



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANESSA APARECIDA LENHARD

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIVISÃO DE PODERES
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO QUARTO PODER

VANESSA APARECIDA LENHARD

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIVISÃO DE PODERES
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO QUARTO PODER**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof. Dra. Cecilia Caballero Lois.

Florianópolis, 2006.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIVISÃO DE PODERES
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO QUARTO PODER**

VANESSA APARECIDA LENHARD

Dr^a. Cecília Caballero Lois
Professora Orientadora

Dr. Orides Mezzaroba
Coordenador do CPGD/CCJ/UFSC

Florianópolis, 16 de novembro de 2006.

VANESSA APARECIDA LENHARD

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIVISÃO DE PODERES
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO QUARTO PODER**

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dra. Cecilia Caballero Lois – Presidente.
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC.

Prof. Dr. Alessandro Pinzani – Membro.
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC.

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa – Membro.
Universidade Católica do Paraná – PUC.

Florianópolis, _____ de _____ de
2006.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, que foram os melhores professores que tive na vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente às pessoas mais importantes de minha vida, meus pais e meu irmão, pelos quais tenho enorme carinho e a quem dedico este trabalho, como retribuição ao apoio incondicional que me deram durante todos esses anos em que estivemos distantes.

À minha orientadora, Prof. Cecília Caballero, a quem chamo carinhosamente de Ceci, agradeço imensamente não só pelas orientações acadêmicas, mas por ter sido meu porto seguro nos momentos mais difíceis. Tenho profunda admiração por esta mulher, não só pela postura acadêmica, que para mim é um exemplo, mas também pela generosidade e afeição que concede a todos os mestrandos que a procuram. Com certeza, foi um presente e um privilégio ter sido orientada por ela.

Aos colegas de mestrado: Maíra, Lucas, Humberto, Patrícia Areas, Liz, Crishna, Rodrigo e Edson, com os quais pude partilhar bons momentos, que ficarão guardados na memória; e a Fernando, Vinicius, Fabíola, Andrea, Dulce, Nina, enfim, todas as pessoas maravilhosas que me ajudaram aqui em Florianópolis.

Agradeço especialmente a Simone, uma grande amiga que esteve presente em todos os momentos e, muitas vezes, cuidou de mim; e a Caroline, minha amiga-irmã, que me acolheu na hora em que eu mais precisava.

Deixo meus agradecimentos também ao Prof. Alessandro Pinzani e à Prof. Claudia Maria Barbosa, pelas contribuições bibliográficas para o desenvolvimento deste trabalho.

Por fim, a todos os amigos de Toledo e Londrina, que torceram à distância pelo meu sucesso.

LENHARD, Vanessa Aparecida. **Judicialização da política e divisão de poderes no Estado Democrático de Direito: a Jurisdição Constitucional como quarto poder**. 2006. 134 p. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

RESUMO

A judicialização da política é um fenômeno de expansão da função judicial, seja ela exercida através da atuação da jurisdição constitucional, ou por meio da utilização de procedimentos judiciais por espaços não jurídicos. No primeiro caso, o exercício da jurisdição constitucional na atualidade não se limita à revisão judicial, pois a proteção da Constituição compreende outras competências, delimitadas pelos próprios tribunais. Essa expansão da função judicial gera polêmica em torno da legitimidade de atuação da jurisdição constitucional, pois uma decisão judicial garantidora da Constituição pode entrar em conflito com decisões tomadas por poderes eleitos democraticamente, desrespeitando a separação de poderes. Considerada como um dos pilares estruturais do Estado Liberal, quando a preocupação era acabar com o despotismo monárquico e limitar o exercício do poder político, a teoria da separação de poderes começou a ser delineada por John Locke, mas somente a partir de Montesquieu é que ela se populariza e passa a ser estabelecida nas primeiras constituições escritas. Atualmente, a separação de poderes se tornou uma mera garantia dos poderes estatais para agirem conforme determinados procedimentos, pois, desde o advento do Estado Social, os critérios materiais que diferenciavam as funções estatais extrapolaram os limites da tripartição e as constituições da época abriram espaço para a expansão da jurisdição constitucional. A difusão do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, exercido pelo judiciário enquanto protetor da supremacia da constituição, inspirou a criação da jurisdição constitucional na Europa após a Segunda Guerra Mundial, porém seu exercício foi atribuído a Tribunais Constitucionais, criados exclusivamente para exercer um controle abstrato de constitucionalidade. Diante da atual divisão de poderes que caracteriza a estrutura do Estado Democrático de Direito, resta à jurisdição constitucional fiscalizar os processos de formação da vontade democrática, pois somente assim sua função pode ser considerada legítima, enquanto protetora e garantidora da constituição.

Palavras-chave: separação de poderes; jurisdição constitucional; judicialização da política.

LENHARD, Vanessa Aparecida. **Judicialization of Politics and division of powers in Democratic State: the Constitutional Jurisdiction as a fourth power.** 2006. 134 p. Dissertation. Master of Law. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ABSTRACT

The judicialization of politics is an expansion phenomenon of the judicial function, whether it is exercised by the performance of the constitutional jurisdiction, or by the exercise of judicial proceedings by non-judicial spaces. In the first case, the use of constitutional jurisdiction, presently, is not limited to judicial revision, for the protection of the Constitution comprehends other jurisdiction powers, delimited by the own tribunals. This expansion of judicial function generates polemic about the legitimation of the performance of the constitutional jurisdiction, for a guarantor judicial decision of the Constitution can conflict with decisions taken by democratically elected powers, disrespecting the separation of powers. Considered as one of the structural pillars of the Liberal State, where the preoccupation was to end with monarchical despotism and to limit the exercise of political power, the theory of separation of powers began to be delineated by John Locke, however, only from Montesquieu on it becomes popular and it is established in the first written Constitutions. Presently, the separation of powers has become a mere guarantee so that the state powers can act according to certain proceedings, for since the advent of the Welfare State, the material criteria which differentiated the state functions have overstepped the tripartition limits, and the Constitutions of that time opened space for the expansion of the constitutional jurisdiction. The diffusion of the North-American model of constitutionality control, exercised by the judiciary as protector of the Constitution supremacy, inspired the creation of the constitutional jurisdiction in Europe after World War II, however, its exercise was attributed to the Constitutional Courts, created exclusively to perform an abstract control of constitutionality. Before the present division of powers which characterizes the structure of the Democratic State of Law, it remains to the constitutional jurisdiction to examine the formation processes of democratic will, for only thus its function can be considered legitimated, as protector and guarantor of the Constitution.

Key-words: separation of powers; Constitutional Jurisdiction; judicialization of politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	14
1.1. Antecedentes históricos: a teoria de governo misto	16
1.2 A separação de poderes: bases políticas do liberalismo nascente	29
1.3. O sistema de <i>checks and balances</i>: a contribuição dos federalistas	39
1.4 A separação de poderes como uma questão atual	50
CAPÍTULO II - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENQUANTO PROTEÇÃO E GUARDA DA CONSTITUIÇÃO	59
2.1 Precedentes históricos do modelo de Jurisdição Constitucional norte-americana .62	
2.2 Histórico da Jurisdição Constitucional austríaca	71
2.3 Âmbito de atuação da Jurisdição Constitucional	84
CAPÍTULO III - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIVISÃO DE PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO QUARTO PODER.....	95
3.1 Judicialização da Política: histórico, conceito e características fundamentais	97
3.2 A judicialização da política e a legitimidade de atuação da jurisdição constitucional: entre a democracia e o constitucionalismo	106
3.3 A judicialização da política e a separação de poderes no Estado Democrático de Direito	117
3.4 A jurisdição constitucional como quarto poder: é compatível a judicialização da política com a democracia no Estado Contemporâneo de Direito?	126
CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	139

INTRODUÇÃO

A crescente expansão do poder judicial no Estado Democrático de Direito vem sendo conceituada por alguns autores como “judicialização da política”. Trata-se de um fenômeno mundial que pode ser visualizado sob dois aspectos: em primeiro lugar, pela atuação ativista dos juízes que passam a intervir no processo de criação de políticas públicas, antes concentrado nos poderes legislativo e executivo; e, em segundo lugar, pela utilização cada vez maior de procedimentos judiciais por parte de agências executivas e legislativas.

A judicialização da política acarreta uma aproximação entre os sistemas jurídicos *common law* e *civil law*, contribuindo assim para um aumento da tensão entre constitucionalismo e democracia, na medida em que a jurisdição constitucional se fortalece diante de poderes democraticamente eleitos, quando exerce controle de constitucionalidade sobre os atos dos mesmos. A expansão da função judicial pode ser principalmente identificada, mas não de forma exclusiva, no exercício da jurisdição constitucional, que se torna um verdadeiro quarto “poder” no Estado Democrático de Direito.

A origem desse fenômeno estaria na influência da doutrina norte-americana, que considera o judiciário como defensor da Constituição, e que serviu de base para a criação da jurisdição constitucional na Europa após a Segunda Guerra Mundial. Os textos constitucionais oriundos do pós-guerra precisavam de proteção, tanto no aspecto procedimental, quanto em relação ao seu conteúdo, de modo a garantir a manutenção dos novos sistemas democráticos.

O controle judicial de constitucionalidade foi apenas a primeira função protetora da Constituição, mas delimitado ao longo do tempo pela própria jurisdição constitucional, e que hoje abrange diversas funções, merecendo destaque a proteção aos direitos fundamentais. O objetivo principal desta dissertação é analisar de que modo a

judicialização da política interfere na divisão de poderes do atual Estado Democrático de Direito, e verificar até que ponto a atuação da jurisdição constitucional pode ser considerada legítima quando exerce sua função de defensora e protetora da Constituição.

Esclarecidos esses pontos prévios e fundamentais, será apresentada a estrutura da presente dissertação que, para a consecução dos fins aqui propostos, está dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, o objeto de estudo é o princípio da separação de poderes, através de uma exposição de sua construção teórica ao longo da história e cujos antecedentes podem ser encontrados na teoria de governo misto de Aristóteles. No entanto, somente durante o desenvolvimento das instituições representativas na Inglaterra medieval é que a divisão de poderes começa a ser delineada por Locke, até se tornar um dos pilares do constitucionalismo liberal, através da teoria de Montesquieu.

Sua aplicação durante o período revolucionário gerou duas interpretações, enquanto que na França o parlamento saiu fortalecido através da idéia de supremacia da lei, nos Estados Unidos houve um fortalecimento do judiciário, a quem foi delegada a função de garantir a supremacia da Constituição. No entanto, com a crise do Estado Liberal, a tradicional separação de poderes deixa de corresponder à realidade do Estado Social, que estava sendo estruturado após a Primeira Guerra Mundial.

A expansão da função legislativa e a incapacidade do parlamento para exercê-la sozinha abriram espaço para o fortalecimento do executivo, que passou a colocar em prática a política intervencionista através de uma contínua utilização de decretos. Por outro lado, a defesa do caráter compromissário das Constituições sociais deslocou o centro de decisões políticas para o plano da jurisdição constitucional, cuja atuação se intensificou após a Segunda Guerra Mundial.

O fortalecimento da jurisdição constitucional e o aumento de sua intervenção em defesa da Constituição se tornaram incompatíveis com a tripartição clássica

de poderes, pois o controle de constitucionalidade passa a ser o principal mecanismo de realização do princípio de governo limitado, capaz de manter cada um dos poderes agindo dentro do limite de suas competências, estabelecidas no texto constitucional.

No segundo capítulo, serão apresentados os aspectos principais que envolvem a atuação da jurisdição constitucional enquanto guarda e proteção da Constituição, a começar pelo desenvolvimento histórico do modelo norte-americano de controle difuso de constitucionalidade, em que todos os tribunais que compõem o judiciário podem anular atos contrários à Constituição, dentro de um caso concreto.

Posteriormente, no continente europeu, o modelo norte-americano serve como inspiração para Kelsen, criador do sistema concentrado de constitucionalidade, cuja incumbência remete exclusivamente aos Tribunais Constitucionais, competentes para analisar a compatibilidade das leis em relação à Constituição de modo abstrato. O jurista austríaco procurou adaptar a idéia de constituição como norma jurídica à realidade da Europa, ainda influenciada fortemente pela doutrina francesa da supremacia da lei.

Como já foi dito anteriormente, o controle de constitucionalidade se tornou o ponto de partida para a ampliação do âmbito de competências dos tribunais constitucionais contemporâneos da maioria dos países, que possuem capacidade para delimitar o alcance de sua atuação. No entanto, algumas competências se encontram presentes na maioria dos países, tais como: resolução dos conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, manutenção e garantia dos sistemas federais, controle da legitimidade dos partidos políticos e, por fim, os aspectos mais polêmicos e complexos, que são o controle de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais.

Finalmente, no terceiro capítulo, serão apresentados o histórico, conceito e características da judicialização da política, apontando-se os principais aspectos que contribuíram para o seu surgimento. No Estado Democrático de Direito, a jurisdição

constitucional se torna órgão atuante e legitimado para exercer o controle dos atos dos demais poderes públicos, não somente em relação ao procedimento, mas também ao conteúdo dos mesmos, na medida em que se autodenomina protetor dos valores contidos nos textos constitucionais.

No segundo item do último capítulo, serão mencionadas algumas teorias que analisam a legitimidade de atuação da jurisdição constitucional, questionada por autores temerosos de que a interferência judicial em questões políticas propicie um “governo de juízes”. Esse é o pensamento daqueles que se filiam à corrente procedimentalista, como Habermas e Garapon, e defendem uma jurisdição constitucional limitada à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, em que o papel do Tribunal Constitucional não seria o de proteger uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais, mas apenas zelar pelo processo de criação democrática do Direito.

Por outro lado, os autores da corrente substancialista, da qual fazem parte Cappelletti e Dworkin, acreditam que o Poder Judiciário deve ser o guardião dos princípios e valores fundamentais da Constituição. Porém, enquanto Dworkin critica a discricionariedade judicial, criada pela teoria positivista, Cappelletti defende a interpretação criativa dos juízes, porque acredita que os mesmos podem ser bons legisladores tanto quanto aqueles que compõem o parlamento.

Após apresentar os argumentos contrários e favoráveis à atuação da jurisdição constitucional na atualidade, numa tentativa de diversos autores em encontrar limites à função de defesa da Constituição e compatibilizá-la com o princípio democrático, será feita uma análise sobre os efeitos da judicialização da política sobre a atual divisão de poderes, procurando verificar em que medida a expansão judicial representa um dos fatores que contribuem para modificação da estrutura organizacional do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO I - A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O desenvolvimento teórico do princípio da separação de poderes está ligado diretamente à luta contra a concentração de poder em diversas fases da história. Na tentativa de limitar o exercício do poder, surgem diversas teorias, que foram sendo adaptadas às peculiaridades de cada época, sendo a separação de poderes uma delas, cuja aplicação ainda ocorre na contemporaneidade.

O primeiro passo neste capítulo é fazer um resgate histórico da construção da divisão de poderes, começando pela Antiguidade, quando pode ser encontrada a primeira teoria que lhe antecede, e que se baseia na idéia de governo misto de Aristóteles. Em sua obra, *Política*, o filósofo grego defende a necessidade de se dividir o exercício do poder político, em busca de um equilíbrio que levasse ao alcance da constituição ideal da *polis*, a qual denomina *politeia*.

Segundo esse filósofo, o estabelecimento de um bom governo seria fruto de uma mistura de formas de governo e da ordenação das magistraturas, que deveriam ser distribuídas entre as diversas classes que compunham a sociedade grega. No entanto, seu pensamento não corresponde à idéia de separação de poderes como modo de organização e controle dos órgãos estatais, mas seria apenas uma forma de garantir parte do exercício político aos diversos segmentos da sociedade grega.

Também não foi estabelecida na época uma distinção de função legislativa e executiva, contudo, pode-se dizer que o objetivo essencial da teoria de governo misto era evitar a concentração de poder, motivo pelo qual ela será considerada como o passo inicial para a posterior separação de órgãos, funções e pessoas que será construída através do conflito entre parlamento e monarca, na Inglaterra medieval.

No segundo item, serão apresentados os principais acontecimentos que contribuíram para o surgimento da teoria da separação de poderes durante o desenvolvimento das instituições representativas inglesas. A teoria de governo misto era a idéia estruturante do *King in Parliament*, contudo, a separação de poderes começa a ser utilizada a princípio para limitar a atuação do ao poder de veto, retirando-lhe a competência para criar leis, e posteriormente, para restringir a função do parlamento inglês à criação da lei, contribuindo para o desenvolvimento de um “poder legislativo” independente da função judicial.

Através de John Locke, um dos principais teóricos do liberalismo, a teoria da separação de poderes é apresentada conjuntamente com a idéia da supremacia legislativa, conquistada pelo parlamento durante a Revolução Gloriosa, com o objetivo de combater a teoria da constituição mista. Porém, somente através do francês Montesquieu, que foi influenciado pela doutrina inglesa, é que a separação de poderes se tornará popular pelo continente europeu e americano.

A teoria de Montesquieu criou uma tripartição de órgãos, funções e agentes estatais e concede autonomia ao judiciário em relação aos demais poderes, modelo este que acabou se tornando um dos pressupostos da construção do Estado Liberal. Ao se preocupar principalmente com a separação de funções estatais, e não diretamente com o equilíbrio social, Montesquieu contribuiu para que a teoria da separação de poderes se tornasse autônoma em relação à teoria do governo misto.

Sua teoria foi aplicada em vários contextos históricos e no terceiro item, será destacado o exemplo americano, que adaptou a divisão de poderes à sua realidade, associando-a ao *checks and balances*. Ao introduzir esse mecanismo de controle mútuo entre os órgãos estatais, os americanos aperfeiçoaram a teoria da separação de poderes, cujo destaque foi a criação de um judiciário poderoso, ao contrário do que ocorreu na Europa, onde o legislativo obteve primazia.

As mudanças sociais e econômicas geradas pelo capitalismo desenfreado provocaram uma crise do modelo liberal de Estado, alterando as relações entre os poderes, de modo que o legislativo perde a hegemonia para o executivo. A política do *Welfare State* também contribuiu para o fortalecimento do judiciário que, devido à forte influência da doutrina norte-americana no período pós-guerra, se torna o guardião das Constituições do Estado Social.

O gigantismo dos poderes e a expansão de suas funções se tornaram características do Estado contemporâneo e afetam diretamente o modo como a divisão de poderes é aplicada na atualidade. No último item, serão apresentados alguns aspectos que interferem na tripartição clássica, fazendo com que ela não corresponda mais à realidade político-constitucional dos tempos atuais, e que sua aplicação acabe se restringindo a garantir simples regras de procedimentos para cada um dos poderes estatais.

1.1. Antecedentes históricos: a teoria de governo misto

A teoria de governo misto pode ser considerada como idéia precursora e inspiradora da teoria de separação de poderes, cujas primeiras tentativas de desenvolvimento surgirão somente na Inglaterra medieval. A organização do poder político, enquanto objeto de reflexão, pode ser encontrada pela primeira vez na obra *Política*, de Aristóteles, onde o filósofo grego apresenta uma separação de funções da *polis*, que divide o poder político e o coloca em mãos diversas, a fim de alcançar um equilíbrio no exercício do governo.

Segundo Aristóteles (2004, p. 14-15), o homem é um animal político que necessita viver em sociedade, sendo que a própria natureza faz com que os homens se associem, de modo que da união entre homem e mulher surge a família e, posteriormente, o

conjunto de várias famílias irá formar a *polis*. Através da formação da cidade, seria possível aos homens “desfrutarem juntos uma existência inteiramente feliz e independente” (ARISTÓTELES, 2004, p. 94) mas, para que os cidadãos alcançassem a felicidade e a perfeição da polis, o governo deveria estar nas mãos de bons cidadãos, dotados de virtude.

A busca pela felicidade e bem-estar dos cidadãos levou o filósofo grego a procurar por um modelo de constituição ou governo ideal, ao qual chamou *politeia*¹, e “não se trata somente de julgar a constituição mais adequada, porém ainda a que é praticável, que concomitantemente oferece aplicação mais fácil e que melhor se conforme a todos os Estados”.² (ARISTÓTELES, 2004, p. 172). Sua idéia de constituição está associada ao conceito de Estado e aos seis tipos de governo que descreve e classifica, para somente então revelar qual deles seria considerado a *politeia*:

“Entre os Estados, em geral, se dá o nome de realza ao que tem por finalidade o interesse coletivo; e o governo de um pequeno número de homens, ou de muitos, contanto que não o seja de um apenas, denomina-se aristocracia – ou porque a autoridade está nas mãos de várias pessoas do bem, ou porque essas pessoas dela se utilizam para o maior bem do Estado. Por fim, quando a multidão governa no sentido do interesse coletivo, denomina-se esse governo República, que é um nome comum a todos os governos. [...] Os governos viciados são: a tirania para a realza, a oligarquia para a aristocracia, a demagogia para a república. A tirania constitui uma monarquia sem outra finalidade senão o interesse do monarca; a oligarquia apenas vê o interesse dos ricos; a demagogia apenas vê o dos pobres. Nenhum de tais governos cuida do interesse coletivo” (ARISTÓTELES, 2004, p. 90).

Segundo Bobbio (1997, p. 56), Aristóteles toma por base dois critérios para classificar os tipos de governo: o primeiro critério é estabelecer quem governa – um, poucos

¹ Segundo McIlwain (1991, p. 45), “Politeia es un término que comprende todas las innumerables características que determinan la naturaleza peculiar de un Estado, incluyendo el conjunto de su estructura económica y social, así como lo referente a las cuestiones de su gobierno, en el sentido moderno más estricto en que hoy las entendemos”.

² Segundo Fioravanti, (2001, p. 17), no mundo antigo ainda não existiam termos como “Estado” ou “soberania”, portanto, não havia preocupação com a organização formal do Estado. Do mesmo modo, McIlwain (1991, p. 55) afirma que a própria definição convencional de Estado não era uma definição jurídica, mas política, pois os antigos não se interessavam pela “soberania”, que ocupa lugar tão importante nas discussões modernas. Aristóteles não supôs uma autoridade suprema constituída, mas apenas uma supremacia de fato.

ou muitos -, e o segundo critério é a forma como se governa – se em função do interesse próprio ou do bem comum. Os governos são considerados bons pelo filósofo quando têm por objetivo a busca do interesse comum, enquanto os governos que buscam o interesse próprio dos que detêm o poder são classificados como viciados.

Dentre todas as formas de governo, Aristóteles considera como *politeia* a república, que seria uma amálgama perfeita entre democracia e oligarquia. Essa mistura de duas formas ruins que resulta em uma boa pode causar estranheza, mas, de acordo com Bobbio (1997, p. 60), isso é possível porque o filósofo grego não utiliza o critério numérico para distinguir oligarquia e democracia, mas apenas diferencia entre ricos e pobres.

Para Aristóteles (2004, p. 193-197), não podem existir Estados bem administrados a não ser aqueles em que a classe média é muito maior e mais poderosa do que as classes rica e pobre, sendo que a classe média funcionaria como elemento moderador entre as duas últimas por estar menos sujeita a iniciar revoluções que podem abalar os governos. Ao proporcionar uma combinação entre ricos e pobres, seria possível alcançar o equilíbrio entre as classes sociais.

