução francesa é um exemplo, resultam da imanentização do *eschaton*.<sup>251</sup> Esse processo, porém, na interpretação tardia de Voegelin, representava o ponto de confluência de vários fatores, de origem remota, entre eles o nominalismo<sup>252</sup> e o gnosticismo, sem os quais não poderiam ser satisfatoriamente explicadas ideologias como as que inspiraram as revoluções francesa e russa, mas também as experiências totalitárias comunista, fascista e nazista.<sup>253</sup> A corroborar essa conclusão, Miguel Ayuso,

<sup>249</sup> MATHIEZ, Albert. *As origens dos cultos revolucionários: fanatismo ideológico*. Tradução de Marly Peres. São Paulo: Faro Editorial, 2021, pp. 27-28.

<sup>250</sup> TALMON, J. L. *The origins of totalitarian democracy*. London: Secker & Warburg, 1952, p. 21.

<sup>251</sup> A propósito, conf. a subseção 1.3, *supra*.

<sup>252</sup> VOEGELIN, Eric. *Reflexões autobiográficas*. Introdução e edição de texto de Ellis Sandoz. Tradução de Maria Inês de Carvalho. Notas de Martim Alves da Cunha. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 164.

<sup>253</sup> VOEGELIN, Eric. *Reflexões autobiográficas*. Introdução e edição de texto de Ellis Sandoz. Tradução de Maria Inês de Carvalho. Notas de Martim Alves da Cunha. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 106. Nesse sentido, ainda, a citação direta de Eric Voegelin em SANDOZ, Ellis. Introduction. In VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. Washington DC: Gateway Editions, 1997, sem paginação, posição 139 de 1441, extraída de obra editada por R. Eric O'Connor, conforme referido na nota n. 5 da aludida Introdução.

categoricamente, afirma que “a essência do totalitarismo reside na negação de toda transcendência e na absorção de todas as instituições e atividades pelo Estado”.<sup>254</sup>

Em um outro empreendimento abrangente, na tentativa de oferecer explicações filosóficas para o fenômeno político moderno, Talmon vislumbra no padrão geral e original de pensamento oitocentista a fonte do que denomina de messianismo político, que define como uma religião secular e revolucionária<sup>255</sup> – aquilo que, na linguagem de Voegelin, seria qualificado como uma ideologia imanentista e gnóstica. Os intelectuais do século XVIII recusaram-se a encarar o conflito inevitável entre liberdade e virtude (esta compreendida como adequação ao padrão de harmonia social esperado, centrado na ideia de igualdade). Essa recusa à realidade deu lugar ao que Talmon denominou de “o grande cisma”: de um lado, a democracia liberal tornou a valorizar a filosofia da tentativa e erro (o que Hayek denominaria racionalismo crítico), reconhecendo a importância do conhecimento acumulado mediante a experiência e do aprendizado sorvido da tradição; de outro, consolidou-se o messianismo totalitário, “uma doutrina excludente, representada por uma vanguarda dos iluminados, que se justificaram no emprego da coação contra aqueles que se recusaram a serem livres e virtuosos.”<sup>256</sup>

O testemunho de Tocqueville dá conta de que o objetivo da revolução francesa “não foi apenas mudar um governo antigo, e sim abolir a forma antiga da sociedade”.<sup>257</sup> O autor explica que, para atingir essa aspiração radical:

a Revolução Francesa teve de atacar simultaneamente todos os poderes estabelecidos, demolir todas as influências reconhecidas, apagar as tradições, renovar os costumes e os usos e, por assim dizer, esvaziar o espírito humano de todas as ideias nas quais se haviam fundamentado até então o respeito e a obediência.<sup>258</sup>

O movimento revolucionário francês, porém, jamais poderia ser tomado como genuinamente anárquico, pois não visou à abolição de qualquer espécie de governo ou potestade (“autoridade” política), mas à tomada da titularidade do estado absolutista para a aniquilação da ordem social vigente. O propósito não era o de refrear o caráter absoluto da potestade (“autoridade” política), nem mesmo o de enfraquecer o estado absolutista, impondo-lhe limites, por meio da sua divisão, muito

<sup>254</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 75.

<sup>255</sup> TALMON, J. L. *Political messianism: the romantic phase*. London: Secker & Warburg, 1960, pp. 17 e seguintes, especialmente p. 21.

<sup>256</sup> TALMON, J. L. *The origins of totalitarian democracy*. London: Secker & Warburg, 1952, p. 5.

<sup>257</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 52. Edição do Kindle.

<sup>258</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 52. Edição do Kindle.

menos o de lhe restringir o alcance. O objetivo mediato era o de instaurar, sobre as cinzas do antigo regime, um novo e, assim, iniciar o processo transformador destinado à construção de um mundo melhor. Segundo a interpretação de Bertrand de Jouvenel, para os revolucionários franceses, “[o] problema da limitação do Poder, pensa-se, fora colocado apenas pela solução viciosa outrora dada ao problema da formação do Poder”.<sup>259</sup> Porém, continua aquele autor, “[s]e o governo emana de uma fonte pura, não é mais sua fraqueza, mas sua força que faz a liberdade; não é mais sua extensão que seria antissocial, mas qualquer limite que se quisesse impor à sua ação!”<sup>260</sup> Sob essa perspectiva, “os inimigos do Poder se transformam em seus agentes fanáticos e completam em alguns meses a construção do Absolutismo, perseguida há séculos pela monarquia”.<sup>261</sup>

Por isso mesmo, a revolução francesa, apesar dos resultados horrendos, exerce fascínio sobre os poderosos, tendo sido, nas palavras de Tocqueville, o seu “flagelo”, mas também a sua “professora”, pois demonstrou os “procedimentos” e as “máximas” pelos quais se engendra a versão mais aperfeiçoada de absolutismo. A esse propósito, vale referir uma longa passagem de Tocqueville:

Menos de um ano após o início da Revolução, Mirabeau escrevia confidencialmente ao rei: ‘Comparai o novo estado de coisas com o Antigo Regime; é aí que nascem as consolações e as esperanças. Uma parte dos atos da assembleia nacional, e é a mais considerável, é evidentemente favorável ao governo monárquico. Então não é nada estar sem parlamento, sem *pays d'états*, sem corpo de clero, de privilegiados, de nobreza? A ideia de formar apenas uma única classe de cidadãos teria agradado a Richelieu: essa superfície uniforme facilita o exercício do poder. Vários reinados de um governo absoluto não teriam feito tanto pela autoridade régia quanto esse único ano de Revolução.’ É compreender a Revolução como homem capaz de conduzi-la.

[...]

Mas afastai esses escombros: divisareis então um poder central imenso que atraiu e engoliu em sua unidade todas as parcelas de autoridade e de influência que anteriormente estavam dispersas em uma infinidade de poderes secundários, de ordens, de classes, de profissões, de famílias e de indivíduos, e como que espalhadas em todo o corpo social. Desde a queda do império romano não se via no mundo um poder semelhante. A Revolução criou essa potência nova; ou melhor, ela saiu como por si mesma das ruínas que a Revolução fez. Os governos que fundou são mais frágeis, é verdade, porém cem vezes mais poderosos que qualquer um dos que derrubou; frágeis e poderosos pelas mesmas causas, como será dito em outra passagem. É essa forma simples, regular e grandiosa que Mirabeau já entrevia através da poeira das antigas instituições semidemolidas. O objeto, apesar de sua grandeza, então ainda estava invisível aos olhos da multidão; mas pouco a pouco o tempo foi expondo-o a todos os olhares. Hoje ele ocupa sobretudo os olhos dos príncipes. Consideram-no com admiração e inveja – não apenas os que a Revolução gerou, mas mesmo aqueles que lhe são mais alheios e mais inimigos; todos eles, em seus domínios, esforçam-se por destruir as imunidades, abolir os privilégios. Misturam as posições sociais, nivelam as condições, substituem a aristocracia por funcionários, as franquias locais pela uniformidade das regras, a diversidade de poderes pela unidade de governo. Empenham-se nesse trabalho revolucionário com uma

<sup>259</sup> JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural de seu crescimento*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, s.d., p. 361.

<sup>260</sup> JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural de seu crescimento*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, s.d., p. 361.

<sup>261</sup> JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural de seu crescimento*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, s.d., p. 361.

industriosidade incessante; e, se encontram algum obstáculo, às vezes acontece-lhes tomar emprestados da Revolução seus procedimentos e suas máximas. Vimos sublevarem, quando necessário, o pobre contra o rico, o plebeu contra o nobre, o camponês contra seu senhor. A Revolução Francesa foi ao mesmo tempo seu flagelo e sua professora.<sup>262</sup>

Apesar dessa feição totalitária, por um lado, frequentemente, se estabelece uma relação de identidade entre esse mesmo iluminismo e um “pensamento liberal”.<sup>263</sup> Por outro, os tradicionalistas enxergam, nessa revolta do racionalismo iluminista francês contra a ordem natural e a tradição, o espírito do liberalismo, interpretado, em quaisquer de suas vertentes, como movimento revolucionário. Nas palavras de um estudioso da escolástica, o liberalismo – comparado a uma hidra, por ser “o espírito engendrador de mil teorias” – significaria uma negativa geral dos princípios da ordem do ser:

[...] o liberalismo, em qualquer de suas correntes, e estamos falando de uma hidra multicéfala – não é propriamente uma teoria, mas o espírito engendrador de mil teorias. Um espírito de negação dos princípios da ordem do ser, que, apelando a uma maliciosa prolixidade, fecha culpavelmente os olhos para o arcabouço metafísico que impugnaria as suas teses religiosas e políticas, assim como parte das econômicas.<sup>264</sup>

Sob esse prisma, os tradicionalistas criticam o propósito de “fazer da liberdade uma *meta política*”, por conceberem a liberdade como um meio para a consecução de certos bens humanos, como explica Sidney Silveira:

[...] a liberdade, no vocabulário técnico da filosofia, é um conceito afim ao de potência: é liberdade *de* algo e *para* algo. A liberdade está para a paz social, que é o bem das comunidades humanas, assim como um instrumento está para o fim a que se destina. Fazer da liberdade a finalidade conformadora da política foi o fogo prometico com que o liberalismo seduziu os homens. As labaredas provindas daí geraram a profusão de teorias políticas, de seitas, de partidos, de teses econômicas, sociedades secretas, etc., que o liberalismo é prodigo em fomentar.<sup>265</sup>

Talmon procura clarificar a situação, ao recordar que a revolução francesa trouxe à tona o dilema entre liberdade e igualdade. De um lado, liberais seriam aqueles que, diante desse dilema, fizeram a opção pela liberdade, permaneceram atentos aos riscos do despotismo monárquico e da tirania jacobina, bem como temeram a extensão dos poderes do estado e se fascinaram com a teoria

<sup>262</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, pp. 51-53. Edição do Kindle.

<sup>263</sup> SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 70-71.

<sup>264</sup> SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da desordem: exegese do declínio espiritual do ocidente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, p. 55.

<sup>265</sup> SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da desordem: exegese do declínio espiritual do ocidente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, p. 56.

dos freios e contrapesos. De outro, socialistas, segundo Talmon, seriam aqueles que “exigiram que o estado providenciasse seguridade aos pobres”, assim como “condenaram liberdade formal, sem seguridade social, como engano e farsa”.<sup>266</sup>

É famosa a observação segundo a qual “não são os homens que conduzem a Revolução, é a Revolução que utiliza os homens”, pois “ela caminha sozinha”.<sup>267</sup> A despeito dessa constatação, há quem afirme que os eventos de 1789 teriam sido levados a efeito por dois grupos distintos de lideranças: de um lado, os práticos, encarregados da adoção das medidas concretas exigidas a cada instante; e, de outro, os teóricos, que se ocupavam de conceber os princípios abstratos de governo, a fim de preparar e moldar a opinião pública.<sup>268</sup> Essa dicotomia com que se procura descrever uma certa divisão de trabalho no curso da revolução pode ser vista como o resultado de uma circunstância que se situa nos antecedentes da sua irrupção. No processo de centralização, a monarquia afastou a nobreza do exercício de atribuições governamentais, bem como impediu que delas se aproximasse a burguesia. Desse modo, “na França posterior a 1750, a autoridade tinha sido desligada do poder, a política, separada da administração, e a discussão pública tinha lugar fora das instituições governamentais.”<sup>269</sup> Afastadas do governo pelo estado absolutista, tanto a nobreza como a burguesia, que não tinham ao seu alcance o trato de problemas concretos de interesse público, entregavam-se à “política literária”.<sup>270</sup> Roger Chartier corrobora esse quadro:

De um lado, o governo, que tendo suprimido toda a administração ao esvaziar de seu conteúdo a Assembleia Geral, as assembleias provinciais e os conselhos municipais, viu-se privado de pessoas experientes na arte da política, uma vez que não havia mais onde adquirir

<sup>266</sup> TALMON, J. L. *Political messianism: the romantic phase*. London: Secker & Warburg, 1960, p. 27.

<sup>267</sup> MAISTRE, Joseph de. *Considerações sobre a França*. Tradução, introdução, notas e bibliografia de José Miguel Nanni Soares. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2022, p.179.

<sup>268</sup> Essa é a percepção registrada por Alexis de Tocqueville na seguinte passagem: “Enquanto na Inglaterra os que escreviam sobre o governo e os que governavam estavam juntos, uns introduzindo na prática as ideias novas e os outros retificando e circunscrevendo as teorias por meio dos fatos, na França o mundo político permaneceu como que dividido em duas províncias separadas e sem contato entre si. Na primeira administrava-se; na outra estabeleciam-se os princípios abstratos nos quais toda administração deveria fundamentar-se. Aqui se tomavam medidas particulares que a rotina indicava; lá proclamavam-se leis gerais, sem nunca pensar nos meios de aplicá-las: para uns, a condução dos assuntos; para outros, a direção das inteligências” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 183. Edição do Kindle). Adotou essa perspectiva HIMMELFARB, Gertrude. *Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2015, pp. 163-164. Essa autora registrou a impugnação lançada contra tal assertiva por autores como Peter Gay e Keith Baker. Porém, replicou essas objeções, nos seguintes termos: “Alguns dos *philosophes* – Montesquieu, Mably, Voltaire, Turgot, Helvétius – envolveram-se de facto nos assuntos de Estado como magistrados, cobradores de impostos, ou em ocasionais missões diplomáticas. Com exceção de Turgot, todavia, só tiveram relações transitórias e periféricas com os assuntos políticos” (HIMMELFARB, Gertrude. *Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2015, pp. 276-277, nota n. 1).

<sup>269</sup> CHARTIER, Roger. *Origens culturais da revolução francesa*. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009, pp. 36-37.

<sup>270</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 179. Edição do Kindle.

tal experiência. De outro, o poder do Estado confrontava-se com uma opinião pública surgida do entulho da velha liberdade pública e fascinada pela ‘política literária’. As elites, despidas de todas as instituições representativas e expulsas dos negócios públicos, voltavam as costas para a sociedade à qual haviam pertencido para imergir no mundo ideal elaborado pelos homens de letras [...].<sup>271</sup>

A falta de liberdade política e de responsabilidades públicas foi tornando palatável o exercício de uma idealização sobre a vida em sociedade. Nas palavras de Tocqueville, os franceses haviam “conservado uma liberdade na ruína de todas as outras”, de maneira que podiam “filosofar quase sem impedimento sobre a origem das sociedades, sobre a natureza essencial dos governos e sobre os direitos primordiais do gênero humano.”<sup>272</sup> Assim, a mentalidade de todo o corpo social francês estava impregnada, nos anos que antecederam à revolução, por um imaginário inclinado a construções teóricas, abstratas, sistemáticas acerca de “uma sociedade imaginária na qual tudo parecia simples e coordenado, uniforme, equitativo e conforme com a razão.”<sup>273</sup> Esse fenômeno teve como consequência, nas palavras de Chartier, a formação de “uma ideologia comum”<sup>274</sup> entre nobreza e burguesia, ou, pelo menos, “uma cultura compartilhada”, a qual, embora não pudesse eliminar o antagonismo de interesses, trouxe “uniformidade às preferências e aos padrões de comportamento”.<sup>275</sup> Assim, a monarquia, ao minar os poderes da nobreza e ao manter distantes da administração a alta burguesia, desarmou os grupos sociais com quem poderia ter se aliado para enfrentar a fúria revolucionária;<sup>276</sup> ao mesmo tempo, preparou as condições para o estabelecimento da hegemonia da corrente filosófica que presidiria a revolução.<sup>277</sup>

Com a consciência desse contexto cultural, torna-se possível compreender o percurso que conduziu a França revolucionária ao constitucionalismo popular. Da ideia de vontade geral da nação

---

<sup>271</sup> CHARTIER, Roger. *Origens culturais da revolução francesa*. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009, pp. 37-38.

<sup>272</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 179. Edição do Kindle.

<sup>273</sup> Excerto extraído da seguinte passagem: “Acima da sociedade real, cuja constituição era ainda tradicional, confusa e irregular, onde as leis continuavam diversas e contraditórias, as posições sociais nitidamente demarcadas, as condições fixas e os encargos desiguais, construía-se assim pouco a pouco uma sociedade imaginária na qual tudo parecia simples e coordenado, uniforme, equitativo e conforme com a razão. Gradualmente, a imaginação da multidão desertou a primeira para recolher-se à segunda. Desinteressaram-se do que era e puseram-se a pensar no que podia ser, e por fim viveram pelo espírito naquela cidade ideal que os escritores haviam construído” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 183. Edição do Kindle).

<sup>274</sup> CHARTIER, Roger. *Origens culturais da revolução francesa*. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009, p. 38.

<sup>275</sup> CHARTIER, Roger. *Origens culturais da revolução francesa*. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009, p. 39.

<sup>276</sup> ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009, p. 188.

<sup>277</sup> CHARTIER, Roger. *Origens culturais da revolução francesa*. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009, p. 37.

de Rousseau, passando pelas assembleias constituintes de Sieyès, retornou-se a um modelo em que a soberania era confiada, novamente, a um único órgão: não mais a pessoa do monarca absoluto, mas um poder legislativo unitário e indivisível. Adotou-se uma modalidade de separação de poderes, mas não foi concebido mecanismo de controle algum sobre o poder legislativo, competindo ao executivo e ao judiciário nada além da execução da vontade do legislador.<sup>278</sup>

Com efeito, Rousseau procura justificar a existência do corpo político, na acepção estrita que adquire na modernidade, como o produto de um pacto social, em que cada pessoa dispõe de si mesmo e de todo o seu poder em favor da vontade geral, ou seja, aliena a si mesmo à vontade geral, para dar origem a uma associação, uma pessoa pública, que é o soberano (perspectiva ativa) ou o estado (perspectiva passiva) ou, ainda, a potência (no plano internacional).<sup>279</sup> Não seria possível que o soberano tivesse interesse contrário aos dos particulares, porquanto formado aquele exclusivamente por estes. Os “súditos” não necessitariam de garantias que os protegessem da ação do poder soberano.<sup>280</sup> Rousseau propõe uma distinção, de manifesta artificialidade, entre a vontade particular do indivíduo e a vontade geral que o mesmo indivíduo tem, na condição de cidadão. A partir daí, sustenta que a manutenção do pacto social exige a prevalência da vontade geral, una e homogênea,<sup>281</sup>

---

<sup>278</sup> “Assim, diante dessa realidade do poder da nobreza, os teóricos revolucionários franceses [...] optaram por uma teoria de supremacia legislativa e pela separação dos poderes, no entanto, escolheram substituir o absolutismo pela soberania popular, concentrando o poder legislativo supremo em um único órgão; para Rousseau, na vontade geral da nação, para Sieyès, nas assembleias constituintes representativas da nação. Em vez de dividir e limitar os poderes legislativos, defenderam a existência de um poder legislativo unitário, indivisível e, para Rousseau, indelegável, impassível de limitação e prévio a qualquer teoria de separação de poderes. É importante dizer, portanto, que quando Sieyès fracionou o poder legislativo em constituinte e constituído, foi para impor limites apenas ao último e não ao primeiro. [...] O poder executivo, para os franceses, não era o poder que estabelecia o contraponto ao legislativo e sim o poder que dava execução, cumprimento a suas determinações.” (MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, pp. 16-17).

<sup>279</sup> “Se, portanto, exclui-se do pacto social aquilo que não é de sua essência, perceber-se-á que se reduziu aos termos seguintes: Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e nós recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo. De imediato, em lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantas são as vozes da assembleia, a qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública assim formada pela união de todas as outras era designada outrora pelo nome de cidade, sendo designada atualmente pelo nome de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando é passivo, soberano quando ativo e potência quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados, tomam coletivamente o nome de povo e se denominam em particular cidadãos enquanto participantes da autoridade soberana e súditos enquanto submetidos às leis do Estado. Entretanto, esses termos são, amiúde, confundidos e tomados um pelo outro; basta saber distingui-los ao serem empregados com toda a sua precisão.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2020, p. 42).

<sup>280</sup> “Ora, sendo o Soberano formado somente pelos particulares que o compõem, não tem, nem pode ter, interesse contrário ao deles; por conseguinte, o poder soberano não possui qualquer necessidade de garantia em relação aos súditos, porque é impossível que o corpo queira lesar a todos os seus membros e veremos, a seguir, que não pode prejudicar a qualquer em particular. O Soberano, unicamente pelo que é, é sempre tudo que deve ser.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2020, pp. 43-44).

<sup>281</sup> “Na medida em que homens reunidos se consideram um só corpo, não têm senão uma vontade que se vincula à conservação comum e ao bem-estar geral. Então todas as molas do Estado são vigorosas e simples, suas máximas são claras e luminosas, inexistem completamente interesses confusos, contraditórios, o bem-comum se mostrando por toda parte com evidência e não exigindo senão o bom senso para ser percebido. A paz, a união, a igualdade são inimigas das



sobre a vontade particular do indivíduo, constituindo-se em cláusula tácita o poder do corpo político de obrigar qualquer de seus membros a sujeitar-se àquela, à vontade geral. Nisso, argumenta Rousseau, somente se poderá ver a realização da liberdade da pessoa sujeitada à vontade geral, que, como cidadão, deu esse poder ao soberano.<sup>282</sup>

Para legitimar essa supremacia da vontade geral sobre a vontade particular seria imprescindível, no esquema rousseauiano, que a participação do cidadão no processo deliberativo de formação daquela ocorresse pela via direta, ou seja, sem recurso a qualquer expediente de delegação de poderes a representantes, mandatários ou deputados,<sup>283</sup> porque “no instante em que um povo se dá representantes, não é mais livre, não existe mais.”<sup>284</sup> Isso não significa que não haja governo, pois este é instituído pelo soberano, por meio de uma lei, com a missão de executar as leis, que expressam a vontade geral.<sup>285</sup> Distingue-se o estabelecimento da lei e a sua execução. A primeira

---

sutilezas políticas.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2020, p. 117).

<sup>282</sup> “Com efeito, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou diversa da vontade geral que tem como cidadão. Seu interesse particular pode ser completamente distinto do interesse comum; sua existência absoluta e naturalmente independente pode fazê-lo considerar aquilo que ele deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial aos demais do que seria oneroso o cumprimento para si, e considerando a pessoa moral que constitui o Estado como um ser de razão, visto não se tratar de um homem, ele desfrutaria dos direitos de cidadão sem desejar cumprir os deveres de súdito: injustiça cujo progresso arruinaria o corpo político.

Para que, então, o pacto social não seja um vão formulário, nele estará encerrado tacitamente esse compromisso que, por si só, pode proporcionar a força aos outros, de modo que quem se recusar a obedecer à vontade geral será obrigado a fazê-lo por todo o corpo: o que não significa outra coisa senão que ele será forçado a ser livre, pois esta é a condição que, dando cada cidadão à pátria, o garante contra toda dependência pessoal, condição que constitui o artifício e o jogo da máquina política, e é a única que legitima os compromissos civis que, sem ela, seriam disparatados, tirânicos e sujeitos aos maiores abusos.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2020, p. 44).

<sup>283</sup> “O esmorecimento do amor à pátria, a imensidão dos Estados, as conquistas, o abuso do governo fizeram imaginar a conduta dos deputados ou representantes do povo nas assembleias da nação. É o que em certos países se ousa chamar de Terceiro Estado. Assim, o interesse particular das duas ordens é colocado no primeiro e segundo lugares, o interesse público ficando apenas em terceiro lugar.

A soberania é irrepresentável pela mesma razão porque é inalienável; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade, de modo algum, se representa: é a mesma ou é outra, não há meio-termo. Os deputados do povo não são, portanto, nem podem ser seus representantes, podendo apenas ser seus comissários; nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo diretamente não ratificou é nula; não é, em absoluto, lei. O povo inglês pensa ser livre – engana-se redondamente: só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; uma vez que são eleitos, ele é escravo, ele não é nada. Nos efêmeros momentos de sua liberdade, o uso que dela faz indica que merece perdê-la.

A ideia de representantes é moderna; chegou a nós do governo feudal, desse governo iníquo e absurdo no qual a espécie humana é degradada e no qual o nome de homem cai em desonra. Nas antigas repúblicas e mesmo nas monarquias, jamais o povo teve representantes; não se conhecia tal palavra. É bastante singular que em Roma, onde os tribunos eram tão sagrados, não se tenha sequer imaginado que pudessem usurpar as funções do povo e que em meio a uma multidão tão grande tenham jamais tentado deliberar por conta própria um só plebiscito. Que se julgue, todavia, qual o embaraço que provocava, por vezes, a multidão pelo que sucedeu no tempo dos Gracos, quando uma parte dos cidadãos dava seu sufrágio do alto dos telhados.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2020, pp. 109-110).

<sup>284</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2020, p. 111.

<sup>285</sup> “Por que ideia é preciso, então, conceber o ato pelo qual o governo é instituído? Observarei, para começar, que esse ato é complexo ou composto de dois outros, o estabelecimento da lei e a execução da lei. Pelo primeiro, o Soberano estatui que haverá um corpo de governo estabelecido sob esta ou aquela forma, sendo claro que esse ato é uma lei. Pelo segundo, o povo nomeia os chefes que serão incumbidos do governo estabelecido. Ora, essa nomeação sendo um ato particular,

atividade somente pode ser exercida pelo soberano. Já a execução é confiada a cidadãos que se tornam, assim, magistrados e, nessa condição, não participam do estabelecimento das leis, mas da execução delas. Assim, “sem qualquer mudança sensível, e somente por uma nova relação de todos com todos, os cidadãos tornados magistrados passam dos atos gerais aos atos particulares e da lei à execução.”<sup>286</sup>

Para Talmon, esse esquema conceitual foi elaborado para responder ao paradoxo da liberdade, que o referido autor formula nestes termos: – “A liberdade humana é compatível com um modelo excludente de existência social, ainda que esse modelo pretenda a máxima justiça e seguridade sociais?”<sup>287</sup> A obra de Rousseau representaria o “nascimento da religião secular moderna”, ao elaborar uma resposta afirmativa a essa questão, postulando a compatibilidade entre a liberdade e esse padrão ideal de sociedade, mediante o recurso ao conceito de vontade geral, dotada de conteúdo objetivo, independentemente da vontade particular, ainda que fosse compartilhada por todos. Aí residiria a origem doutrinária dessa espécie de messianismo político que é a democracia totalitária, como explica Talmon:

O soberano de Rousseau é a vontade geral exteriorizada e, como já foi dito, representa essencialmente o mesmo que a ordem harmoniosa natural. Ao casar esse conceito com o princípio da soberania popular e da autoexpressão popular, Rousseau deu origem à democracia totalitária. A mera introdução deste último elemento, aliada ao fogo do estilo de Rousseau, elevou o postulado do século XVIII do plano da especulação intelectual para o de uma grande experiência coletiva. Marcou o nascimento da religião secular moderna, não apenas como um sistema de ideias, mas como uma fé apaixonada. A síntese de Rousseau é em si a formulação do paradoxo da liberdade na democracia totalitária em termos que revelam o dilema da forma mais contundente, ou seja, nos termos da vontade. Existe algo como uma vontade geral objetiva, desejada ou não por alguém. Para se tornar uma realidade, deve ser desejado pelo povo. Se o povo não o deseja, deve-se fazê-lo desejá-lo, pois a vontade geral está latente na vontade do povo.

