

2

O lugar do judiciário nas teorias liberais clássicas de Locke, Montesquieu e nos documentos federalistas

Locke e Montesquieu são dois dos primeiros representantes do liberalismo clássico cujas teorias estão voltadas para a defesa de direitos negativos por um Estado mínimo, que apenas deveria interferir para assegurar o exercício dos direitos liberais individuais com o consentimento dos governados. Um de seus objetivos é o de limitar o poder estatal subdividindo-o em funções para tutelar as liberdades negativas¹. Este foi o fundamento utilizado para a construção da teoria da separação de poderes, tanto em Locke como em Montesquieu, apesar da ausência de independência e autonomia do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, na concepção daquele.

Os documentos federalistas, criados no séc. XVIII com o intuito de defender a ratificação da Constituição norte-americana, também têm uma forte inspiração liberal. É que a teoria da separação de poderes daquele país também se inspirou na teoria montesquiana, mais especificamente do sistema de freios e contrapesos. Em razão do colapso do modelo de constituição mista² adotado na Inglaterra, retirou-

¹ Os pensadores da corrente liberal clássica defendem uma concepção de liberdade negativa na qual os direitos individuais devem impor limitações à atuação do Estado, ou seja, para serem considerados livres os indivíduos não podem estar submetidos a qualquer interferência no exercício de suas liberdades privadas. Assim, o liberalismo, ao se vincular a uma noção de liberdade negativa, garante o direito de autodeterminação privada frente aos outros cidadãos e ao próprio Estado. (cf. OLIVEIRA, 2003, p. 3-8). BERLIN (2002, p. 266) faz a distinção entre liberdade negativa e positiva: "Isso [liberdade como esfera garantida contra a interferência alheia] está quase no polo oposto dos objetivos daqueles que acreditam em liberdade no sentido 'positivo' - de autogoverno. Os primeiros querem refrear a autoridade como tal. Os últimos a querem em suas próprias mãos. Essa é uma questão cardinal. Não são duas interpretações diferentes de um único conceito, mas duas atitudes profundamente divergentes e irreconciliáveis para com os fins da vida." Vale dizer, o autor não reconhece que a liberdade positiva seja conciliável com a liberdade negativa, mas reconhece que ela é insuficiente para realizar a autonomia individual de todos os indivíduos: "A liberdade de uma sociedade, uma classe ou um grupo, nesse sentido [negativo] de liberdade, é medida pela força dessas barreiras e pelo número e importância dos caminhos que mantêm abertos a seus membros - se não para todos, pelo menos para grande parcela deles." (BERLIN, 2002, p. 272).

² A expressão constituição mista em Aristóteles designa a participação de vários grupos ou classes sociais no exercício do poder político com fito de evitar que o exercício da soberania popular ou o governo estivesse nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade. Este conceito está ligado ao tema das formas de governo (monarquia, aristocracia, república) e suas respectivas degradações (tirania, oligarquia e anarquia), acaso houvesse arbitrariedade no exercício do poder político (Cf. ARISTÓTELES, 1997, p.142-145). Políbios também defende as vantagens de se adotar a Constituição mista em Roma, no período republicano, e, assim como Aristóteles, concebe três más formas de governo (a tirania, a oligarquia e a oclocracia, um governo corrupto de massas), além da monarquia, da aristocracia e da democracia. Segundo ele o governo se desenvolve em ciclos, que se iniciam com a autocracia e terminam com a oclocracia. Essa sucessão das formas de governos é que distingue o bom do mau governo. O modelo de Constituição mista também foi adotado pela

se o componente social da teoria da separação de poderes na América do Norte pré-revolucionária, mantendo-se apenas o sistema de freios e contrapesos, voltado para a promoção do exercício harmônico das funções estatais e para a contenção do abuso do poder político, ideários claramente liberais. Havia uma desconfiança em relação à capacidade política do povo de governar, e temia-se que o Poder Legislativo, por sua vulnerabilidade, pudesse vir a ser o mais corrupto dos poderes. Isso ensejou que a sua supremacia até então defendida por Locke e Montesquieu desse lugar para a do Poder Judiciário. Assim, houve uma reconfiguração da teoria montesquiana da separação de poderes já que este poder deixa de ser neutro e passa a intervir nas decisões políticas, para tutelar os direitos individuais insertos na Constituição contra os abusos de eventuais maiorias políticas.

2.1.1

A teoria bipartite da separação dos poderes em John Locke

A teoria da separação de poderes, entendida como “distinção entre funções estaduais, com a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes, sobretudo na defesa da liberdade individual, tem origem na era moderna, e nasceu na Inglaterra do século XVII.” (PIÇARRA, 1989, p. 18). Sob o pano de fundo da teoria contratualista de Locke formulada em 1688-89, estava em pauta a formação da monarquia constitucional ou parlamentarista, que consagrava a divisão dos poderes estatais e a limitação da monarquia pelo Parlamento:

A monarquia constitucional é um sistema político baseado, ao mesmo tempo, na dupla distinção entre as duas partes do poder, o parlamento e o rei, e entre duas funções do Estado, a legislativa e a executiva, bem como na correspondência quase perfeita entre essas duas distinções - o poder legislativo emana do povo representado no parlamento; o poder executivo é delegado ao rei pelo parlamento. (BOBBIO, 1980, p. 105).

Inglaterra no séc. XVII para garantir a estabilidade política por meio de um governo virtuoso e de bases sociais igualitárias. Contudo, essa concepção de virtude foi corrompida, dentre outros motivos, pelo comportamento Poder Executivo que se deixou conduzir pela especulação econômica e passou a dominar o Parlamento, através de práticas clientelistas, o que fez com se tiranizasse, rompendo com a ideia de balanceamento entre os poderes exigido pela teoria da constituição mista. (Cf. BENTES, 2006, p. 17-24).

Para conquistar “o mundo concreto da liberdade política garantida por acordos políticos, os homens foram levados a abandonar o estado de natureza³ e a estabelecer uma fonte de poder para regular e conservar a propriedade” (LOCKE, 1998, p. 148-149), por meio da instituição do governo civil. Segundo o autor, reconheciam-se como direitos naturais os que diziam respeito à vida, à propriedade e à liberdade. Através do contrato social, os homens se constituíram numa sociedade civil ou política, em que aquiescem com a criação de um poder estatal, para preservar e consolidar os direitos naturais que possuíam originariamente no estado de natureza⁴.

A expressão propriedade na teoria lockeana apresenta uma ambiguidade de sentidos. Em sentido amplo, ela engloba, além do patrimônio propriamente dito, os direitos naturais “à vida e à liberdade.” (LOCKE, 1998, p. 148-149). Trata-se, na verdade, de um conjunto de direitos naturais inalienáveis do ser humano que nenhum poder político poderá violar. Nesta acepção todos os homens são iguais e livres porque são proprietários já que este é um direito natural que antecede o próprio contrato social. Apesar de serem iguais e livres os homens têm o direito de se apropriarem dos bens que estão dispostos para toda a comunidade. É neste sentido estrito, “em termos de posses materiais” (LOCKE, 1998, p. 148), que o autor também utiliza a expressão propriedade. A apropriação destas posses materiais é individual e é obtida por meio do trabalho:

³ No estado de natureza os homens são livres, iguais, independentes e dotados de uma racionalidade tal que lhes permite regular suas ações e colocar à disposição tudo que possuem, da forma que lhes aprovar, não se sujeitando à subordinação ou sujeição de outrem, desde que respeitem a lei da natureza, a expressão da vontade de Deus. Desta forma, “cada um detém o poder executivo da lei da natureza. Se alguém ferir a lei da natureza, todos os demais têm o direito de puni-los por isso e de reclamar uma retribuição, não apenas em nome dos danos próprios sofridos, como para defender a autoridade da razão e a equidade comum, que é medida fixada por Deus às ações dos homens, para a mútua segurança destes.” (LOCKE, 1998, p. 141-142). Mas, como as paixões humanas afetavam a sua parcialidade, o governo civil “foi o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza.” (LOCKE, 1998, p. 391).

⁴ Primeiramente, o uso universal deste direito natural se dava pela apropriação das coisas disponíveis no mundo, limitada ao consumo dos bens necessários para prover o sustento dos homens. Mas tal apropriação restringia à capacidade de consumo do proprietário, ao perecimento dos bens apropriáveis e ao respeito ao direito de expropriação dos demais membros. O que excedia os bens consumidos poderia ser destruído, doado ou trocado por outros bens de maior durabilidade ou ainda bens não perecíveis. O fato gerador da propriedade individual foi a apropriação de bens pelo trabalho. E a moeda passou a ser vista como a possibilidade de conservar os excedentes decorrentes do trabalho, possibilitando o acúmulo de riquezas. A partir de então, os bens materiais passaram a ser adquiridos pela compra e alguns homens tornaram-se mais ricos do que outros, o que resultou numa distribuição desigual dos bens particulares. Foi este processo de acumulação que gerou as bases do capitalismo.

[...] embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, o homem (sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua própria pessoa e de suas ações ou de seu trabalho) tinha já em si mesmo o grande fundamento da propriedade. (LOCKE, 1998, p. 424).

Por isto, mesmo aqueles indivíduos que não dispunham de posses materiais para se dizerem proprietários, poderiam considerar “o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos como uma propriedade sua.” (LOCKE, 1998, p. 147). Daí a sua teoria contratualista ter se fundado no individualismo possessivo, segundo o qual:

[...] o indivíduo é essencialmente o proprietário da sua própria pessoa, das suas capacidades e dos seus bens e a capacidade política é considerada como uma invenção humana para proteção da propriedade do indivíduo sobre a sua pessoa e os seus bens. (CANOTILHO, 2003, p. 256).

Para regular e garantir a propriedade foi criado um órgão responsável pela promulgação das leis que passariam a reger as relações entre todos os indivíduos contratantes, o Poder Legislativo. Sugiram, também, os poderes Executivo e Federativo que, juntamente com o Legislativo, viabilizaram ao Estado Liberal o cumprimento do desiderato do bem comum através da defesa da liberdade individual, do direito à propriedade e da divisão dos poderes estatais.

Independentemente da forma de governo (monarquia, república ou democracia), “uma sociedade política bem ordenada pressupõe que o poder legislativo seja depositado nas mãos de diversas pessoas que, reunidas em assembleia ou em conjunto com outras, têm o poder de elaborar leis” (LOCKE, 1998, p. 515), com fito de promover o bem público. A fim de evitar o arbítrio do corpo legislativo e fazer com que ele próprio esteja sujeito às leis que elabora, não lhe seria permitido cumular a função executiva. Tal função deveria ser atribuída “a um poder permanente, que cuida da execução das leis que são elaboradas e permanecem vigentes.” (LOCKE, 1998, p. 515). Por isto, “a separação entre função legislativa e função executiva do ponto de vista dos órgãos que as exercem e dos respectivos titulares passou a ser considerada condição *sine qua non* para a realização do *rule of law*” (PIÇARRA, 1989, p. 52), ou, mais precisamente, do Estado de Direito.