Percebe-se que a preocupação do filósofo grego é distribuir o exercício do poder político entre as classes sociais, pois o mesmo acredita que este seria o melhor caminho para alcançar o equilíbrio da *polis*. Para evitar conflitos entre ricos e pobres, o caminho sugerido pelo filósofo é dividir e distribuir as funções do Estado entre os cidadãos, de modo que:

“Existem em todo governo as três partes nas quais o legislador consciente deve fazer valer o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem formadas, o governo é necessariamente bom, e as diversidades existentes entre tais partes formam os diversos governos. Uma dessas três partes está com o encargo de resolver sobre os negócios públicos; a segunda é aquela que desempenha as magistraturas – e aqui é necessário estabelecer quais as que devem ser criadas, qual precisa ser a sua autoridade especial, e como devem ser eleitos os juizes. A terceira é aquela que fornece a justiça” (ARISTÓTELES, 2004, p. 199).

Analisando a divisão de funções de Aristóteles, Vile (1998, p. 24-26) afirma que a mesma não corresponde à distinção moderna entre função legislativa e executiva, pois os gregos não imaginavam a criação contínua e freqüente de nova legislação.³ O filósofo grego apenas diferiu a tarefa de fazer uma regra geral, de um lado, e julgar casos particulares, de outro, fornecendo as bases da dupla divisão de funções, que irá caracterizar o poder na Idade Medieval.

Outro fator destacado por Aristóteles é a hierarquia existente entre a constituição e as leis, que deveriam ser criadas com base nos fundamentos estabelecidos pela mesma, ao afirmar que:

“[...] as leis devem ser feitas para as constituições e não as constituições para as leis. Efetivamente, a constituição é a ordem firmada no Estado com respeito às diversas magistraturas e à sua distribuição. Ela fixa o que constitui a soberania do Estado e qual é a finalidade de cada agremiação política. As leis, contrariamente, são diferentes dos princípios essenciais da constituição; formam a regra geral pela qual os magistrados devem desempenhar o poder, e dominar os que estejam dispostos a infringi-lo” (ARISTÓTELES, 2004, p. 173).

Esta idéia parece ser precursora do instituto que atualmente é denominado controle de constitucionalidade, pois as leis deveriam ser feitas de acordo com os princípios da constituição e esta acaba se tornando uma forma de controlar o exercício do poder. A ordem previamente estabelecida na *politeia* deveria ser mantida pelos cidadãos,⁴ e o equilíbrio da ordem social seria garantido através da idéia de governo misto, que permitiria aos cidadãos a participação no poder político.

³ Segundo Aristóteles (2004, p. 60-61), “modificar com facilidade as leis que existem por outras novas é debilitar a sua mesma força”.

⁴ Segundo McIlwain (1991, p. 55), a visão que os antigos tem da constituição é de natureza ou composição de uma coisa, portanto, suas constituições careciam de sanção em nosso sentido moderno. Essa idéia permite que se diga que uma norma concreta é má, mas não é possível dizer que ela é ilegítima, pois não existia a distinção entre normas constitucionais e inconstitucionais.

A obra de Aristóteles demonstra, segundo Vile (1998, p. 25), que a teoria característica da Grécia antiga foi a de governo misto⁵ e não a de separação de poderes,⁶ pois a principal preocupação dos antigos não era a organização e controle dos órgãos estatais, mas sim garantir que os diferentes interesses da comunidade fossem refletidos nos órgãos de governo, onde cada classe social teria uma parte no exercício das funções essenciais ao funcionamento do Estado.

Evitar a concentração de poder em uma única parte do Estado foi o objetivo principal da teoria de governo misto que se originou na Antiguidade e se tornou um elemento essencial no desenvolvimento da teoria de separação de poderes. A necessidade de separar o governo em várias partes para evitar a arbitrariedade no poder serviu como ponto de partida para uma posterior separação de órgãos, funções e pessoas que agiriam em nome do Estado, que será delineada no decorrer da história.

⁵ A teoria de governo misto também foi desenvolvida pelo historiador grego Políbio (200-120 a.C), porém ele tomou por base a república romana. Em seu livro *História*, ele escreve sobre o período compreendido entre o início da segunda Guerra Púnica (221) e a captura de Corinto pelos romanos (146), período este que corresponde à submissão de todo o mundo ao poderio de Roma. Segundo Políbio (1985, p. 326-332), existem várias espécies de constituição, as quais considera como formas boas: a monárquica, a aristocrática e a democrática. No entanto, cada um desses tipos de constituição tende com o tempo a converter-se em sua forma degenerada, que seriam a autocracia, a oligarquia e a oclocracia, respectivamente. Esse ciclo que se repete no tempo, alternando formas boas e degeneradas de governo se aplica principalmente à constituição romana, considerada por Políbio como a melhor constituição, por ser uma mistura das três formas boas de governo. O historiador grego lhe atribui maior eficácia ao fato de as partes do Estado romano (cônsules, senado e povo) possuírem funções específicas exercidas mediante um controle recíproco, de modo que o rei estaria sujeito ao controle do povo que, ao participar do governo, seria controlado pelo senado. Para Vile (1998, p. 40), Políbio proporcionou a transformação da teoria de governo misto na teoria de *checks and balances*, pois sua preocupação não é o acesso dos cidadãos aos cargos públicos, tal como Aristóteles, mas providenciar um controle institucional entre os órgãos governamentais.

⁶ Os elementos da teoria de separação de poderes não estão todos presentes no mundo antigo, uma vez que existe uma separação de funções e de órgãos, mas não havia impedimento em relação aos cidadãos exercerem mais de uma função. O próprio Aristóteles afirma que “as diferentes funções públicas podem ser acumuladas, e que um só cidadão pode ser concomitantemente guerreiro, lavrador, artesão, senador e juiz” (ARISTÓTELES, 2004, p. 179).

A tradição antiga de governo misto foi transmitida para o período medieval⁷ e foi utilizada na época para justificar a sujeição do poder real aos direitos dos estamentos, porém, segundo Vile (1998, p. 41), as referências à teoria não apresentam grande profundidade nesse período.⁸ Somente com o desenvolvimento das instituições representativas da Inglaterra é que a teoria de governo misto tornou-se a idéia dominante no século XVII, ao fornecer as bases para aquele que era considerado o melhor sistema de governo: o *King in Parliament*, cujo exercício do poder era repartido entre Rei, Lordes e Comuns.

No entanto, o século XVII foi marcado por uma série de conflitos entre a Coroa e o Parlamento, que abalaram a hegemonia da teoria de governo misto e abriram as portas para o início da doutrina de separação de poderes.⁹ Segundo Vile (1998, p. 48), o equilíbrio entre as três partes que compunham o sistema de governo inglês foi ameaçado pela intransigência do rei Carlos I, motivo pelo qual passou-se a defender a idéia de limitação do poder real.

⁷ Matteucci (1998, p. 40) explica que o poder do rei no medievo estava dividido em duas funções: *gubernaculum*, que seria o poder de prerrogativa referente às relações com outros Estados e *jurisdictio*, que seria a capacidade de administrar a justiça. Todavia, enquanto o poder do rei ao exercer o *gubernaculum* era indivisível e incontrolável e seus atos de governo eram discricionários e ilimitados, a administração da justiça estava limitada pelo direito. Antes de tomar decisões, o rei deveria ouvir o parecer de seus órgãos institucionais, que lhe informavam sobre a situação dos estamentos. Essa divisão de poder real deu origem à dupla divisão de funções - executiva e judicial - e perdurou durante toda a Idade Média. Em relação à função legislativa, é preciso esclarecer que a legislação fazia parte do procedimento judicial, ou seja, a participação do Parlamento na promulgação da lei era vista como um aspecto da função judicial.

⁸ Segundo Fioravanti (1998, p. 38), o arbítrio se tornou o principal inimigo da constituição medieval por não haver nenhum órgão capacitado para julgar as violações régias no exercício da jurisdição, capaz de defender os direitos dos estamentos. Nesse sentido, pode-se dizer que a Magna Carta de 1215 foi o primeiro passo significativo no combate ao poder absoluto dos reis na Inglaterra, pois o acordo entre o rei João Sem Terra, os barões e o clero teve como objetivo proteger os direitos que a tradição concedia aos estamentos. Alguns dos termos do documento afirmam que: o rei deveria reconhecer que sua vontade estava sujeita à lei; os barões poderiam se insurgir contra o rei quando houvesse desrespeito às leis do país; o rei não poderia instituir e cobrar tributos sem o consentimento dos barões; estabeleceu-se o princípio do devido processo legal e proibiu-se a denegação da justiça a qualquer cidadão inglês.

⁹ Um dos motivos que contribuiu para o conflito entre rei e Parlamento foi a idéia da criação da lei pelo homem, que enfraqueceu a imagem do rei como “representante de Deus” na terra, e fez com que o apelo à vontade divina para justificar a natureza das coisas fosse substituído pela razão; caberia então à lei expressar os direitos naturais adquiridos pelo homem, sendo que esta linha de pensamento será desenvolvida pelos pensadores ingleses John Locke e Thomas Hobbes.

O parlamento tentou impedir as pretensões absolutistas do rei, impondo-lhe a "Petição de Direitos", na qual eram reafirmados os direitos e liberdades dos cidadãos ingleses, em troca de recursos financeiros à Coroa. Todavia, Carlos I não respeita o acordo, dissolve o parlamento e governa sozinho durante onze anos (1629-1640).¹⁰ Segundo Vile (1998, p. 43), nos anos seguintes, a teoria de governo misto continua sendo enaltecida pelo rei, mas, ao mesmo tempo, o Parlamento se preocupa em formular abstratamente as funções de governo, cujo resultado serviu de base para a teoria de separação de poderes.

O desejo de limitar o monarca a exercer exclusivamente a função executiva e submetê-lo à lei que ele não fez sozinho providenciou as bases para o surgimento de um "poder legislativo", independente dos desejos do rei. Ao retirar o exercício da legislação das mãos do rei, e restringir sua atuação nesse sentido ao poder de veto, inicia-se uma definição das funções relativas do Estado, marcando-se o início da doutrina de separação de poderes.

Mas não eram apenas os excessos cometidos pelo rei que preocupavam os ingleses, pois quando Carlos I viu-se obrigado a convocar novamente o Parlamento para obter recursos financeiros¹¹, iniciou-se o período conhecido como Longo Parlamento (1640-1653), quando se consagrou a supremacia parlamentar, e garantiu a este o exercício de um poder governamental ilimitado. O arbítrio, que até então estava ligado à figura do monarca, passou a

¹⁰ Carlos I era defensor do direito divino dos reis, utilizando-se de tal argumento para cometer abusos, tais como instituir impostos sem o consentimento do Parlamento. Para sustentar o Estado, ele criou taxas, restabeleceu tributos feudais, cobrou multas, multiplicou monopólios e estendeu o imposto do "ship money", pago apenas pelas cidades portuárias para a defesa da marinha real, às demais regiões do país. Em segundo lugar, sua política era considerada ofensiva para a Teologia Calvinista e os súditos estavam temerosos de uma aproximação com o catolicismo romano.

¹¹ Carlos I tentou impor o Anglicanismo à Escócia presbiteriana (calvinista), provocando a invasão da Inglaterra pelo exército escocês. Com o país ocupado e a burguesia recusando-se a pagar o "ship money", o monarca não teve outra saída senão convocar o Parlamento, para obter recursos. Ao entrar em funcionamento, em 1640, o Parlamento despojou Carlos I de toda autoridade, aboliu o "ship money" e aprovou uma lei que tornava sua convocação obrigatória, pelo menos uma vez a cada três anos.

ser atribuído ao Parlamento, que se utilizava constantemente do *impeachment* para manter-se no poder.¹²

Segundo Vile (1998, p. 48-49), este foi o momento em que se percebeu a necessidade de restringir a atuação do legislativo à criação de leis em termos gerais, impedindo-o de se intrometer em casos particulares.¹³ A necessidade de restringir a função do Parlamento à criação da lei também contribuiu para o desenvolvimento de um “poder legislativo” independente da função judicial, que representa um dos maiores avanços no desenvolvimento da tripartição de poderes.

Pode-se dizer que a primeira tentativa de fixação da teoria de separação de poderes ocorreu através do *Instrument of Government*, de 1653. Considerada a primeira constituição escrita da Inglaterra, este documento marcou o término da Guerra Civil de 1642, cujo resultado foi a execução do rei Carlos I, a abolição da Câmara dos Lordes e a centralização do poder nas mãos de Cromwell, a quem coube o cargo vitalício e hereditário de *Lord Protector*.¹⁴

Com a proclamação da República (*Commonwealth*), o poder legislativo foi atribuído aos representantes do povo, enquanto o poder executivo permaneceu nas mãos do *Lord Protector*, assistido por um Conselho. Segundo Vile (1998, p. 52), o *Instrument of*

¹² Segundo Vile (1998, p. 48), no momento em que as divisões internas do próprio Parlamento se tornavam cada vez mais sérias, onde presbiterianos, independentes e niveladores, se tornavam cada vez mais hostis uns com os outros, o domínio do poder parlamentar por parte de um grupo, cujo intuito era amedrontar os demais, demonstrou que o Parlamento poderia se tornar tão tirânico quanto o rei.

¹³ De acordo com Matteucci (1998, p. 81), além de criar leis gerais e abstratas, o Parlamento possuía funções judiciais e declarativas de direito, ao representar a última instância da *jurisdictio*.

¹⁴ Em 1641, uma revolta na Irlanda católica desencadeou a crise que levou à Revolução. O Parlamento recusou-se terminantemente a entregar o comando do exército ao rei, cuja pretensão era reconquistar a Irlanda; Carlos I, não conformado com a perda de seus direitos de chefe das forças armadas, invadiu o Parlamento com um grupo de adeptos, numa tentativa inútil de prender os líderes da oposição. Sem apoio em Londres, retirou-se para o norte do país, organizou um novo exército e acabou por mergulhar o país numa violenta guerra civil, que durou de 1642 a 1649. Também conhecida como “Revolução Puritana”, esse conflito envolveu os “cavaleiros” partidários do rei, e os “cabeças-redondas”, defensores do Parlamento, liderados por Cromwell. Juntaram-se aos “cabeças-redondas” o novo partido dos “niveladores”, formado por pequenos proprietários rurais contrários à monarquia e defensores do direito de voto e representação no Parlamento a todos os homens livres, a separação entre a Igreja e o Estado, o livre comércio e a proteção da pequena propriedade.

Government estabeleceu, ao menos no papel, uma separação de pessoas e funções, limitando a autoridade legislativa de Cromwell ao poder de veto sobre a legislação e colocando formalmente a função legislativa nas mãos do Parlamento.

A teoria de separação de poderes adquire maior independência neste período em relação à teoria de governo misto, uma vez que a execução do rei e a abolição da Câmara dos Lordes abalaram as bases institucionais do *King in Parliament*. Por outro lado, com a morte de Cromwell e a restauração da monarquia,¹⁵ novamente se exalta o modelo misto de governo como base fundamental do sistema inglês.

O retorno dessa teoria trouxe à tona a disputa entre rei e parlamento, sendo que a questão da tolerância religiosa tornou-se o principal motivo de desentendimento, uma vez que os partidos políticos estavam divididos fundamentalmente pela religião¹⁶. Uma seqüência de eventos durante o reinado de Jaime II forçou uma situação que, segundo Trevelyan (1982, p. 30), precisava ser resolvida: a disputa pelo poder entre rei e Parlamento estava danificando continuamente a eficiência do governo e era preciso decidir definitivamente onde o poder seria colocado.¹⁷

A Revolução Gloriosa representou a vitória da nação inglesa contra as pretensões do rei e resultou no controle total dos atos da monarquia pelo Legislativo, através da assinatura do *Bill of Rights* (1689). Segundo Vile (1998, p. 58), a disputa entre rei e

¹⁵ Carlos II assume o trono e reparte novamente o poder político com Lordes e Comuns, formando uma monarquia mista, ao contrário das monarquias européias, que adquiriam um caráter absolutista à época.

¹⁶ De acordo com Trevelyan (1982, p. 15), o partido *tory* representava o “alto clero” e estava preocupado em extirpar o puritanismo e o catolicismo da Inglaterra, enquanto o partido *whig* representava o “baixo clero” (dissidentes protestantes) e lutava contra a perseguição da Igreja anglicana.

¹⁷ Jaime II se comprometeu inicialmente a defender os interesses da Igreja e da monarquia inglesa, contra o crescente perigo do catolicismo romano e a influência francesa na Inglaterra. Todavia, seu desejo era induzir o Parlamento a revogar algumas leis que estavam embaraçando sua ação executiva, como a lei de Habilitação. A Esta lei, aprovada em 1673, tinha como objetivo de defender a Igreja da Inglaterra, mantendo os católicos fora dos cargos públicos ingleses. Com a recusa do Parlamento em revogar tal lei, Jaime II, cujo desejo era estabelecer o romanismo na Inglaterra e tornar-se um monarca absoluto, como os outros príncipes da Europa, utilizou seu poder de prerrogativa e suspendeu a lei de Habilitação. Temerosos de que sua religião e liberdade fossem atacadas, *whigs*, *tories*, Igreja Anglicana e dissidentes religiosos resolveram se unir, em defesa da Constituição e da religião protestante da Inglaterra.

Parlamento neste momento histórico provocou duas modificações importantes na teoria de governo misto: primeiramente, o rei manteria seu poder e prerrogativas, mas deveria reconhecer a supremacia da lei e, conseqüentemente, do parlamento; por fim, as idéias básicas da separação de poderes (embora, é claro, não fosse conhecida por esse nome), se tornaram parte do pensamento político inglês, de forma definitiva.

A adaptação dessas duas doutrinas, aparentemente contraditórias, não ocorreu facilmente, pois enquanto a teoria de governo misto propunha uma divisão de poder entre rei, lordes e comuns, a doutrina de separação de poderes era baseada apenas na divisão entre as funções legislativa e executiva. Para compatibilizá-las, seria preciso a existência de, no mínimo, três funções, e, de acordo com Vile (1998, p. 59-63), o desenvolvimento gradual dos juízes como um ramo independente do governo não solucionou; ao contrário, aumentou o problema, uma vez que não havia lugar para os juízes na teoria de governo misto.¹⁸

Era preciso desenvolver uma reformulação dos “poderes” governamentais, trabalho que coube a Locke e cujo resultado foi uma teoria baseada na conciliação da supremacia legislativa com as idéias da separação de poderes. Escrita em 1690, sua obra *Dois tratados sobre o governo* pode ser considerada uma justificativa dos efeitos constitucionais de Revolução de 1688, cuja influência alcançou os líderes revolucionários franceses e americanos e contribuiu para o desenvolvimento e consolidação do liberalismo, sendo que o próprio Montesquieu, ao criar sua teoria de separação de poderes, utilizou algumas de suas idéias como referência.

Para explicar de que forma a sociedade e o governo devem ser constituídos, Locke (1998, p. 387) começa por definir o estado de natureza, um estado anterior às sociedades políticas e destituído de governo, onde “(...) todo homem tem o direito de punir o

¹⁸ A independência dos juízes foi formalmente reconhecida apenas em 1701, através do *Act of Settlement*.

transgressor e de ser o executor da lei da natureza”, ou seja, de fazer tudo que entende adequado para sua conservação pessoal e de sua propriedade.

Porém, o problema do estado de natureza, segundo Locke (1998, p. 495-497), é que o mesmo carece de uma série de fatores: uma lei estabelecida mediante consentimento comum para solucionar conflitos; um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar todas as diferenças; e um poder para apoiar e sustentar a sentença quando justa, além de dar a ela a devida execução.

No estado de natureza, os homens são juízes em suas próprias causas e qualquer diferença entre dois homens que não fosse resolvida poderia resultar em um estado de guerra. Para evitar tal situação, era preciso que cada homem consentisse em abandonar os poderes individuais, que naturalmente lhe foram dados para viver em uma sociedade particular, estabelecendo-se então um contrato social como fundamento do Estado e do poder político.

A criação do governo civil corrigiria as inconveniências e incertezas do estado de natureza, pois a convivência em sociedade torna mais fácil para o homem proteger sua vida, sua liberdade, suas posses, as quais Locke chama de “propriedade”. Desse modo, o povo cede parte de sua liberdade e concorda com a criação de um governo, a fim de obter segurança e preservar seus bens materiais.

Segundo Vile (19998, p. 64), a origem do legislativo e do executivo em Locke está justamente nos poderes que os homens tinha no estado de natureza. O poder dado ao homem de fazer aquilo que bem entende para a preservação de si mesmo e de seus bens deu origem ao poder legislativo, enquanto o poder de punir crimes praticados contra a lei da natureza representa a origem do poder executivo. Os homens transferem então à sociedade política seus “poderes” individuais, passam a ser regidos por leis aprovadas através de

consentimento mútuo dos membros de comunidade e deixam a aplicação das leis para as mãos de juízes imparciais.

Contudo, para evitar o retorno do absolutismo monárquico, era preciso um governo bem constituído, e isso somente seria possível se as funções legislativa e executiva fossem colocadas em mãos distintas, de modo a impedir que os mesmos homens legislassem e aplicassem a lei. Assim, o pensador inglês estruturou o Estado de modo que os poderes estatais foram divididos em legislativo, executivo e federativo.

O poder legislativo seria responsável pela elaboração de leis, criadas através de uma assembléia composta por várias pessoas, sujeitas às próprias leis que formularam. Locke (1998, p. 504-515) impõe limites à atuação legislativa de diversas maneiras: a) sua atuação deve se restringir à busca do bem público; b) deve dispensar a justiça e decidir acerca dos direitos dos súditos, por meio de leis fixas e juízes autorizados; c) não pode confiscar a propriedade de alguém sem seu consentimento; d) e não pode transferir sua faculdade de fazer leis a outro órgão.

Em relação ao poder executivo, Locke (1998, p. 524) o coloca sob responsabilidade do monarca e justifica sua posição dizendo que as leis elaboradas de imediato e em pouco tempo necessitam de perpétua execução, de modo que o rei seria a pessoa mais indicada para exercer tal função de modo constante. A assembléia legislativa, ao contrário, não exigia reuniões constantes, cabendo ao poder executivo o poder de reunir e dispensar o poder legislativo, controlando a atuação do parlamento, em prol da segurança do povo.¹⁹

O terceiro poder seria o federativo, cuja competência seria promover a guerra e a paz, firmar ligas e promover alianças com pessoas e sociedades políticas externas.

¹⁹ Locke (1998, p. 528-534) mantém o poder de prerrogativa do rei para convocar o parlamento, poder este que poderia ser utilizado até mesmo contra a prescrição da própria lei, desde que fosse usado pelo bem da nação.

Locke (1998, p. 516-517) considerava o poder executivo e o federativo como poderes distintos, afinal, enquanto o primeiro diz respeito a questões internas de governo, o segundo se refere a relações externas com outros países. Entretanto, eles deveriam estar unidos e depositados nas mãos do rei, pois, como representam a força do corpo político, seria impossível depositá-los em mãos diferentes.

Em relação ao poder judiciário, o pensador inglês manteve a função judicial como encargo do poder executivo, a quem caberia a administração da justiça, mantendo a tradição da Idade Média. Locke (1998, p. 499) apenas afirma que devem existir “juízes imparciais e probos, a quem cabe solucionar as controvérsias segundo tais leis”, mas não apresenta argumentos que diferenciem a aplicação da lei pelos juízes, a ponto de justificar a desvinculação do âmbito judicial em relação ao executivo.