Idéias democráticas e premissas racionalistas são os meios de Rousseau para resolver o dilema. Segundo ele, a vontade geral só seria discernida se todo o povo, e não uma parte dele ou um corpo representativo, fizesse o esforço. A segunda condição é que homens individuais como átomos puramente políticos, e não grupos, partidos ou interesses, devem ser chamados à vontade. Ambas as condições são baseadas na premissa de que existe uma substância comum de cidadania, da qual todos participam, uma vez que todos são capazes de se despojar de seus interesses parciais e lealdades de grupo. Da mesma forma, os homens, como seres racionais, podem chegar às mesmas conclusões, uma vez que se desvencilhem de suas paixões e interesses particulares e deixem de depender de padrões “imaginários” que obscurecem seu julgamento. Somente quando todos estão agindo juntos como um povo reunido, a natureza do homem como cidadão passa a existir ativamente. Não o faria, se apenas uma parte da nação fosse reunida para desejar a vontade geral. Eles expressariam uma vontade particular. Além disso, mesmo o fato de todos terem desejado alguma coisa ainda

---

não é uma segunda lei, mas apenas uma consequência da primeira e uma função do governo.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2020, p. 113).

<sup>286</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2020, p. 114.

<sup>287</sup> TALMON, J. L. *The origins of totalitarian democracy*. London: Secker & Warburg, 1952, p. 2. Tradução livre, em cotejo com a edição em castelhano (TALMON, J. L. *Los orígenes de la democracia totalitaria*. Tradução de Manuel Cardenal Iracheta. Madrid: Aguilar, 1956, p. 2).

não a torna a expressão da vontade geral, se não existisse a disposição de quem a deseja. Uma vontade não se torna geral porque é desejada por todos, apenas quando é desejada em conformidade com a vontade objetiva.<sup>288</sup>

Em 1903, Mathiez já havia sustentado a tese de que a concepção de lei como expressão da vontade geral é o instrumento para a consecução dos deveres do estado, que corresponderiam, dentro dessa perspectiva, à preparação da felicidade comum. A vontade geral, expressa na lei, não corresponde, de modo algum, à vontade dos homens, mas ao modelo de sociedade que é ofertado por legisladores convictos de sua capacidade para “mudar a natureza humana”, como ressalta Mathiez, na sua leitura de Rousseau:

Pessoa jurídica, o Estado tem deveres morais a cumprir. O primeiro de seus deveres é justamente preparar a felicidade de seus membros, a felicidade em todos os sentidos da palavra. A finalidade do Estado é o *bem comum*. O Estado é matéria e instrumento de felicidade, como a religião. Seu contrato constitutivo é santo por definição, porque se esse contrato não fosse santo, ou seja, em conformidade com a lei moral, expressão definitiva da felicidade comum, não poderia dar à luz um verdadeiro Estado, um Estado legítimo, uma pessoa moral.

Como o Estado cumprirá sua missão moral e providencial. Pela lei. A lei é o meio pelo qual o Estado persegue seu fim, que é a felicidade comum. A lei é, por definição, a expressão da vontade geral, que é ela mesmo idêntica ao interesse geral. Os homens, por serem corruptos, são incapazes de entender seu verdadeiro interesse e, conseqüentemente, de ter uma vontade geral em conformidade com o bem comum; portanto, de fazerem a própria lei. Recorremos, assim, a homens elevados por sua inteligência e moralidade acima da humanidade, a *legisladores* que prepararão em meditação o Contrato Social, a Constituição ideal, a Lei. “Seriam necessários deuses para dar leis aos homens” (livro II, cap. VII). “Quem se atreve a estabelecer um povo deve sentir-se capaz de mudar a natureza humana, por assim dizer.” (ibid.) O legislador proporá a lei ao povo como Moisés a propôs aos hebreus (como Rousseau

---

<sup>288</sup> Tradução livre da seguinte passagem: “Rousseau's sovereign is the externalized general will, and, as has been said before, stands for essentially the same as the natural harmonious order. In marrying this concept with the principle of popular sovereignty, and popular self-expression, Rousseau gave origin to totalitarian democracy. The mere introduction of this latter element, coupled with the fire of Rousseau's style, lifted the eighteenth-century postulate from the plane of intellectual speculation into that of a great collective experience. It marked the birth of the modern secular religion, not merely as a system of ideas, but as a passionate faith. Rousseau's synthesis is in itself the formulation of the paradox of freedom in totalitarian democracy in terms which reveal the dilemma in the most striking form, namely, in those of will. There is such a thing as an objective general will whether willed or not willed by anybody. To become a reality it must be willed by the people. If the people does not will it, it must be made to will it, for the general will is latent in the people's will.

Democratic ideas and rationalist premises are Rousseau's means of resolving the dilemma. According to him the general will would be discerned Only if the Whole people, and not a part of it or a representative body, was to make the effort. The second condition is that individual men as merely political atoms, and not groups, parties or interests, should be called upon to will. Both conditions are based upon the premise that there is such a Thing as a common substance of citizenship, of which all partake, once everyone is able to divest himself of his partial interests and group loyalties. In the same way men as rational beings may arrive at the same conclusions, once They rid themselves of their particular passions and interests and cease to depend on ‘imaginary’ standards which obscure their judgment. Only When all are acting together as an assembled people, does man's nature as Citizen come into active existence. It would not, if only a part of the nation were assembled to will the general will. They would express a particular will. Moreover, even the fact that all have willed something does not yet make it the expression of the general will, if the disposition on the part of those who will it was not there. A will does not become general because it is willed by all, only When it is willed in conformity to the objective will.” (TALMON, J. L. *The origins of totalitarian democracy*. London: Secker & Warburg, 1952, pp. 43-44. Tradução livre, em cotejo com a edição em castelhano, TALMON, J. L. *Los orígenes de la democracia totalitaria*. Tradução de Manuel Cardenal Iracheta. Madrid: Aguilar, 1956, pp. 46-47).

a propôs aos poloneses e aos corsos). Essa Lei terá em si uma força tão persuasiva que será não apenas adotada pelo povo, mas venerada por ele, se não como um dom sobrenatural, pelo menos como a expressão “de uma razão sublime”.<sup>289</sup>

O conceito de vontade geral foi apropriado pelos revolucionários franceses,<sup>290</sup> os quais, entretanto, não se mantiveram fiéis à repulsa de Rousseau à representação.<sup>291</sup> Ao contrário, sofisticaram a ideia de representação, para diferenciar o poder constituinte do poder legislativo: aquele como um poder juridicamente ilimitado; este como um poder limitado ao quanto estabelecido pelo primeiro.<sup>292</sup> A nação, que é “a origem de tudo” e cuja vontade “é sempre legal, é a própria lei”, se compõe apenas do terceiro estado, excluído o clero e a nobreza, de espada e de toga. Sobre tais bases, se concretizou não um projeto de limitação do estado absoluto, mas uma versão ainda mais poderosa dessa organização política.<sup>293</sup>

Na teoria da soberania popular, tal como formulada pelo constitucionalismo francês, concebe-se a função jurisdicional como submissa ao produto da atividade parlamentar, a qual, por sua vez, como visto, é tomada como a expressão da vontade geral. Em apoio a essa submissão, duas passagens de Montesquieu são utilizadas de modo descontextualizado pelos revolucionários franceses. A primeira delas é a afirmação de que, “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo”.<sup>294</sup> Para Miguel Ayuso, esse excerto “não passa de uma asseveração de que a função de julgar não é política”.<sup>295</sup> A segunda passagem é a seguinte: “Mas os juízes da nação são apenas, como

---

<sup>289</sup> MATHIEZ, Albert. *As origens dos cultos revolucionários: fanatismo ideológico*. Tradução de Marly Peres. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 30.

<sup>290</sup> “Apresentemos, antes de tudo, este jogo ou este mecanismo na suposição mais vantajosa: aquela em que o espírito público, na sua maior força, só permitiria de se manifestar na assembléia a expressão do interesse comum. Esses prodígios são raros na história, e não duram. Ligar o destino das sociedades a esforços de virtude seria uma manifestação de muito pouco conhecimento dos homens. É preciso que, mesmo na decadência dos costumes, quando o egoísmo parece governar todas as almas, a assembléia de uma nação seja constituída de tal forma que os interesses particulares permaneçam isolados e o voto da maioria esteja sempre conforme ao bem geral. Este efeito está assegurado se a constituição é suportável.” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. Organização e Introdução de Aurélio Wander Bastos. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo VII, sem paginação. Edição do Kindle).

<sup>291</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, pp. 78-79.

<sup>292</sup> “Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação. Estamos dando somente uma vaga idéia, mas ela é exata.” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. Organização e Introdução de Aurélio Wander Bastos. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo VII, sem paginação. Edição do Kindle).

<sup>293</sup> SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 80.

<sup>294</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, segunda parte, livro décimo primeiro, capítulo VI, p. 172.

<sup>295</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 79.

já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei [...]”.<sup>296</sup> O seu significado, porém, deve ser compreendido a partir da consideração de que, “para o filósofo bordalês, as leis não eram somente estatais, pois, em uma concepção tradicional, há de levar-se em conta a lei natural, isto é, a lei da razão natural, de conservação das sociedades e emanada da natureza das coisas”.<sup>297</sup>

Portanto, o pensamento de Montesquieu não poderia, com fidelidade, ser empregado para dar amparo à concepção do poder de julgar como uma atividade submissa a quaisquer deliberações emanadas dos órgãos parlamentares, independentemente de seu conteúdo. Segundo Ayuso, o que se encontra nessas passagens de *O espírito das leis* é a defesa de que “esta potestade de julgar, que não é um poder político, é a que deve ser independente tanto do Poder Executivo como do Legislativo para que subsista a liberdade”.<sup>298</sup> Em outras palavras, em Montesquieu, o caráter não político da função jurisdicional se traduz na independência das autoridades judiciais, em face dos poderes executivo e legislativo, mas não chega a significar que a atividade judicante deva – ou mesmo possa – se limitar à aplicação estritamente gramatical (o que é, em rigor, impossível) de normas escritas emanadas do órgão parlamentar, tomadas como expressão de uma “vontade geral”, como quiseram os revolucionários franceses.

Mas não apenas a concepção da lei como produto da vontade geral foi instrumentalizada com fins totalitários. Alguns identificam, no próprio discurso construído a partir da noção de direitos humanos, as características de uma religião secular, cujas raízes estariam fincadas em um terreno ideológico que mistura gnosticismo e milenarismo, para propugnar a superveniência de um mundo novo e purificado, mediante o desenrolar de uma inexorável mecânica historicista.<sup>299</sup>

Analisado o problema desde diferentes ângulos, constata-se que o edifício da filosofia política de Hobbes, em vez de demolido, foi invadido e aprimorado pela revolução burguesa. Ao amputar a estrutura agostiniana da alma, pela exclusão do *amor Dei* – aquilo que Voegelin denominou “revolta egofânica” –, o pensamento hobbesiano ergueu aquele edifício sobre quatro pilares: *a*) a soberania como potestade instituidora do direito, e não como autoridade a ele submetida (como até então se concebia o príncipe, ainda que admitida a sua isenção – *legibus solutus* – relativamente à *vis coactiva*); *b*) a conseqüente redução do fenômeno jurídico à legislação emanada do soberano; *c*) a legitimação da ordem jurídica exclusivamente pelo critério formal da procedência do soberano, independentemente de conformação a quaisquer exigências de conteúdo advindas de uma

---

<sup>296</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, segunda parte, livro décimo primeiro, capítulo VI, p. 175.

<sup>297</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 79.

<sup>298</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, pp. 79-80.

<sup>299</sup> HAROUEL, Jean-Louis. *Les droits de l’homme contre le peuple*. Paris: Desclée de Brouwer, 2016, pp. 41-67.

normatividade superior (tido por inexistente); e *d*) a blindagem contra qualquer tentativa de controle dos atos do soberano mediante a invocação do consenso como a base da sua legitimação.<sup>300</sup>

Os revolucionários franceses puderam aproveitar toda essa estrutura, reforçando-a, porém, pela substituição do monarca pela soberania popular e a vontade do rei pela vontade geral, atribuível a todos os cidadãos.<sup>301</sup>

### 2.3 O *JUDICIAL REVIEW* NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A PROTEÇÃO DO *RULE OF LAW* CONTRA OS EXCESSOS DA DEMOCRACIA<sup>302</sup>

O estabelecimento de novas instituições pelos antigos colonos britânicos na América foi influenciado pelas ideias expostas por Montesquieu em *O espírito das leis*.<sup>303</sup> O objetivo geral da obra seria, segundo as pretensões anunciadas pelo autor, o de descrever cientificamente as leis naturais a que respondem a vida política, desde os primeiros princípios, ou leis dotadas de maior generalidade, até as leis particulares e os casos específicos, resultantes da sua aplicação.<sup>304</sup> De toda a obra, porém, o capítulo que efetivamente integrará a forja das instituições políticas modernas é aquele no qual o autor oferece uma resposta à questão de saber que constituição possibilita a limitação do poder, prevenindo os abusos e a tirania, com vistas à proteção da liberdade. Essa indagação está colocada no contexto de um debate sobre teoria institucional, a partir do qual a separação de poderes poderia ser situada, de um lado, como corolário da monarquia mista (*rule of law*), ou, de outro, como corolário da soberania popular (no limite, democracia totalitária), como explicou Deborah Dettmam Matos:

Como corolário da monarquia mista, a teoria da separação de poderes era colocada como uma exigência jurídico-liberal de primazia da lei, da igualdade perante a lei e da segurança jurídica. Como corolário da soberania popular, a teoria da separação de poderes era colocada a serviço da exigência democrática da supremacia do legislador eleito pelo povo,

---

<sup>300</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, pp. 118-126.

<sup>301</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, pp. 127-140.

<sup>302</sup> O título desta subseção foi alterado para incorporar valiosa sugestão oferecida pelo Professor Doutor Nelson Juliano Cardoso Matos na sessão de defesa desta dissertação.

<sup>303</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 85; MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 76.

<sup>304</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, prefácio, p. 5.

representante da vontade coletiva. A primeira era uma versão do primado da lei da doutrina da separação de poderes, a segunda, uma versão democrático-radical.<sup>305</sup>

Ainda que Montesquieu sequer tenha empregado a expressão “separação de poderes”, Miguel Ayuso sustenta que, nesse debate, a tese de Montesquieu era a “do contrapeso, equilíbrio e não confusão de poderes”, pois “não pensava em grupos de agentes, senão em contrapoderes que deveriam equilibrar-se para não cair no domínio despótico de qualquer um dentre eles”.<sup>306</sup> A essa visão se opuseram os revolucionários franceses. Sièyes teria interpretado a proposta de Montesquieu como a participação, no Estado, de “três equipes de agentes em uma unidade organizada, de modo que um poderia eventualmente desfazer o que foi feito por outro, enquanto que, conforme opinava o próprio Sièyes, cada equipe deveria ter sua função própria”.<sup>307</sup>

A resposta à pergunta sobre a melhor estratégia para a contenção do poder é oferecida por Montesquieu logo no título do capítulo: a constituição da Inglaterra.<sup>308</sup> Não segundo as feições que assumisse à época da composição da obra, ou que tenha assumido em quaisquer instantes históricos, mas como um “tipo ideal”,<sup>309</sup> cuja compreensão é facilitada por uma valiosa chave de análise fornecida por Nelson Juliano Cardoso Matos. Ao tratar da “constituição da Inglaterra”, Montesquieu propõe três diferentes teorias:<sup>310</sup>

a) a teoria jurídica – pela qual Montesquieu classifica os atos jurídicos, segundo a natureza da função que se desempenha ao praticá-lo, em atos legislativos, executivos e jurisdicionais;<sup>311</sup>

b) a teoria social – segundo a qual as três potências sociais devem estar representadas no processo legislativo;<sup>312</sup> e

---

<sup>305</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, livro décimo primeiro, capítulos I a IV, pp. 165-167. A esse respeito, conf. MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 41.

<sup>306</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 77.

<sup>307</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 77.

<sup>308</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, p. 64, no prelo.

<sup>309</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 93.

<sup>310</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, p. 65, no prelo.

<sup>311</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, pp. 65-72, no prelo.

<sup>312</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, pp. 72-76, no prelo.

c) a teoria política – o poder deve estar dividido entre órgãos que se possam reciprocamente controlar.<sup>313</sup>

Em sentido convergente, Miguel Ayuso oferece uma síntese de várias interpretações de Montesquieu, nos seguintes termos:

[...] o poder político não se deveria exercer de modo unilateral, servindo só aos interesses encarnados em cada um dos poderes, ou que realizassem unicamente as ideias de uma determinada facção da sociedade, ainda que esta [...] fosse maioritária. Isto porque, do mesmo modo que a doutrina de Rousseau assegurava a primazia do Legislativo – expressão da *vontade geral* –, Montesquieu tratava de criar um “equilíbrio institucional”. A concepção de Montesquieu, pois, não supõe uma sociedade política artificial, composta de três entidades distintas (legislativa, executiva e judicial), senão de diversos elementos ou forças reais, sociológicas e historicamente entrelaçadas no seio de um todo unitário (Estado ou nação), que regulam seus interesses – comuns ou separados – conforme um postulado de direito.<sup>314</sup>

Ainda com Nelson Matos, é muito importante destacar que “o erudito barão francês da primeira metade do século XVIII escreveu tendo em mente não uma sociedade de iguais, mas uma sociedade de liberdade entre diferentes”.<sup>315</sup> Na fundação dos Estados Unidos da América, não se colocou a questão da aplicabilidade da teoria social de Montesquieu, devido à inexistência de estruturas próprias do feudalismo, como uma nobreza e uma figura monárquica, das quais não havia nem mesmo resquícios, por razões históricas óbvias. Sem embargo, as teorias jurídica e política influenciaram decisivamente o constitucionalismo norte-americano. Essa influência se fez sentir de modo especial na percepção do judiciário como o ramo menos perigoso, em uma interpretação da assertiva de que o poder “de julgar” seria, “de alguma forma, nulo”.<sup>316</sup>

Os colonos britânicos na América, que lutaram por representação no parlamento britânico e, frustrados nesse propósito, pela independência, vivenciaram, mesmo após a instituição dos próprios estados, ao longo dos anos da confederação, o risco de opressão por parte de um legislativo forte. Nesse contexto, já na convenção, ganhou força a ideia de um poder negativo contra todo e qualquer ato legislativo, não apenas emanado do governo federal, mas também dos estados, como sustentou Madison.<sup>317</sup> Daí a proposta de conceber um conjunto de mecanismos que operasse como um “poder

<sup>313</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, pp. 76-79, no prelo.

<sup>314</sup> AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020, p. 78.

<sup>315</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, p. 63, no prelo. No mesmo sentido, MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 41.

<sup>316</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, segunda parte, livro décimo primeiro, capítulo VI, p. 172.

<sup>317</sup> KETCHAM, Ralph. *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*. New York: Signet Classics, 2003, “James Madison to George Washington” e “Debate on Veto of State Laws (June 8)”, e-book sem paginação.



de revisão” – “*the Revisionary power*”. Com esse objetivo, conferiu-se ao executivo o poder de veto, por evidente inspiração na prerrogativa do monarca britânico. Mas, desde a convenção, já se cogitou de conferir a órgãos judiciais, compreendidos ainda como parte do poder executivo, o poder de negar juridicidade a leis, como forma de proteger os direitos individuais e o próprio executivo contra invasões legislativas (“*legislative encroachment*”).<sup>318</sup>

O modelo norte-americano surge, desde o período colonial, com um mecanismo de controle de atos dos órgãos legislativo e executivo pelos órgãos jurisdicionais. Tanto assim que Hamilton, nos artigos federalistas, defendeu uma espécie de controle jurisdicional dos atos dos demais Poderes, como uma realidade então já vivenciada nas colônias da América britânica, e não como um mecanismo institucional ainda por ser implantado.<sup>319</sup>

Esse mecanismo de controle jurisdicional foi desenvolvido a partir da ideia, já presente na Inglaterra do século XVII, segundo a qual o Parlamento é limitado, em sua atividade, pelo *common law*, que autoridade alguma pode subverter, devendo tão somente revelá-lo, esclarecê-lo e desenvolvê-lo. É bem verdade que, à época da independência dos Estados Unidos (1776) e da adoção da Constituição (1787), predominava na Inglaterra a doutrina da soberania do Parlamento.<sup>320</sup> Ainda assim, historicamente, o juiz não apenas desenvolveu o *common law* como, em ocasiões pontuais, controlou a legitimidade dos atos governamentais a partir do *common law*,<sup>321</sup> consoante uma compreensão do *rule of law* que, ameaçada pelas pretensões da coroa (de consolidação do poder absoluto), precisou ser articulada nos termos de uma doutrina que ficou conhecida como *historical jurisprudence*.<sup>322</sup> Em um processo de progressiva centralização do poder político nas mãos da monarquia absolutista, coube a personagens como Edward Coke a defesa de mecanismos institucionais que possibilitavam a preservação e o fortalecimento do direito como uma ordem normativa dotada de autonomia em relação à potestade (“autoridade” política) e, por isso mesmo, capaz de funcionar como importante instância de controle do poder e contenção do arbítrio.<sup>323</sup> Para

<sup>318</sup> KETCHAM, Ralph. *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*. New York: Signet Classics, 2003, “The Judiciary, the Veto, and Separation of Powers (July 21)”, e-book sem paginação.

<sup>319</sup> HAMILTON, Alexander. Federalist n. 78 In KOWALCZYK, J. (org.). *Federalist vs. Anti-federalist: study guide*. Produzido em cooperação por Monticello College e Shannon Brooks, p. 478 e seguintes.

<sup>320</sup> Conf. subseção 2.1.2, *supra*.

<sup>321</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 32.

<sup>322</sup> BERMAN, Harold J. The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale. *The Yale Law Journal*, v. 103, n. 7, 1994, pp. 1651–738. Disponível em: *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/797013>. Acessado em 15 de dezembro de 2022.

<sup>323</sup> “O *rule of law* que vemos vinculado a esta tradição jurídica evoca, por sua vez, a prioridade normativa de um direito extraestatal e intencionalmente autônomo, e a independência de uma jurisdição vocacionada à custódia desse direito, inclusive no confronto com o poder político. Esse modo de ver as coisas é corrente no medievo, mas só no séc. XVII, quando uma tal compreensão do direito se viu desafiada pela tendência moderna a reconduzir toda a juridicidade à vontade do soberano, se fez necessária uma articulação teórica ou jusfilosófica capaz de opor obstáculos argumentativos à apropriação do direito pelo poder.” (MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, pp. 142-143). Na leitura que faz de Coke, Machado conclui que “O direito é então um repositório de saber prático que ninguém pode superar. Tudo considerado, é como se o direito tomasse o lugar do

Coke, o *common law* correspondia a uma razão jurídica aperfeiçoada no exercício contínuo e meditado de uma arte (uma técnica), conhecida pelos juristas, mas resultante em um acervo de sabedoria prática superior à soma do conhecimento das muitas gerações que se dedicaram à sua composição:

E este é outro forte argumento do Direito, *Nihil quod est contra rationem est licitum* (nada que seja contra a razão é lícito). Pois a razão é a vida do direito, ou melhor, o próprio *common law* nada mais é do que a razão, que deve ser entendida como um aperfeiçoamento técnico da razão, obtido por longo estudo, observação e experiência, e não da razão natural de todo homem, pois *Nemo nascitur artifex* (ninguém nasce com o domínio de uma arte ou técnica). Esta razão jurídica, *est summa ratio*. E, portanto, se toda a razão que está dispersa em tantas cabeças fosse unida em uma, ainda assim ele não poderia fazer uma lei como é a lei da Inglaterra, porque, por muitas sucessões de eras, ela foi refinada por um número infinito de homens sérios e eruditos e, por longa experiência, cultivada a tal perfeição, para o governo deste Reino, tal como a velha regra pode justamente atestar, *Neminem oportet esse sapientiore legibus*: Nenhum homem (por sua própria razão privada) deve ser mais sábio do que o direito, que é a perfeição da razão.<sup>324</sup>

Essa ideia mostrou-se valiosa para todos os que se opunham à opressão do poder governamental. Sem dúvidas, o motor dos movimentos políticos que culminaram na independência dos Estados Unidos da América era a ideia de limitação do poder: a sábia pretensão política dos colonos consistia em reduzir os riscos que a autoridade governamental oferecia às liberdades individuais. Pelas contingências históricas, no contexto em que estavam inseridos os *founding fathers*, o poder executivo e, principalmente, o poder legislativo eram vistos como as principais fontes de coação e arbítrio, enquanto o poder judiciário era definido como “o menos perigoso” entre os departamentos em que se pode dividir o governo (ou o estado, para empregar o conceito a que se apegam os juristas formados na tradição jurídica da Europa continental). Nisso reside a razão pela qual os federalistas defenderam a ideia de que se deveria confiar ao poder judiciário o controle dos excessos praticados pelos departamentos legislativo e executivo.<sup>325</sup>

---

*spoudaios* aristotélico, com a diferença de que o direito é uma realidade histórica.” (MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 147).

<sup>324</sup> Tradução livre da seguinte passagem: “And this is another strong argument in Law, *Nihil quod est contra rationem est licitum*. For reason is the life of the Law, nay the common Law it selfe is nothing else but reason, which is to be understood of an artificall perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of Every mans naturall reason, for, *Nemo nascitur artifex*. This legall reason, *est summa ratio*. And therefore if all the reason that is dispersed into so many severall heads were united into one, yet could he not make such a Law as the Law of England is, because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such a perfection, for the government of this Realme, as the old rule may be justly verified of it, *Neminem oportet esse sapientiore legibus*: No man (out of his owne private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason.” (COKE, Edward. *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*, v. 2. Organizado por Steve Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund, 2003, seção 138, 97-b, p. 701. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/shepherd-selected-writings-of-sir-edward-coke-3-vols>. Acessado em 26 de novembro de 2022).