Em toda sociedade política o Poder Legislativo estava sujeito a quatro limitações:

- a) O poder conferido à pessoa ou assembleia que legisla, não pode exceder àquele que foi transferido pelos indivíduos quando da formação da sociedade política, de forma ele não dispõe de um poder arbitrário absoluto sobre esta ou sobre si mesmo. O poder legislativo foi concebido apenas para promover o bem público da sociedade política;
- b) A sociedade deve ser governada por leis estabelecidas e fixas, para delimitar as suas propriedades, não se admitindo decretos arbitrários extemporâneos por parte da autoridade legislativa, sob consequência de se retornar ao estado de natureza, onde a sua paz, a tranquilidade e a propriedade estarão entregues à incerteza. Isso impede que o poder legislativo se arrogue um poder absoluto e arbitrário em relação às pessoas e seus haveres;
- c) O poder supremo não pode tolher o direito de propriedade dos indivíduos eis que se a razão do contrato social e o fim do governo é a tutela da propriedade ela não poderia ser tolhida a não ser com a aquiescência deles. Nos governos em que o legislativo se constitui sempre sob a mesma assembleia ou está nas mãos de um único homem existe o risco de usurpação do poder com a apreensão parcial ou total da propriedade dos homens;
- d) Não pode transferir o poder de elaborar leis para outrem já que ele é um poder delegado pelo povo e somente este pode decidir em quem ele será depositado. (LOCKE, 1998, p. 504-513).

Numa noção primária de democracia representativa, a comunidade, por uma escolha majoritária, elegia os representantes do povo, que exerciam a função legislativa. Ao legislativo foi atribuída “a função de fixar as diretrizes de como a força da sociedade política deveria ser empregada para preservá-la e aos seus membros” (LOCKE, 1998, p. 514), e assim ele passou a ser considerado o poder supremo. Por essas razões, não se pode olvidar que ele é apenas “um poder fiduciário para agir com vistas a certos fins e porque é delegado pelo povo, está sujeito ao seu poder supremo” (LOCKE, 1998, p. 518), que se manifesta quando este intenta destituir ou “alterar o legislativo se ele agir contrariamente à confiança nele depositada.” (LOCKE, 1998, p. 516).

Em razão de sua supremacia, o Poder Legislativo também tinha a função de fiscalizar o Poder Executivo, retirando-lhe o poder de execução das leis, caso incorresse em má gestão da coisa pública (LOCKE, 1998, p. 521), hipótese em que o poder de eleger uma nova assembleia de representantes ou um representante único deveria ser retomado pelo povo. Em regra, o Poder Legislativo é constituído por uma assembleia de representantes do povo, o parlamento. O seu funcionamento não era permanente já que as legislaturas tinham períodos predeterminados de funcionamento e de recesso pelas constituições originárias ou por seus aditamentos. Excepcionalmente, o Poder Legislativo poderia ser constituído por um único representante, o que exigia o seu funcionamento

permanente. “A obtenção de consenso no parlamento é formada a partir da aplicação da regra da maioria.” (PIÇARRA, 1989, p. 69).

Ao rei, na condição de representante do Poder Executivo, cabia “a prerrogativa de convocar o parlamento quanto à ocasião, local e duração, desde que seja usada para a promoção do bem comum, atendendo as exigências dos tempos e a variedade de ocasiões.” (LOCKE, 1998, p. 534). Exatamente em razão de tais exigências, essa prerrogativa foi delegada ao Poder Executivo com a justificativa de que o seu funcionamento permanente lhe permitiria uma melhor avaliação sobre os momentos em que o parlamento deveria ser convocado, desde que a escolha fosse realizada com o fito de promover o bem público e preservasse o interesse do próprio parlamento. Nesta hipótese a preocupação maior de Locke era a de que “o poder executivo fizesse uso da força da sociedade política para impedir a reunião e a atuação do Legislativo, quando a constituição original ou as exigências do público assim o exigisse.” (LOCKE, 1998, p. 523). Por se tratar de uma prerrogativa, ou seja, “de um poder de fazer o bem público independentemente de regras é que não havia juiz do uso correto desse poder.” (LOCKE, 1998, p. 534-535).

Não apenas a decisão relativa a essa questão foi deixada a cargo da discricionariedade do Poder Executivo, mas todas aquelas em que “não eram os legisladores capazes de prever e providenciar por meio das leis, desde que fosse proveitoso para a comunidade ou o exigisse o bem e a vantagem do público” (LOCKE, 1998, p. 529). Isso diante das situações em que a regulamentação exaustiva da lei era até recomendável, de modo que “o Poder Executivo atuasse de forma discricionária e zelosa para evitar danos, impedir que ocorresse o sacrifício dos membros da sociedade, inclusive perdoar os culpados sempre que nenhum prejuízo resultasse aos inocentes.” (LOCKE, 1998, p. 529). Cabia ao governo promover a autoconservação de seus membros, com respeito ao direito natural à vida, preexistente ao contrato social. Embora a atribuição destas prerrogativas pudesse gerar a usurpação do poder político pelo Executivo, - com possibilidade de desvio da finalidade que conduziria à promoção de fins privados do próprio governante, ao invés da promoção do bem comum -, atribuiu-se ao povo a função de fiscalizar e limitar o seu exercício, com a imposição de limites legais às medidas tomadas em prejuízo de seu interesse.

Locke (1998) também concebeu o Poder Federativo, que, mesmo distinto dos demais, estava vinculado ao Poder Executivo e tinha a função de “gerir a segurança e o interesse público externo através do poder de decidir sobre a guerra e a paz e de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas.” (LOCKE, 1998, p. 516). Temia-se que se os poderes Federativo e Executivo:

[...] agissem separadamente, a força política do Estado seria colocada em mãos distintas e não subordinadas, em virtude do que a força do público ficaria sob comandos diferentes, o que poderia ocasionar, em qualquer ocasião, desordem e ruína. (LOCKE, 1998, p. 517).

A teoria lockeana não menciona expressamente o judiciário como um poder independente, mas ele poderia estar compreendido, tanto “no âmbito do Poder Executivo arcaico” (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 50) quanto “no Poder Legislativo.” (BOBBIO, 1997, p. 233). De acordo com tal classificação, o Poder Judiciário “originou-se do poder do rei e a função de julgar, pela natureza das coisas, integrava o universo mais amplo de executar a lei.” (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 50-51). Sendo assim, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo não têm uma função diferenciada, pois

[...] a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial se existem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos. (BOBBIO, 1997, p. 233).

Assim, a teoria lockeana da separação de poderes pode ser considerada bipartite já que expressa uma “distinção orgânico-pessoal entre os poderes legislativo e executivo, [...] pois as leis não poderiam ser feitas por quem, simultaneamente, tivesse o poder para aplicá-las.” (PIÇARRA, 1989, p. 50-51). Além disso, ela apresenta um viés normativo que expressa a supremacia da função legislativa no Estado de Direito, que pressupõe:

[...] a idéia de lei como um conceito típico de uma função legislativa emancipada superior. Na generalidade e abstração da lei começa por residir o fundamento da supremacia da função legislativa, que por sua vez, exige o seu exercício orgânica e pessoalmente separado da função executiva. (PIÇARRA, 1989, p. 75-76).

Outro traço distintivo da teoria lockeana é que “os fundamentos do estado e do poder político [...] se baseiam num facto convencional, que é o contrato social e não num facto natural, que é pressuposto da monarquia mista.” (PIÇARRA, 1989, p. 112).

No modelo de contrato social:

[...] a soberania é anteposta aos aparelhos estatais detentores do poder, o que corresponde à premissa contrafática do contrato, segundo a qual indivíduos livres e iguais precedem os aparelhos estatais, que só se constituem através dos indivíduos. (MAUS, p. 2010, p. 40).

Já a monarquia mista, “como designação que assumiu a constituição mista e que foi dominante no séc. XVII na Inglaterra” (PIÇARRA, 1989, p. 43), se caracteriza pela ideia de que o melhor governo seria aquele que promovesse a participação pluralista no exercício do poder político através da atuação conjunta do rei, da nobreza e dos representantes do povo. Ela foi concebida para promover o balanceamento ou o equilíbrio entre

[...] as potências ou forças político-sociais porque pressupõe uma sociedade pré-constituída, em que homens dotados de sociabilidade natural, estão previamente em ordens ou estamentos. Contra esta concepção de sociedade se apresenta, como arma ideológica, o contrato social. (ALTHUSSER, 1977, p. 32).

Já a teoria lockeana da separação de poderes se desenvolveu “na Inglaterra, durante a guerra civil e a república inglesa, que era opositora à constituição e adepta da ideia de soberania popular.” (PIÇARRA, 1989, p. 43). Daí a incompatibilidade entre a teoria da separação de poderes sistematizada por Locke e a concepção de monarquia mista.

Nesse sentido, Bobbio também adverte que Locke não propõe “separação e equilíbrio entre os poderes, mas sim, separação e subordinação entre eles.” (BOBBIO, 1997, p. 223).

Esta afirmativa permite concluir que “o equilíbrio entre os poderes pressupõe um sistema de freios e contrapesos que está associado à ideia de constituição mista” (PIÇARRA, 1989, p. 77-78), não idealizada por Locke. O autor limitou-se a exigir “o exercício separado, orgânica e pessoalmente, de duas funções materialmente distintas (executivo e legislativo) como garantia da *rule of law*.” (PIÇARRA, 1989, p. 60). Em razão dessa sistematização, o Poder Judiciário

não tinha independência funcional em relação aos outros poderes e não podia desempenhar a função típica de aplicar a lei ao caso concreto, a qual ficava a cargo do Poder Executivo Arcaico ou do Poder Legislativo.

2.1.2

A tripartição de funções na teoria de Montesquieu, o sistema de freios e contrapesos e a neutralidade política do Poder Judiciário

Antes de se apresentar a teoria tripartite da divisão de poderes sistematizada por Montesquieu (1748), é preciso esclarecer que ela se diferencia da teoria da separação de poderes de Locke (1688-89), por se filiar à teoria da constituição mista que se traduz na “idéia de balança dos poderes e do sistema de freios e contrapesos.” (PIÇARRA, 1989, p. 79). Até 1748, quando foi publicada a obra montesquiana *O Espírito das Leis*, houve outras versões da teoria da separação de poderes, decorrentes de uma mescla do *rule of Law* com a concepção de constituição mista.

A primeira vertente é a da “monarquia mista aplicada ao novo arranjo orgânico-funcional que tem por centro o legislativo.” (PIÇARRA, 1989, p. 80). Para que o Legislativo atuasse de forma equilibrada, no intuito de evitar a usurpação do poder político, exigia-se que ele representasse as forças político-sociais então existentes: o rei, a nobreza e os representantes do povo.

A conjugação de forças políticas dentro do órgão legislativo, que permitiu um controle recíproco destas potências no processo legiferante, é do “tipo intra-orgânico.” (PIÇARRA, 1989, p. 80).

Assim, “o rei, como titular do poder executivo, ao participar do processo de criação das leis impediria a usurpação de funções executivas pelo parlamento.” (PIÇARRA, 1989, p. 80). Dessa forma, a balança dos poderes se dava apenas dentro do legislativo, que, além da dimensão funcional, agregou a dimensão social, em razão da adesão à teoria da constituição mista.