Percebe-se que o ponto principal da separação de poderes em Locke é dividir os poderes e colocá-los em mãos distintas, pois somente através de um governo limitado seria possível preservar a liberdade dos cidadãos. Ao distribuir os três poderes entre o rei e a assembléia legislativa, o pensador inglês acaba mantendo o modelo do *King in Parliament*, uma vez que o rei continua atuando no poder legislativo através de seu poder de veto, todavia, sua teoria preconiza a supremacia do poder legislativo sobre o executivo.

Isso não significa que o pensador inglês veja o poder legislativo como algo onipotente e absoluto, pois sua atuação seria limitada pela busca do bem público, cabendo ao povo o direito de remover ou alterar a assembléia legislativa, caso julgasse que a mesma estaria agindo contrariamente à confiança que lhe foi dada. Percebe-se que Locke separa as funções legislativa e executiva, mas não as trata como independentes e iguais entre si, e nem sequer defende a necessidade de uma separação absoluta das duas funções em órgãos diversos.

Esses fatores, para Carré de Malberg (1948, p. 742), demonstram que a teoria de Locke seria uma simples distinção de funções, e não propriamente uma doutrina de separação de poderes. Por outro lado, Vile (1998, p. 72) acredita que os elementos essenciais da separação de poderes estão presentes em seu trabalho, porém, o pensador inglês apresenta apenas uma separação parcial de funções e uma partilha da autoridade legislativa.

Acredita-se que Locke contribuiu para a evolução da doutrina da separação de poderes, na medida em que combateu a teoria da constituição mista, defendendo a supremacia da assembléia legislativa e a soberania popular e no início do século XVIII, a teoria de separação de poderes não poderia mais ser ignorada, pois a obra do pensador inglês lhe conferiu maior destaque como técnica de limitação de poder.

Porém, o desenvolvimento da teoria da separação de poderes na primeira metade do século XVIII não ocorreu através do trabalho de Locke, mas sim do francês Montesquieu, responsável pela ascendência da doutrina na Europa e na América do Norte. Montesquieu trouxe novas contribuições sobre a questão da limitação do poder, que complementam a teoria de John Locke e fizeram com que a separação de poderes se tornasse uma das grandes instituições do Estado Liberal, conforme será analisado a seguir.

1.2 A separação de poderes: bases políticas do liberalismo nascente

As idéias do pensamento político inglês, sobretudo de Locke, influenciaram na forma como Montesquieu concebeu sua teoria de separação de poderes na obra *Espírito das Leis*, publicada em 1748. O jurista francês esteve na Inglaterra, de 1729 a 1731, observando o modo como o sistema político inglês separava e equilibrava os poderes

executivo e legislativo, e o resultado de seu trabalho foi o desenvolvimento de uma das principais teorias que embasaram a construção do Estado Liberal.

A teoria de separação de poderes de Montesquieu foi considerada adequada pelos burgueses para combater o absolutismo monárquico, uma vez que a França, antes da Revolução de 1789, possuía uma estrutura estatal baseada na concentração de todos os poderes nas mãos do rei. Então, no contexto da época, suas idéias foram utilizadas pelos revolucionários para garantir a participação política da burguesia no poder, através da criação de uma monarquia moderada.

Segundo Botella (et al., 1998, p. 215), três elementos da constituição inglesa fizeram com que Montesquieu a admirasse, como exemplo de organização estatal: a) o amor pela liberdade; b) o fato dos políticos estarem obrigados a prestar contas de suas ações perante a opinião pública; e c) a existência de um mecanismo que impedia que qualquer órgão, inclusive a Coroa, atuasse sem consultar os demais.

Montesquieu (2000, p. 166) observa o quão importante é a liberdade política para os ingleses e a conceitua como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”, porém afirma que somente nos governos moderados é que os cidadãos podem ser livres. Para demonstrar o que seria um governo moderado, o jurista francês classifica os governos em três espécies, levando em consideração dois elementos: sua *natureza*, baseada no número de pessoas que governam; e seu *princípio*, que seria o sentimento que move as ações dos cidadãos e sustenta quem está no poder.

Em relação à natureza, Montesquieu (2000, p. 19) apresenta três espécies de governo: o republicano, no qual o governo estaria nas mãos do povo em seu conjunto (democracia) ou de apenas uma parte dele (aristocracia); o monárquico, no qual apenas um governa, através de leis fixas e estabelecidas; e o despótico, em que um homem governa através da força e de acordo com seus caprichos.

Sobre o princípio que move cada governo, o jurista francês afirma que a república seria movida pela virtude; a monarquia, pela honra; e o despotismo, pelo temor. A virtude da república não é uma virtude moral, mas sim política, que se traduz no amor à pátria e no respeito às leis; a honra pertence a pessoas distintas e privilegiadas, que são escolhidas pelo soberano para dirigir o Estado; e o temor faz com que acabem a coragem e a ambição dos homens para enfrentar o déspota.²⁰

Dentre todas as formas de governo, Montesquieu (2000, p. 68) demonstra ter predileção pela monarquia moderada, ao afirmar que quando o governo está nas mãos de uma só pessoa, “o Estado é mais fixo, o regime é mais inabalável, a pessoa de quem governa mais garantida”. E nas monarquias, as coisas raramente chegam ao extremo, pois o príncipe depende dos poderes intermediários.²¹

Segundo Vile (1998, p. 88), Montesquieu descreve a monarquia a partir da constituição inglesa, porém demonstra preocupação com o controle do poder arbitrário de um modo diverso e a partir de um contexto diferente. Como um aristocrata, ele parece ter olhado para a longa tradição francesa de resistência ao ideal do despotismo e não para o desenvolvimento inglês, pois levou em consideração o poder dos *parliaments*, ou seja, do clero e da aristocracia como controladores da autoridade real. O pensador francês defende um governo baseado na lei, mas sua definição de monarquia moderada não corresponde a um governo misto ou baseado em uma separação de poderes, tal como havia na Inglaterra.

Apesar de distribuir o poder entre as diversas partes da sociedade para evitar o despotismo, a principal preocupação do jurista francês não era o equilíbrio social, mas sim a separação de funções do Estado. Montesquieu (2000, p. 166) afirma que “todo homem que

²⁰ A idéia de que nenhuma forma de governo poder sobreviver sem os sentimentos dos governados é original em relação à tradição clássica de regimes de governo, anteriormente desenvolvida por outros pensadores.

²¹ Montesquieu (2000, p. 26) refere-se ao clero e à nobreza, da qual ele fazia parte, aos quais caberia a função de impedir os abusos do poder real. O pensador francês reafirma a importância desses dois poderes intermediários em sua obra, ao dizer que “acabem, em uma monarquia, com as prerrogativas dos senhores, do clero, da nobreza e das cidades; terão em breve um Estado popular, ou um Estado despótico”.

tem poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites” e vê na própria natureza humana uma justificativa para a necessidade de dividir os poderes do Estado e colocá-los sob responsabilidade de pessoas e órgãos diferentes.

Montesquieu (2000, p. 167) reparte o poder estatal de modo inovador para a época, dividindo-o da seguinte forma: o *poder legislativo* seria encarregado de criar leis; o *poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes* ou *poder executivo do Estado*, que seria encarregado de fazer a paz e a guerra, bem como prevenir invasões; e, por fim, o *poder executivo daquelas que dependem do direito civil*, teria como função castigar os crimes e julgar os conflitos entre indivíduos.

O pensador francês justifica a necessidade de dividir o poder daquela forma, afirmando que:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Percebe-se que o jurista francês mantém a divisão criada pelo pensamento inglês entre poder legislativo e executivo, baseando-se na idéia de que aquele que cria as leis não deve ter o poder de aplicá-las. O poder legislativo seria responsável pela edição de leis gerais e abstratas, enquanto o poder executivo seria encarregado de aplicá-las a casos particulares, de acordo com necessidades diárias.

Porém, enquanto os escritores ingleses afirmavam que o poder legislativo deveria ser exercido conjuntamente pelo rei, lordes e comuns, em que o rei teria apenas uma voz negativa, Montesquieu apresenta uma nova divisão do legislativo em duas partes, retirando o rei de sua composição e colocando-o como titular do poder executivo. Vile (1998,

p. 101) afirma que o jurista francês mantém o poder de veto do rei, porém o considera um “poder” separado, afirmação esta que parece demonstrar uma transformação do “direito de legislar negativamente” em um mecanismo de controle do legislativo.

Em relação ao poder judiciário, Montesquieu estabelece sua independência em relação ao poder executivo, separando a execução da lei da função de administrar da justiça, que estavam concentradas nas mãos do monarca. A necessidade de distinguir a função judicial e separá-la das demais tinha como intuito evitar a arbitrariedade no poder e garantir a manutenção da legalidade.

O jurista francês defende que cada poder deveria ter uma função específica e seu exercício deveria ser concedido a pessoas diferentes. O poder legislativo pertenceria à nobreza e a um corpo de representantes do povo, cada qual com suas assembléias e deliberações à parte, bem como objetivos e interesses separados. O poder executivo do Estado permaneceria nas mãos do monarca, enquanto o poder de julgar seria exercido por membros do povo, em certos momentos do ano e conforme a lei prescrevesse.

De acordo com Vile (1998, p. 103), o jurista francês parece ter adaptado a teoria de governo misto ao seu sistema de divisão de poderes, de modo que os interesses das diferentes classes sociais garantissem que nenhum homem ou grupo conseguisse um poder arbitrário. Quando Montesquieu (2000, p. 168) afirma que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes”, tem-se a impressão de que o mesmo estaria vinculando a divisão de funções estatais às partes da sociedade que compunham o Estado.

Mas apesar de o jurista francês ter utilizado em sua construção teórica a idéia de governo misto, não existe menção direta a essa teoria quando o mesmo descreve seu tipo ideal de “constituição”, pois Montesquieu se preocupa essencialmente com uma repartição do poder baseada nas três funções fundamentais do Estado. Segundo Bobbio (1997,

p. 136), seu grande mérito foi ter concedido autonomia à teoria da separação de poderes em relação à teoria do governo misto, pois até então as duas eram constantemente associadas na constituição inglesa.

Além de separar as funções estatais em órgãos diversos e colocá-las nas mãos de indivíduos diferentes, o jurista francês se preocupa em criar um sistema no qual exista um controle recíproco entre os mesmos, de modo a impedir que algum dos poderes se torne despótico. Para isso, cria a *faculdade de impedir*, que seria o direito de anular uma resolução tomada por outrem.

No poder legislativo, por exemplo, a assembleia da nobreza e a assembleia do povo se controlam mutuamente, porém, em relação ao poder executivo, não possuem a faculdade de impedi-lo, uma vez que a execução é limitada por natureza e exerce-se sempre sobre coisas momentâneas. A única forma de controle concedida ao legislativo é o direito de examinar como as leis criadas por ele eram aplicadas pelo executivo.

Ao poder executivo, Montesquieu (2000, p. 173-175) concede o direito de vetar a legislação, bem como o poder de regular a época e a duração das reuniões da assembleia legislativa. Tais medidas seriam necessárias para evitar o despotismo do poder legislativo e as inconveniências que a ausência de reuniões ou seu uso constante pudessem causar à atuação do monarca.

Montesquieu acaba criando um sistema de freios e contrapesos entre os poderes executivo e legislativo, porém não inclui o poder judiciário, e de acordo com Vile (1998, p. 102), a independência absoluta concedida ao órgão judicial em relação aos demais poderes apenas lhe concede o privilégio de não se tornar objeto de controle dos mesmos, mas, por outro lado, lhe impede de controlar os atos do executivo e do legislativo.

O poder de julgar torna-se praticamente nulo e os juizes são considerados por Montesquieu (1979, p. 152) como “a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres

inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”. Cappelletti (1992, p. 96) explica que razões históricas e ideológicas levaram a França a rejeitar a idéia de um controle judicial sobre os atos dos demais poderes, pois os abusos cometidos pelos juízes no Antigo Regime, em clara oposição a qualquer tentativa de reforma liberal no país, levaram os franceses a temer não só o despotismo dos monarcas, mas também o arbítrio dos togados.²²

Para evitar o abuso no poder de julgar, Montesquieu (2000, p. 175) o coloca nas mãos de cortes ordinárias, mas não lhes concede atuação plena, pois, em três hipóteses excepcionais, o autor admite a atuação da Câmara dos Lordes: a) como corte suprema de apelação, quando a parte legislativa do povo acusasse algum cidadão de cometer um crime; b) no julgamento contra nobres; c) e nos casos em que a lei fosse rigorosa demais, o legislativo agiria para moderar a lei, sentenciando com menos rigor do que ela.

O jurista francês descreve um sistema judicial sem juízes profissionais, pois a lei deveria ser tão clara e explícita que não seria preciso que os juízes possuíssem conhecimentos específicos. A legitimidade do direito adviria da racionalidade do legislador e o sistema normativo deveria ser coerente, unitário e facilmente compreensível, restringindo a atuação do juiz à construção de simples silogismos.

Para Vile (1998, p. 98), Montesquieu se preocupou em impedir que os juízes exercessem seu poder discricionariamente, protegendo o povo do perigo das opiniões particulares dos juízes e evitando ocasionar uma incerteza do direito, mas seu modelo de sistema judicial não corresponde à realidade inglesa, pois a Inglaterra possuía um sistema judicial composto por juízes aptos a “interpretar” a lei e, com a decorrência do tempo, lhes era permitido fazer a lei através da “interpretação”.

²² A teoria de Montesquieu foi utilizada pelos revolucionários franceses, juntamente com a teoria de Rousseau, de modo a impedir interferências dos juízes na esfera do poder legislativo; com a Revolução, as Assembléias parlamentares passam a ser consideradas as representantes legítimas e diretas da soberania nacional, motivo pelo qual não poderiam se tornar objeto de controle do judiciário. Do pensamento racionalista e liberal, surgem então os dogmas da onipotência do legislador e da submissão do juiz à lei e a exaltação do princípio da segurança jurídica, consagrando-se assim o positivismo jurídico como doutrina dominante.

Apesar de Montesquieu tomar a Inglaterra como exemplo de constituição, Vile (1998, p. 93) afirma que ele não estava descrevendo o sistema inglês que vigorava na época, pois a realidade da Inglaterra difere um pouco do modelo ideal de constituição que o pensador francês apresenta em sua obra. De qualquer modo, fica clara a influência do pensamento político inglês, principalmente de Locke, em seu pensamento, apesar das diferenças existentes entre as duas teorias.

A primeira delas é que Locke apresenta uma separação entre os poderes legislativo e executivo, descrevendo a forma como a constituição inglesa havia sido estabelecida em sua época. Por outro lado, Montesquieu não considera nenhum Estado em particular e cria um Estado ideal, pois segundo Carré de Malberg (1948, p. 743), sua pretensão era criar uma teoria de separação de poderes que pudesse ser aplicada em qualquer tipo de Estado.

Outro aspecto que os diferencia é que Locke não concebia poderes rigidamente separados e independentes, nem mecanismos de controle recíproco, já que seu objetivo era enfatizar a supremacia do poder legislativo, como representante da soberania popular. Montesquieu, ao contrário, imaginou poderes independentes, colocou-os em mãos diversas e criou mecanismos de controle recíproco entre os mesmos, de modo que nenhum dos poderes se tornasse superior ou mais forte que os demais.

Por outro lado, Vile (1998, p. 95) acredita que a divisão de poderes de Montesquieu é um restabelecimento da divisão de funções feita por Locke, exceto pelo fato de Montesquieu não usar o termo “federativo” para o poder executivo em questões externas. Além disso, a divisão entre atos internos do executivo e atos do judiciário do jurista francês continua obscura, uma vez que ele não estabelece uma nítida divisão entre essas duas funções.

Apesar de Montesquieu não enfatizar claramente a supremacia do poder legislativo, tal como Locke, a função legislativa que ele descreve parece prevalecer sobre a

executiva e a judicial, na medida em que criar a lei mostra-se mais importante do que simplesmente colocá-la em efeito. O princípio da primazia da lei, com o intuito de assegurar a liberdade e os direitos individuais, acaba por desmascarar a relação de igualdade entre os poderes e consagra a predominância do legislativo sobre os demais.

Mas a separação de poderes se mostrou insuficiente para impedir que o poder legislativo dominasse em muitos aspectos as demais funções, ocasionando uma hierarquia entre órgãos na construção do Estado Liberal francês. Porém, isso não enfraqueceu a forte influência da teoria de Montesquieu, que foi aplicada e interpretada em vários contextos históricos, diversos ao da França.

Diante das várias interpretações que surgiram sobre sua obra, Vile (1998, p. 94) destaca duas delas, que ganharam maior destaque na última metade do séc. XVIII: a) a “doutrina pura da separação de poderes”, baseada na separação radical de órgãos, funções e pessoas, associada ao continente europeu; b) e a “separação parcial de poderes”, que seria uma separação de poderes modificada pelo sistema de *checks and balances*, desenvolvida pelos pais da constituição americana.

Conforme esclarece Vile (1998, p. 14), a doutrina pura de separação de poderes preconizava uma divisão do poder em três agências, sendo que cada uma delas deveria abster-se ao exercício de uma função específica, sem interferir no âmbito das demais; cada agência seria composta por pessoas distintas e nenhum indivíduo poderia participar, ao mesmo tempo, de mais de uma agência; por fim, cada uma delas teria meios para controlar as demais, de modo que nenhum indivíduo ou grupo adquirisse o controle total do Estado.

A aplicação da doutrina pura da separação de poderes exclui qualquer colaboração das autoridades legislativa e executiva em um trabalho comum; também não admite que exista comunicação entre as mesmas, nem funcional, nem orgânica, apresentando somente instrumentos para que possam deter-se mutuamente. Segundo Carré de Malberg

(1948, p. 778), esse tipo de interpretação demonstrou ser extremamente simplista para adaptar-se a realidade complexa dos fatos que condicionam a organização de um Estado.

Montesquieu teria se preocupado apenas em assegurar meios de defesa para que legislativo e executivo pudessem deter-se mutuamente, mas não pensou em proporcionar sua associação, com o objetivo de fazê-los atuar em concurso ou colaboração. O resultado de uma separação completa de poderes não seria somente a independência, mas também a desunião entre os mesmos.

A tentativa de fazer coincidir a competência dos órgãos com uma distinção rígida de funções mostrou ser algo de difícil execução, pois, às vezes, mostra-se necessária a existência de pontos de contato entre as funções de legislar, executar e julgar. Existem algumas atribuições que, por sua natureza, podem participar ao mesmo tempo de dois poderes funcionais, provando que cada um dos órgãos estatais pode acumular funções materiais diversas, sem que haja ameaça à liberdade dos cidadãos.²³

Um outro modo de interpretação do pensamento de Montesquieu foi desenvolvido pelos norte-americanos durante o processo de independência dos Estados Unidos em relação à Inglaterra. Em busca de um sistema de governo estável e limitado para o novo país que estava em construção, criou-se uma mistura entre separação de poderes e *checks and balances*, modelo que serviu de base para o Estado Constitucional Moderno, o que será analisado a seguir.

²³ Um dos principais exemplos disso é a iniciativa das leis, que pode pertencer tanto ao poder legislativo quando ao poder executivo. Desde a primeira metade do séc. XVIII, o sistema de gabinete estava em formação nas práticas políticas inglesas e os poderes executivo e legislativo agiam conjuntamente; a Inglaterra possuía um certo equilíbrio entre os poderes, porém não uma separação absoluta, comprovando que separar rigidamente os poderes não era uma condição absoluta para evitar o surgimento do despotismo.

1.3. O sistema de *checks and balances*: a contribuição dos federalistas

A Revolução americana, que culminou na independência dos Estados Unidos e na elaboração de uma Constituição Federal, consagrou a separação de poderes como um dos princípios basilares do governo que iria reger o novo país, agora sob o regime democrático. A recepção do pensamento de Montesquieu pelos americanos teve como principal intuito evitar o abuso de poder, principalmente em relação ao poder executivo, já que era constante o arbítrio da Coroa inglesa durante o período colonial.

Antes de conquistar sua independência, Estados Unidos era composto por treze colônias, dominadas pela Inglaterra e utilizadas para extração de recursos minerais e vegetais, bem como fonte de arrecadação de impostos. Porém, a exploração das colônias havia sido feita de forma diversa, pois o norte foi colonizado por ingleses que haviam fugido de perseguições religiosas e viviam em pequenas propriedades agrícolas, baseadas na mão-de-obra livre e no comércio; ao sul, as colônias se tornaram grandes latifúndios, mantidos por mão-de-obra escrava e com produção voltada à exportação.

Apesar das diferenças econômicas e sociais entre as colônias, todas tinham em comum o fato de possuírem suas próprias leis escritas, através de suas assembleias legislativas.²⁴ No entanto, o rei da Inglaterra possuía poder de veto sobre as leis criadas pelas colônias, que era exercido através de Governadores que agiam em seu nome. Segundo Vile (1998, p. 139), o governo colonial era exercido através de uma espécie de cooperação entre o Governador e um Conselho de Governo, ambos nomeados pela Coroa, sendo que este último representava o elemento aristocrático da colônia, ao atuar como parte essencial do legislativo e como Corte Suprema.

²⁴ O voto só era permitido àqueles que atendessem requisitos de propriedade e religião.

Percebe-se a influência do pensamento inglês na formação do sistema de governo colonial americano, pois se encontram presentes os elementos monárquico e aristocrático, característicos do *King in Parliament*. Entretanto, esse modelo passou a ser questionado pelos colonos americanos, devido ao poder excessivo que a Coroa britânica exercia sobre as colônias, através de seus Governadores.

A estrutura do governo colonial estava relacionada à teoria de governo misto e da balança da constituição, contudo, as constantes interferências do rei da Inglaterra nas atividades dos governos locais fizeram com que os colonos americanos vislumbrassem na teoria de separação de poderes uma forma de criticar o poderio da Coroa britânica sobre as colônias.

A tensão entre as colônias e a Coroa britânica se agravou com a ocorrência da Guerra dos Sete Anos entre França e Inglaterra (1756-1763), que lutavam pela posse das colônias, e que culminou na vitória inglesa. Contudo, era preciso cobrir os prejuízos sofridos durante o combate, o que levou o rei a aumentar a cobrança de impostos sobre os colonos americanos e a criar novas leis que tolham a liberdade dos mesmos.²⁵ Dispostos a lutar pelo fim das medidas restritivas que lhe haviam sido impostas, os colonos norte-americanos promovem o Primeiro Congresso Continental de Filadélfia e apresentam novas propostas ao rei George III.

Contudo, o rei se recusa a aceitar as opiniões do povo e adota medidas ainda mais controladoras²⁶. O desejo de emancipação cresceu então em todas as colônias, principalmente nas do norte, onde existia uma burguesia que acumulava capitais e que estava sendo prejudicada com as novas imposições da Coroa inglesa. Dispostos a lutar por seus

²⁵ Pode-se citar como exemplos: a Lei do Chá, que deu o monopólio do comércio de chá para uma companhia comercial inglesa; a Lei do Selo, que exigia que todos os produtos que circulassem na colônia deveriam ter um selo vendido pelos ingleses; e a Lei do Açúcar, que exigia que os colonos comprassem açúcar apenas das Antilhas Inglesas.

²⁶ O rei cria a Lei do Aquartelamento, que obrigava todo colono norte-americano a fornecer moradia, alimento e transporte para os soldados ingleses.

interesses, os burgueses acabam por comandar o movimento de independência, contando com o apoio das demais camadas sociais.