<sup>325</sup> A justificativa da opção por confiar ao poder judiciário a função de controle dos atos dos demais órgãos do governo foi expressa por Alexander Hamilton no Federalista n. 78: “Whoever attentively considers the different departments of

Para tanto, os fundadores dos Estados Unidos aproveitam e valorizam a velha noção elementar, presente na Inglaterra, de que o *common law* se constitui em um limite intransponível ao arbítrio da autoridade. Com efeito, a linha argumentativa que se encontra na fundamentação de John Marshall, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803, é análoga àquela que havia nortado a decisão do caso *Bonham v. College of Physicians*. Em 1610, a *Court of Common Pleas*, sob a presidência de Edward Coke, afirmara que uma lei do Parlamento seria inválida se repugnasse ao *common law* (direito consuetudinário, tradicionalmente reconhecido na Inglaterra) e à boa razão.<sup>326</sup> Ao substituir o *common law* pelo conceito de justiça, como o parâmetro de aferição da validade da lei, percebe-se que esse argumento é muito próximo àquele já presente em Agostinho e em Tomás de Aquino.<sup>327</sup>

Marshall, nesse expediente argumentativo, pôs a Constituição escrita como parâmetro de controle dos atos dos órgãos legislativo e executivo, por parte do órgão judiciário, substituindo o *common law*, da formulação de Coke, ou a justiça, da proposição tomista. Esse mesmo argumento já havia sido empregado como fundamento em vários julgados anteriores, proferidos por tribunais estaduais, que invocaram as constituições dos Estados como parâmetro para um controle da validade

---

power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.” (HAMILTON, Alexander. Federalist n. 78, in *Federalist vs. Anti-federalist*: study guide. Produzido em cooperação por Monticello College e Shannon Brooks, p. 478 e seguintes).

<sup>326</sup> COOK, Harold J. Against Common Right and Reason: The College of Physicians versus Dr. Thomas Bonham. *The American Journal of Legal History*, vol. 29, no. 4, 1985, pp. 301–322, disponível em [www.jstor.org/stable/845533](http://www.jstor.org/stable/845533), acessado em 20 de junho de 2021; HELMHOLZ, R. H. Bonham's case, judicial review, and the law of nature. *Journal of Legal Analysis*, v. 1, n. 1, 2009, pp. 325-354, disponível em <https://academic.oup.com/jla/article/1/1/325/889025>, acessado em 20 de junho de 2021; SMITH, II, George P. Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence. *Washington Law Review*, v. 41, n. 297, 1966, disponível em <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol41/iss2/5>, acessado em 20 de junho de 2021; SEGADO, Francisco Fernández. Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013, pp. 167-236, disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/913/620>, acessado em 20 de junho de 2021; MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. O nascimento do controle de constitucionalidade judicial. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 185, jan./mar. 2010, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198660/000881206.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Apont a%2Dse%20a%20origem%20do,implicitamente%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20norte%2Damericana>, acessado em 20 de junho de 2021.

<sup>327</sup> Ilustrativamente, confira-se o seguinte excerto: “(...) Según dice San Agustín em I *De lib. arb.*, la ley que no es justa no parece que sea ley. Por eso tendrá fuerza de ley en la medida em que sea justa. Ahora bien, en los asuntos humanos se dice que una cosa es justa cuando es recta en función de la regla de la razón. Mas la primera regla de la razón es la ley natural, como ya vimos (...). Luego la ley positiva humana en tanto tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural. Y si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley.” (AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. I-II, v. 2. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Traducción de Jesús María Rodríguez Arias e outros. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989, C.95 a.2, p. 742).

de atos legislativos.<sup>328</sup> Daí observar José Pedro Galvão de Sousa que o regime constitucional dos Estados Unidos da América não apenas foi influenciado pelas instituições da Inglaterra, mas as aperfeiçoou, como ocorreu com o *common law*, que foi “vivificado pelo direito natural, transmitido da Inglaterra à América e aí aplicado a novas condições sociais e novas instituições políticas.”<sup>329</sup>

O certo é que, apesar de a Constituição dos Estados Unidos não o ter previsto expressamente, se estabeleceu na nova nação o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. A todo e qualquer juiz se confiava o dever de aferir a validade de uma lei, perante a Constituição escrita. No topo da hierarquia judiciária, a Suprema Corte passou a funcionar como a guardiã da Constituição. Sob a perspectiva da experiência constitucional inglesa (marcada pela doutrina da soberania do Parlamento), o constitucionalismo americano pode ser qualificado como “legalista”,<sup>330</sup> na medida em que compreende a constituição como um documento jurídico, a condicionar a deliberação política, cuja dinâmica passa a girar em torno dos órgãos judiciários. A propósito, Albert Venn Dicey chegou a afirmar que a Suprema Corte dos Estados Unidos não era apenas a “guardiã”, mas a “mestre” ou “senhora” (dona) da constituição.<sup>331</sup> O referido autor atribui o sucesso da experiência federalista norte-americana a um forte sentimento de reverência à justiça e ao direito por parte do povo dos Estados Unidos.<sup>332</sup>

---

<sup>328</sup> MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. O nascimento do controle de constitucionalidade judicial. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 185, jan./mar. 2010, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198660/000881206.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Apont a%2Dse%20a%20origem%20do,implicitamente%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20norte%20Americana,> acessado em 20 de junho de 2021.

<sup>329</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de. *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 143.

<sup>330</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, p. 100.

<sup>331</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, p. 100.

<sup>332</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915, p. 103.

### 3 DIREITO E LEGISLAÇÃO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA PARA O DEBATE SOBRE PRECEDENTES

#### 3.1 AS PREMISSAS TEÓRICAS HEGEMÔNICAS SUBJACENTES AO DEBATE SOBRE PRECEDENTES NO BRASIL

Entre as premissas teóricas de que partem a doutrina e a jurisprudência hegemônicas no Brasil, encontra-se a distinção entre texto (ou enunciado) normativo e norma jurídica. Em uma influente versão dessa distinção, a elaboração de textos normativos (por exemplo, no processo legislativo) é vista como a primeira etapa de um processo mais amplo: o processo normativo, o qual, por ser o processo de produção de normas jurídicas, prossegue com a “atribuição” de sentido a esses enunciados.

O “intérprete autêntico” não apenas pratica um ato cognoscitivo, ao extrair vários sentidos “possíveis” do texto, mas realiza um “ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.<sup>333</sup> Assim, por essa “escolha” do “órgão aplicador do direito”, chega-se à norma jurídica. Então, o texto é o objeto da interpretação, de que resulta a norma jurídica, produto do esforço hermenêutico do intérprete para “escolher” o sentido dos textos normativos.<sup>334</sup>

A importância dessa distinção entre texto e norma assumiu tamanha relevância que alguns autores enxergam nela o traço que marca a evolução do estado legislativo para o estado constitucional: neste, “o Direito deixa de ser um objeto total e previamente dado que o jurista tem de simplesmente *conhecer* para ser uma ‘harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas’”.<sup>335</sup> Além disso, autores importantes fundamentam a adoção do *stare decisis* – eficácia obrigatória da *ratio decidendi* de certas decisões judiciais – pela experiência jurídica brasileira na necessidade de redução da dupla indeterminação do direito, decorrente da equivocidade dos textos e da vagueza das normas.<sup>336</sup>

---

<sup>333</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205-206.

<sup>334</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 9ª ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 39.

<sup>335</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 21, citando ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 138.

<sup>336</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XV: artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36, ao referir à “*duplice indeterminazione del diritto*”, nas palavras de GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39 e ss.

Essa perspectiva aporta elementos muito importantes para a fundamentação do *stare decisis*. Nada obstante, mesmo adotada essa dicotomia “estado legislativo e estado constitucional”, as diferenças assinaladas entre esses dois modelos sucessivos<sup>337</sup> não descaracterizam o segundo como mais um produto do pensamento político-filosófico da modernidade, que reduz todo o fenômeno jurídico ao mero produto da vontade dos titulares da potestade estatal.

Na superação do estado legislativo pelo estado constitucional, translada-se a instância de legitimação política do poder legislativo para “Cortes Supremas”, as quais, concebidas como “Cortes de Precedentes”,<sup>338</sup> “seja como corte de vértice da organização judiciária, seja como corte constitucional alocada fora da estrutura do Poder Judiciário”,<sup>339</sup> transformam o poder jurisdicional, que deixa de ser o *locus* do jurídico, passando a funcionar, ilegitimamente, como sede do político.<sup>340</sup> Ao mesmo tempo, no estado constitucional, a lei, como fonte exclusiva do direito, é substituída pela constituição, como fonte primordial. Nesse expediente teórico, há uma fuga da lei para uma lei superior, característica que se procura minimizar invocando discutíveis<sup>341</sup> peculiaridades da “hermenêutica constitucional”.

Esses pontos de partida adotados pela doutrina hegemônica sobre precedentes no Brasil reverberam as ideias de Hans Kelsen, para quem todo o direito é criado pelas autoridades estatais, que produzem normas jurídicas gerais ou individuais, em ato de aplicação de outras normas que lhes conferem competência para tanto e estipulam os requisitos materiais e procedimentais para o exercício de tais poderes. Em outras palavras, na concepção de Kelsen, toda norma – com exceção da norma hipotética fundamental – integrante de uma ordem jurídica somente existe porque foi criada pela potestade do Estado – órgão jurídico –, em uma cadeia de atos de aplicação de normas jurídicas superiores, para a produção de normas jurídicas inferiores.<sup>342</sup>

---

<sup>337</sup> Uma síntese dessas diferenças, exposta por proeminentes defensores dessa proposta descritiva, se encontra em MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 93-142; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 21.

<sup>338</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 36-39.

<sup>339</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

<sup>340</sup> Essa observação crítica é desenvolvida em detalhes por MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, especialmente pp. 17-38 e 372-427.

<sup>341</sup> Mesmo um autor como Virgílio Afonso da Silva, que afirma a peculiaridade da interpretação constitucional, alerta para o sincretismo metodológico e a recepção acrítica, no Brasil, de formulações teóricas exóticas como se fossem consensos inquestionáveis, acompanhada da rejeição categórica dos “métodos tradicionais” de hermenêutica (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143).

<sup>342</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, especialmente pp. 81 e 260.

A doutrina hegemônica brasileira também coincide com a teoria pura do direito ao conceber a interpretação como ato de vontade e, por consequência, ao ver a norma jurídica emanada do juiz como o produto do exercício de uma função voluntária, ou seja, como o produto de um ato de vontade, que sequer pode ser problematizado pela teoria do direito, devendo, segundo Kelsen, ser situado como “um problema de política do Direito”.<sup>343</sup>

As etapas posteriores do raciocínio das teorias brasileiras, quanto à função de criação normativa dos tribunais, também se aproximam das conclusões kelsenianas: é possível que a ordem jurídica outorgue a um tribunal – especialmente de última instância – a competência para criar normas, não apenas individuais, mas gerais, por meio do estabelecimento de precedentes judiciais, ou seja, pela prolação de uma decisão judicial que, inobstante diga respeito a um caso concreto, seja vinculante para casos idênticos.<sup>344</sup>

Para Kelsen, a decisão pode assumir o caráter de precedente em duas hipóteses distintas:

- a) ao estabelecer uma norma individual cujo conteúdo não se encontra predeterminado por uma norma geral de origem legislativa ou consuetudinária, criando, assim, direito material novo; ou
- b) ao adotar uma certa interpretação, dentre as múltiplas permitidas pelo texto normativo plurívoco, a qual passa a se revestir do caráter de uma norma geral.<sup>345</sup>

Uma diferença sensível entre as teorias sobre precedentes brasileiras e a teoria de Kelsen reside no fato de que esta última expressamente admite que, “Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar”.<sup>346</sup>

Como se vê, o conjunto de premissas reunidas sob o epíteto de estado constitucional perfilham uma concepção do direito tão reducionista quanto aquela atribuída ao estado legislativo. Mesmo na concepção associada ao estado constitucional, o fenômeno jurídico continua reduzido a um conjunto de prescrições emanadas de um ou alguns órgãos estatais centralizados – as cortes supremas –, quase insuscetíveis de controle, a quem se reconhece a potestade para criar, modificar ou reformular toda a juridicidade, segundo uma racionalidade instrumental, voltada à realização de determinados objetivos políticos. Ainda que o direito não seja mais visto como o produto da vontade geral, manifestada com exclusividade por um corpo legislativo composto por representantes eleitos, continua a ser concebido

---

<sup>343</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 393.

<sup>344</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 277.

<sup>345</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 278.

<sup>346</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 278.

como o produto de uma deliberação racional-argumentativa, agora desenvolvida por juízes, não para descobrir, mas para criar o direito a partir da interpretação, entendida como atividade, a um só tempo, cognoscitiva e política.

Essa concepção que alguns sintetizam sob a expressão estado constitucional situa-se, ainda, dentro do esquema conceitual que Fábio Cardoso Machado designa como paradigma da *lex*, instaurado pelo pensamento político-filosófico moderno, ou, mais precisamente, pelo iluminismo antijurídico. Essa concepção oblitera o direito, confundindo-o com o produto da vontade de uma potestade estatal que se afirma incontrastável e que arroga o domínio absoluto sobre o fenômeno jurídico, que estaria, assim, à sua disposição para criar o direito.

A diferença conceitual de maior relevo entre o estado liberal e o estado constitucional reside em que, neste último, o argumento contratualista (que se vale das noções de consentimento e de representação política, para legitimar o monopólio sobre o fenômeno jurídico) é parcialmente deturpado, minimizando-se a importância do procedimento eleitoral,<sup>347</sup> para identificar legitimidade democrática e representatividade<sup>348</sup> em uma atividade racional-argumentativa desenvolvida em cortes supremas, capazes de construir soluções que se impõem como um consenso da razão sem voto.<sup>349</sup>

Em suma, dentro do estado constitucional, como o poder jurisdicional cria (e não declara) o direito, a formação de precedentes é concebida como atividade precipuamente criativa de normas jurídicas. O direito continua a ser visto, ao fim, como domínio exclusivo do estado e produto de uma sua atividade autoritária. Essa visão, contudo, é reducionista, razão pela qual se faz imprescindível resgatar o significado do fenômeno jurídico.

### 3.2 *NOMOS* E *THESIS*: O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO E A ATIVIDADE DE CRIAÇÃO INTENCIONAL DE NORMAS

---

<sup>347</sup> ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

<sup>348</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

<sup>349</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50, disponível em [https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015\\_barroso\\_razao\\_sem\\_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y), acessado em 11 de julho de 2021.



Uma outra proposta para descrever a atividade de formação dos precedentes vinculantes e para identificar os limites ao poder jurisdicional no desempenho dessa atividade parte da distinção entre direito (*nomos*) e legislação (*thesis*), tal como desenvolvida na obra de Hayek.<sup>350</sup>

Para o referido autor, o direito (*nomos*) corresponde ao conjunto de normas surgidas espontaneamente das interações entre os indivíduos que integram uma determinada comunidade, em constante desenvolvimento, mediante um processo de evolução. Nesse sentido, o direito se constitui em fenómeno universal, indispensável à formação de qualquer sociedade e preexistente a toda organização que se pudesse caracterizar como um “governo”, tendo antecedido, inclusive historicamente, a própria linguagem.<sup>351</sup>

Já a legislação (*thesis*), para Hayek, corresponde à criação intencional de leis, um invento recente na história da humanidade. Conforme esse autor, o direito antecede historicamente a legislação: a ideia de que o homem pudesse “criar” ou “alterar” o direito surgiu apenas na era clássica grega, mas desapareceu logo em seguida, para ressurgir somente no final da idade média.<sup>352</sup>

Em outras palavras, durante a maior parte da história humana, o direito não foi visto como uma instituição cultural que estivesse à disposição da “razão humana”, para ser plasmado conforme a vontade geral, a vontade da nação, as necessidades do povo, o consenso entre representantes eleitos (reunidos em corpos legislativos) ou entre tecnocratas (cientistas investidos de competências governamentais), etc. Dito de modo sintético, o direito não era concebido como um complexo de comandos intencionalmente construídos sob forma linguística, em função dos propósitos específicos de uma determinada potestade.

Desde a perspectiva de Hayek, a ideia de que todo e qualquer preceito jurídico possa e deva ser um “produto da livre invenção de um legislador [...] é factualmente falsa”<sup>353</sup> e decorre do

---

<sup>350</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>351</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>352</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>353</sup> Tradução livre de trecho da seguinte passagem: “To modern man, on the other hand, the belief that all law governing human action is the product of legislation appears so obvious that the contention that law is older than law-making has almost the character of a paradox. Yet there can be no doubt that law existed for ages before it occurred to man that he could make or alter it. The belief that he could do so appeared hardly earlier than in classical Greece and even then only to be submerged again and to reappear and gradually gain wider acceptance in the later Middle Ages. In the form in which it is now widely held, however, namely that all law is, can be, and ought to be, the product of the free invention of a legislator, it is factually false, an erroneous product of that constructivist rationalism which we described earlier.” (HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Não paginado).

equivoco de um ponto de partida epistemológico que denomina de “racionalismo construtivista” ou, como prefere Karl Popper, “racionalismo ingênuo”.<sup>354</sup> Com base nas pesquisas deste último autor, Hayek critica duramente a crença na capacidade da razão humana de conceber e construir uma sociedade renovada, no desempenho intencional de uma engenharia das instituições culturais, tais como a moral, a religião e o direito.<sup>355</sup>

Hayek atribui ao racionalismo construtivista de René Descartes, Francis Bacon, Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau e Jeremy Bentham o desenvolvimento tanto do jusnaturalismo racionalista como do positivismo jurídico (quer na versão de John Austin, quer nas diversas propostas de alemães, de Paul Laband a Hans Kelsen).<sup>356</sup> Segundo Hayek, todas essas linhas de pensamento baseadas no racionalismo construtivista são infirmadas pelos dados fornecidos pela etologia e pela antropologia cultural, os quais confirmam as lições, no campo do direito, do evolucionismo de autores como Edward Coke, Matthew Halo, David Hume, Edmund Burke, Savigny, H. S. Maine, e J. C. Carter.<sup>357</sup>

### 3.2.1 Direito como ordem espontânea (*nomos*)

Convicto de que o direito, como outras instituições culturais (moral, religião, etc.), tem origem factual nos primórdios da humanidade, conforme demonstrações da etologia e da antropologia cultural, Hayek define a norma jurídica como uma tendência, propensão ou disposição a agir ou não de determinada maneira, manifestada em uma prática ou um costume.<sup>358</sup>

Ainda de acordo com esse autor, essas propensões ou disposições são marcadas por um caráter altamente geral e abstrato, porquanto se dirigem a uma classe muito ampla de ações, que podem diferir muito entre si quanto aos seus detalhes. Assim, as normas, compreendidas como certas propensões de comportamento, são mais abstratas do que qualquer linguagem incipiente pudesse

---

<sup>354</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 1. Livro digital formato *Kindle*. Não paginado.

<sup>355</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 1. Livro digital formato *Kindle*. Não paginado.

<sup>356</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Não paginado.

<sup>357</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>358</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

expressar: longe de serem um produto da linguagem, se formaram muito antes do próprio desenvolvimento dela. Por isso mesmo, Hayek adverte que a questão da “origem e do funcionamento dessas normas [...] se constitui em um problema inteiramente distinto daquele de como elas vieram a ser articuladas de forma verbal”.<sup>359</sup>

Essas observações de Hayek assumem a maior importância em um contexto teórico no qual são hegemônicas as concepções segundo as quais o problema da indeterminação do direito repousa, principalmente, na equivocidade e na vagueza dos textos normativos. Enquanto para os adeptos destas concepções dominantes as características da linguagem acarretam a indeterminação do direito, desde a perspectiva de Hayek é o contrário: o problema da indefinição normativa decorre principalmente do elevado grau de abstração das normas seguidas pelos seres humanos, o que torna praticamente impossível reduzi-las, exaustivamente, a expressões linguísticas. Por isso, “mesmo atualmente, as normas que foram de tal modo articuladas e podem ser comunicadas pela linguagem são apenas uma parte do todo complexo de normas que conduzem a ação do homem como um ser social”.<sup>360</sup>

O referido autor oferece como exemplo a expressão inglesa *fair play*, da qual se podem extrair muitas normas, dificilmente susceptíveis de serem exauridas em formulações verbais específicas.<sup>361</sup> Um outro excelente exemplo se encontra na expressão *due process of law*, amplamente difundida como “devido processo legal” no Brasil, adotada no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, do qual se extrai um conjunto de conteúdos prescritivos para inumeráveis situações concretas. De um modo mais geral, a própria distinção entre enumerações legais taxativas (*numerus clausus*) e exemplificativas (*numerus apertus*), tão importante para a interpretação dos textos normativos, é uma prova contundente dessa constatação de Hayek.

O valor dessa observação é o de fazer perceber que o direito não se resume ao produto de um texto, obtido ao fim de um ato cognitivo e de vontade, praticado por um agente do estado ou por um órgão “aplicador” do direito (dentro de tal perspectiva, verdadeiro órgão criador do direito).

Por essa concepção hegemônica, o direito pode ser criado, modificado, refundado ou transformado segundo uma engenharia social que, para tanto, precisará apenas percorrer todo o processo normativo: um *iter* que tem início com a confecção de um texto, a ser submetido à

---

<sup>359</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>360</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>361</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

interpretação/aplicação, ao fim da qual se tem um produto inteiramente novo – uma norma jurídica que antes não existia de modo algum. É claro que essa concepção termina por outorgar ao intérprete autêntico as condições de que necessita para promover os seus propósitos específicos, as suas próprias finalidades políticas.

Diferentemente do que apregoa essa concepção hegemônica, o processo de formulação das normas em linguagem (não necessariamente escrita) – seja em forma de lei, seja em forma de precedente – se constitui, principalmente, em descoberta do direito já desenvolvido por milênios passados. Não obstante, Hayek admite que, acidentalmente, essa formulação linguística de normas preexistentes, por ser imperfeita (pois diz mais ou menos do que a norma não formulada linguisticamente), termina por acarretar “alterações no corpo dessas normas”.

No entanto, afirma Hayek, “as normas expressas não se tornam, com isso, capazes de substituir inteiramente as não expressas”.<sup>362</sup> Ao contrário, as normas expressas (seja sob a forma de lei, seja sob a forma de precedente) “só atuarão e serão inteligíveis no interior de uma estrutura de normas ainda não expressas”.<sup>363</sup> Para Hayek, isso é verdadeiro até mesmo nas situações “em que aqueles chamados a decidir são levados a formular normas sob as quais ninguém havia agido até então”.<sup>364</sup> Segundo esse autor, as normas jurídicas existem precisamente para preservar uma determinada ordem de ações. Para tanto, pode-se fazer necessária “alguma outra norma para a decisão de uma disputa para a qual as normas reconhecidas não fornecem resposta”.<sup>365</sup> Essas considerações podem ser compreendidas como o esforço de Hayek para demonstrar dois aspectos complementares que tornam relevante a distinção entre direito e legislação.

Segundo Hayek, o direito corresponde ao conjunto de normas universais de conduta justa que regem uma ordem espontânea (*kosmos*). Tal realidade social não é imutável, mas se submete a constante desenvolvimento e evolução, até porque não se orienta por um propósito supostamente partilhado por todos, ou por um conjunto de finalidades específicas.<sup>366</sup> Para Hayek, as etapas da

---

<sup>362</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>363</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>364</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>365</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>366</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 2. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

evolução do direito que possibilitaram a existência de uma sociedade aberta devem ser buscadas no *ius gentium*, no direito comercial e nas práticas dos portos e das feiras, instâncias nas quais normas consuetudinárias foram sendo aperfeiçoadas pela prática dos seus próprios destinatários, fora do campo de influência direta de potentados.

### 3.2.2 Legislação como atividade de criação intencional de normas (*thesis*)

Para Hayek, o direito (*nomos*) não se confunde com a legislação (*thesis*), conjunto formado por normas concebidas intencionalmente para a regência de uma ordem artificial (*taxis*) ou organização, criada deliberadamente: o governo. Trata-se de comandos ou determinações expedidos por agentes de poder socialmente reconhecidos (nesse contexto, pouco importa a configuração ou composição da instituição ou organismo que os emite), com vistas à concretização de propósitos ou planos de ação muito específicos.<sup>367</sup>

Tais normas dispõem acerca da estrutura, das funções e dos objetivos dessa ordem artificial comumente designada pelo vocábulo “estado”, compreendendo a instituição e composição dos órgãos, as respectivas competências, todas as normas relacionadas aos processos mediante os quais tais poderes são exercidos, os graus de discricionariedade e de vinculação no seu desempenho, o estatuto dos agentes e as relações de hierarquia e disciplina.

Para Hayek, a dicotomia direito (normas universais de conduta justa, que evoluem espontaneamente) e legislação (normas de organização governamental) guarda estreitas relações com a dicotomia direito privado e direito público: o campo próprio da legislação abrange o direito constitucional, o direito financeiro (nele incluído o direito tributário), o direito administrativo (aí incluídas as medidas governamentais relacionadas à prestação de serviços públicos e obras de infraestrutura).

Constata-se que a grande preocupação da proposta teórica de Hayek, ao insistir na dicotomia entre direito e legislação, é a de diferenciar, claramente: de um lado, o direito; e, de outro, a vontade do governante. Segundo esse autor, a evolução do direito – ou seja, das normas que produzem uma ordem espontânea – ocorreu, muitas vezes, em oposição aos objetivos dos governantes, cuja tendência

---

<sup>367</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulos 2 e 6. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

se resume ao ímpeto de transformar seu domínio em uma organização, uma ordem artificial (*taxis*) – a qual, pode-se dizer, somente se mantém pelo emprego constante de mecanismos de coerção.<sup>368</sup>

A ênfase a essa dicotomia entre *nomos* e *thesis* clarifica que todas as ações praticadas pela organização (ordem artificial) a que denominamos governo devem se submeter não apenas à legislação (ou seja, às normas que dirigem a estrutura e o funcionamento do aparelho estatal), mas também ao direito, compreendido como o conjunto de normas de conduta justa a que todos estão sujeitos. Mais do que isso, essa distinção enfatiza que o governo e a própria legislação de que ele se constitui são obrigados a respeitarem o direito (as normas universais de conduta justa), especialmente os domínios privados por estas últimas estabelecidos.<sup>369</sup>

### 3.3 A UNIVERSALIDADE DO PRECEDENTE COMO FORMA DE MANIFESTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

A análise histórica permite compreender que a vinculação a precedentes (*stare decisis*) não é o fundamento do *commom law*, nem pode ser visto como uma exclusividade de sistemas jurídicos filiados a essa tradição. Na origem, a importância do costume como fonte do direito, assim como a função que o precedente, de um lado, e a edição de atos normativos escritos, de outro, desempenhava no desenvolvimento do direito não era inteiramente distinta na Inglaterra e nos países da Europa continental. Em outras palavras, a observância das razões de decidir de certas decisões, no julgamento de casos similares ou análogos, fazia parte da experiência jurídica em toda a Europa, e não era uma exclusividade da experiência jurídica britânica.<sup>370</sup>

A experiência jurídica da Roma antiga foi marcada pelo pragmatismo e inteiramente centrada na solução de casos concretos. Naquele contexto, o conhecimento do direito emerge como um saber

---

<sup>368</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>369</sup> “Isso não quer dizer que, em todas as ações regidas por instruções “legislativas”, o governo também não deva, da mesma forma que qualquer outra pessoa ou agência, estar sujeito a regras gerais de conduta justa e, em particular, ser obrigado a respeitar os domínios privados definidos por essas regras. De fato, a crença de que essas instruções ao governo, porque também são chamadas de leis, substituem ou modificam as regras gerais aplicáveis a todos, é o principal perigo contra o qual devemos nos proteger, distinguindo claramente entre os dois tipos de ‘leis’.” No original: “This is not to say that in all those actions governed by ‘legislative’ instructions government ought not also, in the same manner as any other person or agency, to be subject to general rules of just conduct, and in particular be required to respect the private domains defined by those rules. Indeed, the belief that these instructions to government, because they are also called laws, supersede or modify the general rules applicable to everybody, is the chief danger against which we ought to guard ourselves by clearly distinguishing between the two kinds of ‘laws’.” (HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, pp. 184-185).