Já na segunda vertente, “a balança dos poderes é do tipo interorgânico, ou seja, ela está situada na relação entre dois órgãos mutuamente independentes quanto à formação e à existência, o legislativo e o executivo.” (PIÇARRA, 1989, p. 81). Nesta teoria, embora a sociedade fosse estamental, predominava “a qualidade política dos titulares que compõem de forma equilibrada os respectivos

poderes” (PIÇARRA, 1989, p. 82), mas a dimensão institucional ganhou expressividade ao ponto de alçar o *status* “de teoria de freios e contrapesos técnico-institucional.” (PIÇARRA, 1989, p. 82). Vale dizer que há uma divisão preponderante de funções entre os órgãos executivo e legislativo, os quais, embora independentes ou separados, admitem um controle recíproco.

Um exemplo típico ocorreu com a mudança de significado do poder de veto do rei. Enquanto no *King in Parliament* “ele participava do processo legislativo e a sua sanção era condição de perfeição da lei” (PIÇARRA, 1989, p. 82), nesse novo modelo de controle recíproco entre os poderes “ele passou a exprimir uma oposição do rei como forma de controle sobre o ato legislativo que passou a ser de competência exclusiva do parlamento.” (PIÇARRA, 1989, p. 83).

Uma terceira vertente da teoria da separação de poderes, que conjuga a constituição mista, a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, foi concebida por Bolingbroke. (1738). Segundo aponta Piçarra (1989), “a constituição inglesa revelou uma fraqueza particularmente notória, a susceptibilidade de ser subvertida por um chefe do executivo aspirando a plenos poderes e não hesitando em dominar o legislativo.” Bolingbroke, citado por Piçarra, afirma o seguinte:

[...] para que a constituição permanecesse equilibrada e não houvesse abuso do poder político, se fazia necessário que o controle recíproco entre os poderes permitisse a independência funcional de cada poder na tomada de decisões de sua competência sem a influência do poder controlador. (BOLINGBROKE *apud* PIÇARRA, 1989, p. 85-86).

Nesse sentido, ainda de acordo com o referido autor, “a independência recíproca entre os órgãos constitucionais deveria ser um pré-requisito de sua mutua interdependência.” (BOLINGBROKE *apud* PIÇARRA, 1989, p. 85-86).

Tanto a versão da separação de poderes de Locke, na perspectiva funcional que exigia o *rule of law*, quanto estas três últimas variantes que mesclam este sistema com a teoria da constituição mista influenciaram a sistematização de Montesquieu (PIÇARRA, 1989), na obra *O Espírito das Leis*, em 1748. A tripartição funcional dos poderes estatais (legislativo, executivo e judicial) “já era conhecida em Inglaterra muito antes ter sido adaptada por Montesquieu. Mas foi só a partir do autor que ela se tornou preferida, impregnando definitivamente o constitucionalismo liberal.” (PIÇARRA, 1989, p. 91).

Por ser um representante do liberalismo político, Montesquieu preocupava-se com a garantia da liberdade a partir da desconcentração do poder político, já que as funções estatais não deveriam estar concentradas nas mãos de uma única pessoa. Deveriam, sim, estar separadas em instituições e pessoas distintas, sob pena de gerar, como consequência, a desordem social e o despotismo no poder político:

Todo homem que tem Poder é levado a abusar dele; vai até encontrar os limites. Por isso necessária a divisão dos poderes, para que cada poder impeça o freie o outro; impeça o abuso de poder por parte deste. [...] Para formar um Governo Moderado, precisa combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. (MONTESQUIEU, 2000, p. 24-25).

A liberdade política em Montesquieu está vinculada à *rule of law* porque é essencialmente normativa, já que “ela só existe onde prevalece o princípio da legalidade, isto é, que ninguém seja constrangido a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as que a lei permita.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 32). A divisão orgânico-funcional de forma tripartida também reflete essa concepção legalista, na medida em que “traduz formas materialmente distintas de actuação jurídica do Estado, em que há leis por um lado, tribunais e força pública por outro, destinados a assegurar o cumprimento delas.” (PIÇARRA, 1989, p. 92). Montesquieu se refere mais especificamente aos poderes legislativo e executivo, mas enquadra o judiciário como órgão indireto encarregado de garantir a execução das leis.

O Poder Judiciário foi acrescentado à classificação bipartite de Locke com a “publicação do Ato do Estabelecimento pelo parlamento em 1701” (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 52), por meio do qual ele adquiriu independência funcional e a magistratura alcançou estabilidade funcional. A criação do terceiro poder se fundamenta na necessidade de separá-lo funcional e organicamente do Poder Executivo, evitando assim que “os magistrados atuassem com a força de um opressor” (PIÇARRA, 1989, p. 99), com o acúmulo de ambas as funções. A distinção orgânico-funcional entre ele e o Poder Legislativo também se justifica na medida em que não poderia cumular a função de elaborar as leis sem que se tornasse arbitrário, já que “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos estaria sujeito ao arbítrio do juiz-legislador.” (MAUS, 2010, p. 30).

A separação funcional ou vertical dos poderes foi fundamental para distinguir a função Legislativa da função Judicial, na medida em que esta se tornou independente para “determinar e assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais.” (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 40). Porém, no que tange ao exercício de sua função, o judiciário limitava-se a ser “a boca que pronuncia as palavras da lei em razão da necessidade ética de ser justo, imparcial.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 27). A reprodução fiel da lei produzida pelo Legislativo deveria estar refletida nas sentenças prolatadas nos casos concretos pelo método lógico-silogístico, o que impedia que os juízes lançassem mão de qualquer poder criador do direito. (PIÇARRA, 1989).

Como a função judicante estava vinculada à neutralidade judicial, o Poder Judiciário não detinha “legitimidade de influência política no governo, de tal forma que lhe era vedado interferir na competência do Poder Legislativo e determinar a suspensão da execução de leis” (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 40-41) em razão da *rule of law*. Esta foi a fórmula encontrada por Montesquieu para garantir a separação entre o Direito e a Política já que o Poder Judiciário deveria ser um órgão politicamente neutro, que primasse, sobretudo, pela segurança jurídica, a partir da aplicação retroativa da lei ao caso concreto. Assim, não se poderia atribuir ao julgador uma função interpretativo-criativa já que lhe era vedada a criação de direito novo de forma prospectiva, o que colidiria diretamente com o exercício da função típica do legislador político, corrompendo-se a teoria defendida por Montesquieu que não confere ao poder judicial qualquer tipo de autonomia decisória neste sentido.

A divisão tripartite das funções estatais pelo critério orgânico-funcional se limita ao delineamento institucional ou jurídico das funções estatais, e não revela nada acerca do seu delineamento político. Quando Montesquieu se refere à necessidade de se instituir um governo moderado, ele faz remissão à constituição mista em que

[...] o Rei, o Parlamento e o corpo de magistrados estariam representados, combinando num mesmo conjunto de arranjos, o governo de um (monarquia), o governo de alguns (república) e o governo de muitos (democracia). (SOUZA JÚNIOR, 2000, p. 57)

O Executivo ficaria nas mãos do monarca, o Legislativo nas dos nobres e dos representantes do povo, e o Judiciário em tribunais temporários do povo, como forma de balancear o exercício do poder político.

Já o sistema de freios e contrapesos permitia uma forma recíproca de controle entre os poderes, caracterizado “pela faculdade de estatuir, representada pelo poder de ordenar por si ou de corrigir o que foi ordenado por outro e pela faculdade de impedir, representada pelo poder de tornar nula a Resolução adotada por outrem.” (LAGES, 2008, p. 1). Como os poderes Legislativo e Executivo tinham uma tendência maior ao cometimento de “abuso de poder eles estariam mais aptos a frear um ao outro” (MONTESQUIEU, 2000, p. 27), enquanto o Judiciário tinha um papel nulo nesta dinâmica de freios e contrapesos, pois não era concebível que “ele se posicionasse no sentido de frear, embarçar outro poder.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 27).

Portanto, a teoria montesquiana “da separação de poderes⁵ envolve duas dimensões, uma denominada de separação funcional dos poderes (separação vertical) e a outra denominada de separação social (separação horizontal) dos poderes” (PIÇARRA, 1989, p. 105). Além do critério duplice de separação horizontal e vertical dos poderes, Montesquieu foi o responsável pela sistematização da teoria de freios e contrapesos que não existia em Locke.

2.1.3

A teoria da separação de poderes nos documentos federalistas e a transformação de perfil do Poder Judiciário a partir do *judicial review*

Os documentos federalistas⁶ são constituídos por oitenta e cinco artigos escritos por Hamilton, Madison e Jay, que participaram da Convenção da Filadélfia, responsável pela aprovação da Constituição Americana de 1787. Um dos principais motivos que justificou a ratificação da Constituição norte-

⁵ Embora Nuno Piçarra se refira à terminologia “separação” para designar a separação social e a funcional dos poderes, Montesquieu não utiliza essa expressão porque ela implica uma divisão estanque de funções, quando na verdade há uma distribuição ou divisão entre funções que permite uma correlação entre os poderes que formam uma unidade. (Lange *apud* Piçarra, 1989, p. 155).

⁶ Já os antifederalistas, liderados por Thomas Jefferson, defendiam a adoção de uma teoria pura da separação de poderes, estritamente vinculada à separação vertical das funções estatais e também criticavam o *judicial review* sobre os atos legislativos por considerá-lo violador do princípio democrático, já que acreditavam na capacidade do povo e não dos juizes para decidir sobre questões que visassem ao bem público. (Cf. BENTES, 2006, p. 47 *et. seq.*).

americana foi a preocupação com o aumento da participação do povo no exercício do poder político, ao menos no momento de sua elaboração⁷.

Como o modelo de constituição mista já tinha sido corrompido na Inglaterra, ele se tornou incapaz de garantir o equilíbrio das classes sociais no exercício do poder político. Por isto, a sociedade norte-americana pré-revolucionária optou por não reproduzi-lo e os federalistas preferiram apostar num sistema representativo de governo conjugado com o princípio funcional da separação de poderes, que garantia de modo mais eficaz um sistema de freios e contrapesos voltado para o exercício harmônico das funções estatais e para o controle recíproco entre os poderes.

Entretanto, esse controle recíproco se deu de forma mais incisiva em relação ao Poder Legislativo que era considerado o mais vulnerável à corrupção dentre os poderes estatais. O temor em relação à tirania do Poder Legislativo impediu que os seus próprios membros exercessem o controle de constitucionalidade das leis, o que justificou que essa função fosse atribuída ao Poder Judiciário através da instituição do *judicial review*. Por essa razão, a teoria da separação de poderes, tal como formulada por Montesquieu, foi revista com o intuito de mitigar a supremacia do Poder Legislativo e conceber o *judicial review* como garantia de independência do Poder Judiciário, a partir do sistema de freios e contrapesos:

Todos os poderes governamentais, legislativo, executivo e judiciário acabam por recair no corpo legislativo. A concentração desses poderes nas mesmas mãos é precisamente a definição do governo despótico. O despotismo eletivo não é governo por que lutamos. Lutamos por um que não somente seja fundado em princípios livres, mas em que os poderes de governo sejam de tal modo divididos e equilibrados entre vários corpos de magistratura que nenhum deles possa transgredir seus limites legais sem ser efetivamente controlado e restringido pelos outros. (MADISON, 2005, p. 340).