Em 1776, os colonos norte-americanos se reuniram no Segundo Congresso Continental da Filadélfia e decidiram romper definitivamente com a Inglaterra. Thomas Jefferson redige a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, um documento que afirmava o direito de participação do povo no governo, e expunha queixas e acusações dos colonos em relação ao rei George III.

Entretanto, a declaração de independência não foi aceita pela Coroa britânica, que declarou guerra aos colonos americanos. Com o apoio da França e da Espanha, finalmente, as colônias vencem a Inglaterra e conquistam a liberdade e o direito de se auto-governarem através de suas próprias Constituições: estava formada, a partir de então, a Confederação Americana, governada pelos Artigos.

Contudo, a Confederação Americana representava uma fraca aliança entre Estados soberanos e independentes, cujo governo central²⁷ não era suficientemente forte e os Estados eram detentores de imenso poder. Segundo Kramnick (1987, p. 9-10), essa composição de governo baseia-se na suposição de que os direitos inalienáveis de liberdade e a busca da felicidade, a que se referia a Declaração de Independência, seriam mais bem protegidos por governos estaduais pequenos e locais.

O poder estava totalmente concentrado no legislativo, inexistindo neste momento uma separação efetiva de poderes, pois não havia um poder executivo que assegurasse o cumprimento das leis, e muito menos um poder judiciário central, mas apenas cortes judiciais estatais. Por outro lado, as Constituições dos Estados, apesar de possuírem

²⁷ O Congresso Continental, criado para ser um poder central, era formado por um poder legislativo unicameral, de caráter popular, no qual cada Estado possuía o direito a um voto, sem qualquer consideração pelo número de habitantes.

grandes diferenças entre si, aderiram à teoria da separação de poderes e rejeitaram a princípio, em maior ou menor grau, a idéia de *checks and balances*.

A Constituição da Virginia de 1776 foi a primeira constituição a declarar que o governo deveria ser dividido em poderes legislativo, executivo e judiciário, separados e distintos uns dos outros. Segundo Vile (1998, p. 148), o objetivo das novas Constituições dos Estados era impedir que a mesma pessoa participasse simultaneamente do poder executivo e do poder legislativo, o que seria alcançado através da extinção dos Conselhos de Estado e de uma redefinição do cargo de Governador, considerado a partir de então como um “poder executivo” no estrito senso da palavra, responsável pela aplicação das normas feitas pelo legislador.

Contudo, a simples divisão abstrata das funções legislativa, executiva e judicial, e sua atribuição a agências distintas, não resolveu o problema de controle do governo, pois não conseguiu impedir que o poder legislativo predominasse sobre os demais. Segundo Kramnick (1987, p. 13), em todas as Constituições dos Estados, o legislativo continuava controlando as decisões judiciais, bem como os prazos de mandato, salários e emolumentos dos funcionários da justiça.

Se na década anterior o temor estava voltado contra os atos da Coroa Britânica e seus ministros, o receio em relação ao legislativo crescia cada vez mais, pois agora era o povo quem estava se excedendo no exercício da liberdade. Na ausência de um governo central eficaz, o medo da tirania das majorias gerava instabilidade na Confederação e levou parte dos americanos a defender a criação de um Estado Federal e a elaboração de uma nova Constituição.

Os americanos favoráveis à Constituição eram conhecidos como federalistas, enquanto aqueles que defendiam a manutenção do sistema confederativo eram chamados antifederalistas. Enquanto os primeiros sustentavam a criação de um governo

republicano, baseado no sistema representativo, os últimos defendiam um governo baseado na democracia participativa, conduzido diretamente pelo povo através dos legislativos estaduais. O embate entre antifederalistas e federalistas acabou resultando na vitória destes últimos e na ratificação de uma Constituição Federal, marcando-se o fim da revolução.

Uma das críticas aos Artigos da Confederação era a ausência de um governo central que provesse estabilidade para o sistema estatal. Eram comuns os conflitos entre os Estados, pois cada um agia como uma entidade independente e soberana, conforme supunham ser, fato que levou Jay (et. al, 1993, p. 97) a afirmar que o povo da América estaria mais organizado se estivesse sob a forma de uma única nação, regida por um governo federal, do que se continuasse dividido em confederações, cada qual com seu chefe.

Os artigos escritos pelos federalistas defendiam uma reorganização das instituições governamentais, pois a falta de um governo central forte dificultava o controle do poder. A Confederação possuía um sistema tão vicioso e frágil, que só poderia ser corrigido pela completa mudança de seus traços e características dominantes. Quando os Estados se reuniram na Convenção Federal de Filadélfia para elaborar os elementos essenciais da nova Constituição, em 1786, produziu-se um documento austero, com sete artigos, que substituiu a Confederação por um governo federal republicano.

Hamilton (et. al., 1993, p. 128-129) afirmam que uma união firme era necessária para a paz e a liberdade dos Estados, servindo como barreira contra o facciosismo e a insurreição doméstica. A república seria a melhor forma de governo para combater esses vícios, pois teria para isso os seguintes mecanismos: “a distribuição regular do poder em distintos setores; a introdução de equilíbrios e controles legislativos; a instituição de tribunais compostos por juízes que só perdem seus cargos por má conduta; a representação do povo no legislativo por deputados eleitos por ele próprio”.

Segundo Madison (et. al., 1993, p. 137), a república se diferencia da democracia por dois aspectos que faltam a esta última: pela delegação do governo a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos demais e pelo maior número de cidadãos e a maior extensão do país que um governo republicano pode abranger. Através do governo republicano, seria possível filtrar as opiniões do povo mediante uma assembleia escolhida pelos cidadãos, tornando menos provável a ocorrência de combinações facciosas, de modo a controlar o uso do poder dentro do extenso território americano.

Kramnick (1993, p. 34-35) chama a atenção para o fato de Madison ter invertido o sentido que Montesquieu concede à república, pois enquanto este considera a república um sistema governamental no qual o povo tinha uma parcela da soberania, o federalista se apropriou do termo para criar um governo em que a participação popular era reduzida. A má experiência na época dos Artigos levou os federalistas a se preocuparem, especialmente, com o controle sobre o poder legislativo.

Madison (et. al., 1993, p. 134) justifica a necessidade de um governo republicano, de modo a evitar a tirania da maioria, da seguinte forma:

“De toda parte se ouvem queixas de nossos cidadãos mais conscienciosos e virtuosos, partidários ao mesmo tempo da fé pública e privada e da liberdade pública e pessoal, de que nossos governos são demasiado instáveis, o bem público é desconsiderado nos conflitos entre partidos rivais, e que, com muita frequência, adotam-se medidas não segundo as normas de justiça e os direitos do partido minoritário, mas pela força superior de uma maioria interessada e despótica”.

A primeira preocupação desse federalista era controlar a violência e as facções, formadas por certo número de cidadãos que, unidos e movidos por algum impulso ou paixão comum, agiriam contra os direitos dos demais cidadãos e interesses da comunidade. Para evitar o risco da tirania da maioria, manifestado nos anos anteriores à constituição, fixou-

se uma nova repartição de poder, baseada em um legislativo bicameral, um executivo nacional exercido por um presidente, e um judiciário nacional através de uma Corte Suprema.

Madison (et. al, 1993, p. 349-350) defendem que o exercício independente e distinto dos diferentes poderes de governo era essencial para a preservação da liberdade. Em relação ao poder legislativo, era preciso dividi-lo em diferentes ramos, tornando-os tão pouco vinculados um ao outro quanto o permitam a natureza de suas funções comuns e sua dependência comum da sociedade. Tal medida era necessária devido ao comum interesse dos representantes em exercer um controle despótico sobre os outros poderes.

O legislativo teria uma estrutura bicameral, dividida em: Câmara popular, representante dos proprietários rurais, comerciantes, membros das profissões acadêmicas e de diferentes interesses e concepções da sociedade; e Senado, composto por um “corpo moderado e respeitável de cidadãos”, sendo que uma câmara controlaria a outra.²⁸ Entretanto, Madison (et. al., 1993, p. 401-407) enfatizam a necessidade de existir um Senado, como meio de conter a tendência de todas as assembleias numerosas e únicas a se deixarem levar pelo impulso de paixões súbitas e violentas. Assim se evitariam resoluções descabidas e perniciosas de líderes facciosos e se garantiria a razão, a justiça e a verdade, como prevalecentes sobre o espírito do povo.²⁹

No que diz respeito ao poder executivo, seu fortalecimento era imprescindível para garantir um bom governo, motivo pelo qual criou-se a figura do Presidente com forte poder de comando, que protege a comunidade dos ataques externos, administra as leis, protege a propriedade de conluios irregulares e arbitrários e garante a liberdade contra as investidas da ganância, do facciosismo e da anarquia. Contudo, para maior

²⁸ O Senado seria eleito exclusivamente pelos legislativos estaduais, o que gerou críticas dos anti-federalistas que temiam uma “aristocracia tirânica”. A partir da 17ª emenda à Constituição, adotada em 1913, os senadores passaram a ser eleitos diretamente pelo povo dos Estados.

²⁹ Por outro lado, caso esses homens de temperamento faccioso obtivessem primeiro os sufrágios para depois traír os interesses do povo, Hamilton (et. al., 1993, p. 224) afirmam que restaria a este o exercício de seu direito original de autodefesa contra as usurpações dos governantes nacionais.

segurança dos americanos, Hamilton (et. al., 1993, p. 441) afirmam que o executivo seria dependente do povo e lhe deveria prestar contas.

Entretanto, a verdadeira liberdade não seria alcançada caso não houvesse um poder judiciário central, pois “sem tribunais que exponham e definam seu verdadeiro sentido e modo de ação, as leis são letra morta” (HAMILTON, et. al., 1993, p. 198). O Poder Judiciário seria composto por uma Suprema Corte e por tribunais estaduais, aos quais caberia a interpretação das leis, no sentido de definir o significado da Constituição ou de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo.

A Suprema Corte representa o tribunal mais importante dentro da hierarquia do judiciário americano e Hamilton (et. al., 1993, p. 198) justificam sua superioridade sobre os tribunais estaduais, afirmando que:

“As opiniões dos homens comportam intermináveis diversidades. Muitas vezes vemos não só diferentes tribunais, mas juízes de um mesmo tribunal divergindo entre si. Para evitar a confusão, que resulta inevitavelmente das decisões contraditórias de diversas judicaturas independentes, todas as nações consideraram necessário estabelecer um tribunal superior aos demais, possuidor de uma superintendência geral e autorizado a decidir e pronunciar em última instância uma norma uniforme de justiça civil”.

Uma das principais funções concedidas ao judiciário é declarar a nulidade de atos legislativos contrários à Constituição, cabendo à Suprema Corte analisar em última instância a constitucionalidade dos atos do legislativo e executivo.³⁰ Hamilton (et. al., 1993, p. 479-481) afirmam que “nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido” e confiar tal função ao judiciário não lhe confere superioridade em relação aos demais poderes,

³⁰ É importante ressaltar que a Constituição Federal não consagrou de modo explícito o controle de constitucionalidade; a revisão judicial tem origem na Inglaterra, mas só foi formalmente reconhecida nos Estados Unidos em 1803, através da famosa decisão do caso *Marbury x Madison*, que consagrou a supremacia da Constituição sobre os demais atos legislativos e a competência do judiciário para declarar a inconstitucionalidade das leis.

pelo contrário, Hamilton (et. al., 1993, p. 479) consideram o judiciário o mais fraco de todos os poderes, ao afirmar que:

“Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo para a eficácia de seus julgamentos”.

A vontade do povo expressa na Constituição precisava ser protegida e reforçada caso houvesse conflito com a vontade do legislador, expressa nas leis. Para cumprir tal função, foi concedida independência aos tribunais em relação aos demais poderes, pois, caso contrário, o judiciário estaria continuamente exposto a ser dominado, acuado ou influenciado pelos mesmos. Ao contrário do que ocorreu na Europa, onde o legislativo saiu fortalecido, a interpretação efetuada pelos americanos sobre a teoria de Montesquieu gerou um judiciário poderoso, no qual os juízes se tornam, nas palavras do próprio Hamilton (et. al., 1993, p. 483), os “fiéis guardiães da Constituição”.³¹

Pode-se dizer que os federalistas não somente aplicaram a teoria de separação de poderes de Montesquieu, adaptando-a ao seu contexto histórico, mas também contribuíram para o aperfeiçoamento da mesma, pois, ao perceberem que dividir os poderes não era suficiente para controlar o legislativo, introduziram em seu sistema de governo um

³¹ Segundo Rocha (1995, p. 92), os juízes americanos emergiram na história na qualidade de controladores do legislador, devido à tradição oriunda dos ingleses; inicialmente, eram considerados guardiães da *common law*, depois, através da Constituição Federal de 1787, lhes foi concedido o poder de revisar leis e Constituições estaduais; por fim, através da decisão no caso *Marbury x Madison*, seu poder de controle de constitucionalidade foi estendido às leis federais.

mecanismo de controle mútuo entre os órgãos estatais, que ficou conhecido como *checks and balances*.

Trata-se de um sistema cujo objetivo é fornecer equilíbrio entre órgãos mutuamente independentes e funcionalmente diferenciados, no qual os homens que administram cada poder teriam meios constitucionais e motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros, sendo que os braços mais fracos do governo precisariam de instrumentos para se defender contra os mais fortes. Para Madison (et al. 1993, p. 350) além de capacitar o governo a controlar os governados, era preciso obrigá-lo a controlar a si próprio, pois a independência de cada um dos poderes, essencial a um governo livre, jamais poderia ser devidamente mantida na prática caso não existisse controle recíproco entre os mesmos.

Ao executivo foi concedido o poder de veto sobre a legislação, que serviria não apenas como uma defesa do executivo, mas, segundo Hamilton (et al., 1993, p. 459), também reduziria a possibilidade de aprovação de leis más, por pressa ou inadvertência. O legislativo seria dividido em duas câmaras, de modo que houvesse um controle mútuo entre as mesmas, além de que a aprovação de qualquer norma dependeria de aprovação nas duas Casas, de modo a impedir atitudes opressivas de uma em relação à outra. Em relação ao controle parlamentar sobre o executivo, o legislativo seria responsável por julgar os casos de *impeachment* contra o presidente.

No que tange ao controle judicial sobre os demais poderes, caberia aos tribunais a função de controlar e fiscalizar a constitucionalidade das decisões do legislativo e do executivo, ou seja, o poder de declarar nulos todos os atos contrários à Constituição. Tal competência jamais poderia ser imaginada dentro do sistema de repartição do poder estatal que Montesquieu preconizou, pois, em sua teoria, apenas legislativo e executivo teriam meios de controlar-se mutuamente, e, ainda assim, o jurista francês deu mais ênfase à divisão de poderes do que à necessidade de controle entre os mesmos.

Em relação ao controle sobre o judiciário, caberia ao executivo a função de nomear os funcionários da Justiça, e, em casos de má conduta, a Câmara de Representantes deveria iniciar impeachment contra os juízes, que seriam julgados pelo Senado. Para Hamilton (et. al., 1993, p. 486), este seria o único dispositivo compatível para punir atos irresponsáveis dos juízes, sem interferir na independência de sua função.

Esse sistema de poderes, parcialmente separados e vinculados entre si, foi criticado pelos anti-federalistas, que se mostravam contrários ao uso do sistema de *checks and balances*, uma vez que não admitiam qualquer espécie de controle externo sobre os legislativos estaduais, representantes da vontade popular. Madison (et. al., 1993, p. 333) rebatem as acusações, afirmando que nunca existiu nenhum caso em que vários poderes tenham sido mantidos absolutamente independentes e distintos, pois para este federalista, Montesquieu não era contrário a uma ingerência parcial ou nenhum controle recíproco entre os poderes; sua intenção era apenas garantir que todos os poderes não estivessem concentrados nas mãos de uma única pessoa.

As bases do pensamento constitucional americano, que foram sendo desenvolvidas desde a conquista de independência, resultaram nessa mistura de separação de poderes e *checks and balances*. Para Vile (1998, p. 137), a divisão de funções entre órgãos governamentais que exercem controle mútuo sobre os outros, sendo todos eleitos diretamente ou indiretamente pelo mesmo povo, mostrou-se uma contribuição única da América para a teoria constitucional moderna.

O sistema americano pode ser visto como um exemplo de que a simples aplicação da separação de poderes não é suficiente para estabelecer um governo limitado. O controle do poder envolve muito mais do que criar órgãos estatais e conceder-lhes funções diferentes exercidas por pessoas distintas. E os Estados Unidos demonstraram que o

desenvolvimento de controles recíprocos entre os poderes é um aspecto essencial de limitação de poder e que serve de complemento à teoria de separação de poderes.

A separação de poderes, considerada como princípio estruturante das experiências revolucionárias que moldaram o Estado Liberal, se tornou um modelo constitucional também para a organização do Estado Social. Todavia, as transformações sociais, políticas e econômicas do primeiro pós-guerra alteraram a relação entre os poderes em que a realização do princípio de governo limitado assume novos contornos, como será exposto a seguir.

1.4 A separação de poderes como uma questão atual

A descrição feita até agora teve como finalidade demonstrar como o princípio da separação de poderes foi considerado um fator imprescindível para o bom funcionamento do Estado Liberal, tanto que foi consagrado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de modo a afirmar que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição”.

A exaltação da separação de poderes nas constituições escritas que emergiam na época teve como objetivo manter o poder do monarca sob controle e, conseqüentemente, propiciou a ascensão do parlamento como garantidor da propriedade e liberdade dos cidadãos. Entretanto, o Legislativo que passa a representar a soberania da nação não tem, em princípio, nenhum tipo de limitação, tornando-se o mais forte de todos os poderes estatais.

O advento do Estado Liberal provoca um deslocamento de poder das mãos do Executivo para o Legislativo e a lei se torna a expressão da vontade geral dos cidadãos. Neste momento em que é concedida ao homem a liberdade de fazer tudo o que as leis permitem, a legalidade se torna um instrumento de maximização da liberdade individual. Contudo, a existência de uma sociedade baseada na livre iniciativa só seria possível caso o Estado fosse impedido de intervir nas relações sociais e econômicas.

O parlamento agia de modo a controlar o Executivo, restringindo sua atuação e impedindo que o mesmo intervisse na liberdade dos cidadãos de agir de acordo com seus próprios interesses. Ao mesmo tempo, a abstração e a universalidade que caracterizavam a lei transformaram a aplicação do direito em uma simples subsunção (adequação lógica de fatos a normas), excluindo qualquer possibilidade de participação do judiciário no exercício do poder estatal.

Em um Estado cuja finalidade era apenas promover e manter a liberdade dos indivíduos de desenvolver suas atividades sem a interferência governamental, a técnica da separação de poderes foi de grande utilidade. No entanto, quando o liberalismo se mostrou incapaz de gerar uma sociedade onde o progresso individual fosse compatível com distribuição de renda e justiça social, toda a construção teórica do Estado Liberal passou a ser questionada.

As mudanças sociais e econômicas provocadas pelo capitalismo desenfreado provocaram uma crise do modelo liberal de Estado e diante das reivindicações da classe operária, da ocorrência das revoluções socialistas, e principalmente da urbanização pela qual passou o mundo, emerge o novo Estado Social, cuja estrutura organizacional foi estabelecida pela primeira vez através da Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

Segundo Regonini (2004, p. 417), após a Primeira Guerra Mundial, houve uma maciça intervenção do Estado na produção industrial bélica e na distribuição de gêneros

alimentícios. Com a crise de 1929, ocorreu um aumento da inflação e do desemprego e, para combater tais conseqüências, os países ocidentais aumentaram as despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores.

Para efetivar tais políticas assistenciais, criou-se uma ampla e complexa estrutura administrativa, especializada na gestão de serviços sociais e no auxílio econômico aos mais necessitados, porém o que distingue o Estado Social de outros tipos de Estado “(...) não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população quanto o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito”. (REGONINI, 2004, p. 416)

O financiamento e administração dos programas sociais que garantiam padrões mínimos de subsistência a todos os cidadãos, provocaram uma mudança que se tornou irreversível no Estado contemporâneo, pois a lógica da relação entre os poderes, que durante o Estado Liberal propiciou condições para o predomínio do legislativo sobre os demais, se inverte e o executivo passa a assumir grande parte das atividades estatais.

Para impedir que os partidos da classe trabalhadora pudessem impor um controle “democrático” da economia, contrariando os interesses dos detentores do capital, a estratégia, segundo Gozzi (2004, p. 402), foi esvaziar a função legislativa e reorganizar o comando político, de modo a desviá-lo para outros centros do aparelho estatal. O autor cita como exemplo as últimas fases da República de Weimar, que antes mesmo do advento do nacional-socialismo, se caracterizaram pelo aumento das intervenções do executivo, através de decretos e também pela crescente recorrência ao poder de revisão judicial.

O direito passa então a ser contaminado com o provisório, o temporário e a incerteza da política, com o objetivo de torná-lo apto a agir simultaneamente com os processos econômico-sociais. A expansão da utilização da função legislativa e a

indeterminação do direito acabaram repercutindo sobre as relações entre os poderes, na medida em que:

[...] a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’ (VIANNA, 1999, p. 21).

Paralelamente ao crescimento do executivo, ocorre também o fortalecimento do judiciário, cuja função passa a ser caracterizada por um ativismo e criatividade maiores por parte dos juízes, na medida em que estes se tornam responsáveis pela interpretação dos direitos sociais. As Constituições passam a incluir em seus textos princípios programáticos, direitos sociais, econômicos e culturais que aumentam consideravelmente sua abrangência e, conseqüentemente, ampliando o alcance da interpretação judicial.

Segundo Gozzi (2004, p. 402), através da revisão judicial, “(...) o juiz podia interpretar a lei geral e abstrata, fazendo uso de “princípios gerais” extrajurídicos, particularmente nos dissídios trabalhistas e na regulamentação da economia de mercado”. A partir do momento em que a garantia de liberdade se desloca da lei para a Constituição, o centro de decisões políticas deixa de se concentrar exclusivamente no legislativo e executivo para se estabelecer também no plano da jurisdição constitucional.

Com a criação de diversos Tribunais Constitucionais após a Segunda Guerra Mundial, grande parte dos países democráticos conferem aos mesmos a função de guardiões supremos da Constituição, de modo que a manutenção da democracia, a efetivação dos direitos sociais e a busca por igualdade e justiça social deixam de ser objeto exclusivo do legislativo e executivo, propiciando a participação do judiciário na arena política. Segundo Streck (2002, p. 32-33), essa nova faceta da função judicial se afirmou com o advento do Estado Democrático de Direito, baseada na suposição de que “inércias do Poder Executivo e

falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição”.

No entanto, o judiciário vem exercendo um papel que não corresponde às características que lhe foram concedidas originariamente durante o Estado Liberal, pois a teoria de Montesquieu não concebeu lugar para o Tribunal Constitucional. Nesse sentido, questiona-se sobre um possível conflito entre poderes, ou melhor, entre a função fiscalizadora do Tribunal e a função do legislador.

Conceder ao judiciário a função de fiscalizar a atuação dos órgãos estatais não se mostra compatível com uma visão rígida do princípio da separação de poderes, pois os tribunais poderiam estar interferindo demasiadamente na competência dos demais. Isso exige uma reflexão sobre a aplicabilidade dessa teoria nos sistemas de governos contemporâneos. Afinal, seria o fim do modelo de separação de poderes considerado imprescindível no Estado Liberal, ou seria possível adaptá-lo às novas condições político-sociais da atualidade?