<sup>370</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 21. Livro digital formato *Kindle*.

prático-prudencial, o qual é desenvolvido a partir de controvérsias concretas, que reclamam uma solução judicativa. Desde então, pode-se identificar uma concepção do direito como ordem de validade normativa material, dotada de autonomia em relação à política, e a respeito da qual se desenvolve um tipo próprio de conhecimento, "um saber prático autônomo que merecerá ser chamado *iurisprudencia* no sentido próprio do termo".<sup>371</sup>

No entanto, antes de se chegar a esse ponto, sucedeu uma intercorrência relevante. Nos primórdios da civilização romana, "os pontífices eram os mais importantes depositários e intérpretes do acervo de conhecimentos da comunidade",<sup>372</sup> em um amálgama de que faziam parte, como elementos indiferenciados, a religião, a moral e o direito. Os pontífices debruçavam-se sobre os *mores maiorum* (costumes dos antigos), em uma atividade oracular denominada *interpretatio*, da qual resultava a revelação do *ius non scriptum*.<sup>373</sup>

Esse paradigma sapiencial do *jus* veio a ser desafiado pelo modelo da *lex*, pois, no século V a. C., a plebe reivindicou um regime de igualdade sob leis escritas. Então, uma comissão foi designada para estudar a prática grega, do que resultou a Lei das Doze Tábuas.<sup>374</sup> Essa experiência de "importação" do emprego de leis escritas contribuiu para a secularização da atividade dos pontífices,<sup>375</sup> de modo que as *responsa* passaram a ser oferecidas por pessoas que se dedicavam a essa forma de conhecimento prático-prudencial do direito, os jurisconsultos ou *iuris prudentes*. A *interpretatio* já não se desenvolvia para a revelação dos *mores maiorum*, mas à descoberta do conteúdo da Lei das XII Tábuas. Com isso, o *ius romanum* deixou de ser um *ius consuetudinarium* e passou a ser um *ius legitimum*, ou seja, fundamentado na *Lex duodecim tabularum*. Paradoxalmente, o paradigma sapiencial do *ius* saiu fortalecido do confronto com o modelo da *lex*.<sup>376</sup> O recurso à lei tornou-se cada vez mais frequente em Roma, mas antes como reconhecimento de soluções cristalizadas pela prática dos jurisconsultos do que como estipulações intencionais provenientes de uma razão instrumental da potestade, ou seja, dos agentes de poder socialmente reconhecidos.

Por isso, na antiguidade, a experiência romana, diferentemente da grega, vivia o direito como uma realidade autônoma em relação à política, que se desenvolvia mediante o exercício de uma virtude (uma *phrónesis* ou uma *prudentia* particular, a *iuris prudentia*) e de uma técnica ou, mais

---

<sup>371</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. A autonomia do direito e os limites da jurisdição. Londrina/PR: Thoth, 2020, p. 163.

<sup>372</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. A autonomia do direito e os limites da jurisdição. Londrina/PR: Thoth, 2020, p. 161.

<sup>373</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito romano* (ius romanum), v. I. Introdução. Fontes. 4ª ed. Coimbra: DisLivro, 1984, pp. 169-174.

<sup>374</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito romano* (ius romanum), v. I. Introdução. Fontes. 4ª ed. Coimbra: DisLivro, 1984, pp. 175-182.

<sup>375</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 17.

<sup>376</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito romano* (ius romanum), v. I. Introdução. Fontes. 4ª ed. Coimbra: DisLivro, 1984, pp. 184-185.

precisamente, uma arte (*ars boni et aequi*) específicas, a respeito da qual se edificava um campo próprio do conhecimento humano, uma ciência prática: a ciência do justo e do injusto (*iusti atque iniusti scientia*).<sup>377</sup> Nesse contexto, como foi na maior parte da antiguidade e da idade média, tanto a atividade de edição de atos normativos escritos como a realização de julgamentos era vista como uma atividade de descoberta do justo natural. Para Michel Villey, “a fonte primeira do direito, de acordo com a descrição feita pelos autores romanos, [...] não é a lei, mas a natureza”.<sup>378</sup> Os jurisperitos (ou seja, os “primeiros juristas”, os da Roma antiga) desenvolviam a sua atividade como uma busca pelo justo por natureza, o que lhes requeria aquela especial virtude e a excelência no desempenho de uma arte própria.<sup>379</sup>

De todo modo, o justo por natureza estava por seu declarado, não como a mera enunciação de um conjunto estático de preceitos exaurientes, eternos e imutáveis, mas como uma elaboração que se desenvolvia em uma relação circular entre costumes, soluções jurisprudenciais (*iurisprudencia*) ou pretorianas (*ius honorarium*) e, por fim, cristalização legislativa, ou seja, prescrições genéricas e abstratas sob forma escrita, como que sumarizando o acervo normativo – sem pretensões reducionistas, todavia.<sup>380</sup> De um modo geral, na antiguidade e até a idade média, não estava ao alcance da potestade criar *ex nihilo* ou modificar o direito,<sup>381</sup> incumbindo-lhes a expedição de comandos para organizar e dirigir o aparelho governamental. É claro que houve momentos em que essa noção era subvertida, mas o que então se via eram instantes de deturpação política da realidade jurídica. Ilustrativamente, na Roma antiga, a partir do século IV, o termo *leges* passou a designar apenas as constituições imperiais, as quais passaram a ser consideradas “a única fonte do direito”.<sup>382</sup> O imperador, “com a sua vontade absoluta, é o único criador de *ius* (o “*ius novum*”) e o seu único intérprete”.<sup>383</sup> Como fundamento filosófico dessa concepção que reduziu o *ius* à *lex*, centralizando o poder no imperador, encontra-se a influência do neoplatonismo, difundido desde o fim do século III, a postular uma cosmovisão segundo a qual todo o universo está hierarquizado, em graduação

---

<sup>377</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito romano* (*ius romanum*), v. I. Introdução. Fontes. 4ª ed. Coimbra: DisLivro, 1984, pp. 280-295.

<sup>378</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. Notas revistas por Eric Desmons. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 72.

<sup>379</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina/PR: Thoth, 2020, pp. 160-177.

<sup>380</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. Notas revistas por Eric Desmons. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2019, pp. 57-66 e 70-74.

<sup>381</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, pp. 26-27.

<sup>382</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito romano* (*ius romanum*), v. I. Introdução. Fontes. 4ª ed. Coimbra: DisLivro, 1984, p. 216.

<sup>383</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito romano* (*ius romanum*), v. I. Introdução. Fontes. 4ª ed. Coimbra: DisLivro, 1984, p. 216.



descendente a partir do uno.<sup>384</sup> Para Sebastião Cruz, “Foi deste conceito único de *lex* da época decadente do Baixo-Império que derivou a ideia moderna de lei”.<sup>385</sup>

Ainda assim, segundo Corrente Spanó:

[...] a atividade normativa imperial se move substancialmente no caminho traçado pela jurisprudência e [...] o imperador, nas suas intervenções no campo jurídico – especialmente na expedição de rescritos –, inspirou-se nos princípios, nas concepções e nos ensinamentos elaborados pelos maiores e ilustres expoentes da ciência jurídica.

[...].

A conclusão a que se chega é que legislação imperial e jurisprudência, longe de serem unidades antitéticas, colocam-se ambas em um plano de mútua colaboração e de fecunda troca de ideias e de experiências. Por um lado, a jurisprudência, já desde a época de Adriano, manifesta interesse pelas constituições, e, por outro, a legislação imperial não permanece indiferente à primeira. A autoridade imperial se apoia no imponente e orgânico sistema de princípios jurídicos da jurisprudência, na sua tradição de investigação, no seu refinado método científico e na forte personalidade de jurisconsultos como Juvêncio Celso e Sálvio Juliano. Pode-se dizer, então, que a legislação imperial se insere e deita suas raízes na jurisprudência, obtendo dela seu primeiro e vital alimento. Existia, entre os imperadores, a convicção de dirigir-se continuamente à *interpretatio prudentium*, como a expressão direta da consciência jurídica comum.

O tesouro de elaboração e de força criadora que a jurisprudência encerrava em si devia exercer um fascínio inegável sobre os imperadores, os quais queriam e sentiam permanecerem, desse modo, ligados a um modelo insuperável. Essa fidelidade à tradição jurisprudencial se operava à margem do fato de que os poderes foram se concentrando, gradualmente, na pessoa do príncipe.

Autorizadamente, sustentou-se em doutrina, em particular referência aos rescritos e aos decretos, que “o príncipe se limitava, na maioria das vezes, a aplicar o direito vigente”, assumindo, em relação a esse, uma função de mera interpretação (entendendo-se nesta, também, inovação e criação).

De todo modo, é sempre evidente a preocupação de deixar intacto o núcleo tradicional dos princípios, ainda que introduzindo novas normas no âmbito do ordenamento jurídico vigente.

Os motivos que mais frequentemente fazem o imperador intervir no campo do direito – e que justificam sua intervenção – são motivos de equidade. Nesse caso, o soberano atua à base de um procedimento típico da jurisprudência, a  *fictio iuris*, que lhe permite, tecnicamente, aportar derrogações, ampliações, desvios de normas preexistentes, sem ab-rogá-las formalmente.<sup>386</sup>

Como se vê, a experiência romana de descoberta do direito como uma ordem normativa dotada de autonomia em relação à religião e à moral foi marcada por um longo processo de “sobreposição de diversos estratos jurídicos”:<sup>387</sup> a) *ius civile* – construído desde a *interpretatio* da Lei das Doze Tábuas; b) *ius honorarium* – acervo de julgamentos proferidos pela magistratura judicante romana; c) *iurisprudentia* – acervo de respostas a consultas ou obras de cunho “doutrinário” da autoria dos jurisconsultos; e d) legislação imperial. Daí Kunkel diferenciar direito honorário (resultado da

<sup>384</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. Notas revistas por Eric Desmons. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 70.

<sup>385</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito romano (ius romanum)*, v. I. Introdução. Fontes. 4ª ed. Coimbra: DisLivro, 1984, p. 216.

<sup>386</sup> CORRENTE SPANÓ, Dante D.. *Fuentes del derecho romano*. Buenos Aires: Pannedille, 1970, pp. 79-81. Tradução livre.

<sup>387</sup> KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução da 4ª edição alemã por Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1972, pp. 90-91.

atividade dos magistrados jurisdicionais, como os pretores urbano e peregrino),<sup>388</sup> direito dos juristas (resultado da atividade dos jurisconsultos)<sup>389</sup> e direito imperial (resultado do exercício do poder pelo imperador).<sup>390</sup> Esses diversos “estratos”, sem perda de suas peculiaridades, se entrecruzam, como consequência de “um crescimento natural, raramente turbado por uma planificação racional”.<sup>391</sup>

Fábio Cardoso Machado, ao ressaltar o caráter sapiencial da experiência jurídica na Roma antiga e na idade média, afirma que, nesta, “se preserva, novamente, um direito autônomo de índole jurisprudencial, e não político-estatal”, no qual se tem “um direito que não é posto por alguém, mas vai sendo forjado pelos juristas na procura de soluções para os problemas jurídicos”.<sup>392</sup> Ainda segundo Machado, esse direito existe ao lado de “um poder político despojado de toda vocação totalizante”, o qual “deixa fora de seu alcance potestativo todo um amplo espaço para a emergência de uma normatividade proveniente de baixo”.<sup>393</sup>

A esse respeito, Paolo Grossi afirma que “a postura do regime político medieval” se inclina a “uma relativa indiferença pelo jurídico”, pois “o detentor do poder não concebe o direito enquanto tal como objeto necessário de suas atenções e instrumento obrigatório de seu regime [...]”.<sup>394</sup> Diferente disso, “a atenção do monarca [...] está voltada sobretudo para aquela área do jurídico naturalmente vinculada ao exercício e à conservação do poder”, mas, “para todo o restante, é evidente uma relativa indiferença e, se preferirmos, o respeito implícito por outras fontes normativas”.<sup>395</sup>

Tal dinâmica de desenvolvimento do direito pela interrelação entre costume, atenção às soluções anteriormente ministradas e legislação, presente no direito romano, é por alguns vista como uma versão de *case law*.<sup>396</sup> Ela também aparecerá no direito inglês, a ponto de um romanista como Kunkel apontar uma analogia entre a contraposição *ius civile/ius honorarium* e a dicotomia *common*

<sup>388</sup> KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução da 4ª edição alemã por Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1972, pp. 93-104.

<sup>389</sup> KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução da 4ª edição alemã por Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1972, pp. 105-133.

<sup>390</sup> KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução da 4ª edição alemã por Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1972, pp. 134-141.

<sup>391</sup> KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução da 4ª edição alemã por Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1972, pp. 92-93.

<sup>392</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *O direito: entre o modelo político da lex e o paradigma sapiencial do ius*. Londrina, PR: Thoht, 2020, p. 31.

<sup>393</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *O direito: entre o modelo político da lex e o paradigma sapiencial do ius*. Londrina, PR: Thoht, 2020, p. 31.

<sup>394</sup> GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. Revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 61.

<sup>395</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>396</sup> Ainda que as conclusões do autor possam ser discutidas, a esse propósito, é imprescindível a leitura de ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Do case law romano ao common law: a origem obscurecida dos precedentes vinculantes*. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 26, n. 104, p. 171-193, out./dez. 2018.

*law/equity*.<sup>397</sup> Mais do que isso, essa estratificação do direito, ora com predomínio de uma, ora com predomínio de outra das forma de expressão ou fontes do direito, repete-se em várias experiências jurídicas ocidentais, o que levou Caenegem a diferenciar: *a)* direito dos legisladores; *b)* direito dos juízes; e *c)* direito dos professores.<sup>398</sup>

No entanto, a partir do século XIII, com o enfraquecimento do feudalismo e o início da formação dos Estados-nação (processo que culminará na ascensão das monarquias absolutistas),<sup>399</sup> começou a ser difundida a ideia segundo a qual caberia à potestade (à “autoridade” política) a criação ou a modificação de normas de conduta, por ato de vontade deliberado e irrestrito do governante.<sup>400</sup> Uma das propostas doutrinárias com esse teor se encontra no *Defensor Pacis*, de Marsílio de Pádua, em que José Pedro Galvão de Sousa identifica a origem remota das concepções modernas de soberania e de Estado.<sup>401</sup>

Nesse contexto, o poder das autoridades políticas de editar ordens para o comando da organização governamental passou a ser confundido com o poder de “criar” e “modificar” a “lei”, ou seja, de ditar as normas de conduta justa, em consonância com os propósitos e a vontade do soberano, com base na crença de que o “bom uso” da razão humana impõe o abandono da tradição, para a fundação de instituições inteiramente novas. Em outros termos, com a vitória do iluminismo revolucionário, o *ius* foi reduzido à *lex*.<sup>402</sup> Antes da vitória do racionalismo construtivista, na Europa continental, a escolástica tardia opôs-lhe resistência,<sup>403</sup> desenvolvendo, principalmente a partir da obra de Santo Tomás de Aquino, uma teoria clássica do direito natural. Mas essa linha tomista perderia espaço para as doutrinas racionalistas modernas, as quais se constituem em versões

---

<sup>397</sup> KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução da 4ª edição alemã por Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1972, p. 91.

<sup>398</sup> CAENEGEM, R. C. van. *Judges, legislators and professors: chapters in european legal history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, *passim*.

<sup>399</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016, p. 130-131.

<sup>400</sup> Há fortes indícios de que as raízes desse processo se encontram na reforma gregoriana, também apelidada de querela das investiduras, a partir da qual teria se desenvolvido o “novo Direito Canônico”, apontado por Harold J. Berman como o primeiro sistema jurídico moderno (BERMAN, Harold J. *Law and revolution: the formation of the western legal tradition*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1983, pp. 88 e ss).

<sup>401</sup> SOUSA, José Pedro Galvão. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado: um estudo sobre o Defensor Pacis* de Marsílio de Pádua. Tese apresentada ao concurso para professor titular de Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1972, p. 186 e ss.

<sup>402</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *O direito: entre o modelo político da lex e o paradigma sapiencial do ius*. Londrina, PR: Thoth, 2020, pp. 57-66.

<sup>403</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

corrompidas da autêntica concepção clássica, podendo ser melhor denominadas de jusracionalismo.<sup>404</sup>

Ilustrativamente, pode-se mencionar que, na França, em um intervalo de aproximadamente quinhentos anos, entre o início do século XIII e o final do século XVIII, os costumes ainda eram aplicados pelos tribunais, mas sob a influência de uma formação universitária que se debruçava sobre o direito romano, seus métodos e seu espírito.<sup>405</sup> Após a revolução francesa, no início do século XIX, sobreveio o fenômeno da codificação, voltado ao propósito de reformar e unificar costumes de acordo com “o sistema racional que as Universidades haviam elaborado”, com o que teve início “uma nova era na França, mediante a substituição das antigas compilações romanas, de um lado, e dos costumes, de outro, por um corpo de direito moderno, promulgado pelo legislador e fundado na razão”.<sup>406</sup>

Enquanto o racionalismo construtivista espalhava-se pela Europa continental sob a forma de jusracionalismo, a Inglaterra escapou, em alguma medida, a esse amplo movimento revolucionário. Nas palavras de Hayek, “o único país que conseguiu preservar a tradição da Idade Média e erigiu sobre as ‘liberdades’ medievais o conceito moderno de liberdade sob a égide do direito foi a Inglaterra”.<sup>407</sup> Por seu turno, desde uma perspectiva continental, Caenegem adverte para o risco de se exacerbar a percepção de continuidade no desenvolvimento do direito inglês, em meio à atmosfera conservadora do *establishment* jurídico da Inglaterra, mas reconhece que aí não sobrevieram “grandes catástrofes como aquela experimentada pela França no tempo da Revolução”.<sup>408</sup> Então, mesmo que o direito inglês tenha experimentado as suas próprias rupturas, é certo que nenhuma delas produziu efeitos tão profundos como aqueles da revolução francesa.

René David, porém, atribui a diferença entre o direito inglês e o direito francês à continuidade – que se verificou na Inglaterra, mas não na França – da aplicação dos costumes locais pelas instâncias judicantes tradicionais. Na Inglaterra, as cortes reais que substituíram essas instâncias locais, segundo David, “não foram, em teoria, durante muito tempo, mais que jurisdições de exceção e, por esse motivo, não puderam acolher o ‘sistema’ que o direito romano constituía”.<sup>409</sup> A competência das

---

<sup>404</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de. *Direito natural, direito positivo e estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 11 e ss., especialmente 13-14.

<sup>405</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão técnica e da revisão por Isabella Soares Micali. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 1.

<sup>406</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão técnica e da revisão por Isabella Soares Micali. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 2.

<sup>407</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>408</sup> CAENEGEM, R. C. van. *Judges, legislators and professors: chapters in european legal history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 6-7.

<sup>409</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão técnica e da revisão por Isabella Soares Micali. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 3. Para uma discussão acerca das influências diretas e indiretas do direito romano sobre o desenvolvimento do *common law*, conf. PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of*

cortes locais, inicialmente, era limitada às causas que envolvessem a coroa. O direito por elas aplicado era um direito público diverso dos costumes locais, que eram aplicados pelas instâncias judicantes tradicionais. Esse direito público das cortes reais era aplicável em todo o território do reino. Daí ter sido denominado *comune ley* ou *common law*. Paulatinamente, à medida em que os particulares levavam os casos às cortes reais, que se mostravam mais eficientes, estas ampliavam a própria competência, caso a caso, recorrendo, para tanto, a ficções jurídicas (por exemplo, admitindo causas de direito privado sob a firma imputações criminais).<sup>410</sup> Essas cortes reais elaboraram, então, “um novo direito, a *common law*, para cuja formação o direito romano desempenhou um papel muito limitado”.<sup>411</sup>

O que impediu a Inglaterra de ser devastada pela onda do iluminismo revolucionário, nas palavras de Hayek, “foi a tradição, profundamente arraigada, de um *common law* que não era concebido como produto de uma vontade, mas como um entrave a todo poder, inclusive o do rei [...]”.<sup>412</sup>

É a partir dessa chave que Hayek compreende o sucesso do arranjo institucional da Inglaterra, admirado por toda a Europa no século XVIII. Em suas palavras, “a liberdade dos britânicos [...] não foi [...] originalmente produto da separação dos poderes entre legislativo e executivo”.<sup>413</sup> Para esse autor, a superioridade das instituições políticas britânicas decorreu “do fato de as decisões dos tribunais serem regidas pelo *common law*”.<sup>414</sup> Isso porque o direito consuetudinário obedecido na Inglaterra era marcado por dois caracteres: era “um direito que existia independentemente da vontade de qualquer pessoa e que, ao mesmo tempo, se impunha aos tribunais independentes e era por eles desenvolvido”;<sup>415</sup> e, além disso, no contexto inglês, era “um direito em que o parlamento só raramente

---

*the common law*. 5ª ed. Boston: Little, Brown and Co., 1956, pp. 297 e seguintes. Publicado por Liberty Fund. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/plucknett-a-concise-history-of-the-common-law>.

<sup>410</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão técnica e da revisão por Isabella Soares Micali. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, pp. 4-5.

<sup>411</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão técnica e da revisão por Isabella Soares Micali. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 3. PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 5ª ed. Boston: Little, Brown and Co., 1956, parte 2, principalmente capítulos de 1 a 7. Publicado por Liberty Fund. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/plucknett-a-concise-history-of-the-common-law>.

<sup>412</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>413</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>414</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>415</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

interferia, fazendo-o geralmente apenas para aclarar pontos duvidosos no seio de um determinado corpo de leis”.<sup>416</sup> Com efeito, Matthew Hale explicou:

Esse *common law* – por mais que os usos, a prática e as decisões das cortes de justiça do rei o possam expor e evidenciar, ilustrando-o e explanando-o – não pode ser alterado ou modificado de modo autoritativo, a não ser por ato do Parlamento.<sup>417</sup>

Com base nessas observações, Hayek afirma que havia uma separação de poderes na Inglaterra “não porque somente o poder legislativo fazia leis, mas porque este não as fazia”.<sup>418</sup> Ao contrário, o direito era estabelecido por “tribunais independentes do poder que organizava e dirigia o governo, a saber, o poder daquilo que, na Inglaterra, era erroneamente chamado ‘*legislature*’”.<sup>419</sup>

Nada obstante, a Inglaterra não ficou inteiramente imune às transformações que propiciaram a consolidação da modernidade como o paradigma da *lex*, marcado pela captura de todo o fenômeno jurídico pelo Estado. Mesmo tendo sofrido em menor grau a influência do racionalismo construtivista, devido às circunstâncias sócio-políticas que marcaram o seu peculiar percurso histórico, a Inglaterra também foi palco da pretensão governamental de assenhorear-se do direito, reduzindo-o à legislação, a fim de utilizá-la como instrumento do poder político. Sem embargo do título de berço do constitucionalismo, a experiência jurídica inglesa não escapou aos influxos do pensamento político moderno – antes foi um dos seus epicentros, pela consolidação da doutrina da soberania do parlamento.<sup>420</sup>

Ademais, a noção de vinculação obrigatória a certas decisões proferidas por órgãos de cúpula somente surgiu muito recentemente na própria Inglaterra (ao final do século XIX). Mesmo ali, a adoção do *stare decisis* se fundamentou não nas diferenças em relação à tradição romano-germânica, mas na constatação da importância desse mecanismo para a garantia da liberdade, da segurança jurídica e da igualdade perante o Direito.<sup>421</sup>

---

<sup>416</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>417</sup> HALE, Matthew. *The history of the common law of England*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1971, p. 18. Tradução livre.

<sup>418</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>419</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>420</sup> A propósito, conf. subseção 2.1.2, *supra*.

<sup>421</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 28. Livro digital formato *Kindle*. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 23.

Por isso, não se pode incorrer no equívoco de se presumir uma inadequação do *stare decisis* com a tradição romano-germânica, a partir da simples identificação de problemas decorrentes do recurso precário à metodologia própria da aplicação de razões de decidir (por exemplo, o emprego de enunciados de súmulas ou de “teses de repetitivos” sem o devido cotejo analítico entre os casos originários e o caso em julgamento).<sup>422</sup>

Esses vícios metodológicos devem ser objeto de detida atenção por parte da academia, mas não são suficientes para demonstrar que a aplicação de precedentes é inviável no Brasil. Não se pode menosprezar a importância universal dos precedentes para a experiência jurídica, ao argumento de que se pretende implementar “um *Common Law* à brasileira”,<sup>423</sup> não apenas porque a promoção da segurança jurídica corresponde a postulado que, por óbvio, também norteia o *civil law*, mas também porque a observância das razões de decidir adotadas na solução de casos anteriores não é exclusividade da tradição anglo-saxã.

Por isso, não se sustentam as propostas teóricas segundo as quais a observância da *ratio decidendi* de certas decisões deriva, no ordenamento jurídico brasileiro, de previsão legal, e, por isso, seria necessário, consoante diferenças textuais, escalonar a eficácia vinculante das razões de decidir conforme a via processual em que efetuado o julgamento.<sup>424</sup>

Na realidade, o problema relativo à identificação das características de precedentes vinculantes não se coloca exclusivamente em sistemas jurídicos filiados à tradição do *common law*. Ao contrário, esse problema suscita questões universais relacionadas à limitação do poder, revestidas da maior importância para quem se preocupa com o seu exercício imoderado<sup>425</sup>, ainda mais se o abuso do poder se faz a pretexto de realização de um programa político.<sup>426</sup>

Para a resolução dessa questão, a obra de Hayek fornece os primeiros subsídios elementares. Os indivíduos que participam de uma determinada comunidade adotam condutas, uns em relação aos

---

<sup>422</sup> Aliás, há décadas a jurisprudência vem ampliando a sua importância na experiência jurídica brasileira. A esse respeito, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro digital em formato ePub. Acesso em 29 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>423</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 9.

<sup>424</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 405.

<sup>425</sup> Neil MacCormick e Robert S. Summers ressaltam que “aplicar lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro é um componente básico da razão prática humana”. Conf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction, in MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016. Livro digital formato Kindle. Acesso em: 30 de novembro de 2020. Sem paginação.

<sup>426</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 24: “Para que se alcance, contudo, efetiva domesticação do poder, importa resolver um problema central que está presente em qualquer ordem jurídica – *como se dá a vinculação ao Direito?* E mais especificamente: *como as decisões judiciais são formadas e com que conteúdo são prolatadas?* Não pode causar espanto, aliás, o fato de justamente esses dois problemas constituírem verdadeiro programa da teoria do direito e da filosofia jurídica em sociedades fortemente empenhadas na proteção da liberdade individual – a ponto desses [*sic*] problemas serem caracterizados ‘*quase como uma obsessão*’, cuja força chegou mesmo a ‘*eclipsar*’ as demais questões.”

outros, à luz do conhecimento que eles têm das “práticas gerais sobre as quais assenta a ordem de ações vigente”.<sup>427</sup> Os indivíduos reconhecem como exigíveis certas condutas, em cada situação concreta, bem como possíveis consequências para a hipótese de assumirem condutas diversas da exigível. Isso se passa ainda que as partes não tenham o conhecimento das fórmulas linguísticas pelas quais se expressam as normas que permitem, proíbem ou obrigam a certas condutas.