A concepção montesquiana segundo a qual “dentre os três poderes a Justiça seria aquele que não necessita de moderação é refutada pela perspectiva normativa da garantia de liberdade civil contra a jurisdição arbitrária.” (MAUS, 2010, p. 31). O Poder Judiciário, antes um órgão neutro, passou a ser um órgão interventivo, pois, “ao invés da Justiça estar sujeita ao Legislativo era este quem estava sujeito

⁷ Com a adoção do sistema representativo de governo, os cidadãos se limitariam a eleger seus representantes por serem destituídos de virtude cívica para orientar as decisões políticas em prol do bem público, pois priorizavam a defesa de seus interesses privados.

à Justiça, já que o legislativo era considerado suspeito pelos federalistas por estar mais próximo ao povo democrático.” (MAUS, 2010, p. 32).

Um dos principais objetivos dos documentos federalistas era instituir um sistema de governo republicano baseado na teoria da separação de poderes de Montesquieu formulada em 1748, mas desde que um poder pudesse intervir parcialmente na esfera de competência de outro. A justificativa para esta opção foi a constatação de que “o Executivo e Judiciário na Constituição Britânica nunca foram absolutamente independentes e distintos entre si.” (MADISON, 2005, p. 332-338). Para funcionarem de modo harmônico, os poderes deveriam ser independentes, mas controlados de forma recíproca através dos mecanismos de *checks and balances*.

Neste íterim, o Judiciário passou a ser o responsável pelo controle de constitucionalidade dos atos exarados pelos demais poderes, que poderiam atentar contra as liberdades individuais violando flagrantemente a supremacia da Constituição. Hamilton, no entanto, ponderou que o fato de os juízes serem responsáveis pela interpretação das Leis para verificar a sua conformidade com a Constituição, não representava a superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. O controle de constitucionalidade das leis apenas tinha a função de canalizar a prevalência da vontade popular, que deveria ser respeitada tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo próprio Poder Judiciário:

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do legislativo, porque contrários à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que de tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as constituições americanas, convém uma breve análise de seus fundamentos. Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, [...] que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas, sobretudo, o que eles proíbem. (HAMILTON, 2005, p. 577).

Apenas em 1803, com o julgamento do caso *Marbury versus Madison*⁸, é que formalmente atribuiu-se ao Poder Judiciário o *judicial review*, ou seja, o poder de rever os atos legislativos do Congresso que estivessem em desconformidade com a Constituição, assumindo uma função nitidamente contramajoritária⁹. A princípio, o *judicial review* seria apenas uma técnica de legislação negativa, já que a Suprema Corte só deveria intervir em casos de flagrante violação à Constituição¹⁰, como na hipótese de lesão aos direitos das minorias e, desde que o exercício deste controle fosse realizado de forma equilibrada em relação aos demais poderes políticos, sem usurpar suas funções típicas. Devido a esse posicionamento de autocontenção judicial em relação às questões de ordem política, que predominou no decorrer de todo o séc. XIX, as decisões legislativas tinham predominância em relação às judiciais. Inclusive foram adotados alguns mecanismos para o excesso de interferência do Judiciário nas decisões dos outros poderes. Em 1893, no caso *Thayer*, decidiu-se que um ato da legislatura não pode ser declarado nulo a menos que a violação da Constituição seja tão manifesta a ponto de não deixar espaço para dúvida razoável. Posteriormente surgiu a doutrina das questões políticas que recomendava aos Tribunais a adoção de um posicionamento de autocontenção em relação às questões políticas, permitindo que tais questões fossem decididas pelos poderes

⁸ O Caso *Marbury vs. Madison* foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Na eleição presidencial de 1800, nos EUA, Jefferson derrotou Adams. Este, embora vencido nas eleições, nomeou vários juízes para a assunção de cargos relevantes, mas que não foram intitulados. Este foi o caso de *Marbury* que, apesar de nomeado como *justice of the peace*, não obteve o diploma de nomeação. Resolveu, então, apresentar um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte Norte-Americana exigindo a entrega do diploma. O processo foi relatado em 1803 pelo então Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, que concluiu que a secção 13 da Lei Orgânica da Magistratura, que atribuía competência à Suprema Corte para emitir *mandamus* contrariava a Constituição, de modo que a corte não poderia assim decidir. Desse modo, concluiu-se que tal competência “estava reservada à Constituição, e não à lei infraconstitucional. Lendo-se hoje a decisão, depreende-se com clareza o seguinte: acima do Congresso (que havia editado a Lei Orgânica) estava a Constituição e, mais, que cabia ao Judiciário fazer o confronto entre a lei ordinária, ainda que elaborada pelo Congresso, com a Constituição. Em decorrência, a ação judicial de *Marbury* e outras não tinham como tramitar na Suprema Corte.” (MACIEL, 2007, p. 8). Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/11451/Acaso_John_Marshall.pdf?sequence=1> Acesso em: 13 mar. 2010.

⁹ “Hamilton (1773) defendia que, mesmo antes do Congresso de Filadélfia, ao Judiciário caberia a função de impedir a introdução de inovações legislativas “perigosas” ou capazes de oprimir as minorias parlamentares, deixando claro que a Constituição era uma norma jurídica e que deveria ser aplicada como tal.” (CRUZ, 2004, p. 88).

¹⁰ Trata-se da regra do caso duvidoso, segundo a qual apenas em casos de flagrante violação ao texto constitucional a inconstitucionalidade poderia ser declarada pela Suprema Corte. Caso contrário, o Judiciário deveria adotar a postura de deferência em relação aos atos do Legislativo.

políticos que detinham competência para tanto. (SAMPAIO, 2002, p. 181, *et seq.*).

Gradativamente, ao longo do séc. XX, a distinção entre a política e o direito foi ficando cada vez mais tênue de forma que este entendimento foi substituído pela supremacia do interesse judicial, em que a Suprema Corte passou a arrogar para si a função de último intérprete dos preceitos constitucionais, sobrepondo as suas decisões às exaradas pelos demais poderes estatais.

Foi com este viés contramajoritário que o *judicial review* despontou como modelo hegemônico de controle de constitucionalidade no constitucionalismo contemporâneo.

2.2

O protagonismo do Poder Judiciário, o *judicial review* e a flexibilização da teoria da separação de poderes

As relações entre o Direito e a Política permeiam toda a discussão sobre os limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. A judicialização da política provocou “uma reconfiguração entre os poderes estatais e tornou complexa a demarcação da fronteira entre o político e o jurídico.” (VIANNA *et al.*, 1999, p. 22). A compreensão adequada do novo papel político atribuído ao Poder Judiciário a partir da reconfiguração da teoria da separação de poderes nas democracias contemporâneas demanda uma análise prévia do quadro institucional que fomentou a judicialização da política. Posteriormente, passa-se à análise deste fenômeno no Brasil, distinguindo-o do ativismo judicial para compreender a flexibilização do princípio da separação causada por ambos, visando a delimitar os impactos foram gerados na democracia, especialmente diante do alastramento do ativismo judicial em relação ao processo eleitoral e partidário.

2.2.1

O quadro institucional para o surgimento da judicialização da política

Antes de se fazer uma análise dos fatores político-institucionais que contribuíram para o surgimento da judicialização da política, cumpre destacar que não há um consenso em torno do significado da expressão judicialização da política. Tal expressão somente ganhou conotação teórica a partir dos estudos

desenvolvidos por Tate e Vallinder (1995) na obra *The Global Expansion of Judicial Power*, em que a judicialização da política é genericamente designada como a expansão da atuação do Poder Judiciário, a qual pode ser vista sob duas perspectivas. A primeira destaca a “infusão de decisórios jurídicos típicos de tribunais nas arenas políticas onde estes processos e procedimentos não se faziam presentes.” (TATE, VALLINDER, 1995, p. 13). A segunda destaca a “ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*.” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13).

Segundo os referidos autores, vários fatores políticos contribuíram para o incremento da intervenção dos Tribunais Constitucionais em questões de ordem política, dentre os quais se destacam os seguintes:

[...] a adoção de regimes democráticos vinculados à separação de poderes; a existência de grupos de interesse, que se valem da função contramajoritária da jurisdição para a tutela de direitos e garantias fundamentais lesionados; a existência de partidos de oposição, que, diante da inefetividade das instituições majoritárias, se utilizam da função jurisdicional para a defesa de seus interesses; e a possibilidade de delegação dos Poderes Executivo e Legislativo ao Judiciário de questões complexas sob as quais inexistente um consenso social. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13).

Embora este conjunto de fatores tenha contribuído para o diagnóstico da judicialização da política no quadro institucional norte-americano, ele não foi a causa eficiente para o seu desencadeamento. Ainda que judicialização da política tenha alçado dimensões globais nas democracias ocidentais pela constatação dos fatores políticos acima apontados, ela apenas se tornou uma prática recorrente em países cujo comportamento judicial pró-ativo tenha ocorrido de forma proporcional ao grau de discordância das Cortes Constitucionais em relação às decisões das instituições majoritárias. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 33-34).

A adoção de uma postura expansiva pelo Poder Judiciário naquele país se deveu primordialmente ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade, através do *judicial review*, que, apesar de não ter previsão constitucional, foi instituído a partir do julgamento do caso *Marbury versus Madison* em 1803¹¹. Naquela época, a Suprema Corte, ao reconhecer a superioridade hierárquica da Constituição, conferiu aos juízes a função de declarar a inconstitucionalidade dos

¹¹ Verificar nota de rodapé n. 9.

atos normativos - que estivessem em desconformidade com o texto constitucional - exarados pelos demais poderes, especialmente pelo legislativo. A ideia de supremacia do interesse judicial consolidada pela função contramajoritária do *judicial review*, ou seja, a de impedir que o Poder Legislativo editasse leis capazes de oprimir minorias parlamentares, já se encontrava delineada na própria Constituição fundadora norte-americana:

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. (HAMILTON, 1973, p. 169).

Situação oposta ocorreu no sistema de direito europeu, especialmente na França revolucionária, pois havia uma enorme desconfiança em relação à capacidade do Poder Judiciário para lidar com direitos. Para que as leis estivessem imunes a qualquer tipo de intervenção judicial, o papel do Poder Judiciário deveria se reduzir à declaração da vontade contida na lei, pois esta era a única forma de garantir que as normas jurídicas produzidas pelas instâncias majoritárias (de caráter genérico e abstrato) trouxessem maior previsibilidade e segurança jurídica à sociedade. Segundo Diniz (1998):

A ideologia legalista, veiculada pelo liberalismo confiava ao Parlamento o monopólio da tutela e interpretação da ordem jurídica reduzindo as funções da magistratura à mera aplicação mecânica e silogística da lei. Nenhum outro órgão, que não o Parlamento, estava habilitado a dar a palavra final acerca do significado da lei e da própria Constituição. (DINIZ, 1998, p. 125-126).