O princípio da separação de poderes continua sendo consagrado nos textos constitucionais, porém é visto por alguns autores como um dogma já ultrapassado. Dallari (1995, p. 185-187) é um dos que afirma que sua aplicação jamais saiu do formalismo, pois na prática sempre houve interpenetração entre os poderes. A necessidade de dinamismo e presença constante do Estado na vida social seria incompatível com a separação de poderes, que se mostrou insuficiente para garantir a liberdade ou o caráter democrático do Estado.

No mesmo sentido de que a separação de poderes não garante eficazmente a liberdade do cidadão, Matteucci (2004, p. 248) afirma que esse princípio jurídico corre o risco de se tornar um dogma ambíguo, por duas razões: pela diversidade de maneiras como juridicamente se concretizou até hoje a divisão de poder e pela impossibilidade de explicar a dinâmica do poder nos nossos sistemas democrático-parlamentares.

Nos sistemas parlamentaristas, o Legislativo e o Executivo não estão separados nem pessoalmente, nem funcionalmente e, tendo em vista que a consagração do princípio da separação de poderes se deu em uma época onde não haviam partidos políticos organizados, sua utilização no mundo contemporâneo não auxilia na compreensão desse tipo de sistema político, onde segundo Matteucci (2004, p. 250), “existe um só poder, o poder político da maioria que governa”.

Além disso, no que tange à separação de funções, o uso constante de funções atípicas por parte dos poderes vem tornando a divisão funcional do Estado cada vez mais distante de uma separação estanque. Segundo Streck (2002, p. 78), vem ocorrendo uma transformação nas relações entre as funções estatais tradicionais, pois parece que “cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra e (...) autofagicamente, hoje, um pretende/busca sobreviver ‘à custa’ da(s) outra(s)”.

Todas essas transformações na forma de exercício do poder vêm contribuindo, segundo Verdú (2001, p. 185), para um processo de desmistificação da separação de poderes, que agora aparece mais como um princípio institucional tendencial dentro da estrutura do Estado democrático do que como postulado dogmático. Afinal, historicamente, comprovou-se que a divisão de poderes não é suficiente para limitar e equilibrar o uso do poder.

Por outro lado, é possível ver a divisão de poderes como um princípio de organização jurídica, onde prevalece em cada órgão o exercício de uma das atividades fundamentais do Estado, garantindo assim uma especificação e distinção mínima de funções, de modo que o princípio rígida e dogmaticamente interpretado perdeu sua funcionalidade, mas não se encontra superado, pois continua presente como técnica de organização de poder.

Mas falar de separação de poderes na atualidade, independentemente do sistema de governo, só é possível admitindo-se o fato de que caberá ao Executivo exercer a liderança política. Entretanto, Verdú (2001, p. 189-190) afirma que o equilíbrio e a paridade dos órgãos constitucionais não impede que se exerça uma primazia de direção e de impulso de toda vida estatal por órgãos governamentais, nem proíbe que se atribua às assembléias legislativas preferentemente o controle do exercício das demais funções pelos outros órgãos estatais.

Diante do gigantismo dos poderes, e da expansão de suas funções no Estado contemporâneo, pode-se dizer que a separação de poderes, por si só, não elimina o conflito entre os mesmos e não impede a sobreposição de um sobre os outros. Para Matteucci (2004, p. 249), com o advento de democracia, o que restou da teoria de Montesquieu foi apenas o conceito de equilíbrio constitucional, que impõe diversos modos e normas complexas à manifestação da vontade da maioria.

Isso fez com que a separação de poderes se transformasse hoje em “simples normas de procedimento como meio legítimo de expressão do poder de maioria” (MATTEUCCI, 2004, p. 256), ou seja, em meras regras processuais para a formação da vontade legislativa. Os critérios que serão utilizados para diferenciar os atos de cada um dos poderes não são materiais, mas apenas formais e, segundo Verdú (2001, p. 180), cada um dos poderes do Estado operará de acordo com procedimentos específicos, que darão lugar também a atos formalmente diferentes e com um tipo de eficácia jurídica igualmente distinta.

Assim, a separação de poderes se torna uma espécie de garantia que cada poder possui para agir, através de determinados meios, e o procedimento adquire importância como mecanismo de limitação de poder. Segundo Guerra Filho (1999, p. 28) os procedimentos legislativos e eleitorais, mais especialmente os judiciais, são considerados cada vez mais relevantes para a realização do Estado Democrático de Direito.

Os procedimentos políticos parecem perder espaço para os judiciais, uma vez que o direito deixa de se fundamentar na lei geral e abstrata e passa a ser visto como um instrumento de transformação, voltado para pretensões futuras. Por outro lado, isso só se torna possível devido à existência do Judiciário ou de um Tribunal Constitucional independente, considerados protetores da Constituição, capazes de impedir ou corrigir violações contra a mesma, por parte do Governo-maioria.

Streck afirma que o crescimento do poder judicial também se deve ao fato de os dois grandes dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação à legitimidade da Justiça Constitucional – soberania do parlamento e a separação dos poderes – deixarem de ter, em grande medida, correspondência na realidade político-constitucional contemporâneas, na medida em que:

(...) a soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador parlamentar perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição e do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo, bem como da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. *A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado.* (STRECK, 2002, p. 100-101).

As normas constitucionais não só regulam o funcionamento dos órgãos do Estado, como consagram os direitos dos cidadãos e estes são os principais limitadores do poder estatal na atualidade. A separação de poderes não é mais considerada como principal mecanismo de controle de poder, pois sua aplicabilidade nesse sentido se mostrou insuficiente e a idéia de governo equilibrado ou dividido perdeu espaço para o princípio constitucional do governo limitado.

Prover os poderes de instrumentos para que cada um fiscalize os demais se tornou um dos principais meios de limitação de poder na atualidade devido à valorização do

sistema americano de *checks and balances*, no qual o Judiciário é responsável por manter o equilíbrio constitucional diante de eventuais rupturas, através do controle de constitucionalidade. Para tutelar os direitos dos cidadãos, recorrer à função judiciária tornou-se o principal mecanismo capaz de tornar efetiva a supremacia da lei sobre o Governo e, segundo Verdú (2001, p. 181), o controle de constitucionalidade pode ser visto como uma nova função corretora da separação de poderes.

Conforme foi explicitado no presente item, o desenvolvimento e consolidação do Estado Social ocasionou um processo tão profundo de transformações na estrutura estatal que as teorias clássicas, elaboradas para definir o Estado e suas funções, precisam ser revistas. Em relação à função judicial, Matteucci (2004, p. 256) afirma que em um sistema político representativo, onde se realize o princípio do Governo limitado, “a função judiciária acabará por adquirir um peso bastante maior no equilíbrio constitucional do que em um sistema baseado na mera separação dos poderes”.

Os tribunais nunca tiveram tanto poder de ação quanto na atualidade, principalmente a chamada jurisdição constitucional, considerada pela maioria dos Estados contemporâneos como instituição protetora da Constituição. No próximo capítulo, serão apresentados os principais aspectos que envolvem a função exercida pelos tribunais especializados em matéria constitucional.

CAPÍTULO II - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENQUANTO PROTEÇÃO E GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

A aplicação da teoria da separação de poderes durante as experiências revolucionárias liberais acabou contribuindo para a criação de dois modelos constitucionais que, de certa forma, determinaram maior importância à Constituição. A fase do constitucionalismo revolucionário representa o primeiro momento em que surge a necessidade de defender a Constituição contra possíveis abusos de poder, através da jurisdição constitucional, cuja atuação está rigorosamente ligada à concepção de Constituição enquanto norma jurídica.

Pode-se dizer que o sistema difuso de controle de constitucionalidade implementado nos Estados Unidos através da sentença *Marbury x Madison*, de 1803, corresponde à primeira função judicial protetora da Constituição, que posteriormente irá inspirar a criação dos Tribunais Constitucionais na Europa. No primeiro item, serão expostos os principais argumentos utilizados pelos autores americanos para desenvolver a idéia de supremacia da Constituição, e do judiciário como defensor do texto constitucional.

Um segundo momento importante nesse sentido ocorre entre o fim do século XIX e início do século XX, quando se coloca em debate o valor da Constituição na Europa continental. A influência francesa da idéia de supremacia da lei fez com que os primeiros textos constitucionais fossem considerados meros documentos políticos até meados de 1920, quando Kelsen, influenciado pelo modelo americano e pela concepção de Constituição como norma jurídica, cria uma jurisdição constitucional concentrada, exercida por órgãos constitucionais especializados, e que foi adotada em diversos países no pós-guerra.

Porém, não de ocorrer grandes modificações na forma de exercício da jurisdição constitucional, pois um sistema abstrato parecia mais adequado aos países de

tradição legalista do que o modelo americano. No segundo item, serão apresentadas as principais idéias utilizadas por Kelsen para justificar a necessidade de uma jurisdição constitucional na Europa, para proteger os novos textos constitucionais que surgiam com o advento do Estado Social. Sua teoria foi objeto de críticas, principalmente por parte de Schmitt, cujos argumentos contrários à legitimidade de atuação da jurisdição constitucional também serão expostos, na medida em que enriquecem o debate em torno da necessidade de proteção da Constituição.

O modelo concentrado de jurisdição constitucional criado por Kelsen ultrapassa o conceito de “jurisdição” concebido como uma relação entre duas partes em conflito, onde um terceiro situado acima dos interessados seria o juiz, responsável pela resolução da lide. A resolução de conflitos não representa a essência da função judicial, pois, de acordo com Zaffaroni (1995, p. 35-36), seu exercício se mostra muito mais complexo, principalmente no que se refere à jurisdição constitucional.

É no exercício de atividades relacionadas ao cumprimento das normas e princípios constitucionais que a dimensão política da atuação dos tribunais torna-se evidente, e surgem então os debates em torno da legitimidade de sua atuação dentro do Estado. Todos os procedimentos destinados à função de tutela e atuação judicial dos preceitos da Constituição compõem a chamada jurisdição constitucional, mas, como existem controvérsias em relação ao seu conceito, o primeiro passo será estabelecer o significado e alcance do mesmo que será apresentado neste trabalho.

Alguns autores, como Favoreu (2004, p. 15), afirmam que a proteção da lei fundamental seria competência de um Tribunal Constitucional, criado para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situado fora do aparelho estatal ordinário e independente de todos os demais poderes públicos. Por outro lado, existem autores, como Tavares (2005, p. 156), que afirmam não haver necessidade de um contencioso abstrato

autônomo ou processo objetivo sem partes para caracterizar um Tribunal, pois o importante é o exercício de funções ligadas à defesa da Constituição.

O conceito de Favoreu se aplicaria à maioria dos países europeus, que adotaram o modelo de jurisdição constitucional concentrada, criado por Kelsen; por outro lado, o argumento de Tavares seria adequado para explicar a função dos Tribunais Supremos que, inspirados no modelo americano, exercem o papel de defensor do texto constitucional paralelamente ao exercício de outras competências recursais. Trata-se de duas formas diversas de exercício da função judicial no âmbito constitucional, seja ela exercida exclusivamente por um Tribunal Constitucional ou por uma Corte Suprema.

Para conciliar as diferenças entre as mesmas, adotar-se-á o conceito de Stamato (2005, p. 21), que identifica a jurisdição constitucional como uma garantia de Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade representa apenas um dos vários aspectos da jurisdição constitucional contemporânea, pois os tribunais constitucionais acabam exercendo funções que vão além do controle judicial, ao assumirem competência em matérias politicamente importantes, uma vez que os tribunais possuem capacidade para delimitar o âmbito de sua função. No terceiro item, serão expostas as principais competências da jurisdição constitucional, que costumam ser delegadas aos tribunais, por serem consideradas protetoras da Constituição.

2.1 Precedentes históricos do modelo de Jurisdição Constitucional norte-americana

Pode-se dizer que os americanos foram os precursores da técnica de controle de constitucionalidade, com o objetivo de assegurar a supremacia da Constituição, atribuindo a função de fiscalizar os demais poderes aos tribunais. Há uma razão histórica para conceder tanto poder ao juiz, pois os criadores da Constituição americana tinham como objetivo impedir os abusos do legislativo, desconfiança esta que surgiu devido à atuação do parlamento inglês, na época das colônias.

Colocou-se o legislativo sob suspeita, debaixo do controle do judiciário e através do exercício do controle de constitucionalidade, concedeu-se ao juiz americano um poder jamais imaginado dentro da lógica de separação de poderes. A partir do momento em que os tribunais se tornam responsáveis por garantir a compatibilidade das normas ordinárias com o texto constitucional, os limites da função judicial tornam-se menos claros e abre-se espaço para uma possível “invasão” da função judicial no âmbito das decisões políticas.

Porém, Miranda (2005, p. 90) afirma que “seria errôneo pensar que tudo se tem passado como se a Suprema Corte e os outros tribunais americanos não fizessem senão refletir em cada época imperativos vindos de fora.” Existem limites decorrentes dos princípios fundamentais de ordem constitucional, e para melhor compreender o funcionamento da jurisdição constitucional norte-americana, serão apresentados três momentos históricos que envolveram questões relevantes e conflituosas em relação à sua atuação.

A idéia de conceder ao judiciário a função de controlar os demais poderes em prol da supremacia da Constituição já estava presente nos Artigos Federalistas, onde, segundo Hamilton (et, al. 1993, p. 480), se afirmava que nenhum ato legislativo contrário à Constituição poderia ser válido, pois, caso ela fosse de fato uma lei fundamental, caberia aos

juízes “definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo.”

Com a inclusão do *Bill of Rights* em 1789, através da primeira emenda constitucional, o princípio da *judicial review* cresce em importância dentro do sistema constitucional americano, contudo ele não foi instituído expressamente no texto constitucional. Somente através do voto proferido pelo *Chief Justice* Marshall, em 1803, ao decidir o caso *Marbury x Madison*, é que a Suprema Corte declarou expressamente a supremacia da Constituição e a competência do judiciário para exercer o controle de constitucionalidade.³²

Esse foi o primeiro momento histórico quando o grande poder dos juízes americanos no exercício da jurisdição constitucional se tornou evidente. Em 1800, o democrata-republicano Thomas Jefferson venceu as eleições que disputava com o presidente federalista e candidato à reeleição, John Adams. Com o intuito de aumentar o número de juízes adeptos ao federalismo e assim neutralizar o novo governo, Adams aproveitou os últimos meses de seu mandato para criar vários cargos judiciais, posteriormente aprovados pelo Senado e cujas indicações foram assinadas pelo mesmo.

Caberia ao secretário de Estado a confirmação e distribuição dos cargos, porém este acabou deixando de enviar a ordem de nomeação a quatro pessoas, dentre elas William Marbury. O novo secretário de Estado do presidente Thomas Jefferson, James Madison, recusou-se a ratificar a nomeação dos mesmos, de modo a impedir os federalistas de colocarem membros de seu partido no judiciário. Foi então que Marbury impetrou um *writ de mandamus* perante a Suprema Corte, com base no art. 13 do *Judiciary Act* de 1789, que

³² Tem-se nos Estados Unidos um sistema de controle de constitucionalidade que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, cabendo à Suprema Corte a última palavra em nível recursal.³² Uma lei só terá sua constitucionalidade discutida no curso de um processo comum e caso seja relevante para a decisão de um caso concreto, pois conforme Cappelletti (1992, p. 86), a “regra fundamental” desse sistema é que não existe qualquer tipo especial de procedimento, nem um órgão especial competente para questões constitucionais.

permitia ao judiciário aplicar, nesses casos, uma ordem dirigida a Madison, de modo a obrigá-lo a efetuar a entrega do cargo.³³

O *Chief Justice* resolveu o impasse reconhecendo o direito de Marbury a ser empossado, porém eximiu a Suprema Corte de julgar originariamente o *writ*, argumentando que a competência do judiciário era estritamente definida na Constituição e não poderia ser ampliada através de lei federal. Assim, o art. 13 da Lei Judiciária de 1789 foi declarado nulo e inconstitucional, e os efeitos dessa sentença foram consagrar a supremacia constitucional e a competência que a Corte Suprema concedeu a si própria para delimitar sua área de atuação.³⁴

Quando Marshall afirma na sentença que “A Constituição ou é uma lei superior, lei de primordial importância, não alterável por métodos ordinários, ou está equiparada a atos legislativos ordinários, e, como outras leis, é alterável quando a legislatura desejar alterá-la”,³⁵ pode-se dizer que ocorre a verdadeira confirmação do princípio da limitação de poderes, através da técnica do controle de constitucionalidade.

Todavia, a consolidação da revisão judicial dá início a uma polêmica sobre a atuação dos tribunais norte-americanos, que aumenta em meados dos anos 20. Surgem fortes

³³ Segundo Stamato (2005, p. 62), se juridicamente *Marbury* tinha o direito subjetivo à posse, pois havia sido regularmente nomeado pelo governo anterior, por outro lado a Suprema Corte não poderia obrigar *Madison* a lhe entregar o cargo e fazê-lo cumprir a ordem, pois estaria afrontando um Executivo recém eleito e dotado de ampla legitimidade democrática e respaldo popular. Além disso, se deliberasse contra *Marbury*, correria o risco de submeter o judiciário ao governo de Jefferson e permitir que *Marbury* não recebesse o cargo para o qual havia sido legalmente nomeado.

³⁴ García-Pelayo (1993, p. 423-24) explica que Marshall utilizou-se do próprio texto constitucional para justificar a revisão judicial, através dos seguintes artigos: “1) O artigo 3.º, sec. 2, 1, que estabelece que o poder judicial se estenderá a todos os casos que surjam por motivo da constituição; portanto, qualquer preceito da constituição pode ser considerado pelos Tribunais para sua interpretação. Além disso, existem alguns, sobretudo os que se referem a garantias individuais, que se dirigem especialmente aos Tribunais; 2) O artigo 6.º, 3, que impõe aos juizes o juramento de sustentar a constituição, o que não seria possível se a constituição estivesse fechada à sua consideração. 3) O artigo 6.º, 2, que ao declarar qual seja a lei suprema do país, menciona a constituição em primeiro lugar, não tendo esta importância as leis dos Estados Unidos em geral, mas somente aquelas que se ditam em consequência da constituição”. No entanto, o autor considera inconsistentes os argumentos de Marshall, pois no que tange ao artigo terceiro, a maioria dos países que possui uma constituição escrita não concede essa faculdade aos tribunais; em segundo lugar, o juramento prestado pelo judiciário é o mesmo feito pelo Presidente e pelos membros do Congresso, sendo que estes poderiam pretender o mesmo poder de anulação dos tribunais; por fim, o objetivo era assegurar a primazia da ordem jurídica federal sobre os dos Estados.

³⁵ “The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it”.

críticas a um possível “governo de juízes”, cujo ponto culminante ocorreu após a crise de 1929 e a eleição de Roosevelt. E pode-se dizer que os acontecimentos da época do *New Deal* representam o segundo momento histórico onde o judiciário norte-americano, ao exercer a jurisdição constitucional, acabou por interferir em questões políticas.

O Presidente Roosevelt apresentou um conjunto de medidas inovadoras para a época, na tentativa de recuperar a economia norte-americana após a Depressão de 1929. Começa então uma verdadeira batalha entre o Presidente e a Suprema Corte que, ao interpretar a Constituição de um modo conservador da ordem liberal capitalista, passou a invalidar as políticas sociais do governo e tentou impor suas decisões sobre o legislativo.

Diante da oposição do judiciário, Roosevelt propõe uma recomposição drástica dos membros da Suprema Corte e envia o chamado Plano de Reorganização ao Congresso, sugerindo que os juízes com mais de setenta anos teriam seis meses para se aposentar pois, caso não o fizessem, o Presidente poderia nomear um juiz suplementar mais jovem.

Como havia seis juízes com mais de setenta anos na época, Roosevelt conseguiu efetuar seis nomeações, estabelecendo uma Corte composta por uma maioria de sua própria escolha. Se conseguisse alterar drasticamente a composição da Suprema Corte, o Presidente poderia inclusive revogar a jurisprudência constitucional do mais alto tribunal,³⁶ porém sua proposta encontrou uma esmagadora oposição pública fez a tentativa fracassar. Para Barker (2005, p. 15-16), “ainda que o povo e seus representantes fossem favoráveis à política econômica de Roosevelt, eles consideravam a independência da Suprema Corte algo mais importante do que os desentendimentos políticos do momento”.

³⁶ Atualmente, a nomeação dos juízes da Suprema Corte é feita pelo Presidente e fica sujeita à confirmação do Senado e, para Schwartz (1955, p. 168), “talvez a maior fraqueza, na prática, do sistema de selecionar os juízes federais nos Estados Unidos se encontre no fato de que, muito freqüentemente, o poder presidencial de nomear tenha sido usado para fins políticos”.

Por outro lado, a tentativa do Presidente de “recompor” o número de cadeiras da Suprema Corte fez com que seus juízes mudassem de postura e passassem a adotar uma abordagem mais condizente com a legislação estadual e federal referente à reforma econômica e social. Para Enterría (1981, p. 170), esse foi o lado positivo dessa crise, ou seja, “depurar os limites da *judicial review* e canalizá-la predominantemente à proteção dos direitos fundamentais, abandonando o arbitrário terreno das concepções econômicas”.³⁷

Após a colisão entre a jurisprudência e as políticas sócio-econômicas do *New Deal*, a Suprema Corte passa a presumir a constitucionalidade de toda legislação concernente à intervenção no domínio econômico.³⁸ Somente a partir de 1953, ano em que se inicia a Corte Warren, é que o tribunal volta a adotar uma postura ativista, sentenciando de modo inovador para a época em relação à questão da segregação racial.

Considera-se o período de atuação da Corte Warren (1953-1969) como o terceiro momento importante na história da jurisdição constitucional norte-americana e a decisão *Brown x Board of Education*, de 1954, como a mais polêmica e importante sentença proferida neste período. O caso em questão envolvia a manutenção ou não do regime de segregação racial, quando a Suprema Corte unanimemente votou pela inconstitucionalidade das leis estaduais criadoras de regimes de escolas segregadas, por considerá-las incompatíveis com o princípio da igualdade.³⁹

³⁷ “depurar los límites de la *judicial review* y canalizarla predominantemente hacia la protección de los derechos fundamentales, abandonando el arbitrario terreno de las concepciones económicas”.

³⁸ Para evitar uma atuação não-jurisdicional por parte da Suprema Corte, surge a “doutrina das questões políticas”, segundo a qual existem atos de governo que escapam ao controle judicial. Mas, apesar do judiciário reconhecer que certas questões, por sua própria natureza essencialmente política, não são passíveis de serem controladas, Schwartz (1955, p. 194) afirma que essa doutrina tem sido empregada mais amplamente pelos tribunais no âmbito das relações exteriores e nem tanto em relação a questões de ordenamento interno. Mesmo assim, Zaffaroni (1995, p. 74) considera que o sistema norte-americano confere aos juízes um enorme poder, permitindo que os mesmos delineiem sua competência a seu gosto, ou seja, arbitrariamente, onde enviam ao âmbito político o que querem e só assumem o que desejam, até porque é difícil delimitar o que seria uma “questão política”.

³⁹ É preciso lembrar que o princípio da igualdade, *equal protection of the law*, foi inserido na Constituição norte-americana através da 14ª Emenda, de 1868.