É dentro desse contexto que cada uma das partes age com vistas a seus próprios fins, avaliando por conta própria o cenário, com um grau de especificidade que nenhuma autoridade jamais foi capaz de antever. Assim, os sujeitos de uma relação formam expectativas comuns, que podem vir a ser frustradas. Em caso de conflito, incumbirá ao juiz, ao decidir, “informar às partes o que deveria ter norteado suas expectativas, [...] porque esse era o costume assente, de que elas deveriam ter conhecimento”.<sup>428</sup>

No desempenho da função de julgar um caso concreto, não compete ao juiz efetuar um exame moral de qual seria a conduta valiosa a ser adotada pelas partes, ou se o comportamento das partes “serviu a determinado resultado desejado por uma autoridade”. Ao contrário, o ofício do juiz consiste em verificar “apenas se a conduta em questão se conformou a normas reconhecidas”.<sup>429</sup> O exercício da atividade de julgamento se circunscreve à verificação sobre as “normas que se poderia esperar que os indivíduos levassem em conta”<sup>430</sup>, não sendo dado à autoridade julgadora extrapolar esses limites para verificar se a conduta assumida fomenta ou promove o propósito específico que alguém pudesse considerar bom, útil, necessário ou conforme a “vontade do povo”, muito menos “os desejos de um governante ou ‘razões de Estado’”.<sup>431</sup> Preocupado especificamente com o problema da usurpação da função legislativa, Hayek adverte que ao juiz não pertence a prerrogativa de decidir sob a invocação do suposto “conhecimento do que o conjunto da sociedade requer em um dado momento”, mas tem o dever de julgar em conformidade com “o que é exigido pelos princípios gerais em que se fundamenta a ordem vigente da sociedade.”<sup>432</sup>

Por isso, se faz necessária a boa compreensão do significado da formação de precedentes e do desenvolvimento do *case law*, bem como os limites dentro dos quais esse poder pode ser exercido,

---

<sup>427</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 4. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 27 de novembro de 2020. Não paginado.

<sup>428</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003, v. 1, capítulo 5. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 11 de julho de 2021. Não paginado.

<sup>429</sup> *Idem, ibidem*, v. 1, capítulo 5. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 11 de julho de 2021. Não paginado.

<sup>430</sup> *Idem, ibidem*, v. 1, capítulo 5. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 11 de julho de 2021. Não paginado.

<sup>431</sup> *Idem, ibidem*, v. 1, capítulo 5. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 11 de julho de 2021. Não paginado.

<sup>432</sup> *Idem, ibidem*, v. 1, capítulo 5. Livro digital formato *Kindle*. Acesso em: 11 de julho de 2021. Não paginado.



sob pena de o *stare decisis* ser apropriado como um instrumento para a implantação de um “positivismo judicial de cúpula”, como bem adverte Juraci Mourão Lopes Filho.<sup>433</sup>

Por um lado, a defesa da observância de precedentes no Brasil, longe de ser mera tentativa de transplante<sup>434</sup> de uma experiência jurídica (ou, em tom pejorativo, uma “commonlização”), pode, se bem compreendida, corresponder ao resgate de uma prática atávica do direito, estreitamente relacionada com a limitação do poder de julgar e, portanto, ao estabelecimento de barreiras contra abusos.

Por outro, a definição de “teses” por órgãos jurisdicionais de cúpula não pode ser convertida em método de legiferação judiciária,<sup>435</sup> pelo qual se busca a imposição arbitrária de programas políticos, sem o indispensável lastro democrático, escapando aos mecanismos de controle do poder, proporcionados pelo governo representativo, para usurpar as funções legislativa e executiva, as quais somente podem ser exercidas, via de regra, por representantes eleitos do povo, como determinam os arts. 1º, parágrafo único, e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O contrário significa aceitar que o poder jurisdicional seja desnaturado como o *locus* do jurídico, para passar a funcionar como a sede do político. Como demonstrou Fábio Cardoso Machado, o direito há de se constituir como uma ordem de validade autônoma, que incorpora um saber (igualmente autônomo) de natureza prático-prudencial. Esse não é “um saber que provém de critérios gerais e abstratos, mas um saber que pode e deve, não obstante, precipitar-se em princípios e regras”.<sup>436</sup>

Sob essa perspectiva, a atividade jurisdicional é “prática judicativa” desenvolvida com vistas à “justa solução de casos concretos”, mas não “à realização de objetivos ou projetos político-sociais”, de tal maneira que a ela se dirige a exigência “no sentido de que, em cumprimento à intenção do direito, se preocupe apenas com o que é concretamente justo, e renuncie a quaisquer intenções político-sociais”.<sup>437</sup>

---

<sup>433</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 152.

<sup>434</sup> Em trabalho de fôlego, Lucas Buril de Macêdo defende a possibilidade de “circulação de tecnologia jurídica entre sistemas de diferentes tradições”. Conf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 66. Embora pareça acertada essa afirmação, há um certo desvio de perspectiva em encarar como um “transplante” o emprego de precedentes vinculantes nos sistemas jurídicos filiados à tradição romano-germânica. Esse fenômeno pode ser melhor designado como o resgate de uma prática atávica do direito.

<sup>435</sup> Eduardo José da Fonseca Costa demonstrou que a legiferação judiciária praticada a pretexto da ocorrência de exercício anêmico de uma função típica pela respectivo Poder é excepcional e somente pode ocorrer nas hipóteses previstas em regras constitucionais claras, objetivas e expressas. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A (in)justificabilidade normativa da legiferação judiciária, in *Processo e garantia*, vol. I. Londrina-PR: Thoth, 2021, pp. 307-309).

<sup>436</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 428.

<sup>437</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 429.

À luz dessa noção sobre o poder jurisdicional, concebe-se o precedente como a solução de um problema jurídico concreto, que se integra ao acervo de conhecimento jurídico e pode ser mobilizada pelo jurista, como unidade de experiência passada, para que sirva de indicativo daquilo “que é concretamente devido às partes no caso atual”.<sup>438</sup>

---

<sup>438</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, p. 428.

#### 4 PRECEDENTES E LEGISLAÇÃO JUDICIAL

Realizada essa sumarização dos modelos mais influentes do constitucionalismo moderno, evidenciou-se que os conceitos políticos da modernidade despojaram o direito da sua autonomia, ou seja, fizeram dele um instrumento do poder, ao reduzi-lo à lei, compreendida como a vontade da potestade (tratada como “autoridade” política). Em uma tal situação, o direito já não representa limite ao poder, mas apenas serve aos propósitos deste, como normatividade que lhe é subordinada. Com Castanheira Neves, pode-se afirmar que “[o] Estado-de-Direito converteu-se num espaço institucional em que o político tem a última palavra e o direito, simples dele instrumento, deixou de ser a sua medida”.<sup>439</sup>

Ainda assim, a antiguidade legou à modernidade pelo menos dois postulados, que foram recepcionados pelas experiências inglesa e norte-americana. São eles: o governo das leis (em oposição ao governo dos homens) e o governo moderado. Quanto a este último, é corrente o pensamento de que ele pode assumir as mais diversas formas, e compete a cada comunidade política conformar as suas instituições do modo mais engenhoso possível, com vistas ao propósito de limitar o poder, conter o arbítrio, prevenir e reprimir abusos. Nada obstante, apenas sob a perspectiva do governo das leis faz sentido pensar em governo moderado, pois aquele se constitui em uma *conditio sine qua non* deste.

Tal como recepcionado pela modernidade, o postulado do governo das leis encontra o seu cerne na divisão entre legislação e execução. Por um lado, a generalidade e a abstração, que são exigidas da lei como suas características essenciais, protegem o cidadão do arbítrio do legislador. Por outro, o imperativo de submissão à lei – que se dirige, em primeiro lugar, a todos os incumbidos da sua execução, seja no desempenho de função administrativa, seja no desempenho de função judicante – protege o cidadão do arbítrio do aplicador da lei, inclusive do juiz. Assim, o governo das leis – *rule of law* ou estado de direito – implica o reconhecimento de uma divisão clara entre a função legislativa (ou função normativa, como preferem outros) e a função jurisdicional. A essa divisão de funções deve corresponder, também, o cometimento do exercício de cada uma delas, como regra, a órgãos separados e a agentes distintos.

Isso não pode ser relativizado com base na observação de que todos os agentes do estado se comportam, simultaneamente, como produtores e como aplicadores de normas. O que releva é que as normas aplicadas e produzidas por autoridades legislativas e por autoridades judicantes sejam

---

<sup>439</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo. In MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (organizadoras). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 20.

distintas em duas diferentes dimensões: *a)* a dimensão generalidade-individualidade; e *b)* a dimensão abstração-concreção. Isso significa dizer que, com efeito, o legislador aplica as normas que regem o processo legislativo e, ao fazê-lo, produz outras normas jurídicas. Sem embargo, o legislador não está autorizado, pela essência da sua função, a dispor da esfera jurídica das pessoas de modo individualizado e concreto, lançando mão de um casuísmo arbitrário.

Pela mesma razão, o juiz, sendo o responsável por emitir normas individuais, para a regência de casos concretos, está proibido, nessa atividade casuística, de criar os seus próprios critérios, para além daqueles impostos por outros agentes de poder: ou seja, aqueles que advêm da lei, de precedentes e do costume. Ou seja, é claro que a autoridade judicante não apenas aplica normas, pois, ao fazê-lo, cria outras. A diferença reside no seguinte: a autoridade judicante aplica normas gerais e abstratas por ela não concebidas; ao fazê-lo, emite normas individuais e concretas, que devem guardar observância estrita àquelas normas gerais e abstratas que o juiz tem de aplicar.

Para além disso, é preciso sublinhar que, em um estado democrático de direito, a função legislativa e a função jurisdicional excluem-se reciprocamente do campo próprio de atuação de cada qual, porque, enquanto aquela se refere também à política, esta se refere tão-somente ao direito. Nesse sentido, esta é a conclusão de Castanheira Neves:

- 1) primeiro, que aquelas duas funções [legislativa e jurisdicional], pelo sentido e lugar que tomam nesse sistema, são entre si incompatíveis – e isto no sentido de que reciprocamente se excluem nos campos funcionais, já que se a índole da normatividade própria da função legislativa exclui que esta função possa ser assumida pela função jurisdicional, por seu lado a função jurisdicional se refere ao direito e realiza-o como intenção e de modo que exclui dela a intenção e o modo da função legislativa;
- 2) segundo, que a função jurisdicional, caso não respeito esta diferença que a distingue da função legislativa, não só ultrapassa os limites da sua legitimidade, como compromete a sua específica função política no sistema político – pois assumiria um modo normativo que, sendo a forma jurídica da prescrição jurídico-política, a projectaria no domínio (ou na possibilidade) da decisão política, em contradição assim com a sua legitimidade e a sua intenção específicas de juízo jurídico [...].<sup>440</sup>

Em outras palavras, ainda que não se possa negar à atividade jurisdicional um certo carácter criativo, na medida em que consiste justamente na emissão de normas individuais e concretas, é crucial, para a manutenção de um estado de direito, recordar que essa criatividade é essencialmente limitada. Nessa linha, convém recordar a constatação de Mauro Cappelletti:

Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete – que não podem, assim, anular de todo a que denominarei a sua imprescindível *necessidade de ser livre*, e portanto a sua *criatividade e responsabilidade* –, também é

---

<sup>440</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos supremos tribunais*. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra, 2014, pp. 616-617.

verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar a sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na “equidade” ou em análogos e vagos critérios de valoração.<sup>441</sup>

A atividade judicante é muito complexa e, por isso, exige do julgador um elevado grau de criatividade, para que possa conceber, a partir de normas gerais e abstratas, as normas individuais e concretas reclamadas pelo caso deduzido em juízo. Ainda assim, sob o governo das leis, órgão jurisdicional algum está autorizado a substituir nem a suspender todo o material normativo,<sup>442</sup> dotado de generalidade e abstração, produzido pelos agentes de poder competentes, pelo uso da sua própria razão. Por virtuosas que sejam as intenções nas quais se inspira e por sofisticado que seja o raciocínio empregado pelo julgador para fundamentar a decisão do caso, em um estado de direito, a autoridade judicante já não estará no legítimo exercício da função jurisdicional se não se restringir à observância de normas que, sendo-lhe exógenas, constriam ou comprimam a sua margem de criatividade decisória.

Nessa perspectiva, Antonin Scalia recorda, invocando Tom Paine e Aristóteles, a existência de uma tensão entre *rule of law*, ou estado de direito, e a discricionariedade pessoal para fazer justiça. Nessa tensão, assevera Scalia, o governo das leis tem a prevalência em um regime democrático:

Em um sistema democrático, é claro, o Estado de direito geral tem direito especial à preferência, uma vez que é o produto normal daquele ramo do governo que mais responde ao povo. Autoridades do Executivo e juízes tratam de casos individuais; a legislatura generaliza. Estatutos que são vistos como estabelecendo regras de clareza e precisão inadequadas são criticados, por conta disso, como antidemocráticos – e, ao extremo, inconstitucionais – porque deixam muito a ser decidido por outras pessoas que não os representantes do povo.<sup>443</sup>

Pelo mesmo fundamento, nenhuma autoridade judiciária pode tomar a inexistência de legislação como um campo aberto à criação de regras gerais e abstratas, que a sua criatividade possa conceber, a partir de “princípios”, entendidos segundo a construção doutrinária do momento (por exemplo, como mandados de otimização). Ter-se-ia, na melhor das hipóteses, um governo de filósofos, mas, ainda assim, um governo dos homens, e não um governo das leis. Por isso, o *rule of law* impõe, como um de seus consectários, o reconhecimento do que Cappelletti denomina “essencial

<sup>441</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 25 (itálico reproduzido do texto original).

<sup>442</sup> Vale recordar que Georges Abboud define o ativismo judicial precisamente como a suspensão, pelo julgador, do que denomina de “pré-compromissos democráticos (Constituição e leis)”, para substituí-los “por sua subjetividade/discricionariedade” (ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters Proview, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v5/page/RB-10.2>).

<sup>443</sup> SCALIA, Antonin. *O essencial de Scalia: sobre a constituição, os tribunais e o estado de direito*. Editado por Jeffrey S. Sutton e Edward Whelan. Prefácio de Elena Kagan. Tradução de Amauri Saad. 1ª ed. Londrina: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2021, p. 39.

diferença entre os processos legislativo e jurisdicional”.<sup>444</sup> É quanto aos aspectos em que residem as diferenças entre jurisdição e legislação que se estabelece a controvérsia. Para o renomado processualista e comparatista italiano, “o que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal [ser] um tribunal, não é a sua falta de criatividade”,<sup>445</sup> ou seja, não é “a sua passividade no plano substancial”,<sup>446</sup> mas “a sua passividade no plano processual”,<sup>447</sup> a qual, por sua vez, se revela nas seguintes características:

*a*) a conexão da sua atividade decisória com os “*cases and controversies*” e, por isso, com as *partes* de tais casos concretos, e *b*) a atitude de *imparcialidade* do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re sua*, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (“*fair hearing*”), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos “poderes políticos”.<sup>448</sup>

Ainda segundo Cappelletti, outra dessas “virtudes passivas” ou “limites processuais”, que servem para discernir entre jurisdição e legislação, seria a regra (derivada das duas características já assinaladas) segundo a qual a função jurisdicional somente se exerce após o regular exercício do direito de ação (*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*, ou, ainda, *nemo iudex sine actore*). Trata-se, na realidade, do princípio da demanda ou princípio dispositivo, a partir do qual se demarcam os limites objetivos e subjetivos da relação jurídica processual, a que se adstringe o exercício da função jurisdicional.

Tais virtudes passivas, como limites processuais que servem para caracterizar a jurisdição, realmente são necessárias para diferenciar, com acurácia, as funções jurisdicional e legislativa. Não são, porém, suficientes. A separar as duas funções, há uma “diferença exclusiva”, a qual se estabelece não apenas pelo modo de atuação do legislador e do julgador, como pensa Cappelletti. Para além disso, essa “diferença exclusiva” existente entre a jurisdição e a legislação revela-se, também, sob outros dois aspectos, a saber: *a*) na dimensão axiológica; e *b*) pela intenção que orienta cada uma dessas funções. Nas palavras de Castanheira Neves,

1) As duas funções estão, na verdade, entre si numa diferença exclusiva: *a*) pela *dimensão axiológica* – uma (a função legislativa) perspectiva os valores comunitários por um fim

---

<sup>444</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 74.

<sup>445</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 74.

<sup>446</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 74.

<sup>447</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 75.

<sup>448</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 75.

estratégico particular (perspectiva política dos valores comunitários); a outra (a função jurisdicional) assume a universalidade desses valores na resolução dos problemas jurídicos que solicitam uma sua manifestação concreta (assunção jurídica dos valores comunitários); b) pela *intenção* – a legislação tem uma intenção jurídico-política: traduz-se em prescritivos actos políticos com pressupostos e condições jurídicas; a jurisdição tem uma intenção apenas jurídica, uma intenção ao direito com vista à sua autónoma afirmação e realização; c) pelo *modo* – aquela primeira função actua mediante decisões prescritivo-programáticas, i. é, através de decisões optativas que se exprimem numa positiva prescrição programática; a outra função actua mediante decisões problemático-judicativas, e assim mediante juízos em que se exprime a ponderação axiológico-normativa que dê solução de validade a uma controvérsia histórico-social.

2) Depois, a jurisdição que exerça a função legislativa participa, assim, de uma função para que não tem legitimidade – não está preparada para ela, nem pode ter dela responsabilidade – e, além disso, faz seu um modo que, pela sua índole jurídico-política, lhe deve ser hoje completamente alheio, se quiser manter-se fiel ao sentido político da sua função jurídica no sistema político-jurídico. Transgredindo nesses termos os limites da sua legitimidade e a sua essência funcional, a função jurisdicional prejudica a sua própria função política no actual sistema político, já que esta sua função exige-lhe que se distancie da intenção política, própria da função legislativa, numa autónoma e politicamente descomprometida intenção só ao direito. Pelo que, o exercício da função legislativa pela função jurisdicional, e como quer que esse exercício se realize, não é só um erro funcional – imputando-lhe uma função que é contrária à sua dimensão axiológica, à sua intenção normativa e ao seu modo jurídico –, é também uma inconveniência política: comprometendo-se de qualquer forma que seja na função legislativa, a função jurisdicional ver-se-á, nessa mesma medida, comprometida com a índole política que hoje é essencial àquela outra função, quando o que lhe cumpre e a sua independência exige é que seja politicamente descomprometida perante a legislação, no sentido que vimos.<sup>449</sup>

Nesses termos, a separação entre a função legislativa e a função jurisdicional é uma decorrência inevitável do postulado do governo das leis, do *rule of law*, do estado de direito. Não se trata de uma concepção arbitrária, que responda a uma engenharia institucional possível no quadro do estado de direito. Ao contrário, a separação entre as funções legislativa e jurisdicional é um elemento indispensável, cuja ausência implica a inexistência de governo das leis, o qual, a seu turno, constitui uma aquisição da experiência humana no campo jurídico, que resguarda o ser humano do abuso de poder.

Assim como a distinção e a separação entre as funções legislativa e jurisdicional, a observância a precedentes é uma exigência imposta pelo governo das leis,<sup>450</sup> em suas múltiplas dimensões, inclusive igualdade perante a lei (isonomia) e segurança jurídica, traduzida nas exigências

<sup>449</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos supremos tribunais*. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra, 2014, pp. 617-618.

<sup>450</sup> A propósito, a Suprema Corte dos Estados Unidos já afirmou que “o *rule of law* depende, em larga medida, da aderência à doutrina do *stare decisis*” [Welch v. Texas Department of Highways and Public Transportation 483 U.S. 468, 479 (1987)]. Jeremy Waldron discorda dessa assertiva e defende que, ao contrário, o *rule of law* impõe ao *stare decisis* exigências em camadas, que denomina de princípios da constância, da generalidade, da responsabilidade institucional e da fidelidade (WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. *NYU School of Law, Public Law Research Paper* n. 11-75, 11 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1942557> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1942557>. Acessado em 19 de dezembro de 2022).

de cognoscibilidade,<sup>451</sup> confiabilidade,<sup>452</sup> calculabilidade.<sup>453</sup> Tal imperativo garante o jurisdicionado contra o arbítrio judicial, assegurando que a problemas jurídicos similares serão ministradas soluções juridicamente equivalentes. Nesse sentido, Blackstone ressaltava que a solução dos casos não pode derivar do juízo particular da autoridade competente, mas das regras permanentes, declaradas e conhecidas antes dos fatos em julgamento, as quais não podem oscilar conforme idiosincrasias do julgador:

Pois é uma regra estabelecida obedecer a precedentes anteriores, onde os mesmos pontos voltam a surgir em litígio; também para manter a balança da justiça uniforme e estável, e não sujeita a vacilar com a opinião de cada novo juiz; como também porque a lei naquele caso foi solenemente declarada e determinada, o que antes era incerto e talvez indiferente, agora se tornou uma regra permanente, que não está no coração de nenhum juiz subsequente alterar ou variar, de acordo com seus sentimentos privados: ele jurou determinar, não de acordo com seu próprio julgamento particular, mas de acordo com as leis e costumes conhecidos da terra; não delegado para pronunciar uma nova lei, mas para manter e expor o antigo.<sup>454</sup>

Em um estado de direito, os cidadãos devem ter a confiança na função jurisdicional e, para tanto, é imprescindível que as decisões judiciais não sejam arbitrárias, nem baseadas em preferências pessoais, mas que se insiram dentro de limites,<sup>455</sup> impostos tanto pela legislação (por exemplo, lei e atos regulamentares editados pelos órgãos políticos competentes) como pelo direito – compreendido,

---

<sup>451</sup> “Cognoscibilidade significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual, de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 699).

<sup>452</sup> “A confiabilidade significa o estado ideal em que o cidadão pode saber quais são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando, dessa forma, que os seus direitos sejam frustrados. Essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem, o que depende da existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 699).

<sup>453</sup> “A calculabilidade significa o estado ideal em que o cidadão pode saber como e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que aquele seja surpreendido. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã, o que só ocorre se o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis, heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios e alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem, controversos ou incontroversos, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 700).

<sup>454</sup> “For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation; as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge’s opinion; as also because the law in that case being solemnly declared and determined, what before was uncertain, and perhaps indifferent, is now become a permanent rule, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments: he being sworn to determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one.” (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*, v. I: of the rights of persons. The Oxford edition of Blackstone. Organização geral por Wilfrid Prest. Organização do livro por David Lemmings. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 52).

<sup>455</sup> GARNER, Bryan A. *et al. The law of judicial precedent*. Saint Paul, Minnesota: Thomson Reuters, 2016, p. 21.



no sentido resgatado por Hayek, de uma ordem normativa que se desenvolve espontaneamente, mediante, entre outros fatores, a composição de um acervo de soluções judicativas, as quais vão se acumulando e sendo aperfeiçoadas ao longo do tempo, não pela virtude de uma ação planejada, mas pelos esforços descentralizados, empreendidos pulverizadamente no julgamento de uma imensa variedade de casos. Por isso, não está de modo algum equivocada a noção de que pesa sobre as autoridades públicas um dever de observância, ou seja, de obediência a soluções ministradas anteriormente a casos similares.<sup>456</sup> Ainda assim, impõe-se identificar, no campo conceitual, as características dos precedentes vinculantes, verificando se a sua formação se distingue da emissão de enunciados prescritivos gerais e abstratos, para, no mesmo passo, indicar os limites que o princípio da separação de poderes, impõe ao exercício do poder jurisdicional na formação de precedentes vinculantes quanto ao grau de incremento normativo.

#### 4.1 O PODER JURISDICIONAL COMO A PROTEÇÃO DO *NOMOS* CONTRA OS EXCESSOS DA *THESIS*<sup>457</sup>

A fé metastática, ou seja, a crença na possibilidade de modificação da estrutura da realidade pelo ser humano,<sup>458</sup> característica da filosofia política da modernidade, tem como uma de suas recentes manifestações dois deslocamentos estratégicos, ambos artificiais e levados a efeitos por meio de expedientes retóricos, com os quais se acredita transformar a essência de instituições sociais. Pelo primeiro deles, a matriz do fenômeno jurídico é deslocada da lei para a constituição, compreendida esta como lei de estatura hierárquica superior. Nesse deslocamento, tem-se o câmbio – para alguns dotado de significância real – do estado legislativo para o estado constitucional, como já discutido na seção 3.1, *supra*. Entretanto, essa mudança é ilusória, porque o direito permanece ainda reduzido a instrumento da política, como esclarece Castanheira Neves:

O Estado-de-Direito converteu-se num espaço institucional em que o político tem a última palavra e o direito, simples dele instrumento, deixou de ser a sua medida. E se se considerar que hoje, menos que o Estado-de-Direito, importa sobretudo referir o Estado-de-Constituição e numa evolução também daquele para este, com ter-se volvido à constituição o último horizonte e o fundamento decisivo do sistema político-jurídico, só ilusoriamente as coisas se

<sup>456</sup> “O objeto é assegurar que a mesma decisão seja ministrada aos mesmos fatos. No *case-law* inglês, esse objeto é alcançado pelo que parecem ser os meios mais óbvios e diretos, nomeadamente, uma compreensão de que os tribunais devem seguir a autoridade das decisões conferidas a fatos similares. Tradução do seguinte excerto: “The object is to ensure the same decision being given on the same facts. In English case-law this object is attained by what seem the most obvious and direct means, namely, an understanding that the court shall follow the authority of decisions formerly given on similar facts”. (POLLOCK, Frederick. *Essays in jurisprudence and ethics*. London: Macmillan, 1882, p. 240).

<sup>457</sup> Mais uma vez, o título desta subseção foi sugerido pelo Professor Doutor Nelson Juliano Cardoso Matos, durante a sessão de defesa desta dissertação.

<sup>458</sup> Conf. seção 2.3.

alteram, antes se confirmam e mesmo se agravam, já que com ser a constituição simplesmente o ‘estatuto jurídico do político’, [...] irrecusavelmente por isso mesmo o político se afirma como o decisivo, como o *constituens* material da global *praxis* social, e o jurídico constitucional não mais do que o normalizador, a ‘norma’ em sentido foucaultiano, do político – do político afinal e mais uma vez como a última e determinante referência regulativa.<sup>459</sup>

Ao mesmo tempo, em um segundo movimento, a sede do político é trasladada dos parlamentos para os tribunais, já desnaturados em órgãos político-legislativos, e não jurisdicionais. Com isso, se estabelece uma situação de “supremacia”<sup>460</sup> do judiciário, que foi descrita por Ran Hirschl como “juristocracia”. Ao examinar as “revoluções constitucionais” ocorridas no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia e na África do Sul,<sup>461</sup> o referido autor não apenas tenta descrever as causas que levaram ao estabelecimento da juristocracia, mas também se põe a avaliar a eficácia dessa situação para o objetivo de implementação de uma agenda progressista, em relação à qual o autor não esconde a sua preferência.<sup>462</sup>

Após descrever o que denomina de “revoluções constitucionais” ocorridas naqueles quatro países, Hirschl atribui o estabelecimento da juristocracia, primordialmente, ao fenômeno que denomina de “constitucionalização”, consistente na adoção de declarações de direitos explícita ou implicitamente dotadas de superioridade hierárquica em relação às leis ordinárias, associado à implantação de mecanismos de *judicial review*, ou seja, de controle da constitucionalidade de atos legislativos por órgãos integrantes do Poder Judiciário ou com funcionamento típico de órgão judicante. Em outras palavras, para Hirschl, a juristocracia é o resultado da adoção de leis escritas que, por serem dotadas de supremacia hierárquica dentro do ordenamento jurídico, passam a ser empregadas como parâmetro para o controle da validade das leis editadas por órgãos parlamentares, compostos por representantes eleitos.<sup>463</sup> Ao investigar as teorias que buscam explicar as origens políticas do fenômeno que denomina de constitucionalização, Hirschl agrupou as diversas propostas descritivas em três diferentes blocos, que podem ser assim sintetizados:

a) teorias evolucionistas – buscam explicar a adoção de declarações de direitos pela valorização dos direitos humanos e da democracia no segundo pós-guerra, assim como pelos esforços

<sup>459</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo. In MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (organizadoras). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 20.