Apesar das distinções entre o sistema jurídico norte-americano e o europeu - que se refletem na caracterização da jurisdição constitucional, especialmente no controle de constitucionalidade das leis - ambos representam variações do constitucionalismo liberal, marcado pela proteção de direitos individuais, com o fito de manter o *status quo*.

A aplicação literal e objetiva das leis pelo Poder Judiciário marcou uma postura de inflexibilidade, que já não respondia mais aos reclamos de uma sociedade que enfrentava mudanças de ordem política, social e econômica, contribuindo apenas para o reforço da lógica positivista garantida pela produção legislativa. (COSTA, 2009, p. 43). Diante da nova realidade do séc. XIX, o positivismo liberal entra em crise e revela o dilema da escolha entre a manutenção

da segurança jurídica e a adoção da concepção de justiça material. (COSTA, 2009, p. 43). A conquista dos direitos de segunda e terceira geração (de conteúdo social, econômico e cultural) exigiu a sua aplicabilidade imediata o que só poderia ser obtido com um modelo de Estado que tivesse como ideal de regulação a promoção do bem comum, por se pautar em critérios materiais de igualdade na realização de justiça distributiva. (COSTA, 2009, p. 57). Como o Estado Liberal pressupunha uma sociedade homogênea, formada por homens livres e iguais, dotados das mesmas necessidades, ele era incapaz de concretizar os novos ideais, o que gerou a sua decadência e deu lugar ao Estado Social¹².

No período do pós-guerra, o surgimento de várias constituições, a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais, a criação de Tribunais Constitucionais e o desenvolvimento de modelos de controle de constitucionalidade¹³ contribuíram para que se disseminasse a concepção de Supremacia da Constituição, que teve origem no *judicial review*.

A supremacia do Poder Legislativo, que primava pela soberania e ocupava lugar de destaque no modelo liberal, cede lugar ao Poder Judiciário. Desta forma, o Poder Executivo assume a função de realizar políticas públicas, cuja fonte de legitimidade decorre da promoção do bem comum. A jurisdição constitucional “além do controle de constitucionalidade, é chamada a realizar as funções de fiscalizar a administração pública e de proteger os direitos e garantias fundamentais sociais.” (SAMPAIO, 2002, p. 22-23).

¹² Vianna (1999), entre outros juristas, destaca que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social foi fundamental para o surgimento da judicialização da política e das relações sociais. A conquista gradativa de direitos positivos em face do Estado, mormente “os direitos laborais, permitiu a interferência do Judiciário com publicização de relações jurídicas, que até então pertenciam à esfera privada”. (VIANA, *et al.*, 1999, p. 22). No novo paradigma, a sociedade passou a ser caracterizada pela heterogeneidade e pelas contradições sociais que precisavam ser sanadas por ações positivas do Estado, mormente em relação ao Poder Executivo. Esse quadro se deu no contexto europeu, pois os Estados Unidos não passaram pelo modelo de estado social.

¹³ No início do trabalho maior ênfase foi dada ao modelo norte-americano de sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, em razão do institucionalismo assimétrico trazido pelo *judicial review*, conforme será destacado posteriormente, no subtítulo 3.1.2. Mas não se desconhece o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade europeu, que confere ao Tribunal Constitucional, órgão cuja autonomia está resguardada pela Constituição, com função de exercer o controle abstrato das normas, atuando como legislador negativo, já que as decisões dele emanadas revogam as leis incompatíveis com a Constituição. A sua criação foi inspirada nas obras de Hans Kelsen, que adverte sobre a possibilidade de politização do judiciário, na medida em que o Tribunal Constitucional não pode atuar de forma concorrente com o Legislador. A atuação política do Tribunal Constitucional, bem como suas consequências negativas, também foi enfatizada ao longo deste trabalho.

Com o advento do pós-positivismo, “a normatividade jurídica, que previa apenas a existência de regras, passou a abrigar os princípios, que, por sua vez, cuja interpretação judicial é imprescindível para precisar o seu conteúdo em razão de sua alta carga axiológica” (COSTA, 2009, p. 57). Foi este caráter de “indeterminação do direito que redefiniu as relações entre os poderes e investiu o Poder Judiciário do papel de legislador implícito, permitindo-lhe invocar o justo contra a lei.” (VIANNA, *et.al.*, 1999, p. 21).

A definição e a atuação de políticas públicas, destinadas até então aos Poderes Legislativo e Executivo, passaram a ser supridas pelo Judiciário com o fito de concretizar o princípio da igualdade e assegurar a implementação de direitos e garantias fundamentais sociais. Isso viabilizaria, a um só tempo, a participação simétrica dos jurisdicionados na construção da cidadania e uma maior inclusão social. (VIANNA, *et.al.*, 1999, p. 22).

O desenvolvimento do *Welfare State*, com o crescimento dos ramos legislativo e administrativo trouxe um fenômeno diagnosticado por Cappelletti (1993), de massificação da tutela jurídica. A revolução industrial do séc. XVIII, que ocorreu, primeiramente, na Inglaterra e, posteriormente, se alastrou para outros países, propiciou a formação de conflitos de massa, cujos interesses difusos (coletivos ou grupais) passaram a exigir uma tutela diferenciada da que é prestada em relação aos direitos do indivíduo. A preocupação com a tutela dos direitos das massas teve uma repercussão mais efetiva, com “o movimento mundial para o acesso à justiça, a partir das décadas de 60 e 70, do século passado, denominado de segunda onda renovatória do acesso à justiça, que tratava das reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31). O aumento dos encargos estatais em relação ao Poder Executivo, gerado pela inflação legislativa que visava atender aos reclamos sociais, ocasionou o colapso do *Welfare State*.

Com o surgimento dos Estados Democráticos de Direito, a necessidade de concretização dos direitos e garantias fundamentais e sociais provocou o “deslocamento do pólo de tensão entre os poderes para o Judiciário.” (LEAL, 2007, p. 41). O Poder Judiciário “surge como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância.” (LEAL, 2007, p. 42). O posicionamento intervencionista do Poder Judiciário revela, ainda, que a judicialização da política

não pode atribuída apenas ao fato de os Poderes Legislativo e Executivo se omitirem na realização de suas funções típicas, mas também ao “movimento de iniciativa do próprio Poder Judiciário de participar do *policy-making*”, de se imiscuir na seara política para suprir as omissões daqueles poderes. (VIEIRA, *et al.*, 2009, p. 2).

Esses são os principais aspectos apontados pela literatura para a formação do quadro institucional que propiciou a judicialização da política em países democráticos, fatores essenciais para se compreender a nova prerrogativa da jurisdição constitucional diante da necessidade de concretização de direitos e garantias fundamentais e sociais nos Estados Democráticos de Direito.

2.2.2

As noções de Judicialização da Política e a distinção de outros termos afins

A judicialização da política é um fenômeno complexo, com diferentes dimensões e pode ser definido como “a ampliação dos instrumentos judiciais, em que o Judiciário passa a ser visto como uma nova arena pública, que propicia a formação da opinião e uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos à agenda das instituições políticas.” (VIANNA, *et.al.*, 1999, p. 22-23).

Primeiramente, cumpre atentar para a necessária distinção entre a judicialização da política e a tribunalização da política, cujos processos foram agrupados por Tate e Vallinder (1995) sob aquela rubrica, conforme já visto anteriormente. Segundo Eisenberg (2002), o primeiro é caracterizado por “um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis, com a transferência decisória para o poder judiciário.” (EISENBERG, 2002, p. 47). Já o segundo é identificado pela disseminação “de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros poderes.” (EISENBERG, 2002, p. 47). Embora estes processos em seu viés prático tomem como referência os atos praticados no âmbito do Poder Judiciário, eles ocorrem em instâncias distintas de poder. Enquanto a judicialização ocorre no Judiciário, a tribunalização ocorre nas demais instâncias de poder, motivo pelo qual não podem ser enquadradas como judicialização da política. (Cf. EISENBERG, 2002). Tais distinções

terminológicas se fazem necessárias para distinguir os dois movimentos e determinar a origem de cada um deles, bem como para evitar imprecisões terminológicas, tais como as realizadas por Tate e Vallinder (1995), conforme destaca Eisenberg (2002).

De acordo com Oliveira (2005), deve haver uma distinção entre a judicialização da política e a politização da justiça¹⁴. A judicialização seria um processo constituído por três fases, sendo a primeira delas a politização da justiça, que se caracteriza pela provocação do Poder Judiciário através do exercício do direito constitucional de ação. A segunda fase se caracteriza pelo deferimento liminar dos pedidos nas ações ajuizadas. A terceira, compreende a judicialização da política propriamente dita, e exige o julgamento de mérito dos pedidos, independentemente do resultado ser desfavorável. Segundo a autora, pelo menos até o ano de 2005, o Brasil, em relação à temática da privatização, estaria ainda na fase da politização da justiça, o que significa que o Poder Judiciário manteve as decisões tomadas pelas instâncias majoritárias ou se absteve de suprir a suas omissões. Vale dizer, só há judicialização da política quando “os juízes apresentam uma postura política ou ideológica contrária àquela predominante nas instituições majoritárias, opondo-se às políticas por elas adotadas.” (OLIVEIRA, 2005, p. 564). Dessa forma, para a autora, o ativismo judicial seria pressuposto para a judicialização da política.

Há, ainda, outra classificação que distingue a o ativismo judicial da judicialização da política. Conforme destaca Barroso (2009, p. 80), “enquanto a judicialização ilustra uma consequência de nosso modelo constitucional, o ativismo relaciona-se com a inércia do Poder Legislativo” e está pautado pelas seguintes condutas:

- a) interpretação e adoção de novos princípios de hermenêutica que levam à aplicação direta dos ditames constitucionais, inclusive naquelas situações não claramente aptas a receber tal regulação, prescindindo de existência de norma infraconstitucional;

¹⁴ “Chamei de judicialização a capacidade de o Judiciário intervir em políticas públicas, interferindo ou alterando, em alguns casos, o *status quo* vigente. Todavia, para poder intervir, o Judiciário deve antes ser acionado. Este processo, independentemente do ator que o promove – se partido político, organizações da sociedade civil, pessoas físicas etc. –, será chamado de *politização da justiça*, quando se referir ao acionamento desse Poder de modo a interferir em um processo político, nos termos acima descritos.” (OLIVEIRA, 2005, p. 560).

b) de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios mais elásticos, desprendidos da noção de afronta direta e cristalina à Carta Política;

c) da imposição de condutas ou de omissões ao Poder Público, inclusive em questões de políticas públicas, adentrando na discricionariedade administrativa pura, classicamente não atacada pelo Poder Judiciário - traço marcante do nosso sistema. (BARROSO, 2009, p. 80-81).