Segundo Moro (2001, p. 342), a Corte não se limitou a reconhecer o direito dos demandantes ingressarem em escolas reservadas a brancos, mas lhes concedeu também o direito a escolas em regimes integrados, o que exigiria uma extensa política pública de dessegregação, afetando escolas e alunos não envolvidos diretamente no caso.⁴⁰ Essa decisão judicial veio em prol de um grupo social e politicamente vulnerável, cuja proteção somente seria possível através de uma interpretação evolutiva da Constituição, em que os juízes consideraram amplamente os fatos envolvidos na questão.

A partir da Corte Warren, Enterría (1981, p. 171) afirma que se comprova que a jurisdição constitucional não é uma instituição defensora do *status quo*, uma vez que seu ativismo propiciou uma revolução legal profunda e certa, e que abalou o conservadorismo norte-americano. Porém, uma reação a essa jurisprudência inovadora não tardou e sucessivas indicações de juízes conservadores pelos Presidentes Nixon e Reagan afastaram a possibilidade de ativismo judicial nos governos seguintes.

Miranda (2005, p. 90) define bem as principais características da atuação da Suprema Corte em períodos: até 1880, a preocupação maior era com a defesa da unidade dos Estados Unidos, servindo de árbitro sobre conflitos entre União e Estados Federados; de 1880 a 1937, o Supremo Tribunal interpreta a Constituição num sentido conservador da ordem liberal capitalista e afirma sua autoridade frente ao poder legislativo, sendo então que se fala em “governo de juízes”; por fim, desde o caso *Brown x Board of Education* de 1954, a Corte dedica-se à salvaguarda da liberdade política e da igualdade racial.

Esses três momentos históricos demonstram que o controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário americano nem sempre ocorreu de maneira

⁴⁰ Enterría (1981, p. 173) afirma que Raoul Berger publicou um importante livro em 1977, intitulado *Government by Judiciary*, com o objetivo de impugnar a jurisprudência da Corte Warren em matéria de segregação racial; segundo a doutrina de governo limitado, se o poder da Suprema Corte de exercer o controle de constitucionalidade não está enumerado na Constituição, ele é arbitrário e inconstitucional, é uma “usurpação descarada”. O Tribunal se torna uma contínua convenção constituinte, que se coloca por cima do Direito, composta por uma maioria de juízes que busca impor sua vontade sobre a da nação.

neutra, pelo contrário, o risco de conflitos entre poderes é eminente diante da intromissão do judiciário em questões consideradas de cunho político ou social. Contudo, mesmo que em alguns momentos da história a jurisprudência da Suprema Corte tenha gerado controvérsias, seu poder não é ilimitado.

De acordo com Schwartz (1955, p. 181-184), o Legislativo poderia limitar o âmbito do judiciário através de sua autoridade para estruturar a competência dos tribunais⁴¹. Além disso, a Suprema Corte não possui meios de fazer prevalecer suas decisões sobre o Executivo⁴². Se os conflitos entre os poderes não provocaram graves conseqüências na história, é porque a aceitação da autoridade da Suprema Corte na esfera constitucional está profundamente arraigada na consciência americana. Nesse sentido, Enterría afirma que:

“o Tribunal Supremo é reverenciado e acatado como a representação mais alta da ideologia americana, da própria identidade nacional. Há também toda uma mitologia religiosa: a Constituição como texto inspirado por Deus, os fundadores como os santos, os juízes como sumo sacerdotes que cuidam do culto ao texto sagrado em Marbel Palace, no palácio de Mármore onde tem sua sede e que extraem desse texto pouco menos que a infalibilidade”.⁴³ (ENTERRIA, 1981, p. 127)

A independência do judiciário americano em relação aos outros poderes parece não ter sido abalada dentro dos Estados Unidos, nem mesmo nos momentos históricos em que a Suprema Corte adotou uma postura ativista. A força dessa instituição pode ser

⁴¹ O Congresso, apenas uma vez (em um caso envolvendo a detenção de prisioneiros da Guerra Civil [1861-1865], restringiu a jurisdição recursória da Suprema Corte). Além disso, o Congresso tem o poder de alterar a composição e o número de juízes da Corte, mas não o tem feito há mais de um século. Jones (2005, p. 12) lembra também que o julgamento constitucional da Suprema Corte pode ser anulado via emenda constitucional, mas isso ocorreu em apenas três ocasiões: na ratificação da 11ª Emenda (limitando demandas federais por cidadão de um Estado [ou de um país estrangeiro] contra outro Estado dos EUA); na 14ª (anulando a decisão em *Scott vs. Sanford*, pela qual negros não poderiam ser cidadãos com acesso aos tribunais federais); e na 16ª (permitindo ao Congresso lançar e arrecadar imposto sobre a renda).

⁴² Cite-se como exemplo uma ordem de *habeas corpus* expedida pelo *Chief Justice* Taney, que foi desacetada pelas autoridades militares que agiam sob ordens expressas do Presidente Lincoln, durante a Guerra Civil. Diante da tal desconsideração de sua autoridade por parte do Executivo, o judiciário pouco pôde fazer.

⁴³ “el Tribunal Supremo es reverenciado y acatado como la representación más alta de la ideología americana, de la propia identidad nacional. Hay incluso toda una mitología religiosa: La Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces como sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el ‘Marbel Palace’, en el palacio de Mármore donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad.”

justificada também pela própria lógica de funcionamento do sistema jurídico norte-americano, baseado na tradição inglesa da supremacia do *common law* sobre o *statute law*, e que tem como fonte primária do direito as decisões tomadas pelos juízes nos casos concretos que lhes são submetidos.

Segundo David (1998, p. 367), as regras formuladas pelo legislador só serão verdadeiramente assimiladas pelo sistema após serem interpretadas e aplicadas pelos tribunais, gerando-se precedentes. O princípio do *stare decisis* impõe aos juízes e tribunais inferiores, em determinados casos, o dever de observar as regras de direito decorrentes de decisões precedentes de outros juízes, com o intuito de uniformizar as decisões e não comprometer a segurança jurídica.

Por outro lado, David (1998, p. 391) afirma que a Suprema Corte e os Supremos Tribunais dos Estados não estão vinculados às próprias decisões e podem desviar-se de sua jurisprudência⁴⁴. Essas mudanças decorrem da maneira flexível com que o principal órgão da estrutura judicial interpreta a Constituição dos Estados Unidos⁴⁵, e para Barbosa (2002, p. 89), essa flexibilidade na interpretação constitucional responde a duas necessidades concretas: atualizar a Constituição e torná-la sempre apta a responder às mudanças da sociedade, da economia e do povo norte-americano e, por outro lado, assegurar a estabilidade das instituições políticas e a crença no direito.

⁴⁴ A regra do *stare decisis* só funcionaria em relação às matérias de competência dos Estados, dentro a hierarquia de suas próprias jurisdições e das jurisdições federais, quando estas têm que aplicar o direito de um dado Estado. Todavia, existem algumas regras costumeiras que, segundo Ulla (1999, p. 36), serão levadas em conta pelos tribunais: a) deve haver uma lesão por parte de uma lei a um interesse constitucionalmente protegido, diretamente ou indiretamente; b) o tribunal decide sobre questões de inconstitucionalidade somente quando seja necessário para julgar o pleito; c) caso a lei seja suscetível de duas interpretações, o tribunal escolherá aquela que assegurar sua validade; e d) a declaração de inconstitucionalidade não deve ser feita, a não ser em casos claros ou caso exista dúvida razoável nesse sentido.

Os três momentos históricos que foram apresentados confirmam que quanto mais intensa a atividade da jurisdição constitucional, maiores são os questionamentos sobre a legitimidade de sua interferência em questões políticas de cunho democrático. O fato de os juízes participarem ativamente da criação do direito é a principal objeção à jurisdição constitucional e, no caso da Suprema Corte norte-americana, a grande crítica em relação à sua atuação é que, ao deixar de aplicar uma norma por considerá-la inconstitucional, este órgão se converte em um autêntico poder político, capaz de se sobrepor à vontade popular, que elegeu o legislativo como seu representante.

Jones (2005, p. 12) discorda e afirma que a maior parte das decisões que envolvem questões constitucionais continua nas mãos dos dirigentes políticos, enquanto a Suprema Corte age apenas em último caso, quando for necessária sua intervenção como elemento estabilizador do sistema político. Juízes com cargos vitalícios estariam mais habilitados para decidir fundamentadamente sobre questões constitucionais e inclusive para garantir a manutenção do texto constitucional, que em relação aos políticos com mandato temporário.

Posições como a de Jones alimentam a idéia de que o judiciário americano possui legitimidade para agir, desde que fundamente suas decisões na Constituição. O exercício do controle de constitucionalidade abriu espaço para que a função judicial assumisse um papel extremamente relevante nos Estados Unidos e também serviu de exemplo para a jurisdição constitucional, que seria estabelecida na Europa em 1920, através da Constituição austríaca, e posteriormente difundida com o término da Segunda Guerra Mundial.

Segundo Zaffaroni (1995, p. 68), a experiência das ditaduras, dos totalitarismos e autoritarismos entre guerras, o holocausto e a catástrofe bélica apontavam para a necessidade de criar um órgão, consignando-lhe um poder análogo ao da Suprema Corte norte-americana, para dar continuidade e progressão às democracias de pós-guerra.

Como os europeus não podiam incorporar a estrutura judiciária britânica, reconhecidamente original e alheia à realidade continental, restava apenas o modelo americano, em busca de uma nova formação para a magistratura européia.

A doutrina constitucional norte-americana e o instituto do *judicial review* foram aproveitados por Kelsen, que construiu teoricamente a figura do Tribunal Constitucional como curador da Constituição, a quem caberia exercer exclusivamente um controle abstrato de constitucionalidade. A jurisdição constitucional européia, apesar de inspirada no modelo americano, foi estruturada de modo diverso. E para Zaffaroni (1995, p. 71) o protagonismo político da Suprema Corte parece ter influenciado os políticos europeus no sentido de optar pelo modelo austríaco.

Houve uma tentativa de estabelecer o controle difuso de constitucionalidade na Constituição de Weimar de 1919, quando o Tribunal do *Reich*, através de uma sentença em 1925, se declarou competente para reconhecer a constitucionalidade das leis, uma vez que a Constituição não continha nenhuma norma que proibisse essa leitura. Contudo, foi a influencia de Kelsen que predominou na Europa e determinou a criação de um novo modelo de jurisdição constitucional, cuja construção histórica será apresentada no próximo item.

2.2 Histórico da Jurisdição Constitucional austríaca

A doutrina americana foi recepcionada tardiamente na Europa, sendo concretizada pela primeira vez somente em 1920, devido a dois motivos apontados por Enterría (1981, p. 130): o primeiro deles é que, com a restauração da monarquia, o monarca foi considerado como fonte pré-constitucional de poder; o segundo aspecto, que contribuiu

para uma desvalorização da Constituição, foi a teoria de Lasalle, que a considerava uma mera folha de papel, capaz de ocultar as reais relações de poder.

Afastou-se temporariamente a possibilidade de aplicação do *judicial review* na Europa no século XIX, contudo, com o advento do Estado Social no início do século XX, cujas principais características seriam o crescente intervencionismo do aparelho estatal, e particularmente da função legislativa, diversos fatores passam a contribuir para o surgimento dos Tribunais Constitucionais.

Cappelletti (1993, p. 39) explica que o Estado Social, que em sua origem era essencialmente “legislativo”, se transformou e continua se transformando em Estado “administrativo”, no qual a tônica da atividade legislativa deslocou-se progressivamente das regras de conduta para as medidas e acomodações institucionais, em que as leis passam a indicar certas finalidades e princípios, deixando a especificação às normas subordinadas e decisões de autoridades locais.

Essa nova realidade provoca uma mudança em relação ao papel tradicional dos juízes que, para Cappelletti (1993, p. 42), é apenas uma questão de grau e não de conteúdo. As novas áreas abertas para a atividade dos juízes, especialmente no que tange aos direitos sociais, revelam um espaço de elevado grau de discricionariedade e criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.

Em razão do enorme aumento da intervenção legislativa, essa função acabou obstruída e, como os parlamentos não conseguiam realizar tarefas tão numerosas e diversas, outros poderes estatais, em especial o executivo e seus órgãos, ganham destaque, gerando, segundo Cappelletti (1993, p. 44), um crescente sentimento de desilusão e desconfiança em face dos parlamentos e do poder executivo.

Para o autor, a expansão do direito legislativo acabou, paradoxalmente, ocasionando a expansão do direito judiciário ou “jurisprudencial”, que enfatiza o papel criativo dos juízes (CAPPELLETTI, 1993, p. 18). Mas, se por um lado a idéia de um controle de constitucionalidade sobre os atos do legislativo e executivo ressurgiu com o advento do Estado Social, por outro lado, os conflitos entre a Suprema Corte e o governo Roosevelt em meados de 1920 acenderam o debate sobre o risco de um governo de juízes.

Numa tentativa de adaptar o *judicial review* à realidade européia, esse instituto foi introduzido na Constituição austríaca de 1920, através de um projeto elaborado por Kelsen⁴⁶. Inspirado no modelo americano de controle de constitucionalidade, o jurista cria uma jurisdição constitucional com o intuito de proteger a nova lei fundamental do país que, após ser derrotado na Primeira Guerra Mundial, se tornara uma república democrática.

A teoria de Kelsen surge em um momento da história em que havia uma enorme desconfiança em relação aos juizes, pois, segundo Zaffaroni (1995, p. 71-72), os judiciários europeus do pós-guerra eram “[...] verticalizados, organizados militarmente, governados autoritariamente, conservadores, reacionários, dóceis e, às vezes, ideologicamente identificados com o autoritarismo irracionalista”.

Esses seriam fatos suficientes para não dotar os tribunais ordinários de competência constitucional, pois reconhecer aos mesmos a função de controle de constitucionalidade acabaria lhes concedendo competência em matérias politicamente importantes e isso “[...] teria implicado uma concentração de poderes de tal magnitude que colocaria em perigo o equilíbrio entre os poderes e a estabilidade de todo o sistema político” (ZAFFARONI, 1995, p. 72).

⁴⁶ Hans Kelsen nasceu em Praga, no ano de 1881. Formou-se pela faculdade de Direito de Viena e, em 1917, serviu como assessor jurídico no Ministério da Guerra, o que lhe permitiu colaborar na redação da Constituição austríaca de 1920. Através de sua teoria, criou-se o Tribunal Constitucional, onde ele próprio era um dos juízes, porém, com a reforma constitucional de 1929, ele deixa o cargo. Perseguido pelo nazismo em 1940, muda-se para os Estados Unidos, onde lecionou como professor visitante Harvard e Berkeley. Faleceu em 1973.

Havia na Europa continental um modelo processual autoritário associado à monarquia absoluta que, segundo Cunha (2003, p. VIII, XI-XIII), obrigava os juízes, em caso de dúvida sobre a lei, a suspender o processo e encaminhar consulta a órgão superior de natureza geralmente política. No caso específico da Áustria, o país era governado muitas vezes através de “decretos de necessidade” ou medidas provisórias com força de lei que o art. 14 da Constituição de 1867 permitia ao imperador, situação que perdurou até o fim da Primeira Guerra Mundial.

Através da Constituição austríaca de 1920, entra em cena a jurisdição constitucional, cuja legitimidade de atuação estaria ligada ao conceito de supremacia da Constituição adotado por Kelsen. Ao colocar a Constituição em posição hierarquicamente superior à legislação ordinária, o jurista austríaco considera as normas constitucionais como determinantes do procedimento legislativo e, de certo modo, também do conteúdo das leis aprovadas em consonância com o texto constitucional; além disso, elas regulariam em ampla medida a formação dos atos de execução (jurisdição, administração), bem como seu conteúdo (KELSEN, 1995, p. 31).

Sendo a Constituição a norma reguladora da elaboração das leis, era preciso criar garantias preventivas, de modo a evitar a produção de atos irregulares; e também garantias repressivas para impedir erros futuros ou reparar danos causados pela aplicação de normas inconstitucionais, fazendo-as desaparecer ou substituindo-as por um ato regular. Dentre as várias técnicas possíveis de controle preventivo e repressivo, Kelsen (2003, p. 148) afirma que “a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição”.

Kelsen inova em relação ao modelo americano ao não conceder essa função aos tribunais ordinários⁴⁷, pois estabelece a jurisdição constitucional como competência exclusiva de um Tribunal Constitucional⁴⁸, órgão que seria independente dos demais poderes estatais. Para o jurista austríaco, não seria indicado confiar a anulação de um ato irregular ao próprio órgão que o produziu e, como o Parlamento se considera um livre criador do direito, pareceria impossível contar com sua auto-subordinação à Constituição. Havia a necessidade de se criar “um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional”⁴⁹ (KELSEN, 2003, p. 150).

A jurisdição constitucional foi definida pelo autor como “um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2003, p. 123-124). Sua função seria exercer um controle concentrado de constitucionalidade, repressivo e abstrato, com o objetivo de verificar se a criação e execução de normas jurídicas, enquanto etapas do processo de criação do direito, haviam sido produzidas de acordo com as normas constitucionais.

Trata-se apenas de um controle de regularidade de produção das normas, pois, para Kelsen (1995, p. 25), mesmo quando uma lei pode ser considerada inconstitucional por ter um conteúdo incompatível com a lei fundamental, sua validade só será questionada se

⁴⁷ Antes de entrar em vigor a Constituição de 1920, os tribunais austríacos só podiam controlar a constitucionalidade das leis no tocante à sua adequada publicação, mas não em relação à sua validade diante do texto constitucional.

⁴⁸ Sobre a composição do Tribunal Constitucional, Kelsen (2003, p. 154) propõe que seja feita uma eleição de membros pelo Parlamento e pelo governo conjuntamente; além disso, para fortalecer a autoridade do tribunal, parte das vagas deve ser reservada aos juristas de carreira e, para evitar qualquer influência política da jurisdição constitucional, membros do parlamento ou do governo devem ficar excluídos da participação na atividade do Tribunal.

⁴⁹ Para Cappelletti (1992, p. 88) foi necessário criar um novo órgão capaz de exercitar a função de controle das leis porque a estrutura do poder judiciário europeu-continental é composta por juízes de carreira, que não estão preparados para exercer uma atividade acentuadamente discricionária, como é a atividade de interpretação e atuação da norma constitucional.

ela não tiver sido criada de acordo com o processo de reforma do texto constitucional. E, caso fosse constatada a inconstitucionalidade de um ato, caberia ao Tribunal Constitucional anulá-lo e deixar de aplicá-lo.⁵⁰

A vantagem da criação de um Tribunal Constitucional estaria no fato de o mesmo não participar da tripartição de poderes e, partindo do pressuposto de que ninguém pode ser juiz em causa própria, Kelsen (1995, p. 3) considera o Tribunal Constitucional como o verdadeiro defensor da Constituição, “um órgão cuja função é defender a Constituição contra as violações”⁵¹ por parte dos demais órgãos estatais.

Contudo, o controle judicial de constitucionalidade é questionado por aqueles que consideram a anulação de um ato legislativo por um órgão que não seja o próprio parlamento, como uma intromissão na criação legislativa. O jurista austríaco rebate as críticas, dizendo que:

[...] a expressão ‘divisão dos poderes’ traduz melhor que a de separação, isto é, a idéia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia –, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação de poderes; ao contrário, é uma afirmação dele” (KELSEN, 2003, p. 151 e 152).

O Tribunal Constitucional, ao anular uma lei, estaria atuando no âmbito da aplicação das normas da Constituição e praticamente não haveria possibilidade de uma livre criação do direito, que é característica da atividade do legislador. O jurista austríaco afirma que o instituto atuaria como uma espécie de “legislador negativo” (KELSEN, 2003, p. 153),

⁵⁰ Segundo o art. 140 da Constituição austríaca, caberia ao Tribunal Constitucional, em resumo, julgar: a) as ações patrimoniais contra os poderes públicos que não pudessem ser intentadas perante a jurisdição comum; b) a ilegalidade dos decretos federais e estaduais; c) as impugnações eleitorais; d) as violações do direito constitucional, praticadas por autoridades federais ou estaduais; e) os recursos contra decisões administrativas, fundados na violação de direitos garantidos constitucionalmente; e f) violações do direito internacional.

⁵¹ “un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones.

cuja função seria totalmente determinada pela Constituição, mas, por outro lado, reconhece que é possível que o mesmo adquira tanto poder que sua força se torne insuportável.

Numa situação onde uma lei seja anulada por ser considerada injusta, por exemplo, pode ocorrer que a concepção de justiça da maioria dos juízes esteja em total oposição com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei (KELSEN, 2003, p. 170). Apesar dos riscos, parece que o jurista austríaco prevê menos ameaça à estabilidade do ordenamento jurídico em relação à atuação do Tribunal, do que ao designar a defesa da Constituição ao próprio parlamento.

A criação do Tribunal Constitucional e a construção teórica de Kelsen foram objeto de diversas críticas na época e um de seus maiores opositores foi Carl Schmitt⁵², um jurista alemão que se opunha à adoção do sistema de controle concentrado de constitucionalidade na Alemanha em meados de 1919, época da Constituição de Weimar⁵³, quando as lutas constitucionais colocaram em debate a idéia de proteção da Constituição.

Logo no início de sua obra *La Defensa de la Constitución*, Schmitt (1998, p. 27) afirma que a necessidade de se criar um protetor para a Constituição surgiu em situações historicamente críticas e cita como dois grandes exemplos as revoluções norte-americana e francesa. No entanto, a situação da Alemanha era muito distinta e a ampliação cada vez maior da competência do Tribunal Constitucional do *Reich*⁵⁴, bem como o fato de o mesmo se autodenominar protetor da Constituição fez com que o jurista alemão afirmasse que “o

⁵² Schmitt nasceu em 1888, em Westfália; doutorou-se em Direito, lecionou em Estrasburgo, Berlim, Bona e Greiswald no período da República de Weimar. Defendeu um sistema presidencial forte para resistir às forças extremistas, tanto as nacionalistas como as social-comunistas. Inicialmente, aderiu ao neokantismo jurídico, mas posteriormente modificou sua postura e criou o *decisionismo*, que concebe o Direito como fruto da vontade política que o gera e não como âmbito exclusivo da norma, como fazia Kelsen. Morreu em Plattenberg, em 1985.

⁵³ Durante a vigência da Constituição de Weimar, existia um sistema difuso de controle de constitucionalidade; somente a partir de Lei Fundamental de Bonn de 1949 é que a Alemanha passou a adotar um sistema concentrado.

⁵⁴ Em uma sentença de 4 de novembro de 1925, o Tribunal Constitucional do Reich se auto-declarou competente para exercer o controle de constitucionalidade das leis, o que aumentou consideravelmente sua competência, uma vez que o art. 19 da Constituição de Weimar limitava sua atuação apenas para resolver conflitos constitucionais no interior de um determinado território.

protetor facilmente se converte em árbitro e senhor da Constituição”⁵⁵ (SCHMITT, 1998, p. 36).

Considerar o Tribunal Constitucional como o órgão mais adequado para defender a Constituição seria decorrência de uma opinião generalizada e mitificada sobre a Suprema Corte norte-americana, porém esta seria um exemplo único na história universal, e não caberia tentar adaptar o modelo americano ao modelo alemão, pois:

“[...] pode-se dizer que o direito de controle judicial, por si só, unicamente em um Estado judicial que submeta a vida pública inteira ao controle dos Tribunais ordinários pode servir de base como protetor da Constituição, quando por tal Constituição se entendam preferencialmente os direitos fundamentais cívico-políticos, a liberdade pessoal e a liberdade privada que hão de ser protegidos pelos Tribunais ordinários contra o Estado”⁵⁶ (SCHMITT, 1998, p. 44).