<sup>460</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010, p. 5 a 43.

<sup>461</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

<sup>462</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, pp. 29-51.

<sup>463</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, pp. 53-73.

de minorias organizadas para se protegerem de caprichos da maioria e para interferirem na formulação de políticas públicas;

b) teorias funcionalistas – explicam a transferência de poder ao Judiciário como uma alternativa para um sistema político fragmentado, marcado por polarização e, portanto, travado;

c) modelos econômicos institucionalistas – descrevem o fortalecimento do Judiciário como uma mudança institucional que se implementa na busca por maior segurança jurídica e estabilidade institucional, necessárias a um ambiente propício ao crescimento econômico sustentável.<sup>464</sup>

No entanto, para Hirschl, todas essas teorias descritivas são insuficientes. Por isso, ele propõe uma “abordagem estratégica”, para formular “a tese da preservação hegemônica”. Nas palavras do referido autor, “uma abordagem estratégica realista sobre o fortalecimento judicial concentra-se nos incentivos egoísticos dos vários detentores do poder político para a deferência ao poder judiciário.”<sup>465</sup> Essa abordagem está baseada em “quatro hipóteses preliminares”:

- a) a constitucionalização e o conseqüente fortalecimento do poder judiciário se desenrolam como consequência do contexto de lutas sociais, políticas e econômicas concretas;
- b) o estudo das origens políticas da constitucionalização deve considerar “eventos que não ocorreram e a motivação dos detentores do poder político para não se comportarem de certas maneiras”,<sup>466</sup>
- c) agentes políticos, econômicos e judiciais proeminentes tendem a dar suporte a estruturas institucionais que lhes sejam mais benéficas, assim como as instituições políticas e jurídicas privilegiam certos grupos e indivíduos em detrimento de outros, produzindo, assim, “efeitos distributivos diferenciais”;
- d) as instâncias políticas “majoritárias” (Poderes Legislativo e Executivo) promovem uma “autolimitação voluntária”, mediante a transferência de poder para o Judiciário, ainda que as constituições e a revisão judicial limitem a flexibilidade institucional dos formuladores de políticas públicas, os quais apenas aparentemente são contrariados, pois as autoridades judiciais não detêm controle sobre o orçamento público nem poder de execução independente.<sup>467</sup>

---

<sup>464</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, pp. 75-87.

<sup>465</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, pp. 87-88.

<sup>466</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 88.

<sup>467</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 88.

Ao articular essas quatro hipóteses, Hirschl sintetiza a tese da preservação hegemônica nos seguintes termos:

Salvo prova em contrário, a explicação mais plausível para o fortalecimento, voluntário e auto-imposto, do poder judicial é, portanto, que os detentores de poder político, econômico e jurídico que iniciam ou se abstêm de bloquear tais reformas estimam que servirá aos seus interesses respeitar os limites impostos por uma maior intervenção judicial na esfera política.<sup>468</sup>

Em outras palavras, para Hirschl, o fortalecimento do judiciário apenas ocorre porque isso beneficia as elites políticas, econômicas e jurídicas de muitas maneiras. Por exemplo, os membros de executivo e do legislativo não têm que suportar os custos políticos da tomada de certas decisões. Ou, ainda, certos grupos políticos podem se beneficiar da delegação de questões polêmicas ao Judiciário, a fim de que órgãos judiciais de cúpula resolvam o impasse valendo-se da “reputação” de corpos “profissionais e apolíticos”. Essa voluntária transferência de poder pode, ainda, ser promovida “quando um partido que está no poder tem uma baixa expectativa de permanecer em tal condição”.<sup>469</sup> Desse modo, tal partido assegura “que o próximo partido no poder não possa utilizar o judiciário para atingir seus objetivos políticos”.<sup>470</sup>

Em um segundo momento, Hirschl submete a um “teste” as consequências do que chama de “constitucionalização”: indaga se o estabelecimento de juristocracias produziu “real impacto” nas “atitudes interpretativas das cortes supremas nacionais, em face de noções progressistas de justiça distributiva”.<sup>471</sup> Em outras palavras, Hirschl submeteu a juristocracia a um teste de progressismo. Os resultados são por ele assim apresentados:

Em muitos países (como Israel, Nova Zelândia e África do Sul), o fortalecimento intencional do judiciário por forças políticas ameaçadas mas ainda dominantes tem sido fortemente apoiado por coalizões influentes de forças econômicas neoliberais domésticas que veem a constitucionalização de direitos como um meio de promover a desregulamentação econômica, e por tribunais superiores nacionais que buscam aumentar sua influência política e reputação internacional. De fato, a simultânea emergência de uma ordem econômica neoliberal e o movimento em direção à constitucionalização nesses países é tudo menos acidental ou fortuita. Pelo contrário, as duas tendências andam de mãos dadas e de fato se complementam; elas compartilham uma adesão comum a uma visão de mundo de “Estado

<sup>468</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 88.

<sup>469</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 91.

<sup>470</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 91.

<sup>471</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 35.

mínimo”, um compromisso com uma concepção ampliada da esfera privada e uma atitude desconfortável, até de hostilidade, em relação à pouco previsível esfera política.<sup>472</sup>

Enfim, para Hirschl, a juristocracia é o resultado de “uma estratégia consciente empreendida por elites políticas ameaçadas que buscam preservar ou aprimorar sua hegemonia”. Para tanto, isolam “a formulação de políticas públicas das pressões políticas populares”, mediante o apoio de “elites econômicas e judiciais com interesses compatíveis”. Porém, tais reformas constitucionais terminaram por promover “uma agenda essencialmente individualista”. Por isso, conclui que a constitucionalização de direitos “muitas vezes não é tanto a causa ou o reflexo de uma revolução progressista em uma determinada comunidade (...)”.<sup>473</sup>

O modelo descritivo de Hirschl não se presta a explicar o caso brasileiro, em que a juristocracia se firmou não apenas como consequência de uma voluntária delegação de poderes pelos membros do legislativo e do executivo, no que seria uma estratégia para a promoção de uma agenda “neoliberal”. Ao contrário, no Brasil, como se extrai dos episódios citados ilustrativamente, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, paulatinamente, expandiu sua atuação para muito além das competências previstas na Constituição da República, afirmando, em favor de sua própria esfera de atuação funcional, a ampla possibilidade de controle dos atos praticados por qualquer órgão ou entidade públicos, ou de qualquer particular, nas mais diversas matérias. A propósito, Fábio Cardoso Machado adverte ser “preciso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal não demonstra nenhuma deferência pelo Legislativo ou pelo Executivo e desconhece o exercício da autocontenção”. Segundo esse autor, o Supremo Tribunal Federal “substitui-se, sem nenhum pudor, aos demais poderes, pelo simples fato de preferir as próprias escolhas”.<sup>474</sup>

No Brasil, a postura do legislativo e do executivo nem sempre foi ou é de automutilação por razões estratégicas. Embora as situações descritas por Hirschl possam ser verificadas também na conjuntura brasileira desde as origens da Constituição de 1988, não há como negar que os avanços constantes e persistentes do poder judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sobre o conjunto de competências do legislativo e do executivo vieram a estabelecer uma situação de permanente instabilidade institucional. Tanto assim que já se verificaram alguns episódios de reação legislativa do Congresso Nacional contra decisões mediante as quais o Supremo Tribunal Federal

---

<sup>472</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 181.

<sup>473</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 181.

<sup>474</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. *O “neconstitucionalismo” e a erosão da juridicidade: notas acerca do problema pré-metodológico da indistinção entre princípios jurídicos e objetivos políticos*, p. 2. Comunicação apresentada em 30/06/2021, no evento “O Direito e o Tempo - VII Encontro de Investigadores Doutorandos”, promovido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 25. Texto inédito, generosamente enviado pelo autor.

havia declarado a inconstitucionalidade de atos normativos pelo parlamento brasileiro, quer no exercício do poder constituinte derivado, quer na edição de instrumentos normativos infraconstitucionais, no desempenho das competências legislativas. Nessas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal, adotando a teoria dos diálogos institucionais, afirmou que as reações legislativas são, a princípio, inválidas, sendo necessário que o Congresso Nacional, ao editar leis contrárias à jurisprudência do STF, se desincumba do ônus argumentativo indispensável à superação do entendimento da Corte Suprema, contrário ao ato normativo em questão.<sup>475</sup>

A partir dessa compreensão, é evidente que existem embates reais dos poderes executivo e legislativo contra o poder judiciário, em reação ao comportamento ativista, principalmente do Supremo Tribunal Federal, com vistas à usurpação de atribuições constitucionais dos poderes eleitos. Além disso, em tais embates, o Supremo Tribunal Federal arroga a condição de árbitro do conflito em que ele mesmo é parte, lançando, ademais, sobre os outros poderes o ônus argumentativo, estabelecido pela corte suprema em seu próprio favor. Atento aos problemas suscitados pela adoção de uma postura maximalista pelas cortes supremas, Luiz Guilherme Marinoni assevera serem essencialmente provisórias as decisões desses tribunais, especialmente se proferidas no exame de questões que envolvam desacordos morais razoáveis. Segundo o referido autor, tais decisões são, sempre, suscetíveis de negação pelo parlamento.<sup>476</sup>

Adicionalmente, a proposta descritiva de Hirschl se afigura enviesada quanto às conclusões relacionadas às consequências da juristocracia. No caso brasileiro, o poder judiciário, na fundamentação das decisões que suscitam debates a respeito da separação de poderes, jamais escondeu que a prática do ativismo judicial é realizada para a promoção de um modelo de estado social, como única opção possível, com base no “senso comum teórico” de que a Constituição Federal instituiu direitos sociais que precisam ser concretizados ao máximo, independentemente de qualquer deliberação política pelos poderes legislativo e executivo.

---

<sup>475</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília-DF, julgado em 01/10/2015, Dje-049, divulgado em 15-03-2016, publicado em 16-03-2016.

<sup>476</sup> “Em princípio, uma Corte que produz apenas decisões maximalistas não quer compartilhar a interpretação constitucional. Porém, quando é prematuro decidir ou decidir de modo aprofundado, e se chega numa decisão que deixou de bem considerar os fatos e as reais intenções das pessoas, é certo que a população e o Parlamento podem discuti-la, apresentando razões capazes de justificar o desacerto da interpretação judicial. Enfim, a circunstância de a Corte não ter qualquer intenção em ouvir a população e dialogar com o Parlamento não é, nem poderia ser, obstáculo para a população e o Parlamento deliberarem e justificarem a possibilidade de a questão solucionada pela Corte ser compreendida de outra forma. Isso significa, portanto, que a interpretação da Corte, especialmente quando soluciona desacordos morais razoáveis, é essencialmente provisória, ou seja, é sempre sujeita à negação do Parlamento.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, versão eletrônica Thomson Reuters Proview, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/275808369/v1/page/RB-7.3>, itálicos como no original).

Independentemente de quais sejam as causas, o deslocamento da arena política dos parlamentos para tribunais é um fenômeno absolutamente incompatível com o conteúdo normativo do estado de direito, o qual, nas palavras de Castanheira Neves, “é uma organização político-jurídica *mixtum compositum* – intencionalmente, de política e direito, e, institucionalmente, de legislação (se a esta a continuarmos a ver como o mais evidente pólo político-jurídico) e jurisdição”.<sup>477</sup> Esta, por sua vez, tem como “função essencial” a “assunção e afirmação do direito, na sua autonomia e igualmente nos seus limites”.<sup>478</sup> Assim sendo, é inadmissível que se exija da jurisdição “outra intencionalidade e outra problemática que não as exclusivamente jurídicas, sem imiscuição, que a perverteria, em quaisquer domínios políticos que não são os seus”.<sup>479</sup>

Conceber a função jurisdicional como o contraponto à função legislativa tornou-se absolutamente imprescindível, porque, apesar das preocupações do constitucionalismo moderno com a limitação do poder, a soberania parlamentar ou a soberania popular fizeram da lei mero instrumento da potestade estatal. Entretanto, ainda que essa filosofia política moderna assim o pretenda, não se pode conceber estado de direito sem a compreensão de que o direito não se restringe à lei, nem à vontade da potestade, mas, antes, se sobrepõe ao poder, como uma ordem normativa de validade que se presta a limitá-lo e controlá-lo, a fim de proteger a pessoa humana do arbítrio. Nessa perspectiva, Bertrand de Jouvenel expõe a relação existente entre o direito e o poder, bem como a subversão que a modernidade empreendeu nos termos dessa relação:

A vontade soberana não é mais serva da Lei; ao contrário, são as vontades em competição pelo *Imperium* que fazem a lei à medida que chegam ao Poder. De modo que a extensão da autoridade não comporta sequer as vantagens de uma ordem com a qual se possa contar: estranha combinação dos vícios do despotismo com os da anarquia.

Acima do Poder havia o Direito, que se impõe, dizia Cícero, a todas as nações e a todas as épocas, e que de modo algum está submetido à vontade do Senado ou à do povo.

Esse Direito soberano, os revolucionários o arrebatarem do empíreo e o entregam como um brinquedo ao Poder.

Hobbes teve que ser audacioso para afirmar que o Estado é a fonte do Direito, que, "quando uma república é instituída, há leis, e não antes", que "toda lei, escrita ou não escrita, tira sua força e sua autoridade da vontade da República, isto é, da vontade de seu representante, seja monarca, seja assembleia soberana". Que é por essas leis que cada súdito "discerne o bem e o mal, isto é, o que é contrário e o que não é contrário à regra".

Esses princípios, a Revolução os incorporou. O Direito é uma criação da vontade geral, na verdade do Parlamento, que se tornou imediatamente habilitado não apenas a manifestar, mas a formar essa vontade.

<sup>477</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 37, pp. 35–65, jul./dez., 2009, p. 64.

<sup>478</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 37, pp. 35–65, jul./dez., 2009, p. 64.

<sup>479</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 37, pp. 35–65, jul./dez., 2009, p. 64.

A esse soberano efetivo foi entregue um poder ilimitado não só de ofender, na prática governamental, mas de esmagar com toda a força do Direito as liberdades individuais que acabavam de ser proclamadas.<sup>480</sup>

Isso não significa que a função jurisdicional deva ser convocada ao desempenho de uma tarefa política, em concurso com a função legislativa, nem com a função administrativa, a pretexto de realizar a máxima de Montesquieu, segundo a qual o poder deve limitar o poder.<sup>481</sup> Esse preceito – que integra o conteúdo normativo do estado de direito e compõe o núcleo duro do postulado da separação de poderes – deve, sim, ser posto em prática, mas não desfigurando-se a jurisdição em função política. Diferentemente disso, na dinâmica de freios e contrapesos, o papel a ser desempenhado pela jurisdição é o de fazer valer o direito contra a potestade. Nessa perspectiva, a jurisdição deve operar como instância eminentemente jurídica e, assim, antipotestativa.

Por um lado, admitindo-se que a realização do direito pela jurisdição compõe a estrutura da realidade – e, portanto, é um dado inalterável por qualquer deliberação política ou engenhosidade constitucional –, se reconhece ao judiciário a missão de atuar na limitação dos poderes políticos, na contenção do arbítrio, no controle dos abusos, aí compreendidos excessos e desvios. Por outro lado, percebendo-se que a jurisdição, incumbida desse papel antipotestativo, é uma função jurídica, e não política, previne-se o cometimento do equívoco de simplesmente transferir o poder absoluto de um conjunto de agentes para outro: de corpos parlamentares ou de agências executivas para supremos tribunais ou para cortes constitucionais. Como advertiu Benjamin Constant, recordado por Bertrand de Jouvenel, “é o grau de força e não os depositários dessa força que se deve acusar”.<sup>482</sup>

#### 4.2 ENUNCIADOS JUDICIAIS (SÚMULAS E TESES): PRECEDENTES OU LEGISLAÇÃO?

O exercício da função jurisdicional pelos tribunais superiores no Brasil encontra-se inteiramente moldado – desde as rotinas de gestão do acervo de processos até os modelos de deliberação – por um conjunto de normas que, em uma visão atualmente hegemônica, comporiam um “sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios”,<sup>483</sup> o qual seria possível construir com base

<sup>480</sup> JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural de seu crescimento*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, s.d., pp. 363-364.

<sup>481</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, segunda parte, livro décimo primeiro, capítulo VI, p. 166.

<sup>482</sup> JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural de seu crescimento*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, s.d., p. 368.

<sup>483</sup> Processualistas adeptos das mais diversas correntes de pensamento aderem a essa ideia básica. Em uma única publicação coletiva, encontram-se muitos estudos que partem dessa perspectiva. Exemplificativamente, conf. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (coordenadores). *Precedentes*. Coleção grandes temas do novo CPC. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 335-360;



em dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), e cujo núcleo residiria nos deveres de uniformização da jurisprudência e de manutenção da sua estabilidade, integridade e coerência, impostos pelo art. 926, *caput*, daquela codificação.<sup>484</sup> Para os adeptos dessa perspectiva, o CPC teria introduzido no Brasil a eficácia vinculante dos “precedentes”, nisso incluídas manifestações do poder jurisdicional inteiramente distintas, desde enunciados de súmulas de jurisprudência dominante ou vinculante de tribunais superiores, passando por decisões colegiadas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado de constitucionalidade e em recursos extraordinário e especial “repetitivos”, até “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” cada órgão jurisdicional. Para reportar-se a esses enunciados, no Brasil, têm-se empregado muitas designações: “precedentes vinculantes”, “precedentes qualificados”, “precedentes de eficácia expansiva”, ou, ainda, “provimentos obrigatórios”.

Na prática, o Supremo Tribunal Federal, desde a instituição da repercussão geral da questão constitucional como requisito indispensável ao conhecimento do recurso extraordinário, assim como o Superior Tribunal de Justiça, desde o advento da metodologia de julgamento por amostragem de questão idêntica, recorrente em múltiplos recursos especiais (ditos “repetitivos”), emitem enunciados que pretendem sintetizar, supostamente, uma ou várias razões de decidir, dotados da estrutura lógica de regras gerais e abstratas, destinadas à aplicação por todos os órgãos jurisdicionais inferiores, no julgamento de processos pendentes e futuros.

Em outras palavras, no Brasil, o que se tem considerado como vinculante são enunciados judiciais (art. 927 do CPC): aqueles introduzidos na súmula vinculante (inciso II) ou em súmulas dos tribunais superiores (inciso IV); aqueles veiculados, como “teses”, nos acórdãos que documentam as decisões colegiadas proferidas em ações de controle concentrado de constitucionalidade (inciso I), recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III); e, por fim, aqueles que se consubstanciam em “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” cada órgão jurisdicional. Aliás, o Conselho Nacional de Justiça instituiu o Banco Nacional de

---

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coordenadores). *Precedentes*. Coleção grandes temas do novo CPC. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 383-397; MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coordenadores). *Precedentes*. Coleção grandes temas do novo CPC. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 215-238; MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de Albuquerque. Reclamação constitucional. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coordenadores). *Precedentes*. Coleção grandes temas do novo CPC. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 777-795.

<sup>484</sup> DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coordenadores). *Precedentes*. Coleção grandes temas do novo CPC. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 384 e seguintes.

Precedentes (BNP),<sup>485</sup> um repositório para pesquisa textual e estatística daquilo que denomina de “precedentes qualificados” (os provimentos judiciais listados no art. 927 do CPC)<sup>486</sup> e os “precedentes, em sentido lato”, categoria que abrange até mesmo enunciados de súmulas de tribunais superiores.<sup>487</sup>

Torna-se inevitável indagar: esses enunciados correspondem a precedentes? A resposta a essa indagação requer que seja suscitada uma questão prejudicial: o que é um precedente? Em uma primeira aproximação, pode-se dizer que um precedente é “um caso decidido que fornece a base para determinar casos posteriores, que envolvam fatos ou questões similares”.<sup>488</sup> De modo convergente, um juiz norte-americano propôs uma definição de precedente que se tornou famosa:

Um precedente judicial atribui uma consequência legal específica a um conjunto detalhado de fatos em um caso julgado ou decisão judicial, que é então considerado como provedor de uma regra para a determinação de um caso subsequente envolvendo fatos materiais idênticos ou semelhantes, submetido ao mesmo tribunal ou a um tribunal inferior na hierarquia judicial.<sup>489</sup>

O termo precedente é empregado em duas distintas acepções, pelo menos. Em sentido amplo, o precedente é qualquer decisão anterior adotada para um caso (o “caso-fonte”) que, do ponto de vista jurídico, é análogo ao caso em julgamento (o “caso-alvo”).<sup>490</sup> Trata-se, sob essa acepção ampla, de precedente persuasivo, que desempenha importante papel para a formulação de um argumento (por exemplo, uma analogia), contribuindo para o julgamento do caso presente. Pode-se, ainda, incluir na acepção ampla do termo precedente aquele sentido em que o empregam os tribunais durante a deliberação de um caso, ao cogitar da possível formação de um precedente a partir do julgamento ali efetuado, ainda que essa decisão não chegue a ser assim tratada em nenhuma decisão futura.

---

<sup>485</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 444, de 22 de fevereiro de 2022.

<sup>486</sup> “Art. 2º Para os fins desta Resolução, consideram-se: I – Precedentes qualificados: os pronunciamentos judiciais listados nos incisos I a V do art. 927 do Código de Processo Civil [...]” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 444, de 22 de fevereiro de 2022).

<sup>487</sup> Art. 2º, II, da Resolução n. 444, de 22 de fevereiro de 2022.

<sup>488</sup> GARNER, Bryan A. *et al.* (organizadores). *Black’s law dictionary*. 9ª ed. Saint Paul, Minnesota: Thomson Reuters, 2009, p. 1.295.

<sup>489</sup> “A judicial precedent attaches a specific legal consequence to a detailed set of facts in an adjudged case or judicial decision, which is then considered as furnishing the rule for the determination of a subsequent case involving identical or similar material facts and arising in the same court or a lower court in the judicial hierarchy.” (ALDISERT, Ruggero J. Precedent: What it is and What it Isn’t; When Do We Kiss it and When Do We Kill it? *Pepperdine Law Review*, v. 17, n. 605, 1990. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1410783>. Acessado em 15 de dezembro de 2022.

<sup>490</sup> Para fins didáticos, se empregará, eventualmente, a terminologia segundo a qual se denomina “caso-fonte” aquele que estabelece o precedente e “caso-alvo” aquele que o órgão jurisdicional deve, ou não, decidir com base no precedente. Essa terminologia foi sugerida em conferência proferida por MICHELON, Claudio. *Argumentação com precedentes*. Instituto Ives Gandra Convida: Claudio Michelon. Canal Instituto Ives Gandra no *YouTube*. Transmitido ao vivo em 20 de novembro de 2021. A partir dos 7 minutos e 45 segundos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=njCr5GRtYi0>. Acessado em 25 de novembro de 2021.

Já em sentido estrito, somente seria precedente a porção vinculante de uma decisão anterior que, proferida por um tribunal, deve ser seguida, inevitavelmente, pelos órgãos que o integram (vinculação horizontal), assim como pelos órgãos jurisdicionais que lhe sejam hierarquicamente inferiores, dentro da mesma estrutura de organização judiciária (vinculação vertical). Nesse sentido estrito, trata-se de precedente vinculante. Assim explicam Bankowski, MacCormick e Marshall, ao esclarecerem os sentidos que o termo precedente assume no contexto britânico:

Nosso sistema é de aplicação relativamente estrita do precedente, e isso se aplica mesmo quando um precedente não é obrigatório no sentido estrito. Um precedente é simplesmente qualquer decisão anterior de qualquer tribunal que tenha uma analogia legalmente significativa com o caso agora perante um tribunal. Se a decisão anterior for de tribunal superior da mesma hierarquia, será um precedente vinculante que deve ser seguido, a menos que possa ser distinguido em algum ponto de fato ou direito significativo. Caso contrário, será um precedente persuasivo, possivelmente uma analogia relevante para decisão do presente caso; ou pode ilustrar uma importante linha divisória legal entre uma classe de casos e casos da classe agora em questão.

Há, no entanto, outro uso, quase tão significativo, segundo o qual 'um precedente' no sentido mais estrito é apenas um caso relevante que é obrigatório, e apenas aquela parte do caso ou opinião que realmente vincula. O que isso implica é que, uma vez que algo é reconhecido como um precedente, ele deve ser seguido. Todo o trabalho da argumentação jurídica em relação ao *stare decisis* é mostrar o que deve ser seguido e o que não conta como precedente. Pode-se dizer que a maior parte da discussão judicial do precedente e toda a discussão de se afastar ou não do precedente implica o uso mais amplo. Assim, a compreensão mais restrita do termo é contextualmente útil em algumas situações, mas não é tão útil quanto a mais ampla quando se trata de desenvolver uma teoria do precedente. Pode-se expandir o sentido mais amplo observando que, em algumas ocasiões, os tribunais estão cientes de que a decisão que tomarem será um precedente para casos futuros, embora não tenha, estritamente falando, chegado ao uso do precedente. Eles então falarão de sua decisão como um 'precedente' (MacLennan v. MacLennan 1958 SC 105).<sup>491</sup>

Esses sentidos do vocábulo precedente podem ser adotados como uma “plataforma terminológica básica”, mas é preciso sublinhar que o significado do termo varia segundo o direito

---

<sup>491</sup> Tradução livre do seguinte excerto: “Our system is one of relatively strict application of precedent, and this applies even where a precedent is not binding in the narrow sense. A precedent is simply any prior decision of any court that bears a legally significant analogy to the case now before a court. If the prior decision is of a superior court in the same hierarchy, it will be a binding precedent that must be followed unless it can be distinguished on some point of significant fact or law. Otherwise, it will be a persuasive precedent, possibly a relevant analogy for decision of the present case; or it may illustrate an important legal dividing line between one class of cases and cases of the class now in issue.