Ao adotar o critério de distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, José Ribas Vieira e outros juristas destacam que “a judicialização da política seria um fenômeno macro, dentro do qual poderia ser encontrado o ativismo judicial, mas ambos provêm da ruptura com o sistema tripartido de poderes, conferindo ao Poder Judiciário maior status político e social.” (VIEIRA, *et al.*, 2009, p. 2). No Brasil, no entanto, ocorreu o inverso, pois foi o ativismo judicial, como um comportamento próprio dos juízes de se imiscuírem na esfera de atuação política, especialmente após a concepção de efetividade de fruição dos direitos e garantias fundamentais trazida pela Emenda Constitucional 45/04, que incentivou o processo de judicialização da política. (VIEIRA, *et al.*, 2009, p. 2).

De acordo com os referidos autores,

[...] o ativismo que vem sendo revelado pelo STF é de caráter jurisdicional, ou seja, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional. (VIEIRA, *et al.*, 2009, p. 9).

A ampliação do sentido da expressão ativismo judicial, tal como sinalizada por Barroso (2009), Vieira e outros juristas (2009), evidencia que as regras do jogo político, em razão da prática do ativismo judicial, vêm sendo drasticamente modificadas pelas simples provocação dos Tribunais. Constata-se que tal prática tem sido utilizada como um recurso institucional estratégico para se estender o jogo político para a arena judicial. Os próprios partidos políticos, especialmente os de oposição, se valem desse recurso para reverter decisões políticas em que foram vencidos no processo legislativo. Dessa forma, a oposição maximiza a função contramajoritária da jurisdição, deixando de considerar a hipótese de que ela possa vir a se tornar maioria política na própria arena política.

Neste trabalho, serão utilizadas as concepções acerca da distinção entre judicialização da política e ativismo judicial trazidas por Barroso (2009) e por Vieira *et al* (2009), pois elas são fundamentais para se compreender a amplitude de tal expressão. Ela é essencial para esclarecer que o ativismo judicial, de forma

genérica, vem sendo utilizado pelos Tribunais Superiores¹⁵. Não apenas como uma técnica de controle de constitucionalidade, mas também como uma técnica de hermenêutica constitucional, a partir de uma interpretação conforme a Constituição¹⁶, para o preenchimento de cláusulas constitucionais abertas, com o alargamento de sua competência constitucional, para sindicat as omissões legislativas.

Dessa forma, poderá ser analisada a relevância dessa distinção para traçar os limites da atuação da Jurisdição Constitucional, levando-se em consideração o princípio da separação de poderes e o princípio democrático, que privilegiam o autogoverno no Estado Democrático de Direito, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho.

2.2.3

A Judicialização da Política no Brasil, e seus novos contornos em relação à definição das regras do processo eleitoral

Como a redemocratização do Brasil é recente só se pôde constatar a ocorrência do fenômeno da judicialização da política a partir promulgação da CRFB de 1988. Somente após a redemocratização, e com a promulgação da CRFB de 1988, foi possível inaugurar o constitucionalismo no país e perceber a eclosão da judicialização da política e das relações sociais. Conforme Barroso (2009), a promulgação da CRFB de 1988 trouxe uma constitucionalização abrangente, que viabilizou a regulamentação de matérias até então deixadas a cargo das instâncias majoritárias de decisão. Isso fez com que os cidadãos provocassem a jurisdição para a tutela de seus direitos e garantias fundamentais. Essa crescente mobilização política e social, ao visar a implementação de direitos e garantias fundamentais, instigou o Poder Judiciário a dar uma resposta concreta aos cidadãos através da criação jurisprudencial do direito.

A previsão constitucional da ação de inconstitucionalidade por omissão, a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade, e da ação de descumprimento de preceito fundamental - dentre outras medidas - ampliaram o controle de constitucionalidade no país. E,

¹⁵ Ao longo deste subitem 2.2.2, a expressão Tribunais Superiores restringe-se ao TSE e ao STF.

¹⁶ Ver nota de rodapé n. 19.

consequentemente, incrementaram o fenômeno da judicialização da política. Além disso, o acesso à justiça e o alargamento do número de intérpretes da Constituição fizeram com que o Poder Judiciário passasse a se posicionar em relação às inúmeras questões de natureza política sobre as quais vinham se omitindo os Poderes Legislativo e Executivo. Este posicionamento intervencionista do Poder Judiciário, entretanto, não se deve apenas à contribuição dos Poderes Legislativo e Executivo, ao se omitirem na realização de suas funções típicas, mas também ao “movimento de iniciativa do próprio Poder Judiciário de participar do *policy-making*”, ao se imiscuir na seara política para suprir as omissões daqueles poderes. (VIEIRA, *et al.*, 2009, p. 2).

Também não se pode olvidar da contribuição da teoria do constitucionalismo dirigente concebida por Canotilho (2001), para o incremento do ativismo judicial no Brasil, apesar de não ter passado pelo modelo do *Welfare State*. Os adeptos da teoria do constitucionalismo dirigente e compromissário geralmente conjugam-na com uma leitura substancialista da constituição e propõem o seu resgate:

[...] mormente porque as promessas de modernidade, explicitadas generosamente no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas. Para tanto, há que se enfrentar/superar alguns dos problemas e/ou obstáculos que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivessem, até hoje, efetivação. (STRECK, 2002, p. 35).

Essa teoria traz para o centro do debate jurídico a política, criando um nexo entre o Direito, a Moral e a Política, para corrigir o legado deixado pelo positivismo jurídico de completude do ordenamento jurídico. Repisa-se uma vez mais que “a idéia de constituição como totalidade” (BERCOVICI, 2004, p. 9), traz para a função interpretativo-criativa da jurisdição o dever de preenchimento normatividade jurídica aberta (regras e princípios de conteúdo indeterminado), de forma que ela assume o objetivo de transformar a realidade social, promovendo a igualdade substancial através da tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Além disso, o Ministério Público, apesar de estar vinculado ao Poder Executivo, também assumiu uma postura de atuação mais incisiva contribuindo para o endosso da judicialização da política já que passou a ser “o *ombudsman* dos cidadãos brasileiros na tutela dos direitos e garantias fundamentais, tornando mais factível o acesso à justiça.” (LESSA, 2007, p. 2). Estas são as principais chaves

interpretativas para a formação do quadro institucional que propiciou a judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Elas também são essenciais para compreender como este fenômeno acabou por se alastrar para a esfera dos conflitos político-partidários.

O enorme desprestígio do Poder Legislativo, como órgão eficaz para canalizar e expressar a vontade dos cidadãos diante do *déficit* da democracia representativa¹⁷, implicou a modificação das regras do jogo democrático, de forma que o diálogo travado na arena política se estendeu para a arena judicial. Na verdade, a crise que assola a democracia representativa - tanto pela retração do espaço de tomada de decisões políticas, em razão da dificuldade de obtenção de consenso para a formação de uma maioria parlamentar em temas complexos quanto pela falta de interesse da maioria dos parlamentares em deliberar sobre eles - representou um incentivo para o protagonismo assumido pela jurisdição constitucional brasileira.

Uma das dimensões da judicialização da política revela “a tensão entre o constitucionalismo e a democracia¹⁸ a partir da supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias¹⁹” (CARVALHO, 2004, p. 116). O

¹⁷ O chamado *déficit* da democracia representativa liberal, apontado por alguns cientistas políticos, expressa limites do sistema em relação à participação e à representação, caracterizado pelos altos índices de abstencionismo nas eleições democráticas, a diminuição do número de trabalhadores sindicalizados e também da mobilização popular através de diferentes instituições, além da persistente sensação que os cidadãos têm de não serem devidamente representados, o enfraquecimento das organizações sociais e a incapacidade de garantir a tão anunciada inclusão econômica e social de parcelas das populações. Nessa perspectiva, a judicialização da política coloca em xeque a soberania encarnada exclusivamente no Parlamento, a efetividade do instituto da representação na consecução da vontade (da maioria) ou, mais genericamente, a organização democrática do sistema político. Dessa forma, credita-se ao Poder Legislativo um mau funcionamento, pois os partidos políticos deixaram de exercer a função de intermediar os interesses de seus representados e optaram por atuar de forma estratégica levando em conta apenas a maximização de seus interesses particulares, em detrimento da promoção do interesse da coletividade. Trata-se de uma patologia da representação em que os cidadãos cada vez menos se vêem representados pelos parlamentares que elegeram. O enfraquecimento da esfera pública política que facilitou o surgimento da judicialização da política o que fez com que o Poder Judiciário fosse erigido como um modelo democrático alternativo. Em razão disto, ele passou a ser concebido como uma nova arena decisória de feição política, capaz de representar os interesses dos cidadãos numa sociedade pluralista, a partir de decisões judiciais dotadas de maior grau deliberativo e de maior legitimidade do que as decisões majoritárias.

¹⁸ “Diante da preponderância da Supremacia da Constituição, em detrimento da supremacia da Lei, o constitucionalismo surge como um ideal contramajoritário, já que procura resguardar o direito das minorias em face da tirania da maioria através da defesa de direitos e garantias fundamentais inseridos nas cartas políticas. Surge daí a defesa do judicial review. (Cf. STAMATO, 2005, p.3-7). “Já o princípio democrático exige a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, e, em última análise pressupõe o autogoverno, no sentido de que o cidadão deve se sentir-se concomitantemente destinatário e autor da norma.” (Cf. STAMATO, 2005, p. 14).

¹⁹ Numa vertente teórica distinta, Antônio Negri faz uma crítica à tradição do constitucionalismo e à Ciência Jurídica que concebem o poder constituinte sob uma ótica institucionalizada, cuja função

presente trabalho pretende demonstrar como esta prática ativista do TSE, referendada pelo STF, pode representar uma afronta ao princípio da separação poderes, na medida em que passa a exercer a competência do legislador político, e à concepção de autogoverno que privilegia o princípio democrático. Há uma redução do espaço público destinado à formação da vontade política dos cidadãos, já que tais decisões são transferidas para os Tribunais.

Sob esta ótica, o TSE passou a regulamentar temas atinentes às regras para definir o processo eleitoral e a competição político-partidária. O debate em torno das práticas ativistas do TSE e de sua ratificação pelo STF traz à tona a discussão de várias questões polêmicas. No cenário recente da reforma eleitoral, o TSE proibiu as coligações partidárias²⁰, por meio da Resolução 21.002/02, e regulamentou a perda de mandato eletivo como uma nova hipótese de infidelidade partidária²¹, bem como o processo de desfiliação partidária por justa causa por meio da Resolução 22.610/07. Em relação à legislação eleitoral, o TSE tem utilizado uma interpretação de acordo com a Constituição²², para regulamentar

se restringe à “produção do texto constitucional interiorizado pelo poder constituído” (NEGRI, 2002, p. 10) em condições juridicamente pré-estabelecidas. Ao mesmo tempo em que se afirma que o poder constituinte é ilimitado, absoluto, onipotente, expansivo e inconcluso constata-se que ele é aprisionado pelo constitucionalismo. A imposição de limites temporais e espaciais ao poder constituinte resulta num inconciliável paradoxo, qual seja, “um poder que surge do nada e organiza todo o direito” (NEGRI, 2002, p. 09). O poder constituinte concebido e desenvolvido como um conceito limitado e domesticado perde a sua característica de potência democrática (força que modifica, atualiza e emancipa). Sob este viés, o “constitucionalismo é um aparato que nega o poder constituinte e a própria democracia” (NEGRI, 2002, p. 44). A limitação do poder constituinte por diversos mecanismos do poder constituído impede o resgate de sua noção histórica de forma que não se pode afirmá-lo sob uma concepção de democracia radical que vê a multidão como a sua potência realizadora.