O jurista alemão não nega a necessidade de proteção judicial da Constituição, afirmando que ela seria apenas um dos meios de protegê-la e, ainda assim, não seria o mais eficiente. A idéia de proteção da Constituição contra o Governo e, posteriormente, contra uma legislação imposta por uma maioria parlamentar, parece não ter deixado outra alternativa senão recorrer à Justiça. A consequência dessa expansão judicial, segundo Schmitt (1998, p. 57), não seria uma judicialização da Política, mas sim uma politização da Justiça.

Um Tribunal Constitucional não pode suprir os defeitos de atuação das instituições políticas, pois se:

“[...] a intervenção deste Tribunal poderia ser requerida por uma maioria do Reichstag, incapaz de adotar outras decisões, e também por uma minoria, este

⁵⁵ “el protector facilmente se convierte en árbitro y señor de la Constitución”.

⁵⁶ “puede decirse que el derecho de control judicial, por si solo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios, puede servir de base a un protector de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales cívico-políticos, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegidos por los Tribunales ordinarios contra el Estado”.

Tribunal de Justiça Constitucional viria a ser uma instância política junto ao Reichstag, ao Presidente do Reich e ao Governo do Reich, e não haveria restado outra coisa que garantir ou proibir, sob aparências de judicialidade, determinados atos de governo, em virtude de certas considerações jurídicas”⁵⁷ (SCHMITT, 1998, p. 70).

A Justiça deveria se manifestar apenas de forma repressiva, ou seja, quando existe uma infração constitucional manifesta, pois, quando o caso é duvidoso e incerto, seja por razões de fato ou pela própria imperfeição e imprecisão dos conceitos constitucionais, o juiz deve se abster, na medida em que “[...] Toda instância que põe fora de dúvida e resolve autenticamente o conteúdo duvidoso de uma lei, realiza, de maneira efetiva, uma missão de legislador”⁵⁸ (SCHMITT, 1998, p. 89-90).

Ao transferir para o juiz as decisões em matéria política, que é função própria do legislador, altera-se a posição constitucional da Justiça e a independência judicial perde seu fundamento constitucional. Para Schmitt (1998, p. 50), o Tribunal Constitucional do *Reich* deveria restringir o controle de constitucionalidade a duas hipóteses: não aplicar preceitos legais que se choquem com preceitos constitucionais; e defender-se dos ataques de outros poderes políticos, em especial do legislador, contra a independência do poder judicial.

O controle judicial deveria se limitar às normas que permitam uma subsunção ao caso concreto, pois “a justiça inteira está sujeita a normas, e sua ação cessa quando as normas mesmas resultam duvidosas ou discutíveis quando ao seu conteúdo”⁵⁹ (SCHMITT, 1998, p. 53). Ao Tribunal Constitucional do *Reich* seria vedado manifestar-se

⁵⁷ “la intervención de este Tribunal pudiera ser requerida por una mayoría del Reichstag acaso incapaz de adoptar otras decisiones, e incluso por una minoría, este Tribunal de Justicia Constitucional vendría a ser una instancia política junto al Reichstag, al Presidente del Reich y al Gobierno del Reich, y no se hubiera logrado otra cosa que avalar o prohibir, bajo apariencias de judicialidad, determinados actos de gobierno, en virtud de ciertos considerandos jurídicos”.

⁵⁸ “Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador.”

⁵⁹ “la Justicia entera se halla sujeta a normas, y su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido”.

sobre princípios gerais e erigir-se como protetor da ordem sócio-econômica, tal como ocorre com a Suprema Corte norte-americana.

Para Schmitt (1998, p. 90), o que os juízes fazem é uma eliminação autoritária da dúvida e não uma argumentação que pretenda convencer a todos, pois “em toda decisão, incluindo a de um Tribunal que de modo processual realiza subsunções do tipo concreto, existe um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma.”⁶⁰ Esse elemento é o que o jurista alemão chama de “decisionismo”, que situa a origem do direito não no fenômeno da norma, mas na decisão ou vontade política que a gera.

A grande decisão política da Alemanha estaria nas mãos do povo, que criou a Constituição de Weimar e elegeu diretamente o seu representante. O verdadeiro defensor da Constituição seria o Presidente do *Reich*⁶¹, o único capaz de exercer uma função mediadora e reguladora do poder:

“Fazendo do Presidente do Reich centro de um sistema de instituições e atribuições tanto plebiscitárias como neutralizadoras em ordem à política de partidos, a vigente Constituição do Reich trata de criar, partindo de princípios precisamente democráticos, um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder, e de garantir a unidade do povo como conjunto político. [...] A Constituição procura especialmente dar à autoridade do Presidente do Reich possibilidades de unir-se de modo directo com esta vontade política do conjunto do povo alemão e para proceder em consequência como protetor e guardião da unidade constitucional e da integridade da nação.” (SCHMITT, 1998, p. 250-251)⁶²

⁶⁰ “en toda decisión, incluso en la de un Tribunal que en forma procesal realiza subsunciones de tipo concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma”.

⁶¹ Schmitt (1998, p. 249-250) utiliza diversos argumentos para justificar sua defesa em prol do Presidente: sua estabilidade e permanência relativa (mandato de sete anos, dificilmente revogável) e sua independência em relação às maiorias parlamentares; o gênero de suas atribuições (possibilidade de dissolver o Reichstag e de convocar plebiscito e referendo).

⁶² “Haciendo al Presidente del Reich centro de un sistema de instituciones y atribuciones, tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del Reich trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político. [...] La Constitución procura especialmente dar a la autoridad del Presidente del Reich posibilidades para enlazarse de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como protector y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación”.

Schmitt conclui que o Presidente do *Reich* seria o único que estaria diretamente ligado à vontade política do povo, pois o Tribunal Constitucional era uma instância autoritária que impunha suas decisões sem atender ao princípio democrático. Depois de todas essas críticas à proteção judicial da Constituição, Kelsen rebate seus argumentos em um texto chamado *Quem deve ser o defensor da Constituição?*, onde faz uma análise da teoria schmittiana.

Primeiramente, Kelsen (2003, p. 240) afirma que a idéia do chefe de Estado como guardião da Constituição está ligada à doutrina da monarquia constitucional que considerava o monarca como um “poder neutro”.⁶³ Schmitt não cogita a possibilidade de violação da Constituição por parte do governo, pois estaria fazendo uma interpretação demasiado extensiva do art. 48 da Constituição de Weimar, que concede um grande poder discricionário ao Presidente do *Reich*.

Para sustentar sua tese do Chefe de Estado como protetor da Constituição, Schmitt se volta contra a jurisdição constitucional, questionando se sua função seria verdadeiramente jurisdicional e procura demonstrar em sua construção teórica que o controle de constitucionalidade não seria um ato jurídico, mas político. Segundo Kelsen (2003, p. 248), o jurista alemão peca por partir da falsa premissa de que existe uma contradição essencial entre funções jurisdicionais e funções políticas quando, na verdade, entre o caráter político da legislação e da jurisdição existiria apenas uma diferença quantitativa e não qualitativa.

Para o jurista austríaco, o fato da função do Tribunal Constitucional possuir feições políticas não descaracteriza esse instituto, que continua sendo um tribunal que exerce uma função jurisdicional: “Caso se deseje restringir o poder dos tribunais e, assim, o caráter político de sua função, [...] deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder” (KELSEN, 2003, p. 262).

⁶³ Schmitt utiliza especificamente a doutrina do *pouvoir neutre* do chefe de Estado, de Benjamin Constant.

Esta seria a única forma de impedir que houvesse um deslocamento de poder do Parlamento para o Tribunal Constitucional.

Quando Schmitt afirma que o Tribunal Constitucional seria uma instituição contrária ao princípio democrático, pelo fato de seus membros não serem eleitos diretamente pelo povo, Kelsen (2003, p. 291) rebate essa crítica dizendo que nada impede que o Tribunal seja composto através de eleições democráticas, mesmo não considerando essa opção como a mais adequada.

Para Kelsen (2003, p. 282), o erro de Schmitt está em considerar o povo que forma o Estado como um coletivo unitário e homogêneo, dotado de uma “vontade unitária”, produzida não através do Parlamento, já que este possui feições pluralistas às quais o jurista alemão tenta combater, mas através do chefe de Estado. Kelsen chama essa interpretação schmittiana da democracia de “ficção” e denuncia seu caráter ideológico, afirmando que é necessário separar rigorosamente o conhecimento científico do juízo político de valor.

O jurista austríaco reafirma a importância desse instituto garantidor da regularidade das funções estatais, pois “[...] quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado” (KELSEN, 2003, p. 181). Garantir a constitucionalidade na elaboração das leis apresenta-se como um meio de proteção eficaz da minoria contra os abusos da maioria⁶⁴, e a melhor opção em sua concepção é atribuir essa função ao Tribunal Constitucional que, através de um poder legislativo negativo, seria capaz de manter a coerência do sistema jurídico.

Quando Schmitt afirma que a expansão da justiça provoca uma politização do Tribunal Constitucional, o autor o acusa de ser uma instância política usurpadora da função

⁶⁴ Segundo Kelsen (2003, p. 182), “se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia”.

parlamentar, por considerar a Constituição como a decisão política de um povo, o que conseqüentemente a isentaria de ser objeto do processo judicial. Contudo, suas críticas não foram suficientes para impedir que a idéia kelseniana de Constituição, tida como vértice da pirâmide jurídica normativa, servisse de base para o estabelecimento da jurisdição constitucional na Europa.

Após o primeiro pós-guerra, o modelo concentrado de constitucionalidade passa a disputar a primazia no continente europeu com o modelo americano, porém o retorno do autoritarismo na Áustria provoca a supressão do Tribunal Constitucional em 1934, dando indícios de que o sistema de controle difuso de constitucionalidade triunfaria. No entanto, após as experiências nazi-fascistas e o término da Segunda Guerra Mundial, a idéia de criar tribunais especializados em matéria constitucional acaba prevalecendo na Europa.

De acordo com Enterría (1981, p. 133), a experiência trágica do pós-guerra contribuiu para que a imagem da lei, até então considerada como garantia da liberdade, fosse convertida em instrumento de legisladores arbitrários, capazes de criar injustiças perversoras do sistema jurídico. Isso fez com que a teoria de Kelsen ganhasse força novamente e que, por sua vez os Tribunais Constitucionais se convertessem em verdadeiros protetores dos novos textos constitucionais.

Porém, o autor afirma que nenhum dos modelos de jurisdição foi aplicado em sua forma original, sendo Itália e Alemanha exemplos de países que adotaram algumas medidas técnicas características do sistema concentrado, contudo, basearam-se na idéia de supremacia da Constituição criada pelos americanos. Sua posição é que tanto a experiência americana quanto a européia, independentemente das possíveis objeções teóricas a esses sistemas, demonstra que existem vantagens políticas em seu funcionamento (ENTERRIA, 1981, p. 186).

No caso específico dos países europeus que adotaram os Tribunais Constitucionais, Zaffaroni (1995, p. 77) acredita que eles têm avançado dos Estados de Direito “legais” aos Estados de Direito “constitucionais”, cuja jurisprudência realiza considerável esforço para dar plena vigência aos princípios constitucionais, forçando os parlamentos a reajustarem suas leis dentro dos marcos constitucionais. Pode-se dizer que Kelsen contribuiu para a criação de uma jurisdição constitucional como função racionalizada, positivada, regulada na Constituição, que determinará quem realiza o controle, como este deve ser realizado e quais as conseqüências de uma eventual declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, a complexidade atual do direito e a superação do dogma do parlamento absoluto contribuem para que o Tribunal Constitucional tenha possibilidades de ultrapassar os limites do controle de constitucionalidade.

Ao fundamentar sua legitimidade de atuação em uma Constituição, concebida não como uma simples decisão existencial, mas como uma norma jurídica efetiva, abre-se a possibilidade de que a própria jurisdição constitucional delimite seu próprio âmbito de competência, restringindo ou ampliando sua atuação, dependendo de uma série de aspectos que irão variar de acordo com a realidade de cada país. No próximo item, serão apresentadas as principais competências consideradas essenciais à defesa da Constituição, que geralmente se encontram presentes nos textos constitucionais.

2.3 Âmbito de atuação da Jurisdição Constitucional

Após uma breve exposição das bases históricas que deram origem aos dois modelos de jurisdição constitucional, o próximo passo será delimitar o âmbito de competência

daqueles que a exercem.⁶⁵ Apesar das diferenças existentes entre os sistemas difuso e concentrado, Cappelletti (1992, p. 25) afirma que a jurisdição constitucional pode se manifestar de diversas formas, mas é unívoca no que diz respeito ao seu aspecto funcional: a função de tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional.

Todas as competências da jurisdição constitucional devem estar expressas na Constituição, porém cabe ao próprio órgão diminuir ou aumentar o alcance de sua atuação, uma vez que o mesmo possui autonomia para se manifestar competente ou não na resolução de determinada questão. Para Tavares (2005, p. 215), o Tribunal Constitucional, ao decidir sobre a competência de outros tribunais e dos demais poderes, acaba traçando, inexoravelmente, a sua própria.

Em decorrência dessa auto-competência, o âmbito de atuação da jurisdição constitucional vem sofrendo um alargamento no decorrer da história e, se sua primeira função foi o controle de constitucionalidade, hoje existe um rol muito maior de competências que lhe são atribuídas e que irá variar de acordo com o modelo adotado por cada país⁶⁶. Contudo, pode-se dizer que existem algumas competências que geralmente se encontram presentes na maioria dos casos, como: resolução dos conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, manutenção e garantia dos sistemas federais, controle da legitimidade dos partidos políticos e, por fim, os aspectos mais polêmicos e complexos, que são o controle de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais.

Em relação à resolução de conflitos entre os poderes, o Tribunal Constitucional pode ser invocado para esclarecer e solucionar questões que envolvam os

⁶⁵ Respeitadas as diferenças que podem existir em cada país, será feita uma exposição das competências que geralmente são atribuídas aos tribunais constitucionais.

⁶⁶ Os constituintes muitas vezes arrolam funções estranhas ao Tribunal Constitucional, que não envolvem a supremacia da Constituição. Tavares (2005, p. 210) cita algumas das competências que ele considera impróprias: a função administrativa de organização dos Tribunais, atividade consultiva do Tribunal Constitucional, competências de caráter penal para julgar atos de pessoas que possuem altos cargos estatais e as competências de matéria eleitoral em sua integralidade.

limites de competência dos poderes, estabelecidos no próprio texto constitucional. Caberá ao Tribunal Constitucional interpretar os dispositivos que tratem da autonomia de cada poder, de modo a evitar interferências indevidas de uns sobre os outros, pois estas somente serão admissíveis para impedir abuso de poder, manter a harmonia no relacionamento entre os poderes ou para garantir o pleno exercício de suas funções próprias.

Enterría (1981, p. 152) afirma que todo conflito entre órgãos constitucionais é, por si mesmo, um conflito constitucional que põe em questão o sistema organizacional da Constituição e somente o Tribunal Constitucional (onde este exista) pode ser o órgão adequado para a resolução dos conflitos que afetam a essência do texto constitucional, a distribuição de poder e as correlatas competências por ela operadas.

Ao exercer a função de árbitro diante de um conflito entre poderes, o Tribunal Constitucional torna-se responsável pela restauração do equilíbrio entre os mesmos. Para Enterría (1981, p. 191), “somente o Tribunal está em condições de impedir as invasões de uns sobre as competências dos outros, e de assegurar com objetividade a manutenção do equilíbrio que a Constituição tem erigido como uma de suas construções principais”.⁶⁷

Existe uma preocupação maior em relação a conflitos entre poderes nos sistemas presidencialistas, porque toda sua estrutura é fundamentada no princípio da separação de poderes. Assim, conflitos entre o executivo e o legislativo, que não são solucionados politicamente, demandam a existência e atuação de um Tribunal Constitucional. Por outro lado, nos regimes parlamentaristas, os conflitos geralmente são resolvidos mediante critérios políticos, devido ao estreito relacionamento existente entre Governo e Parlamento, além de que a idéia de supremacia deste último inibe o fortalecimento do judiciário como órgão fiscalizador.

⁶⁷ “sólo el Tribunal está en condiciones de impedir las invasiones de unos sobre las competencias de los otros, de asegurar com objetividade el mantenimiento del equilibrio que la Constitución ha erigido como una de sus construcciones principales”.

Também podem ocorrer conflitos de competência territorial em países que adotam o federalismo como forma de Estado, sendo que essa competência teve sua origem através da Constituição norte-americana, na qual a Suprema Corte foi designada como árbitro do sistema federal. Como Estados Unidos é dividido territorialmente em forma de federação, e cada Estado membro promulga sua própria lei fundamental, era preciso garantir a prioridade da nação sobre os Estados e, conseqüentemente, a supremacia da Constituição Federal sobre as Constituições estaduais.

O Estado Federal é um pacto entre os Estados membros, onde estes possuem direitos e deveres derivados do texto constitucional e o direito federal possui primazia sobre o dos Estados membros, cabendo ao judiciário zelar por essa hierarquia normativa. Caso a sentença do Tribunal Constitucional não seja acatada, a Federação pode intervir para obrigar o Estado membro a obedecer a Constituição e as Leis Federais.

Segundo García-Pelayo (1993, p. 232), o Estado Federal possui uma estrutura constitucional unitária e as Constituições dos Estados federados estão subordinadas às motivações políticas fundamentais que regem a Constituição Federal, pois é necessário que exista esse substrato comum para uma existência política conjunta que transcenda a particularidade dos Estados federados e garanta a unicidade do sistema.

Tomando outro exemplo de Estado Federal, Schneider (1991, p. 225) afirma que a maioria dos preceitos da Constituição alemã se refere, direta ou indiretamente, à ordem federativa, e a intervenção do Tribunal Constitucional seria necessária para garantir a manutenção dos seguintes requisitos: repartição de competências entre a Federação e os Estados membros; participação dos Estados membros nas funções legislativa e administrativa da Federação; distribuição fiscal entre a Federação e os Estados membros; e estabelecimento de regras e procedimentos que proporcionem a unidade de ação e a eficácia política do Estado.

Tem-se a impressão de que em países onde se adotam a forma federativa de Estado, o princípio da separação de poderes e a forma presidencial de governo, há uma tendência em razão de sua rigidez constitucional em estabelecer um órgão como o Tribunal Constitucional para proteger a federação e solucionar conflitos entre entes federados, desde que se trate de uma questão constitucional fundamental.

Outra faceta da função arbitral do Tribunal Constitucional é o controle de legitimidade dos partidos políticos, com o intuito de impedir que atitudes e objetivos de seus filiados sejam contrários à democracia. A regulamentação da criação ou extinção de partidos através da Constituição exige que os mesmos funcionem como efetivos canais da opinião pública, respeitando a soberania nacional e pautando suas ações de acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Em Portugal, por exemplo, compete ao Tribunal Constitucional aceitar a inscrição de partidos políticos, coligações e frentes de partidos, bem como apreciar a legalidade e singularidade das suas denominações, siglas e símbolos, além de julgar as ações de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos. Também é sua função fiscalizar a regularidade e a legalidade das contas dos partidos, aplicar as correspondentes sanções, ordenar a extinção de partidos e de coligações de partidos, além de verificar regularmente o número de filiados.

Se os partidos políticos são instrumentos de realização da democracia, e tendo em vista que a Constituição define as aspirações de uma sociedade, cabe ao Tribunal Constitucional fiscalizar a atuação dos mesmos e resolver questões referentes aos limites de suas ações. A disputa pelo poder deve se manifestar através de partidos políticos organizados e, em caso de conflito entre os mesmos, o Tribunal Constitucional servirá de instrumento para o alcance de uma solução, que garanta a condução do processo político de acordo com os ideais do constitucionalismo democrático.

Em relação ao controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional é competente para verificar se a legislação infraconstitucional tem conteúdo e forma compatíveis com os preceitos da Constituição, garantindo-se assim a supremacia desta última dentro da hierarquia jurídico-normativa. Para tanto, pode-se exercer um controle sobre o comportamento dos poderes, bem como sobre o conteúdo e os procedimentos de seus atos, de modo que os tribunais acabam interferindo, ainda que indiretamente, nos fins políticos almejados pelo governo, seja durante seu processo de realização, seja pelo controle de seus efeitos e resultados.

Tomando como exemplo o Tribunal Constitucional alemão, Schneider (1991, p. 201-204) afirma que esse órgão realiza vários tipos de controle: o primeiro seria o *controle de conteúdo*, um exame das decisões dos poderes públicos para verificar se estão em conformidade com as normas constitucionais, do ponto de vista material. O segundo seria o *controle da apreciação efetuada pelo legislador*, quando se faz uma análise dos elementos de juízo utilizados na feitura da lei, de modo a prever os efeitos prováveis de sua aplicação e assim evitar uma infração de Direito Constitucional. Tem-se também o *controle de evidência*, através do qual uma disposição dos poderes públicos será declarada inconstitucional somente quando não haja dúvida de que a mesma infringiu a Constituição.

Schneider (1991, p. 205) também cita o *controle de comportamento*, que fiscaliza a atuação dos órgãos estatais. Em relação ao legislador, o Tribunal Constitucional muitas vezes se abstém de declarar a nulidade de uma lei e se limita a dar diretrizes gerais para a atuação futura do legislador; sobre o governo, é feito um controle em busca de infrações flagrantes do ordenamento constitucional; e, no que diz respeito ao judiciário, não

existe muito controle, devido à ampla liberdade de conhecimento e decisão que é dado a este órgão, cuja jurisprudência é vista como um mecanismo corretor da lei.⁶⁸

Existe também um *controle de procedimento* que, em relação à legislação, é feito com cautela pelo Tribunal Constitucional, de modo a evitar ao máximo a comprovação de vícios procedimentais na atuação do legislativo, “porque sempre entra em jogo uma ‘presunção’ a favor de uma representação suficiente do povo”⁶⁹ (SCHNEIDER, 1991, p. 208). Sobre o Governo, o controle se estende às relações entre Governo Federal e os Estados-membros, com o intuito de fiscalizar se ambos estão realizando procedimentos de modo a cooperar com os demais órgãos estatais. Por fim, o controle sobre o procedimento das decisões judiciais está ligado à proteção e eficácia dos direitos fundamentais.⁷⁰

O último tipo seria o *controle de resultado* dos atos dos poderes estatais que, em relação ao legislativo, só serão considerados inconstitucionais caso exista um nível evidente de irracionalidade, uma vez que o legislador dispõe de ampla liberdade para apreciar os fatos e decidir pelo melhor meio para alcançar determinada finalidade. Sobre a atividade do governo, não existe esse tipo de controle porque, segundo Schneider (1991, p. 214), adotou-se na Alemanha a doutrina das “questões políticas” e no caso das decisões judiciais, o Tribunal Constitucional se limita a verificar se houve violação a algum direito constitucional específico.

Todos os tipos de controle exercidos pelo Tribunal Constitucional que foram citados acima têm como pano de fundo o respeito à Constituição, ou seja, os atos, os procedimentos e os resultados alcançados por qualquer um dos três poderes devem ser

⁶⁸ Diante desse quadro, o autor chama a atenção para a aplicação de regras muito mais severas sobre a atuação do legislador do que sobre os Tribunais ordinários.

⁶⁹ “porque siempre entra en juego una ‘presunción’ a favor de una representación suficiente del pueblo”.