There is, however, another usage, almost as significant, according to which 'a precedent' in the narrower sense is only a relevant case that is binding, and only that part of the case or opinion that actually binds. What that implies is that, once something is acknowledged to be a precedent, it has to be followed. The whole business of legal argumentation in respect of *stare decisis* is to show what must be followed and what does not count as a precedent. One may say that most judicial discussion of precedent and the whole discussion of departing or not from precedent implies the wider usage. Thus the narrower understanding of the term is contextually useful in some situations, but is not as useful as the wider when it comes to developing a theory of precedent. One might expand the wider sense by noting that on some occasions courts are mindful that the decision they make will be a precedent for future cases though it will not, strictly speaking, have been arrived at by the use of precedent. They will then talk of their decision as a 'precedent' (MacLennan v. MacLennan 1958 SC 105).” (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016, capítulo 10, p. 323).

positivo aplicável, as regras de distribuição de competências, as normas de organização judiciária, mas também consoante o ramo do direito material em discussão e até mesmo se se trata de aplicar direito estatutário (legislação escrita) ou direito consuetudinário e jurisprudencial (*common law*), como esclarece Summers:

Ao contrário de uma suposição frequentemente encontrada em certos países europeus, os Estados Unidos não consistem em apenas duas jurisdições, uma federal e uma estadual, com a jurisdição estadual consistindo de um amálgama de toda a *common law* criada pelos tribunais de todos os Estados. 50 estados. Em vez disso, os Estados Unidos consistem em 51 jurisdições: uma jurisdição federal, a ser explicada posteriormente, e 50 jurisdições estaduais, cada uma distinta e separada uma das outras 49, bem como distinta e separada da jurisdição federal. Todas as jurisdições estaduais têm sistemas judiciais que, até agora, criaram o que é um corpo de direito comum mais ou menos autossuficiente. Assim, na maioria dos casos, quando uma questão de direito consuetudinário surge dentro de um determinado estado, ela pode normalmente ser resolvida invocando-se o precedente criado pelo mais alto tribunal daquele estado ou por um dos tribunais de apelação intermediários naquele estado. É claro que, às vezes, surgem questões que os tribunais estaduais resolvem em parte por referência ao direito consuetudinário criado por um tribunal estadual irmão.

Conseqüentemente, este capítulo trata apenas da adesão ao precedente no sistema judicial estadual de um determinado estado americano, Nova York.

[...]

Em Nova York, a palavra 'precedente' é usada de várias maneiras, mas quando usada de forma mais estrita, precedente significa decisões obrigatórias de tribunais superiores da mesma jurisdição, bem como decisões do mesmo tribunal de apelação. Os tribunais geralmente concedem a esse precedente um valor autoritário decisivo, especialmente em áreas de direito consuetudinário, como contrato, responsabilidade civil e propriedade. [...].<sup>492</sup>

Adotada a acepção estrita do termo, nem todas as partes da decisão judicial anterior contam como precedente. Em outras palavras, precedente em sentido estrito é apenas a fração da decisão que contribui para a composição da regra que o julgador do caso posterior seguirá, imputando a um específico quadro fático as consequências jurídicas pertinentes. Dessa forma, somente constitui precedente aquela porção da decisão que puder ser qualificada como fundamento (*holding*, ou seja, sustentáculo) ou razões de decidir (*ratio decidendi*, ou, simplesmente, *ratio*). O que não se constituir

---

<sup>492</sup> Tradução livre da seguinte passagem: “Contrary to an assumption frequently encountered in certain European countries, the United States does not consist of only two jurisdictions, one federal and one state, with the state jurisdiction consisting of an amalgamation of all the state-made common law created by the courts of all 50 states. Rather, the United States consists of 51 jurisdictions: one federal jurisdiction, to be explained later, and 50 state jurisdictions, each distinct and separate from each of the other 49 as well as distinct and separate from the federal jurisdiction. All of the state jurisdictions have court systems that, by now, have created what is a more or less self-sufficient body of common law. Thus, in most cases when an issue of common law arises within a given state, it can ordinarily be resolved primarily by invoking precedente created by the highest court of that state or by one of the intermediate appellate courts in that state. Of course, issues do sometimes arise which state courts resolve partly by reference to common law created by a sister state court. Accordingly, this chapter merely treats adherence to precedent in the state court system of one particular American state, New York. [...] In New York, the word 'precedent' is used in a variety of ways, but when used most strictly, precedent means binding decisions of *higher* courts of the same jurisdiction as well as decisions of the *same appellate court*. Courts generally accord such precedent decisive authoritative value, especially in common law areas, such as contract, torts, and property.” (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016, capítulo 11, pp. 355 e 364).

como fundamento da decisão é apenas *obiter dicta* (ou, simplesmente, *dicta*; no singular, *obiter dictum*) e não compõe o precedente.<sup>493</sup>

Discernir entre *holding* e *dicta* – ou entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* – constitui a questão nuclear da metodologia de aplicação de precedentes e ainda remanesce como objeto de intensa controvérsia. É nessa difícil diferenciação que se deve empreender a tentativa de identificar as notas que caracterizam um precedente vinculante.

Abramowicz e Stearns, que visualizam nesse ponto o coração da atividade judicante, realizaram um amplo levantamento dos problemas que giram em torno da identificação do fundamento (*holding*), bem como das diversas propostas já formuladas com esse propósito. Após essa pesquisa, a partir da premissa de que os órgãos judiciários e os órgãos legislativos “têm funções nomogênicas distintas e que a atividade judicante é legitimada pela qualidade passiva da resolução de casos submetidos por litigantes reais”,<sup>494</sup> os autores concluíram que a configuração do fundamento (*holding*), ou seja, de uma *ratio decidendi*, para fins de formação de precedente, requer a satisfação de três condições.<sup>495</sup>

Em primeiro lugar, para que se tenha um fundamento, apto a ser considerado como um precedente, é imprescindível que tenha surgido da resolução de uma questão que tenha sido efetivamente examinada pelo órgão jurisdicional, ao se debruçar sobre o caso-fonte.<sup>496</sup> Da atividade postulatória em contraditório desenvolvida pelas partes resultam pontos controvertidos ou questões, cuja resolução é o objeto primordial da atividade decisória, necessariamente desenvolvida pelo órgão julgador. O contorno dessas questões, definidos pelo exercício dos direitos de ação (demanda) e defesa, demarcam o campo sobre o qual se desenvolve a atividade cognoscente do juiz ou tribunal. Então, somente se pode considerar como *holding* aquele juízo que responda a alguma dessas questões, prejudicial ou principal, efetivamente postas ao exame do órgão jurisdicional. Por um lado, não é necessário que tal fundamento seja explicitado, ou seja, expressamente declarado ou formulado no corpo da decisão.<sup>497</sup> Por outro, argumentos que concorram para a conclusão do julgado constituem fundamento, desde que sejam suficientes para se alcançar a conclusão, ainda que não sejam necessários (ou seja, indispensáveis). Assim é porque, do contrário, o fato de se poder dispensar um

---

<sup>493</sup> Por todos, conf. GARNER, Bryan A. *et al.* *The law of judicial precedent*. Saint Paul, Minnesota: Thomson Reuters, 2016, pp. 44-46.

<sup>494</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 953–1094, 2005, p. 114. Disponível em: *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/40040245>. Acessado em 11 de outubro de 2022.

<sup>495</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 953–1094, 2005, p. 113. Disponível em: *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/40040245>. Acessado em 11 de outubro de 2022.

<sup>496</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 953–1094, 2005, p. 116. Disponível em: *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/40040245>. Acessado em 11 de outubro de 2022.

<sup>497</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 953–1094, 2005, p. 119. Disponível em: *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/40040245>. Acessado em 11 de outubro de 2022.

ou outro argumento, sem prejuízo à conclusão, levaria ao paroxismo de se considerar que a decisão não teria, então, fundamento algum.<sup>498</sup> Isso significa que a mera existência de linhas de argumentação alternativas não as descaracteriza como fundamentos (*holdings*).<sup>499</sup>

Em segundo lugar, é imprescindível, para a configuração de um fundamento, que a assertiva tenha resultado de uma linha argumentativa relacionada aos fatos do caso.<sup>500</sup> Marshall já havia ressaltado que somente é devida observância às afirmações, lançadas na fundamentação, que guardem “conexão com o caso”:

É uma máxima que não deve ser desconsiderada, que expressões gerais, em todas as opiniões, devem ser tomadas em conexão com o caso em que essas expressões são usadas. Se vão além do caso, podem ser respeitados, mas não devem controlar o julgamento em ação posterior quando o próprio ponto for apresentado para decisão. A razão para isso é mais óbvia. A questão atualmente perante o Tribunal é investigada com cuidado e considerada em toda a sua extensão. Outros princípios que podem servir para ilustrá-lo são considerados em relação ao caso decidido, mas sua possível influência em todos os outros casos raramente é completamente investigada.<sup>501</sup>

Adaptando-se essa condição à técnica processual brasileira, pode-se dizer que, para a configuração como fundamento, é necessário que o argumento se relacione aos fatos concretos abrangidos pelo objeto do processo, ou seja, integrantes da causa de pedir. Isso significa que quadros fáticos hipotéticos, suscitados pelo julgador, em conjecturas elaboradas com propósitos argumentativos, não originam fundamento. Diferentemente disso, não passa de *obiter dictum* tudo o que a esse respeito for considerado.

A propósito, cabe uma observação sobre a formação de precedentes no julgamento de processos de controle abstrato de constitucionalidade, os quais costumam ser considerados como objetivos, porque não se reportam a fatos concretos, pertinentes a indivíduos determinados. Alguém poderia objetar: se em tais processos não se discutem fatos, então a formação de precedentes seria impossível no julgamento dessas causas? A resposta é negativa. Tais processos não apenas se prestam

<sup>498</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 953–1094, 2005, pp. 104-105. Disponível em: *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/40040245>. Acessado em 11 de outubro de 2022.

<sup>499</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 953–1094, 2005, p. 116. Disponível em: *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/40040245>. Acessado em 11 de outubro de 2022.

<sup>500</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 953–1094, 2005, pp. 122-124. Disponível em: *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/40040245>. Acessado em 11 de outubro de 2022.

<sup>501</sup> “It is a maxim not to be disregarded, that general expressions, in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit when the very point is presented for decision. The reason of this maxim is obvious. The question actually before the Court is investigated with care, and considered in its full extent. Other principles which may serve to illustrate it, are considered in their relation to the case decided, but their possible bearing on-all other cases is seldom completely investigated.” [ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 399-400 (1821), *apud* ALDISERT, Ruggero J. Precedent: What it is and What it Isn't; When Do We Kiss it and When Do We Kill it? *Pepperdine Law Review*, v. 17, n. 605, 1990. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1410783>. Acessado em 15 de dezembro de 2022].

à formação de precedente, como são propícios para tanto. Mas é preciso discernir entre duas situações. Às vezes, a questão da compatibilidade de certos atos normativos com a constituição pode suscitar, como questão prejudicial, alguma questão fática, como esclarece Luiz Guilherme Marinoni:

Há casos em que os fatos não importam e casos em que os fatos não podem ser deixados de lado ao se decidir. Não poder deixar os fatos de lado não significa necessariamente decidir afirmando-os, mas decidir justificando-os, seja para afirmar ou negar algo a partir deles. O problema, porém, é que a Corte não pode deixar os fatos relevantes fora da justificativa mesmo quando resolve decidir sem afirmá-los ou negá-los. Se os fatos são relevantes para a interpretação constitucional, a Corte tem de justificar o motivo pelo qual prefere uma interpretação unicamente normativa em detrimento da interpretação que toma os fatos em consideração.

Ademais disso, os fatos podem ser utilizados indevidamente como apoio a uma decisão normativa, servindo como uma justificativa inadequada da própria decisão constitucional. Invocar fatos sem a devida demonstração e base em critérios racionais é o mesmo que aludir a “alegorias”, ou melhor, a justificativas insinceras e retóricas a uma interpretação que, bem vistas as coisas, nada tem a ver com a concretização da Constituição com base nos fatos, constituindo simples decisão normativa com suporte numa artificial maquiagem que deles se vale de forma inapropriada.<sup>502</sup>

Nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, em que surjam questões fáticas como ponto controvertido logicamente prejudicial<sup>503</sup> à questão de mérito (referente à compatibilidade

<sup>502</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-15.1. Versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*.

<sup>503</sup> Refere-se à prejudicialidade lógica, que é aquela que se estabelece entre duas questões suscitadas na discussão sobre uma mesma relação jurídica deduzida em juízo. Nesse sentido, explica Marinoni: “Enquanto a prejudicialidade técnica envolve duas relações jurídicas, a prejudicialidade lógica é interna a uma única relação jurídica. Há, por exemplo, uma relação jurídica de locação de que depende o pedido de adimplemento dos aluguéis e não uma relação jurídica que condiciona a existência de outra relação jurídica ou de outro direito, como acontece nos casos em que o direito de propriedade é prejudicial ao direito ao ressarcimento dos danos provocados ao bem ou em que o direito aos alimentos depende da relação de filiação. Na prejudicialidade lógica, o nexo de dependência diz respeito a um efeito jurídico e uma relação jurídica complexa. Nesse caso, o efeito jurídico está integrado na relação jurídica, de modo que o efeito jurídico deduzido mediante o pedido depende da existência da relação jurídica que o constitui ou que o fundamenta (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 328). A diferença entre prejudicialidade técnica e lógica evidencia que a questão prejudicial objeto da ação declaratória incidental nada tem a ver com a questão prejudicial que pode ser decidida incidentalmente no processo, inclusive com a autoridade de coisa julgada. Tanto é assim que a doutrina italiana utilizou o conceito de prejudicialidade lógica para demonstrar que uma questão prejudicial – sem necessidade de declaratória incidental – fica coberta pela coisa julgada em virtude do reconhecimento do direito ou do efeito jurídico nessa ancorado (Sergio Menchini, *Il giudicato civile*, Torino: UTET, 2002, p. 81). Afirmou-se, nesse sentido, que a procedência do pedido de pagamento de aluguéis não poderia deixar de se fundar no reconhecimento da validade da locação, idôneo à produção de coisa julgada, uma vez que de outra forma a decisão final restaria destituída de qualquer suporte lógico-jurídico” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-10.1, nota de rodapé n. 9. Versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*). Sem embargo, é muito importante considerar a advertência de Ricardo Alexandre da Silva, segundo a qual “O direito brasileiro não adotou a separação entre questões prejudiciais técnicas e lógicas empregada no direito italiano. Isso significa que a estabilização pela *res judicata* pode ocorrer independentemente da natureza da questão prejudicial. Basta que sejam cumpridos cumulativamente os requisitos legais. Assim, tanto na hipótese em que dois direitos se relacionem de modo prejudicial (prejudicialidade técnica), quanto naquela em que a pretensão for decorrência de relação jurídica fundamental (prejudicialidade lógica), viabiliza-se a extensão da coisa julgada desde que tenha havido decisão expressa, antecedida por debate prévio, realizado perante juízo competente, em procedimento no qual inexistam restrições probatórias (CPC, art. 503, § 1º, incs. I a III e § 2º)” (SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 233). Entretanto, é útil a distinção, apontada por Ricardo Alexandre da Silva, entre a prejudicialidade lógica e a prejudicialidade jurídica, segundo a qual uma questão, embora logicamente

do ato normativo com o parâmetro), somente se pode considerar como *holding* a afirmação que resultar diretamente da resolução daquela questão de fato. Já nos casos em que a questão de constitucionalidade, que figura como principal no processo de fiscalização abstrata, não reclamar a prévia resolução de uma controvérsia fática, a *ratio decidendi* ou *holding* se configurará mesmo que o argumento não guarde relação com fatos, que não foram, naquele processo, controvertidos. Em tal situação, a eficácia do precedente se limitará ao ponto de direito, nos limites em que posto no processo objetivo.

Por fim, a terceira condição para que um juízo se configure como uma *holding* ou *ratio decidendi* é que tenha realmente servido de base para o julgamento, ou seja, tenha dado suporte à conclusão encerrada no dispositivo do acórdão. Sem isso, não se poderia dizer que a assertiva consubstanciasse fundamento, compreendido como precedente.<sup>504</sup>

Todos os argumentos ou juízos presentes na decisão que não atendam a essas três condições não constituem fundamento, pelo menos para que seja reconhecido como um precedente vinculante. Em outras palavras, os argumentos que não satisfaçam a essas três condições não podem ser considerados como *holdings* ou *ratio decidendi*, constituindo *obiter dicta* (ou, simplesmente, *dicta*; no singular, *obiter dictum*).

Isso confere a oportunidade para realizar uma distinção. A eficácia persuasiva ou vinculante de uma *holding* formada em processo de controle abstrato de constitucionalidade não se confunde com a eficácia vinculante do dispositivo do acórdão que documenta o julgamento desse mesmo processo.

É verdade que a identificação dos limites objetivos e subjetivos da relação jurídica processual é um dado relevante para determinar, de um lado, *a*) a extensão objetiva e subjetiva da eficácia persuasiva ou vinculante da *ratio decidendi*; e, de outro, *b*) a extensão objetiva e subjetiva da eficácia vinculante do dispositivo do acórdão proferido em ação de fiscalização abstrata da constitucionalidade. Trata-se de dois efeitos distintos, com consequências diversas para o julgamento de casos-alvos. A extensão de ambas as eficácias (do precedente e do dispositivo em controle abstrato) dependem, como dito, dos limites objetivos e subjetivos do processo, mas esse dado, embora relevante, não deve conduzir a uma confusão.

---

prejudicial, não será juridicamente prejudicial se lhe faltar autonomia, ou seja, se for impossível deduzi-la em juízo como questão principal. Nas palavras de Ricardo Alexandre da Silva, “não podem ser considerados como questões prejudiciais *jurídicas*, já que lhes falta autonomia, sendo insuscetíveis de apreciação jurisdicional em processo específico. Há, nas hipóteses, apenas prejudicialidade *lógica*.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 208).

<sup>504</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 953–1094, 2005, p. 124. Disponível em: *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/40040245>. Acessado em 11 de outubro de 2022.



A formação, ou não, de um precedente é fenômeno que se passa na fundamentação do julgado, componente da decisão judicial em que se deve averiguar a satisfação das três condições acima enumeradas, a fim de verificar se ali se configurou um fundamento, ou seja, *holding* ou *ratio decidendi*.

Já a eficácia *erga omnes* e vinculante que o art. 28 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999,<sup>505</sup> atribui aos dispositivos de acórdãos proferidos em processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, é algo que diz respeito apenas à resolução da questão, suscitada *principaliter tantum*: a compatibilidade vertical entre o específico ato normativo impugnado e o bloco de constitucionalidade adotado como parâmetro (para o STF, a Constituição da República e tratados internacionais de direitos humanos que tenham sido aprovados conforme o § 3º do art. 5º do texto constitucional; para os tribunais de justiça, as constituições estaduais respectivas).<sup>506</sup>

Essa distinção tem, pelo menos, duas consequências práticas de relevo. A primeira delas: a eficácia vinculante que o ordenamento jurídico brasileiro atribui ao dispositivo do acórdão em controle abstrato limita-se a objeto próprio, a saber, o ato normativo impugnado, enquanto a eficácia vinculante da *holding* aí formada se estende às questões de constitucionalidade – suscitadas *incidenter*

---

<sup>505</sup> “Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

<sup>506</sup> Luiz Guilherme Marinoni empreende outra abordagem do tema, ao defender que, em virtude do *stare decisis*, a vinculatividade da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade não se limita ao dispositivo, mas se estende aos motivos determinantes da decisão, que constituiriam *ratio decidendi*. Nesse sentido, afirma: “Embora exista discussão acerca dos limites objetivos da eficácia vinculante, a sua razão de ser ou a sua essência afastam completamente a ideia de vê-la limitada ao dispositivo da decisão. Isso porque a eficácia vinculante é vista como eficácia obrigatória em relação aos órgãos públicos incumbidos de aplicar o direito e, se bastasse obrigá-los a se curvar aos dispositivos das decisões, seria suficiente a tal ‘coisa julgada *erga omnes*’. Ou melhor, embora a eficácia vinculante destine-se a conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, ela não se preocupa em garantir a indiscutibilidade ou a imutabilidade da precisa solução dada ao objeto litigioso, mas em tutelar a estabilidade da ordem jurídica, a previsibilidade e a igualdade. Na verdade, chega a ser ilógico perguntar a respeito dos limites objetivos dos efeitos vinculantes. Só há racionalidade em falar de eficácia vinculante quando se tem consciência, de antemão, que se deseja obrigar ao respeito aos motivos determinantes. Restringir a eficácia vinculante à parte dispositiva da decisão é negar a sua natureza, constituindo contradição em termos. A eficácia vinculante tem o mesmo objetivo da eficácia obrigatória dos precedentes e, nesta dimensão, do *stare decisis*. O precedente apenas é garantido quando os órgãos judiciais estão a ele vinculados. Ora, a parte dispositiva não é capaz de atribuir significado ao precedente – esse depende, para adquirir conteúdo, da sua fundamentação, ou, mais precisamente, da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão. Na verdade, a eficácia obrigatória dos precedentes é, em termos mais exatos, a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*. Daí a razão óbvia pela qual a eficácia vinculante não pode se limitar ao dispositivo da decisão. Só há sentido em falar em eficácia vinculante quando se pretende dar estabilidade e força obrigatória à *ratio decidendi*. Afinal, é a sua aplicação uniforme – e não o respeito exclusivo à parte dispositiva – que garante a previsibilidade e a igualdade de tratamento perante a jurisdição, dando-se efetividade ao postulado de que casos semelhantes devem ser tratados de igual modo. De forma que pretender que a eficácia vinculante seja limitada ao dispositivo é, antes de mais nada, não ter consciência de que a eficácia vinculante tem o objetivo de preservar a coerência da ordem jurídica, assim como a previsibilidade e a igualdade” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 222-223. Livro digital formato Kindle).

ou *principaliter tantum* – atinentes a outros atos normativos que, embora não nulificados em processo objetivo, estejam alegadamente eivados da mesma inconstitucionalidade material ou formal.

Consectária dessa primeira, a segunda consequência prática da distinção ora ressaltada diz respeito ao cabimento da reclamação para a garantia da autoridade das decisões do tribunal. O descumprimento do dispositivo do acórdão proferido em ação de controle abstrato pode ser levado ao conhecimento do tribunal prolator, pela via da reclamação. Entretanto, é imprescindível que o descumprimento diga respeito estritamente ao específico ato normativo, sobre o qual haja se pronunciado o dispositivo da decisão de controle abstrato. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal “exige, para o cabimento da reclamação constitucional, a aderência estrita entre o objeto do ato reclamado e o conteúdo do paradigma de controle do STF”.<sup>507</sup>

Assim, se, por exemplo, um juiz ou tribunal de justiça aplica a lei *a* do estado-membro *a'*, tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato, é cabível a reclamação, sob o argumento de desrespeito ao dispositivo do acórdão. Porém, caso seja aplicada lei *b*, de idêntico conteúdo, do estado-membro *b'*, que não tenha sido declarada inconstitucional em controle abstrato, não será cabível a reclamação, sob a alegação de ofensa ao dispositivo que declarou inconstitucional a lei *a* do estado-membro *a'*. Por outro lado, ainda nesse exemplo, o fundamento pelo qual declarada a inconstitucionalidade da lei *a* pode servir como precedente vinculante para a apreciação da constitucionalidade da lei *b*. Porém, em caso de inobservância de tal precedente vinculante, a reclamação somente será cabível após o exaurimento das instâncias ordinárias, como acontece em caso de inobservância de precedente vinculante – ou seja, da *ratio decidendi* – formado no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou repetitivo, consoante o art. 988, § 5º, II, do CPC.<sup>508</sup>

Também não se deve confundir a eficácia do precedente com a extensão da coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015, que introduziu inovações relevantes: no plano objetivo, a

---

<sup>507</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental na Reclamação n. 54.070. Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília-DF, julgado em 14/09/2022, publicado em 20/09/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763236698>. Acessado em 29 de outubro de 2022. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que “o descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões revestidas de efeito vinculante, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle normativo abstrato, ainda que veiculadoras de medidas cautelares, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. [...] A procedência da reclamação, quando promovida com o objetivo de fazer prevalecer o ‘imperium’ inerente aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, importará em desconstituição do ato que houver desrespeitado a autoridade da decisão emanada da Suprema Corte” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação n. 1.722. Brasília-DF. Relator: ministro Celso de Mello, julgado em 26/02/2003, publicado 13/05/2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87190>. Acessado em 27 de outubro de 2022).

<sup>508</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental na Reclamação 55.636. Relator: ministro Luiz Fux, julgado em 05/12/2022, publicado em 14/12/2022. Acessado em 15 de dezembro de 2022.

possibilidade de abrangência da resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, atendidos certos requisitos, previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC; no plano subjetivo, a possibilidade de que os efeitos da decisão passada em julgado venham a beneficiar terceiros (art. 506 do CPC).<sup>509</sup> Coisa julgada e eficácia persuasiva ou vinculante de precedente são realidades que não se confundem. A primeira torna imutável e indiscutível a resolução conferida à questão principal e, atendidos certos requisitos, a resolução dada à questão prejudicial, impossibilitando que tais pontos controvertidos voltem a ser decididos em processo jurisdicional, ou seja, que se volte a dispor sobre uma mesma relação jurídica, para a qual já há norma concreta individual. Já a eficácia vinculante de precedente repercutirá no julgamento de questões não decididas, sobre relação jurídica diversa, em processo jurisdicional futuro ou ainda pendente (por assim dizer, uma “causa em aberto”), na medida em que o julgador reconheça a decisão passada como precedente.<sup>510</sup>

Com base nisso, pode-se afirmar que o fundamento é o juízo: *a)* formulado como resolução de uma questão que tenha sido efetivamente submetida ao órgão jurisdicional e por ele examinada; *b)* resultante de uma linha argumentativa relacionada aos fatos do caso; e *c)* que tenha realmente servido de base para o julgamento. Só há fundamento (*holding* ou *ratio decidendi*) – e, portanto, só se está diante de um precedente vinculante – se, e somente se, essas três condições forem atendidas. O que caracteriza um precedente é justamente a presença de um fundamento, ou seja, de um juízo que atenda às três condições acima enumeradas.

A partir desse conceito, pode-se dizer que um dos produtos naturais do exercício da função jurisdicional é a formação de precedentes, mas isso não se confunde com a edição de enunciados formulados em linguagem prescritiva, de generalidade e abstração iguais aos de uma lei, que se destacam dos casos de cuja apreciação se teriam originado, pretendendo projetar critérios jurídicos

---

<sup>509</sup> O art. 472 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha que “[a] sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. [...]”. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 extirpou do dispositivo correspondente, o art. 506, o trecho “não beneficiando”. Essa alteração redacional, mediante nova codificação, foi realizada “para deixar claro que a coisa julgada pode beneficiar terceiros”, o que “tem nítida relação com a coisa julgada recair sobre questão”, porquanto, diferentemente do que ocorre com as partes, “[a]os terceiros só pode importar a questão [prejudicial], de modo que a coisa julgada que sobre ela incide foi obviamente aceita pela lei processual especialmente para beneficiar aqueles que não participaram do processo”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-10.2. Versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*).