²⁰ A verticalização das coligações partidárias ocorreu em 26 de fevereiro de 2002, após a edição da Consulta n. 715 pelo TSE. Em seguida, o referido Tribunal editou a Resolução n. 21.002, proibindo as coligações partidárias ao enfatizar o caráter nacional dos partidos políticos. Isso impede a formação de coligações esdrúxulas nos Estados, contrariando a coligação nacional da qual o partido fazia parte. Em 8 de março de 2006, foi promulgada a EC/52, que pretendia retirar a verticalização do sistema jurídico brasileiro, já com vigência para as eleições de outubro. Mas, como ela viola o princípio da anuidade, o STF entendeu que a verticalização ainda deveria vigorar para o pleito eleitoral de 2006.

²¹ A expressão fidelidade partidária designa a obrigatoriedade dos parlamentares de não se desvincularem do partido ou da coligação pela qual foram eleitos, sob pena de incorrerem na prática de infidelidade partidária, que, com a edição da Resolução 22610/07, passou a ser sancionada com a perda do mandato eletivo.

²² A interpretação conforme a Constituição é realizada a partir declaração jurisdicional das potenciais interpretações que se mostram compatíveis com a Lei Maior. Segundo Mendes (1999), ela se origina “da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Não raro afirma a Corte Constitucional a compatibilidade de uma lei com a Constituição, procedendo à exclusão das possibilidades de interpretação consideradas inconstitucionais.” (MENDES, 1999, p. 230). Nas palavras de Hesse, “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da

matérias controvertidas não reguladas pelo legislador político. Dessa forma, se a legislação eleitoral infraconstitucional não é clara a respeito das normas que definem a competição político-partidária ou das regras relativas ao processo eleitoral, o TSE, por meio de resoluções, conjuga as interpretações de excertos legais e constitucionais para chegar à conclusão sobre as questões controvertidas. Essa tem sido a principal técnica utilizada para endossar a prática do ativismo judicial por este Tribunal.

Discutir-se-á, igualmente, como o STF, encarregado de exercer a guarda da Constituição no controle de constitucionalidade em relação à referida Resolução, passa a ter a última palavra sobre as escolhas políticas feitas pelo Poder Legislativo, o que pode acarretar um governo de juízes.

Todas estas questões serão enfocadas na presente dissertação, com propósito de analisar se o Poder Judiciário é o foro discursivo adequado para tratar da reforma eleitoral, mais especificamente para tratar da cassação de mandatos políticos e do procedimento de desfiliação partidária por justa causa, tal como prevê a Resolução 22.610/07. O objetivo da discussão é analisar a postura mais adequada para a Jurisdição Constitucional brasileira. Buscando-se apresentar uma solução adequada para a tensão entre constitucionalismo e democracia, serão analisadas as possibilidades de adoção de um posicionamento pró-ativo da jurisdição constitucional, que visa dar efetividade à fruição dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, de um posicionamento minimalista, de deferência aos atos legislativos, no sentido permitir que o povo, por intermédio de seus representantes eleitos, decida sobre questões controvertidas no seio da comunidade política. Do mesmo modo sobre a possibilidade de implantação da teoria do diálogo

ótima concretização da norma. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o Direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” (HESSE, 1991, p. 22). No Brasil, essa técnica está presente especialmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no exercício de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Porém, ela também vem sendo utilizada de forma crescente como técnica de hermenêutica constitucional para viabilizar o preenchimento de cláusulas constitucionais abertas com o intuito de obter a otimização do texto constitucional, “já que a atividade interpretativa possibilita, por meio da interpretação conforme, uma construção, mediante analogia, redução ou derivação de premissas normativas constantes da própria Constituição.” (MENDES, 1999, p. 222).

institucional entre os poderes Legislativo e Judiciário, para relativizar a supremacia judicial, a fim de que o Legislativo possa também compartilhar da interpretação do texto constitucional, reforçando sua capacidade institucional.

2.2.4

Os impactos da judicialização da política em relação à teoria da separação de poderes, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito adotado na CRFB de 1988

O advento do neoconstitucionalismo²³ e a adoção da teoria da Constituição dirigente e compromissária no Brasil passaram a exigir que o Poder Judiciário atuasse como um agente transformador da sociedade. E isso fez com que a jurisdição constitucional ganhasse relevância no exercício do controle de constitucionalidade dos atos legislativos, na medida em que a normatividade jurídica (regras e princípios) busca fundamento na supremacia da Constituição. Nesse sentido, a adoção do sistema híbrido de controle de constitucionalidade²⁴ permitiu uma ampla atuação da Jurisdição Constitucional, contribuiu para o incremento do processo de judicialização da política e acarretou um verdadeiro rearranjo na dinâmica interativa entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo. Em outras palavras, o processo de judicialização da política demandou uma reconfiguração da teoria da separação de poderes, cuja prática, segundo os seus defensores, não pode ser considerada deletéria para a democracia.

²³ Ver nota de rodapé n. 1.

²⁴ A Constituição brasileira de 1891 adotou um modelo de controle concreto de constitucionalidade similar ao *judicial review* norte americano, mas ele não foi muito conveniente para o contexto brasileiro. A partir de 1934, o Brasil foi influenciado pelo modelo europeu de controle de constitucionalidade, elaborado por Kelsen, dando origem à Corte ou Tribunal Constitucional. Foi também responsável pela criação do controle abstrato de constitucionalidade, por meio da ação declaratória de inconstitucionalidade genérica, como instrumento de controle concentrado de concentrado nas hipóteses de ofensa aos então denominados princípios constitucionais sensíveis que atualmente corresponde ao Art. 34, VII, da Carta de 1988. Dessa forma, o controle de constitucionalidade, no Brasil, “conjuga elementos do sistema difuso-incidental e do sistema concentrado-direto. O primeiro se refere ao questionamento indireto da constitucionalidade de uma Lei por uma das partes numa demanda qualquer, pressupondo a faculdade de todo Juiz ou Tribunal de examinar os fundamentos de constitucionalidade na aplicação da lei ao caso concreto. O segundo se refere ao questionamento direto da constitucionalidade da Lei ou ato normativo. Ambos os modelos deram ensejo ao surgimento de um modelo híbrido ou misto de controle de constitucionalidade. “Nosso sistema não é difuso-incidental porque contamos com o mecanismo da ação direta sobre a lei em si, patrocinada junto ao Supremo Tribunal Federal, com efeito *erga omnes*. De outro lado, também não é concentrado porque o STF não detém o monopólio da declaração de (in)constitucionalidade, dividindo essa competência com os demais órgãos judiciais brasileiros.” (ARANTES, 1997, p. 95-96).

Já os opositores da judicialização da política afirmam que este processo pode representar uma perda democrática, na medida em que exige o rompimento do equilíbrio entre os poderes, quando o Poder Judiciário é convocado pela sociedade civil para suprir as funções típicas que deveriam ser exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Isso pode gerar o completo esvaziamento funcional destes poderes e a retirada da soberania nacional que lhes é atribuída constitucionalmente na representação do poder estatal.

Segundo Lessa (2007), a teoria clássica da separação de poderes, tal como sistematizada por Montesquieu em 1748, foi corrompida pela judicialização da política. Com a desneutralização do Poder Judiciário, a divisão estanque existente entre o Direito e a Política – a qual impedia a criação de direito novo por parte do Poder Judiciário, cuja função era eminentemente aplicar o direito vigente retroativamente ao caso concreto - foi abandonada. As célebres concepções de Montesquieu (1748) de que “o poder de julgar é de certo modo nulo e o juiz é um ser inanimado incompetente para moderar quer a força, quer o rigor da lei”, de modo que a sua função deve se “limitar a pronúncia das palavras da lei” (MONTESQUIEU, 2000, p. 205), foram substituídas pela concepção da criação jurisprudencial do direito. Isto significa que a adoção de um posicionamento ativista por parte dos Tribunais implica a imposição de limites à função Legislativa, rompendo-se com a ideia de harmonia e independência entre os poderes. O Poder Judiciário passa a editar normas jurídicas dotadas do caráter genérico e abstrato, cuja competência, na visão montesquiana, era exclusiva do Poder Legislativo. Como o sistema de freios e contrapesos era realizado apenas entre os órgãos Legislativo e Executivo, possibilitava-se que “cada poder, no exercício de sua competência própria, controlasse o outro poder e fosse pelo outro controlado, sem que houvesse impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação.” (LAGES, 2008, p. 1).

Mas, a partir da atribuição do controle de constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário, ele passou a realizar o “*check*”, complementando-se o sistema de freios e contrapesos sistematizado por Montesquieu em 1748. Após o *judicial review* norte-americano, que também influenciou o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, não se pôde mais falar em uma separação rígida das funções estatais porque o Poder Judiciário passou a funcionar como mecanismo de freios e contrapesos do sistema constitucional, intervindo em decisões cuja

competência originária era atribuída aos demais poderes estatais. Essa expansão da jurisdição constitucional ocorre pelo seguinte motivo:

[...] o exercício da criatividade dos Tribunais, em rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática. (MENDES, 2009, p. 58).

Nesse sentido, a judicialização da política exige a flexibilização do princípio da separação de poderes, pois “concede-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*.” (VIANNA, *et al.*, 1999, p. 37). Para os adeptos da teoria substancialista e para os defensores do constitucionalismo dirigente e compromissário no Brasil, não existe qualquer risco de violação ao princípio da separação de poderes: o Poder Judiciário, ao atuar no âmbito político, não invade a função típica desenvolvida pelo Legislativo, mas apenas exerce uma atividade interpretativa, cooperativa, em relação aos demais poderes, posto que visa garantir a supremacia da Constituição.

Especificamente, “o ativismo judicial retrata uma verdadeira crise dos poderes que compõem o Estado, marcada pela hiperconcentração de poder e legitimidade no Judiciário, que cada vez mais é chamado a exercer as funções do Legislativo e do Executivo.” (LEAL, 2004, p. 48), gerando um vazio institucional dos demais poderes estatais. Isto ocorre porque “a atribuição de um papel criativo ao Judiciário, no sentido político, significa que ele passou a competir com os demais poderes na realização de suas funções.” (LESSA, 2007, p. 3).

Nesse sentido, o protagonismo judicial representa a assunção da função de legítimo intérprete da vontade geral, que, originariamente, caberia às instâncias majoritárias. Tal prática reverbera na substituição da concepção de democracia representativa, face à ineficiência dos mecanismos de representação política, pela adoção de uma nova forma de atuação política voltada para o Poder Judiciário, para viabilizar o pleno acesso à justiça na regulamentação de temas afetos à política, de competência precípua do Executivo e do Legislativo.

No que tange à função legislativa, os Tribunais Superiores - ao invés de se limitarem à constatação da omissão e determinarem que o legislador tomasse as

providências cabíveis - passaram a suprir a sua omissão, ao legislarem no caso concreto a partir da ampliação dos efeitos da decisão do mandado de injunção - que, ao invés de ser *inter partes*, tornou-se *erga omnes*²⁵. A jurisdição constitucional, mormente com o controle de constitucionalidade das leis, lançou mão de uma hermenêutica constitucional voltada para extrair a máxima eficácia do texto constitucional a partir da utilização dos princípios até mesmo em detrimento das regras, como técnica de preenchimento de lacunas normativas e de interpretação das normas constitucionais abertas, passando a ter a prerrogativa de legislar no caso concreto. Diante destas ponderações, questiona-se sobre quais seriam os limites para a atuação da Jurisdição Constitucional diante de sua função interpretativo/criativa, já que ela poderia encobrir uma forma oblíqua de atuação dos juízes como legisladores positivos²⁶ e subverter um dos princípios basilares da democracia, a representação dos poderes.

Embora se possa argumentar que toda atividade interpretativa implique um ato criativo por parte do julgador/intérprete, e que “essa intervenção do Poder Judiciário nos demais poderes já se tornou uma constante e vem assumindo contornos em que se torna difícil diferenciar a atividade jurisdicional da legiferante” (ARENHART, 2005, p. 2). Indaga-se se o princípio da separação dos poderes pode ser flexibilizado a tal ponto que o ativismo judicial acabe por representar um esvaziamento funcional das demais instâncias de poder. Canotilho

²⁵ O *leading case* que produziu essa mudança foi o Mandado de Injunção 670/ES, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2008 pelo Tribunal Pleno do STF, publicado no DJ n. 206 do dia 31/10/2008. Esse Mandado regulamentou o direito de greve dos servidores públicos, previsto no Art. 37, VII, da CRFB de 1988, a partir da aplicação extensiva da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o direito de greve para o setor privado. A referida decisão aplica a teoria concretista geral, que confere ao Poder Judiciário o poder de regulamentar a omissão legislativa em caráter, com a extensão dos efeitos da decisão em relação ao impetrante do MI, a todos aqueles em situação idêntica (eficácia *erga omnes*). No mesmo sentido, os Mandados de Injunção 708 e 712 também julgados pelo STF. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MI\\$.SCLA.%20E%20670.NUME.\)%20OU%20\(MI.ACMS.%20ADJ2%20670.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA.%20E%20670.NUME.)%20OU%20(MI.ACMS.%20ADJ2%20670.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 23 ago. 2010.

²⁶ Dizer que o Poder Judiciário não deve atuar como legislador positivo significa que ele não pode produzir normas jurídicas que inovem em campo reservado à atuação dos demais Poderes. Porém, esse não é entendimento predominante, pois, cada vez mais, os Tribunais Superiores brasileiros vêm se transformando em verdadeiras instâncias de reflexão, cuja função é aprimorar e corrigir as decisões - objeto de deliberação parlamentar, com o fito de justificar a prática do ativismo judicial. Assim, na maioria das vezes, atuam como legisladores positivos, com a suposta intenção de tutelar direitos e garantias fundamentais, não sopesados devidamente pelo legislador no processo legislativo.

(2003) arremata o tema da violação ao núcleo essencial de cada uma das funções estatais para enfatizar a violação à separação dos poderes:

[...] o núcleo essencial de cada uma dessas funções remete para um campo de tarefas típico de cada um dos órgãos de soberania, tarefas essas que não poderão deslocar-se para outros órgãos sob pena de a violação do núcleo essencial ser sintoma da violação da separação. É legítimo deduzir que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos. Deve haver uma correspondência entre órgão e função, que só admite exceções quando não for sacrificado o conteúdo essencial de cada poder. (CANOTILHO, 2003, p. 558-559).

Sob esse prisma, a distinção entre o sentido fraco e o sentido forte de judicialização da política apontado por Lages (2008), não pode ser desprezada para definir os limites da atuação da jurisdição constitucional em relação à teoria da separação dos poderes. O sentido fraco de judicialização implica que “o exercício da função jurisdicional acerca da violação ou ameaça aos direitos provoque uma modificação de uma decisão tomada pelas instituições majoritárias” (LAGES, 2008, p. 1), já o seu sentido forte implica “uma prática ativista, com inovação no ordenamento jurídico.” (LAGES, 2008, p. 1).

Habermas (1997a) destaca que a ingerência do Direito na Política deve ser analisada a partir da teoria da divisão de poderes, mas não sob o viés clássico. O autor propõe o resgate da teoria da separação de poderes à luz da teoria do discurso, mas parte do pressuposto de que deve haver uma distinção entre os discursos de justificação e de aplicação, delimitando a função que deve ser atribuída à legislação e à justiça:

Em todo caso, a jurisdição constitucional, que parte do caso concreto, está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas. Por isto a distinção entre discursos de aplicação de norma e discursos de fundamentação de normas, oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação da justiça e da legislação. (HABERMAS, 1997a, p. 324).

Tanto discurso de justificação de normas quanto o de aplicação de normas, sejam eles regras ou princípios, apresentam objetivos e princípios distintos. Enquanto o discurso de justificação ou fundamentação se pauta por um procedimento legislativo, que produz normas dotadas de caráter genérico e abstrato, consideradas válidas *a priori*, o discurso de aplicação produz normas aplicáveis ao caso concreto, reconstruídas de acordo com as particularidades do

caso concreto, as quais serão debatidas entre os destinatários normativos na aplicação da norma.

Maliska (2001), ao interpretar a obra de Habermas (1997a), também destaca a crítica feita à atuação do Tribunal Constitucional como legislador político:

A análise também alcança aspectos materiais, ou seja, o conteúdo da lei, de maneira que também a lei pode ser declarada inconstitucional por ofender materialmente a Constituição. A posição do Tribunal, além de jurídica, é também política. Mas isso não substitui e não se confunde com o atuar parlamentar em razão da posição institucional que ambos ocupam. Enquanto o legislador assume uma posição de legislador positivo, ou seja, cria a lei, positiva a lei, o Tribunal Constitucional atua como legislador negativo, expurga do ordenamento jurídico a lei incompatível com a Constituição. (MALISKA, 2001, p. 91).

Este não é um problema exclusivo do exercício do controle de constitucionalidade das leis, mas de um conceito mais amplo atribuído ao termo judicialização da política, que incentiva atividade interpretativo-criativa realizada pela função jurisdicional. Na medida em que “as funções da jurisdição constitucional e dos corpos legislativos são concebidas como processos de desenvolvimento da democracia, tendo cada qual um âmbito de atuação e uma racionalidade própria” (BINENBOJM, 2001, p. 90), é vedado ao Poder Judiciário se utilizar do discurso de fundamentação no exercício da função judicante.

Por isto, Habermas (1997c) frisa que o Tribunal Constitucional não “pode assumir ele próprio a função de legislador político” (HABERMAS, 1997c, p. 99), pois lhe cabe apenas “resguardar os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política de tipo inclusivo” (HABERMAS, 1997c, p. 99) no discurso de aplicação. Para que este obtenha legitimidade, exige-se, inclusive, que as normas jurídicas tenham sido objeto de prévia deliberação pública pelo devido processo legislativo, que “se apóia no princípio da soberania do povo.” (HABERMAS, 1997a, p. 114-115).

Frisa-se que o Poder Judiciário, embora tenha uma “preeminência político-normativa” (BONAVIDES, 2004, p. 132), esta não pode chegar ao ponto de “gerar o desequilíbrio e a ausência de paridade entre os três poderes, que apenas em seu conjunto e não separadamente, devem enfeixar a titularidade da soberania.” (BONAVIDES, 2004, p. 132).

A prática ativista excessiva que vem sendo implementada pela jurisdição constitucional brasileira fez com que o Poder Judiciário arrogasse para si “o papel de representante argumentativo do povo em face do congresso, subvertendo o

princípio da separação de poderes uma vez que utiliza do discurso de justificação no discurso jurisdicional.” (LAGES, 2008, p. 1). Vale dizer:

[...] não só a hipertrofia do Poder Judiciário, como a de qualquer outro poder não se compadece com o princípio da separação de poderes, mas resulta na ameaça ao equilíbrio dos poderes e à normalidade da vida democrática. (MEDINA, 2008, p. 452).

Na medida em que o ativismo judicial pressupõe uma atividade concorrente do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, não apenas o STF como guardião da Constituição, mas a jurisdição constitucional como um todo, “assume a feição de verdadeiro poder constituinte permanente²⁷, extrapolando a teoria da separação de poderes e corrompendo o regime democrático.” (LAGES, 2008, p. 1).

Em razão das objeções ora apresentadas, é preciso atentar para “a questão da legitimidade da jurisdição constitucional e com ela do Tribunal Constitucional como órgão máximo a exercê-la.” (TAVARES, 1998, p. 15 e 113). Ou seja, é preciso manter um olhar sempre crítico para a questão “do sentido, do alcance, da extensão e dos limites da justiça constitucional para que se possa evitar que ela se transforme em uma forma perversa e pervertida de um governo de juízes.” (TAVARES, 1998, p. 15 e 113). Essa questão é fundamental para traçar os limites da Jurisdição Constitucional e impedir que o ativismo judicial promova o esvaziamento funcional do Poder Legislativo, ao permitir que o Poder Judiciário se imiscua em questões de natureza política, atuando como “legislador invisível e paralelo através do exercício de sua função normativa, por via interpretativa.” (BONAVIDES, 2004, p. 139).

²⁷ Ao analisar o surgimento do *judicial review* na Constituição norte-americana, a partir da obra dos federalistas, NEGRI (2002) já advertia quanto à atuação perigosa da Suprema Corte como poder constituinte permanente: “Ao atuar como elemento dinâmico de efetivação constitucional, o poder judiciário funda e inova. Atribui-se continuamente uma espécie de poder constituinte que revela “a força política” global da Constituição. Nesse sentido, o poder judiciário resolve por sua conta o problema dos “poderes implícitos” do governo federal na Constituição, vistos como um lado, como perigoso desvio e transbordamento que o positivismo precisar represar. [...] O poder judiciário assume e exalta por si mesmo a explicitação de um poder constituinte insuscetível de aprisionamento nas malhas de uma constituição rígida. Trata-se de um engano, de um logro. Na realidade, a máquina se apropria do último terreno no qual o *homo politicus* ainda poderia produzir diretamente uma inovação. [...] Nada restou do caráter social e universalista da política que encontrara expressão no poder no movimento revolucionário. A centralização exacerbada da Constituição produz uma totalidade exclusiva na qual não há lugar para o poder constituinte.” NEGRI (2002, p.256-257).

A CRFB de 1988 consagrou expressamente o princípio democrático (art.1º, parágrafo único) e o princípio da separação de poderes (art. 2º). E, como eles se constituem em pilares de sustentação para a promoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, não se pode descurar que “o poder parlamentar tem representatividade democrática para tomar decisões; e o respeito a essas decisões é um elemento necessário ao princípio da separação dos poderes, [...] devendo-se-lhe permitir o exercício de suas funções com independência e harmonia.” (ÁVILA, p. 2001, p. 23).