<sup>510</sup> “Lembre-se que o precedente é o direito que regula, *a priori*, o caso conflito concreto, de modo que os litigantes não são constrangidos pela sua obrigatoriedade. Um caso é resolvido mediante a aplicação de precedente porque esse revela o direito que o regula. A coisa julgada sobre questão, por sua vez, inibe o vencido, impedindo-o de relitigar. Uma questão não pode ser novamente discutida porque já foi decidida com força de coisa julgada. Note-se que o precedente colabora com o juiz do novo caso, auxiliando-o a resolvê-lo, mas a coisa julgada sobre questão apenas constrange ou limita, vedando a rediscussão e excluindo a possibilidade de redecisão.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-10.3, nota de rodapé n. 9. Versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*).

universalmente vinculantes para aplicação futura. Não é possível defender a edição de tais enunciados, confundindo-os com precedentes obrigatórios, porque constituem realidades antípodas, como já o esclareceu Castanheira Neves, ao analisar a validade constitucional do instituto dos assentos, outrora existentes no direito português:

[...] não se pode identificar o regime dos assentos ao regime do <<precedente obrigatório>>, que vigora nos sistemas do *common law*. O <<precedente>> é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica. Não se ultrapassa assim o plano do concreto casuístico – de particular a particular, e não do geral (a norma) ao particular (o caso) –, com todas as decisivas consequências, quer na intencionalidade jurídico-normativa quer metodológicas, que esse tipo de fundamentação e decisão implica.<sup>511</sup>

Disso se segue que os órgãos jurisdicionais – mesmo os tribunais de superposição, aos quais compete a promoção e a proteção da unidade do direito – são limitados, no desempenho da função que lhes é própria, a decidirem as questões que, como resultado do contraditório, lhes tenham sido submetidas a julgamento, a elas oferecendo a solução consentânea, não com as preferências pessoais ou com os particulares critérios de justiça que o próprio julgador construa argumentativamente, mas com o material jurídico-normativo que subordina a atividade jurisdicional, aí incluída a legislação, mas também todo o acervo de critérios casuísticos que, prudencialmente, guiaram o julgamento de casos anteriores e que, ao longo do tempo, se acumularam e foram aperfeiçoados, de modo descentralizado, por um grande número de julgadores. Porém, os agentes da jurisdição e até mesmo os órgãos de cúpula do judiciário são destituídos, à luz do estado de direito e da separação de poderes, de poder para a edição de enunciados que, em formulação imperativa, estabeleçam critérios gerais e abstratos dirigidos à aplicação, ainda que apenas prospectiva, por outros julgadores, a casos futuros ou a processos pendentes. Do contrário, se estaria a perverter a função jurisdicional, convertendo as cortes supremas em órgãos dotados de poder absoluto, na medida em que concentrariam os poderes de legislar e de julgar, segundo as regras por si mesmo criadas.

---

<sup>511</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos supremos tribunais*. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra, 2014, p. 12.

## 5 CONCLUSÃO

A discussão a respeito da adoção do *stare decisis* no Brasil tem girado em torno da possibilidade, necessidade ou conveniência de que tribunais superiores, na condição de “cortes supremas”, definam qual interpretação, entre as várias suscitadas pelos textos normativos, deve ser adotada como vinculante, revestindo-se, em perspectiva kelseniana, do caráter de uma norma geral. Apesar de válida, essa perspectiva não é suficiente para oferecer uma compreensão mais ampla da função dos precedentes no desenvolvimento do direito. Segundo Hayek, o direito (*nomos*) corresponde ao conjunto de normas universais de conduta justa, que regem uma ordem espontânea (*kosmos*), no contexto da qual essas mesmas normas surgem e se desenvolvem continuamente, mediante um processo de evolução. Essa realidade não se confunde com a legislação (*thesis*), conjunto formado por normas concebidas intencionalmente para a regência de uma ordem artificial (*taxis*) ou organização, criada deliberadamente: o governo. Trata-se de comandos ou determinações expedidos por agentes de poder socialmente reconhecidos (nesse contexto, pouco importa a configuração ou composição da instituição ou organismo que os emite), com vistas à concretização de propósitos ou planos de ação muito específicos.

A compreensão do papel que os precedentes podem desempenhar, à luz da separação de poderes, requer a compreensão de que a ordem social é vivenciada e assimilada pelos membros da sociedade a partir de uma simbologia, a qual engendra sua estrutura. Na filosofia política clássica, não se concebe a lei como pura criação do agente de poder socialmente reconhecido (para ser mais preciso, da potestade), nem dos cidadãos, mas como a expressão da sabedoria acerca de uma ordem superior, explicitando a verdade que lhe corresponde, e não a mera verdade da sociedade. Dentro dessa perspectiva, o que marca a retidão da *politeia* é que se caracterize como um governo das leis – que é o sucedâneo do governo da razão –, e não como um governo do povo ou de alguns. Em termos similares, a filosofia política medieval, exemplificada pela obra de Santo Tomás de Aquino, defende uma monarquia limitada que, composta também pela mescla de elementos aristocráticos e democráticos, se constitui como um governo moderado, em cuja estrutura, todavia, não há um poder legislativo capaz de modificar o estatuto da sociedade, respeitando-se a existência de corpos sociais intermediários e de instâncias de saber socialmente reconhecidas (autoridades em sentido próprio).

Ao romper com a tradição da filosofia política clássica, a modernidade assumiu uma perspectiva inteiramente diversa sobre a dicotomia entre potestade e autoridade, bem como sobre a legitimação e o exercício do poder. Dentro da cosmovisão moderna, a ação política não tem por base a ideia do bem, natural ou sobrenatural. Se a escolástica medieval se encarregou de desdivinizar a sociedade política, dela separando a esfera espiritual, a modernidade promoveu a substituição da

ordem transcendente por uma outra, imanente, a ser realizada pelo homem mesmo. Com isso, suprimem-se os símbolos da experiência humana transcendental – como o *summum bonnum*, situado na eternidade –, em uma redivinização da sociedade política e do próprio homem. A vontade do poderoso assume a primazia sobre o bem e as virtudes, de modo que tudo o que se possa considerar lícito ou ilícito, desejável ou indesejável, proibido, permitido ou obrigatório encontra como único critério o voluntarismo de uma potestade (isto é, uma “autoridade” política) incontestável, uma entidade suprema, instituída pelos pactos celebrados por uma grande multidão, com o objetivo de empregar os meios e a força de todos para a consecução da paz e a defesa comum, tendo como titular o soberano. Sob tais alegações, a filosofia política moderna opera uma absorção da autoridade pela potestade.

A imanentização que sobreveio com a prevalência do nominalismo e do gnosticismo moderno – ou, como prefere Saldanha, “o processo de secularização da cultura” – teve como “primeiro grande resultado político” o estado absoluto, o qual, por sua vez, “instaurou uma pauta de valores, construiu o modelo administrativo do Estado moderno em termos quase definitivos”.<sup>512</sup> É, entretanto, a própria dinâmica da modernidade quem oferece o antípoda do estado absoluto, pois o monstro imbatível, “o Leviatã”, era suficiente para destruir a ordem anterior – e mesmo para lançar as bases de um “novo mundo”<sup>513</sup> – mas insuficiente para cumprir a escatologia imanentista, ou seja, para tornar concreto o paraíso na Terra.<sup>514</sup> Em outras palavras, era imprescindível limitar o estado absoluto.

O estudo das experiências constitucionais inglesa, francesa e americana revela que os conceitos políticos da modernidade despojaram o direito da sua autonomia, ou seja, fizeram dele um instrumento do poder, ao reduzi-lo à lei, compreendida como a vontade da potestade (tratada como “autoridade” política). Ainda assim, a antiguidade legou à modernidade pelo menos dois postulados, que foram recepcionados pelos constitucionalismos inglês e norte-americano: o governo das leis e o governo moderado. Em um estado democrático de direito, a função legislativa e a função jurisdicional excluem-se reciprocamente do campo próprio de atuação de cada qual, porque, enquanto aquela se refere também à política, esta se refere tão-somente ao direito. Assim como a distinção e a separação

---

<sup>512</sup> SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, capítulo III, n. 1, p. 64.

<sup>513</sup> SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, capítulo III, n. 1, p. 64.

<sup>514</sup> Essa é, em outros termos, a conclusão de Saldanha: “O Estado dito absoluto, porém, conflitava (ele e seu esquema absorvente) com certas tendências do racionalismo em desenvolvimento. O problema da sucessão dinástica podia ser questionado em face do ideal de autogoverno da comunidade. Não era bastante “racional”, para muitos, que o rei reinasse apenas porque seu pai reinara. Cabia dar ao seu reinado fundamentos novos – ou, se isto não fosse possível, substituir sua presença pela de entidades outras: o parlamento, por exemplo. A ligação da ordem estatal ao âmbito espacial e cultural da nação ensinava um *glissement* doutrinário, tendente a entregar à nação os fundamentos do poder do Estado” (SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, capítulo III, n. 1, p. 64).

entre as funções legislativa e jurisdicional, a observância a precedentes é uma exigência imposta pelo governo das leis, em suas múltiplas dimensões, inclusive igualdade perante a lei (isonomia) e segurança jurídica, traduzida nas exigências de cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade. Tal imperativo garante o jurisdicionado contra o arbítrio judicial, assegurando que a problemas jurídicos similares serão ministradas soluções juridicamente equivalentes.

Conceber a função jurisdicional como o contraponto à função legislativa tornou-se absolutamente imprescindível, porque, apesar das preocupações do constitucionalismo moderno com a limitação do poder, a soberania parlamentar ou a soberania popular fizeram da lei mero instrumento da potestade estatal. Entretanto, ainda que essa filosofia política moderna assim o pretenda, não se pode conceber estado de direito sem a compreensão de que o direito não se restringe à lei, nem à vontade da potestade, mas, antes, se sobrepõe ao poder, como uma ordem normativa de validade que se presta a limitá-lo e controlá-lo, a fim de proteger a pessoa humana do arbítrio. Na dinâmica de freios e contrapesos, o papel a ser desempenhado pela jurisdição é o de fazer valer o direito contra a potestade. Nessa perspectiva, a jurisdição deve operar como instância eminentemente jurídica e, assim, antipotestativa. Por um lado, admitindo-se que a realização do direito pela jurisdição compõe a estrutura da realidade – e, portanto, é um dado inalterável por qualquer deliberação política ou engenhosidade constitucional –, se reconhece ao judiciário a missão de atuar na limitação dos poderes políticos, na contenção do arbítrio, no controle dos abusos, aí compreendidos excessos e desvios. Por outro lado, percebendo-se que a jurisdição, incumbida desse papel antipotestativo, é uma função jurídica, e não política, previne-se o cometimento do equívoco de simplesmente transferir o poder absoluto de um conjunto de agentes para outro: de corpos parlamentares ou de agências executivas para supremos tribunais ou para cortes constitucionais.

Com essas advertências, o que se deve entender como precedente vinculante é a decisão que contém um fundamento, ou seja, um juízo: *a)* formulado como resolução de uma questão que tenha sido efetivamente submetida ao órgão jurisdicional e por ele examinada; *b)* resultante de uma linha argumentativa relacionada aos fatos do caso; e *c)* que tenha realmente servido de base para o julgamento. Só há fundamento (*holding* ou *ratio decidendi*) – e, portanto, só se está diante de um precedente vinculante – se, e somente se, essas três condições forem atendidas. O que caracteriza um precedente é justamente a presença de um fundamento, ou seja, de um juízo que atenda às três condições acima enumeradas.

A partir desse conceito, pode-se dizer que um dos produtos naturais do exercício da função jurisdicional é a formação de precedentes vinculantes. Contudo, os órgãos jurisdicionais, inclusive aqueles incumbidos da promoção e da proteção da unidade do direito, são limitados, no desempenho da função que lhes é própria, a decidirem as questões que, como resultado do contraditório, lhes

tenham sido submetidas a julgamento, a elas oferecendo a solução consentânea, não com as preferências pessoais ou com os particulares critérios de justiça que o próprio julgador construa argumentativamente, mas com o material jurídico-normativo que subordina a atividade jurisdicional, aí incluída a legislação, mas também todo o acervo de critérios casuísticos que, prudencialmente, guiaram o julgamento de casos anteriores e que, ao longo do tempo, se acumularam e foram aperfeiçoados, de modo descentralizado, por um grande número de julgadores. Em outras palavras, mesmo os órgãos de cúpula do judiciário são destituídos de poder para a edição de enunciados que, em formulação imperativa, estabeleçam critérios gerais e abstratos dirigidos à aplicação, ainda que apenas prospectiva, por outros julgadores, a casos futuros ou a processos pendentes. Compreensão diversa perverteria a função jurisdicional, convertendo as cortes supremas em órgãos dotados de poder absoluto, na medida em que concentrariam os poderes de legislar e de julgar, segundo as regras por si mesmo criadas.



## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*.

ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 953–1094, 2005, p. 114. Disponível em: *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/40040245>. Acessado em 11 de outubro de 2022.

ALDISERT, Ruggero J. Precedent: What it is and What it Isn't; When Do We Kiss it and When Do We Kill it? *Pepperdine Law Review*, v. 17, n. 605, 1990. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1410783>. Acessado em 15 de dezembro de 2022.

AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. I-II, v. 2. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Tradução de Jesús María Rodríguez Arias e outros. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Ia pars, v. 1. Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed. Campinas – SP: Ecclesiae, 2020.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, Ia IIae, v. 2. Tradução de Alexandre Correia. 4ª ed. Campinas – SP: Ecclesiae, 2020.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 4ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Portugal: Vega, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AYUSO, Miguel. *A cabeça da górgona: da hybris do poder ao totalitarismo moderno*. Tradução de Luiz Cordeiro Mergulhão. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. *Revista Direito GV*, v. 15, p. 59-86, Jan.-Jun., 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

BARKER, Ernest. *The political thought of Plato and Aristotle*. New York: Russell & Russell, 1959.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em [https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015\\_barroso\\_razao\\_sem\\_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y), acessado em 11 de julho de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

BERMAN, Harold J. *Law and revolution: the formation of the western legal tradition*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1983.

BERMAN, Harold J. The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale. *The Yale Law Journal*, v. 103, n. 7, 1994, pp. 1651–738. Disponível em: *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/797013>. Acessado em 15 de dezembro de 2022.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*, v. I: of the rights of persons. The Oxford edition of Blackstone. Organização geral por Wilfrid Prest. Organização do livro por David Lemmings. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 444, de 22 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 3.451. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF, 13 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3451Sputnik.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105, Relator(a): ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, Dje-049, divulgado em 15-03-2016, publicado em 16-03-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983, Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 6 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acessado em 17 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 37.097/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 29 de abril de 2020, DJe-107, divulgado em 30/4/2020, publicado em 4/5/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 179.560/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, julgado em 23/04/1996, publicado no Diário da Justiça de 27-05-2005, p. 12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=281493>. Acessado em 25 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental na Reclamação n. 54.070. Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília-DF, julgado em 14/09/2022, publicado em 20/09/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763236698>. Acessado em 29 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental na Reclamação 55.636. Relator: ministro Luiz Fux, julgado em 05/12/2022, publicado em 14/12/2022. Acessado em 15 de dezembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 494.601, Relator: ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: ministro Edson Fachin. Brasília-DF, 28 de março de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>. Acessado em 17 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília-DF, julgado em 01/10/2015, Dje-049, divulgado em 15-03-2016, publicado em 16-03-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 152.752-PR. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília-DF, julgado em 04/04/2018, Dje-127, divulgado em 26-06-2018, publicado em 27-06-2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acessado em 26 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação n. 1.722. Brasília-DF. Relator: ministro Celso de Mello, julgado em 26/02/2003, publicado 13/05/2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87190>. Acessado em 27 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 657.718/MG. Relator: ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: ministro Roberto Barroso. Brasília-DF, julgado em 22/05/2019, Dje-267, divulgado em 06-11-2020, publicado em 09-11-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 655.265/DF, Relator: Ministro Luiz Fux. Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília-DF, julgado em 13/04/2016, Dje-164, divulgado em 04-08-2016, publicado em 05-08-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acessado em 24 de novembro de 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, Mário Santiago de. Apresentação. In: AQUINO, Santo Tomás de. *A unidade do intelecto, contra os averroístas*. Lisboa: Edições 70, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, A. A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo. In MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (organizadoras). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos supremos tribunais*. 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra, 2014.

CASTANHEIRA NEVES, A. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 37, pp. 35–65, jul./dez., 2009.

CHARTIER, Roger. *Origens culturais da revolução francesa*. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009.

COKE, Edward. *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*, v. 2. Organizado por Steve Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/shepherd-selected-writings-of-sir-edward-coke-3-vols>. Acessado em 26 de novembro de 2022.

COOK, Harold J. Against Common Right and Reason: The College of Physicians versus Dr. Thomas Bonham. *The American Journal of Legal History*, vol. 29, no. 4, 1985, pp. 301–322, disponível em [www.jstor.org/stable/845533](http://www.jstor.org/stable/845533), acessado em 20 de junho de 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A (in)justificabilidade normativa da legislação judiciária*, in *Processo e garantia*, vol. I. Londrina-PR: Thoth, 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Dez senões do processo estrutural*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>.

CRAIG, Paul. Formal and substantive conceptions of the rule of law. In: BELLAMY, Richard (organizador). *The rule of law and the separation of powers*. London/New York: Routledge, 2016, pp. 95-115.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. Livro digital formato Kindle. Acesso em: 30 de novembro de 2020.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: Macmillan, 1915.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (coordenadores). *Precedentes*. Coleção grandes temas do novo CPC. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINIZ, Márcio Victor de Sena. *O conceito de tolerância em John Locke: a tolerância universal e seus limites*. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/5584/1/arquivototal.pdf>, acessado em 23 de novembro de 2022.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>, acessado em 19 de fevereiro de 2022.

FRAILE, Guillermo. *Historia de la filosofía*, tomo II 2º, apud CALDERÓN, Álvaro Martín. *Umbrals de la filosofia: cuatro introducciones tomistas*. Moreno: el autor, 2011.

GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30432/1/MATHEUS%20SOUZA%20GALDINO.pdf>.

GARNER, Bryan A. *et al.* (organizadores). *Black's law dictionary*. 9ª ed. Saint Paul, Minnesota: Thomson Reuters, 2009.

GARNER, Bryan A. *et al.* *The law of judicial precedent*. Saint Paul, Minnesota: Thomson Reuters, 2016.

GIERKE, Otto von. *Political Theories of the Middle Ages*. Tradução de Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1913.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016.

GOLDIE, Mark. Introdução. In LOCKE, John. *Ensaaios políticos*. Clássicos Cambridge de Filosofia Política. Organizado por Mark Goldie. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 9ª ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. Revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

GOLDIE, Mark. Introdução. In LOCKE, John. *Ensaaios políticos*. Clássicos Cambridge de Filosofia Política. Organizado por Mark Goldie. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HAROUEL, Jean-Louis. *Les droits de l'homme contre le peuple*. Paris: Desclée de Brouwer, 2016.

HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (v. 1-3 in 1 v.). London and New York: Routledge, 2003. Livro digital formato *Kindle*.

HAYEK, Friedrich August von. *Monetary theory and the trade cycle*. Traduzido do alemão por N. Kaldor e H. M. Croome. New York: Sentry Press, 1933.

HAYEK, Friedrich August von. *Prices and production and other works: F. A. Hayek on money, the business cycle, and the gold standard*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2008.

HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. XVII. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

HAYEK, Friedrich August von. *The counter-revolution of science: studies on the abuse of reason*. London: The Free Press of Glencoe, 1955.

HAYEK, Friedrich August von. *The fatal conceit: the errors of socialism*. The collected works of F. A. Hayek, v. I. London: Routledge, 1990.

HAYEK, Friedrich August von. *The pure theory of capital*. Chicago: The University of Chicago Press, 1941.

HAYEK, Friedrich August von. *The road to serfdom*. Text and documents. The definitive edition. The collected works of F. A. Hayek, v. II. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

HAYEK, Friedrich August von. *The sensory order: and other writings on the foundations of theoretical psychology*. Chicago: The University of Chicago Press, 2017.

HELMHOLZ, R. H. Bonham's case, judicial review, and the law of nature. *Journal of Legal Analysis*, v. 1, n. 1, 2009, pp. 325-354, disponível em <https://academic.oup.com/jla/article/1/1/325/889025>, acessado em 20 de junho de 2021.

HIMMELFARB, Gertrude. *Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2015.

HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução de Amauri Feres Saad. 1ª ed. Londrina-PR: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HOBBS, Thomas. *De Cive*. A critical edition by Howard Warrender. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HOBBS, Thomas. *Leviathan: or the matter, form and power of a common-wealth ecclesiasticall and civill*. London: Andrew Crooke, 1651.

JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural de seu crescimento*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, s.d.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KETCHAM, Ralph. *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*. New York: Signet Classics, 2003. Livro eletrônico.

KOWALCZYK, J. (org.). *Federalist vs. Anti-federalist: study guide*. Produzido em cooperação por Monticello College e Shannon Brooks.

LILBURN, John. A plea... against the proceedings of the close and illegall Committee, of Lords and Commons appointed to examine these that are called London Agents [...]. In HART, David M.; KENYON, Ross (orgs.). *Tracts on Liberty by the Levellers and their Critics*, v. 5 (1648). Indianapolis: Liberty Fund, 2017, pp. 5-040a, disponível em [https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2600/Leveller\\_1542-05.html](https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2600/Leveller_1542-05.html), acessado em 23 de novembro de 2022.

LOCKE, John. *Ensaaios políticos*. Clássicos Cambridge de Filosofia Política. Organizado por Mark Goldie. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOCKE, John. *The Enhanced Edition of John Locke's Two Treatises of Civil Government (1689, 1764)*. Indianapolis: Liberty Fund, 2014. Edição do Kindle. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/locke-the-enhanced-edition-of-the-two-treatises-of-government-1689>, acessado em 23 de novembro de 2022.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução e estudo por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233925>.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016. Livro digital formato Kindle.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020.

MACHADO, Fábio Cardoso. *O “neoconstitucionalismo” e a erosão da juridicidade*: notas acerca do problema pré-metodológico da indistinção entre princípios jurídicos e objetivos políticos. Comunicação apresentada em 30/06/2021, no evento “O Direito e o Tempo - VII Encontro de Investigadores Doutorandos”, promovido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Texto inédito, generosamente enviado pelo autor.

MACHADO, Fábio Cardoso. *O direito: entre o modelo político da lex e o paradigma sapiencial do ius*. Londrina, PR: Thoth, 2020.

MAISTRE, Joseph de. *Considerações sobre a França*. Tradução, introdução, notas e bibliografia de José Miguel Nanni Soares. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro digital em formato ePub. Acesso em 29 de novembro de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Livro digital formato Kindle.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2022. Versão eletrônica Thomson Reuters Proview.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XV: artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. O nascimento do controle de constitucionalidade judicial. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 185, jan./mar. 2010, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198660/000881206.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Aponta%2Dse%20a%20origem%20do,implicitamente%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20norte%2Damericana>, acessado em 20 de junho de 2021.

MARSILIO DA PADOVA. *Il difensore della pace*. Tradução de Cesare Vasoli. Torino: Unione Tipografico-Editrice Turinese, 1960.

MATHIEZ, Albert. *As origens dos cultos revolucionários: fanatismo ideológico*. Tradução de Marly Peres. São Paulo: Faro Editorial, 2021.

MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49483>.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil)*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4146>.

MILTON, John. *The prose works of John Milton*, v. 1. Philadelphia: John W. Moore, 1847. Edição do Kindle, posições 12.629 a 12.637, de 14.898. Disponível em <https://oll.libertyfund.org/title/griswold-the-prose-works-of-john-milton-vol-1>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

MICHELON, Claudio. *Argumentação com precedentes*. Instituto Ives Gandra Convida: Claudio Michelin. Canal Instituto Ives Gandra no *YouTube*. Transmitido ao vivo em 20 de novembro de 2021. A partir dos 7 minutos e 45 segundos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=njCr5GRtYi0>. Acessado em 25 de novembro de 2021.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



NEWMAN, W. L. *The Politics of Aristotle*, v. I. Oxford: Clarendon Press, 1887.

PALEY, William. *The Principles of Moral and Political Philosophy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2002, livro VI, capítulo VIII, posição 5971 de 8518. Edição do Kindle

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. *Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?* In FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro digital formato Kindle.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. *Apresentação: o Supremo e a “voz das ruas”*, in PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (coordenadores). *Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br/44-supremos-erros-decis%C3%B5es-inconsti>. Acessado em 30 de novembro de 2020.

PLATÃO. *A república* (ou: sobre a justiça. Gênero político). Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000.

PLATÃO. *As leis: ou da legislação e Epinomis*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2021, Livro IV. Edição do Kindle.

PLATÃO. *Diálogos*. O banquete. Fédon. Sofista. Político. Coleção Pensadores, v. III. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril, 1972.

POLÍBIO. *Histórias*, Livros V-XV. Tradução e notas de Manuel Balasch Recort. Madrid: Editorial Gredos, 1981.

POLLOCK, Frederick. *Essays in jurisprudence and ethics*. London: Macmillan, 1882.

RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: BELLAMY, Richard (organizador). *The rule of law and the separation of powers*. London/New York: Routledge, 2016, pp. 77-93.

ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2020.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SANDOZ, Ellis. Introduction. In VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. Washington DC: Gateway Editions, 1997. Edição do Kindle.

SCALIA, Antonin. *O essencial de Scalia: sobre a constituição, os tribunais e o estado de direito*. Editado por Jeffrey S. Sutton e Edward Whelan. Prefácio de Elena Kagan. Tradução de Amauri Saad. 1ª ed. Londrina: E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.

SCHERER, Daniel Corteline. *A raiz antitomista da modernidade filosófica*. 2ª ed. Formosa-GO: Edições Santo Tomás, 2021.

SEGADO, Francisco Fernández. Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013, pp. 167-236, disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/913/620>, acessado em 20 de junho de 2021.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. Organização e Introdução de Aurélio Wander Bastos. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Edição do Kindle.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Bruna Braga. *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o Regulador no julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAÚJO, Marcos Paulo Fernandes de. *Direito natural contemporâneo: a renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo*. Londrina-PR: Thoth, 2021.

SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da desordem: exegese do declínio espiritual do ocidente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021.

SMITH, II, George P. Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence. *Washington Law Review*, v. 41, n. 297, 1966, disponível em <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol41/iss2/5>, acessado em 20 de junho de 2021.

SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. *Dicionário de política*. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *Direito natural, direito positivo e estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado: um estudo sobre o Defensor Pacis de Marcílio de Pádua*. Obras Seletas II. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2022.

STRAUSS, Leo. *Naturalright and history*. 5ª impressão. Chicago/London/Toronto: The University of Chicago Press/The University of Toronto Press, 1965.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

TALMON, J. L. *Los orígenes de la democracia totalitaria*. Tradução de Manuel Cardenal Iracheta. Madrid: Aguilar, 1956.

TALMON, J. L. *Political messianism: the romantic phase*. London: Secker & Warburg, 1960.

TALMON, J. L. *The origins of totalitarian democracy*. London: Secker & Warburg, 1952.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. Edição do Kindle.

ULIANO, André Borges. *Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas*. Londrina-PR: Thoth, 2022. Edição do Kindle.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VOEGELIN, Eric. *Anamnese: da teoria da história e da política*. Introdução e edição de texto de David Walsh. Tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2009.

VOEGELIN, Eric. *Order and history: Plato and Aristotle*, v. III. The collected works of Eric Voegelin, v. 16. Columbia and London: University of Missouri Press, 2000.

VOEGELIN, Eric. *Science, politics and gnosticism: two essays*. With a new introduction by Ellis Sandoz. Washington DC: Gateway Editions, 1997.

VOEGELIN, Eric. *The new science of politics: an introduction*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1987. Edição do Kindle.

WALDRON, Jemery. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *NYU School of Law, Public Law Research Paper* n. 11-75, 11 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1942557> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1942557>. Acessado em 19 de dezembro de 2022.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.