⁷⁰ Entre todos os procedimentos realizados pelos poderes, o processo legislativo é o que sofre um controle mais rígido, enquanto o procedimento judicial praticamente não é fiscalizado, pois o juiz goza de liberdade para dirigir o processo, desde que não viole direitos fundamentais.

compatíveis com os preceitos constitucionais. Pode-se dizer que o grau de fiscalização sobre os poderes pode variar, mas não se questiona a necessidade de sua existência, caso contrário, não seria possível almejar um governo limitado.

Além do controle de constitucionalidade dos atos de todos os poderes que constituem o Estado Constitucional, o limite ao exercício do poder também é exercido através da existência de direitos fundamentais, que surgiram historicamente como núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa. E a partir do advento do Estado Social, passaram a exigir a realização de uma democracia e de um modelo de Estado guiados pela idéia de justiça material.

Os direitos fundamentais se tornaram meios de concretização do princípio da dignidade humana e também medida de legitimidade do Estado Democrático de Direito. Segundo Sarlet (2003, p. 64), os direitos fundamentais representam a base e o fundamento do governo, pois o Estado está condicionado a exercer seu poder dentro dos limites fixados pela Constituição. Além dessa função limitativa do poder, eles também são critérios de legitimação do poder estatal, na medida em que o uso do poder somente se justifica se perseguir a realização dos direitos do homem e da idéia de justiça, que lhe é intrínseca.

Além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder, o texto constitucional também reconhece determinados valores, direitos e liberdades fundamentais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo que expressam os fins últimos norteadores do moderno Estado constitucional de Direito, de modo que todos os poderes estatais estejam vinculados ao respeito e efetivação dos direitos fundamentais.

Caberá ao Tribunal Constitucional exercer a defesa dos direitos fundamentais, através do controle de constitucionalidade. Se ela for feita através do modelo abstrato, o Tribunal Constitucional estará agindo para protegê-los como ordem objetiva de

valores; por outro lado, se a proteção for feita através de modelo concreto, Tavares (2005, p. 293) afirma que ocorre uma superação do conflito entre cidadão e Estado (função jurisdicional comum), inclusive nos países onde se utiliza o chamado *recurso de amparo*, que pode ser interposto diretamente por particulares que desejam proteger seus direitos fundamentais, após terem recorrido a todas as vias judiciais ordinárias.

Porém, existem autores que acreditam que o Tribunal Constitucional não deve ser visto como uma instância revisora das decisões proferidas no âmbito privado. Segundo Enterría (1981, p. 144), sua função é exercer uma superproteção sobre os direitos fundamentais, na medida em que eles são os valores norteadores da interpretação de todas as outras normas constitucionais, além de que a eficácia da Constituição depende, primeiramente, da eficácia dos mesmos.

Cabe também aos tribunais, e de modo especial à jurisdição constitucional, definir para si mesmos e para os demais órgãos estatais o conteúdo e sentido dos direitos fundamentais, o que conseqüentemente limita a atuação de todos os poderes. Em relação ao judiciário, Sarlet (2003, p. 352) afirma que:

“[...] os direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito. Por outro lado, a condição peculiar do Poder Judiciário, na medida em que, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o poder-dever de não aplicar as normas inconstitucionais, revela que eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade (isto é, entre a lei e a Constituição) acaba por resolver-se em favor do último”.

A constitucionalização dos direitos fundamentais tornou-se um dos principais fundamentos de atuação da jurisdição constitucional e contribuiu para reforçar a idéia de sujeição dos juízes não somente à lei, mas também à Constituição, bastando

relembrar que a idéia de supremacia desta é pressuposto de existência da jurisdição constitucional e do exercício de todas as funções que lhe são atribuídas.

Através dos direitos fundamentais, pode-se visualizar uma democracia composta não apenas de procedimentos, mas também de uma dimensão substantiva, na medida em os mesmos representam o conteúdo objetivo da Constituição que orienta o modo como o processo político deve ser seguido. Contudo, desde o surgimento dos direitos sociais, a interpretação desses direitos pelos tribunais provoca polêmica, pois as normas sobre direitos sociais são muito vagas, fluidas e programáticas, abrindo-se espaço para um alto grau de ativismo e criatividade do juiz, que é chamado a interpretá-las.

Segundo Cappelletti (1993, p. 67), os textos constitucionais são normalmente redigidos de forma breve e em termos de valores, como forma de afirmar a prioridade de certos princípios, além de prescrever certas regras de procedimento. Quando os tribunais são desafiados a dar conteúdos a esses vagos preceitos, questiona-se a sua legitimidade de atuação. Afinal, caberia aos mesmos decidir quais são os valores fundamentais de uma sociedade ou então esse papel nas democracias seria de responsabilidade dos atores do processo político?

A possibilidade de um órgão judicial estabelecer o significado de uma norma de direito fundamental é resultado da aplicação da doutrina americana, que influenciou definitivamente o modo de atuação dos órgãos constitucionais em todo mundo, lembrando-se que um enorme poder foi concedido ao judiciário americano devido à desconfiança que os americanos demonstravam em relação ao legislativo.

Nesse sentido, Cappelletti (1993, p. 65) relembra que enquanto os parlamentos eram considerados “supremos”, nenhuma lei superior ou declaração de direitos com força vinculativa para o legislador era considerada necessária. Por outro lado, os chamados *Higher Law* e *Bill of Rights*, nacionais e supranacionais, tornaram-se “concebíveis

ou absolutamente necessários no próprio momento em que os povos sentiram que certas normas e princípios, exprimindo valores fundamentais e irrenunciáveis, podiam ser ameaçados e de fato se encontravam ameaçados, pelos próprios poderes legislativos”.

A proteção aos direitos fundamentais se tornou uma das principais competências da jurisdição na atualidade e uma das mais controversas, pois o fato de um tribunal constitucional se autodenominar competente para estabelecer o significado e alcance dessas normas constitucionais, faz com que sua legitimidade seja contestada por alguns, que a consideram uma usurpação da função legislativa, na medida em que os juízes não são eleitos democraticamente como os representantes do parlamento.

Ao acompanhar historicamente o desenvolvimento da jurisdição constitucional, percebe-se que o rol de competências que lhe foram atribuídas aumentou consideravelmente e ultrapassou os limites tradicionais da função judicial. No momento em que os tribunais passam a analisar abstratamente uma norma, seu poder de atuação se fortalece e os órgãos judiciais crescem em importância dentro do Estado Democrático de Direito.

Essa expansão da função judicial, que se intensificou a partir do advento do Estado Social, é denominada por alguns autores como judicialização da política, um fenômeno que chama a atenção para o destaque que a jurisdição constitucional tem alcançado no Estado Democrático de Direito. No próximo capítulo, serão analisados os principais aspectos que envolvem a atuação dos tribunais na atualidade.

CAPÍTULO III - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIVISÃO DE PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO QUARTO PODER.

A judicialização da política corresponde a um processo de expansão da função judicial, que se intensificou a partir do Estado Social e se tornou um fenômeno característico do Estado contemporâneo. A relação entre direito e política se torna cada vez mais estreita, através do exercício da jurisdição constitucional, bem como pela utilização cada vez maior de procedimentos judiciais por espaços não jurídicos.

Pode-se dizer que alguns fatores históricos contribuíram para que a jurisdição constitucional adquirisse maior importância dentro do Estado Democrático de Direito, pois desde a queda do comunismo e o desaparecimento da União Soviética, os Estados Unidos se tornam um modelo de poder democrático, e conseqüentemente contribuem para que o prestígio do judiciário norte-americano e do *judicial review* se espalhassem pelo continente europeu.

No primeiro item, serão apresentados os principais fatores que caracterizam esse fenômeno e que por sua vez contribuem para a expansão da função judicial na atualidade, cujo exercício através da jurisdição constitucional ultrapassa a mera aplicação de normas no âmbito constitucional. Ao exercer controle sobre os atos dos demais poderes, definindo valores contidos na Constituição que devem ser respeitados pelos três ramos do Estado, esta instituição deixa de ser considerada politicamente neutra e passa a interferir diretamente nas decisões políticas tomadas pelo executivo e legislativo.

Se por um lado, alguns autores temem um governo de juízes, e uma possível usurpação da função legislativa pelos tribunais, existem aqueles que vêem vantagens na

atuação da jurisdição constitucional. O ativismo judicial é considerado benéfico ou pode se tornar alvo de críticas, dependendo de uma série de aspectos circunstanciais de tempo e de lugar, bem como das necessidades de determinada sociedade e da organização e estrutura das instituições, principalmente da magistratura que exerce a jurisdição constitucional.

No segundo item, serão apresentados os principais argumentos favoráveis e contrários à atuação da jurisdição constitucional, que serão divididos em duas correntes, denominadas substancialista e procedimentalista. A teoria dos autores mencionados nesse item representa um esforço de cada um deles para delimitar a defesa da Constituição, de modo a justificar sua necessidade de atuação da jurisdição constitucional, porém dentro de limites que contenham possíveis abusos por parte dos tribunais.

A função judicial adquiriu um papel que não corresponde às características que lhe foram concedidas originariamente pela teoria de separação de poderes de Montesquieu, pois esse pensador não concebeu lugar a uma jurisdição constitucional. No terceiro item, o objetivo será verificar de que modo a judicialização da política contribui para a transformação no funcionamento de todos os órgãos que compõem o aparelho estatal e, conseqüentemente, da divisão de poderes do Estado contemporâneo.

Conceder ao judiciário a fiscalização sobre a atuação dos demais órgãos estatais não se mostra compatível com uma visão rígida do princípio da separação de poderes e, caso a democracia seja encarada como instituição baseada na vontade da maioria, a existência da jurisdição constitucional perde sua razão de ser. Se a maioria dos Estados contemporâneos considera essa instituição judicial como protetora da Constituição, é preciso transformar sua atuação em expressão da democracia pluralista, na tentativa de compatibilizá-la com o princípio democrático.

Ao garantir a supremacia da Constituição, se estabelece um governo limitado, no qual todos os órgãos estatais têm suas atribuições previamente delimitadas no

texto constitucional. No último item, será feita uma análise da judicialização da política, quais são os efeitos que ela ocasiona nos sistemas democráticos atuais e de que modo seria possível converter a atuação da jurisdição constitucional em benefício do sistema democrático.

3.1 Judicialização da Política: histórico, conceito e características fundamentais.

O período que sucede a Segunda Guerra Mundial marca o início de um novo período na história do Tribunal Constitucional, uma vez que a democracia e os direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais precisavam mais do que nunca de um protetor, numa tentativa proteger os pilares do Estado Democrático de Direito, que estava surgindo.

Streck (2002, p. 28) vê a jurisdição constitucional como condição de possibilidade desse novo modelo de Estado, onde o juiz deixa de ser um mero aplicador do direito para intervir no processo político, ao utilizar a função judicial para estabelecer valores fundamentais que devem ser respeitados pelos três poderes do Estado e, assim, conduzir a política para que ela se oriente na busca da justiça.

Vianna (et. al., 1999, p. 21) também caminha nesse sentido e afirma que a concretização da igualdade redefiniu a relação entre os três poderes ao permitir que o poder judiciário invoque o *justo* contra a *lei*. O resultado disso é que o poder judiciário, e em especial a jurisdição constitucional, deixa de ser uma instituição politicamente neutra, para assumir um papel importante de garantidor dos direitos fundamentais através do controle sobre os demais poderes.

Ao interpretar as normas da Constituição, muitas vezes a jurisdição constitucional utiliza valorações políticas e, de acordo com Verdú (2001, p. 21), todo direito é político e no âmbito constitucional isso se torna ainda mais evidente, uma vez que a vigência e efetividade de todo ordenamento constitucional descansa sobre pressupostos políticos e depende de sua coerência com interesses da sociedade.

Existem ocasiões em que a realidade política escapa da regulação jurídica, contudo, pode-se dizer que o império do direito vem avançando progressivamente nesse sentido ocasionando um fenômeno chamado por alguns autores como “judicialização da política”. Trata-se de um processo mundial de transformação e expansão das formas de atuação do poder judiciário, caracterizado pela transferência do poder legislativo, historicamente concentrado no poder executivo ou no legislativo, para os juízes e tribunais.

Segundo Tate & Vallinder (1995, p. 2), os principais fatores que contribuíram para consolidar esse fenômeno foram a queda do comunismo no leste europeu e o desaparecimento da União Soviética, fazendo com que os Estados Unidos se tornasse a única superpotência mundial. Após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos emergiram como um modelo de poder democrático e, conseqüentemente, o prestígio e a reputação da Suprema Corte norte-americana e do *judicial review* se espalharam dentro e fora do país.

Com o surgimento de novos regimes democráticos em vários países da América Latina, da Ásia e da África, surge a necessidade de um poder judiciário forte para evitar o retorno às ditaduras, onde em muitos casos ocorre grande influência da ciência política e da jurisprudência norte-americana. Por outro lado, o modelo austríaco de Justiça Constitucional, criado por Kelsen no período entre guerras, também ganhou seu espaço no continente europeu após a queda do regime nazista.

A criação de órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos, em especial a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos, também influenciou no

processo de judicialização da política, uma vez que os parlamentos dos países que participaram da Convenção foram obrigados a adequar suas legislações de acordo com os direitos de seus cidadãos.

A realização de uma pesquisa empírica em diversos países, comparando-se os dois principais modelos de jurisdição constitucional, fez com que Tate (1995, p. 28) afirmasse que a judicialização geralmente ocorre de duas formas: a) através do processo de criação de políticas públicas, que até então eram feitas (ou deveriam ser feitas) pelas agências legislativas e executivas e passam a ser partilhadas com os juízes; e b) pela maior utilização de regras e procedimentos legais por espaços não-jurídicos.

No primeiro caso, o poder judiciário surge como uma nova arena de discussão de políticas públicas na medida em que é provocado pela sociedade civil ou pelas instituições para estabelecer o sentido ou completar o significado de uma legislação, agindo, segundo Vianna (et. al, 1999, p. 21), como uma espécie de “legislador implícito”. No segundo caso, a utilização de procedimentos judiciais por espaços não-jurídicos pode ser exemplificada pelo uso das Comissões Parlamentares de Inquérito no ordenamento jurídico brasileiro, bem como pelo surgimento de organismos quase-judiciários, como agências, conselhos, tribunais administrativos, “*ombudsmen*”, árbitros e conciliadores que, de acordo com Cappelletti (1993, p. 47), também buscam controlar os poderes políticos.

Mas Tate (1995, p. 28-32) afirma que outros fatores também contribuíram para a expansão do poder judicial nos países democráticos contemporâneos, merecendo destaque: a democracia, a separação de poderes, a política de direitos, o uso das Cortes por grupos de interesse, o uso das Cortes pela oposição, a ineficácia das instituições majoritárias, as percepções sobre as instituições políticas e a delegação das instituições majoritárias.

A democracia e a separação de poderes são requisitos necessários para a expansão judicial no sentido de fornecer condições para que o judiciário atue de modo

independente dos demais poderes e que esteja em posição de igualdade em relação aos mesmos. Nas modernas democracias ocidentais, a independência judicial não se resume ao âmbito interno do judiciário, mas também é necessária diante das pressões econômicas e sociais, às quais os juízes estão expostos.

Contudo, apenas esses dois fatores não seriam suficientes para impulsionar o ativismo judicial, até porque, segundo Tate (1998, p. 29), a separação de poderes pode ser uma via de mão dupla, na medida em que os juízes podem se basear na idéia de que devem apenas interpretar e não criar leis, deixando para mostrar seu próprio julgamento político apenas quando os outros falham “adequadamente” em alguma questão política, como muitas vezes ocorre na resolução de assuntos polêmicos.

O terceiro fator que facilita a atuação dos juízes é a existência de uma *política de direitos*, ou seja, de um conjunto de direitos protegidos pela Constituição. A jurisdição constitucional muitas vezes atua como protetora dos direitos de indivíduos discriminados e de minorias étnicas ou parlamentares, que podem ter seus interesses prejudicados ou serem excluídos de participar do processo político, caso não haja nenhum controle sobre as ações da maioria. Segundo Streck (2002, p. 34), “o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representam retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais”.

Outro fator que contribui para a judicialização da política é o *uso das Cortes por grupos de interesse*, que descobriram o potencial utilitário dos tribunais para atingir seus objetivos. Estes grupos são capazes de contribuir para a compreensão de novos “direitos”, através dos quais seus interesses podem estar conectados. Existem diversos exemplos de grupos de interesses, podendo-se citar alguns, como os homossexuais que lutam pela legalização de suas uniões conjugais, as mulheres brasileiras que lutaram pelo direito de

abortar nos casos de fetos anencefálicos e aqueles que lutam judicialmente pela legalização de pesquisas feitas com células-tronco, entre outros.

Um aspecto importante que contribui para a expansão da função judicial é o *uso das Cortes pela oposição* parlamentar, fato que se intensifica em países onde existe controle abstrato, utilizado como instrumento de resistência à maioria das iniciativas do governo que poderiam não ser derrotadas pelo processo majoritário. Isso ocorre quando parte da classe política, não podendo resolver seus conflitos internos através dos mecanismos habituais do sistema político, transfere-os para os tribunais através de denúncias cruzadas, quase sempre através dos meios de comunicação, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente.

A oposição encontrou no judiciário um órgão de soberania do Estado, capaz de bloquear e corrigir uma política governamental que foi imposta sem um diálogo democrático. Nesse sentido:

“A judicialização da política seria pois uma resposta à falta de consenso no debate político. O Judiciário é chamado a posicionar-se sobre uma questão política sempre que a lei não conseguiu alcançar um grau de consenso satisfatório. Nesse momento, a Constituição ressurgiu como norma parâmetro para a aceitação e legitimidade do programa de governo e resgata-se, assim, a sua força normativa através do processo constitucional de controle de constitucionalidade das leis e das ações constitucionais de proteção aos direitos fundamentais” (LOBATO, 2001, p. 47-48).

Esse jogo entre maioria e oposição faz parte do processo político na atualidade, mas, quando não é bem administrado, pode representar a *inefetividade das instituições majoritárias* e conseqüentemente facilitar a expansão judicial. Quando as coalizões de governo são frágeis e o poder executivo é incapaz de governar através de partidos com maiorias legislativas efetivas, há dificuldades em desenvolver-se políticas públicas eficazes e estas acabam se tornando objeto de instituições não-majoritárias como os tribunais, através de demandas iniciadas pela oposição.

Se os poderes eleitos diretamente pelo povo não conseguem resolver suas questões dentro do próprio processo político, ou se os detentores do poder são expostos e julgados por suas más ações através dos tribunais, gera-se más *percepções sobre as instituições políticas* e como conseqüência, segundo Tate (1998, p. 31), o povo vê as instituições majoritárias como imóveis e corruptas e acaba por concordar com a criação política através do judiciário.⁷¹

A última condição que, segundo Tate (1995, p. 32), contribui para a expansão do poder judicial é a *delegação das instituições majoritárias*, especificamente de seu poder de decisão aos tribunais. Assuntos polêmicos ou que envolvam política de direitos acabam sendo resolvidos judicialmente porque os custos políticos de uma decisão nesses casos são muito altos e podem prejudicar a imagem dos políticos. Acredita-se que esse fator faz com que a jurisdição constitucional seja utilizada como um mecanismo de fuga da responsabilidade de cada poder político, pois permite que os representantes não cumpram sua função e não assumam as posições definidas.

Estas seriam as condições estruturais que facilitam o surgimento do fenômeno da judicialização da política. Porém, de nada adiantaria que todos esses fatores estivessem presentes se os juízes não mudassem seu modo de atuação, ou seja, a judicialização da política depende também de uma postura ativista dos juízes.⁷² De acordo com Tate (1995, p. 34), juízes ativistas esperam utilizar cada oportunidade que lhes surge para exercer seu poder de decisão e expandir os valores políticos que eles apreciam. Mas se esses valores forem compatíveis com os das instituições majoritárias, haverá menos incentivo para que esses juízes “judicializem” o processo político.

⁷¹ Ao falar da boa reputação em geral do poder judiciário, Tate se refere à confiança que os norte-americanos possuem na Suprema Corte.

⁷² Dworkin (2002, p. 216) explica que, ao contrário do ativismo, a moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais, exceto nos casos em que essas decisões ofendam a moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação possível (precedente inequívoco, por ex.).

As decisões políticas que deveriam ser resultado de um amplo debate entre governo e oposição acabam muitas vezes sendo geradas dentro do âmbito judicial, fazendo com que o dogma da neutralidade do juiz seja questionado, pois os juízes exercem um papel político, não como membros filados a um partido, mas como integrantes de um poder estatal que os encarrega de aplicar as normas constitucionais, representantes da expressão do poder político de uma sociedade.

Acredita-se não ser possível para o juiz manter-se neutro diante das disputas políticas e sociais que ocorrem na sociedade, pois o Tribunal Constitucional não pode ser cego às conseqüências políticas de suas decisões. Segundo Tavares (2005, p. 475), não se deve sacramentar os órgãos judiciais como neutros e livres de paixões, interesses e pressões em determinadas épocas, sendo perfeitamente possível que estes elementos sejam levados em consideração na feitura da decisão.

A origem do protagonismo do judiciário está diretamente ligada às transformações do Estado e do Direito e, para Cappelletti (1993, p. 20), não se trata de uma expansão do poder judicial apenas, mas do Estado em todos os seus ramos. O crescimento das funções estatais, em especial da área legislativa, parece estar longe de ser concluído e seu efeito provoca uma transformação no funcionamento de todos os órgãos que compõem o aparelho estatal.

Segundo o autor, o enorme aumento da intervenção legislativa provocou uma obstrução da função, pois os Parlamentos adquiriram tarefas tão numerosas e diversas que, para evitar a paralisia, tiveram que transferir aos outros poderes grande parte de sua atividade, principalmente ao executivo e seus órgãos (CAPPELLETTI, 1993, p. 43). A própria lógica de funcionamento dos órgãos parlamentares contribui para a expansão legislativa nos Estados contemporâneos, pois a criação da legislação demanda um procedimento complexo e demorado que nem sempre consegue produzir decisões políticas

que acompanhem as rápidas transformações da sociedade, abrindo-se então oportunidades para que as demandas sociais sejam atendidas pelo Executivo e Judiciário.

Em relação à função representativa e às formas de expressão da soberania popular, que por muito tempo foram monopolizadas pelo parlamento, a judicialização da política pode ser vista como participação popular através do direito, que transforma a via judicial em uma espécie de “representação funcional”. Para Vianna (et. al., 1999, p. 18), o *Welfare State* possibilitou aos movimentos democráticos e ao sindicalismo um novo caminho de representação além da política, em defesa de uma agenda igualitária, fato que parece comprovar que o Parlamento nem sempre se mostra eficaz como instituto de representação da vontade majoritária e de garantia dos direitos da minoria.

Por outro lado, existem autores como Garapon (2001, p. 26) que afirmam que o aumento do poder da justiça esconde dois fenômenos, cujos efeitos convergem e se reforçam: o enfraquecimento do Estado diante da pressão do mercado e o desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos. A internacionalização das trocas comerciais e a globalização econômica enfraquecem a força estatal diante dos abusos econômicos de grupos de pressão e multinacionais. Então, diante de um maior protagonismo do executivo, surge um judiciário cada vez mais poderoso, por utilizar regras contaminadas pelo caráter provisório e temporário da política, compostas muitas vezes por conceitos indeterminados, para interferir na política.

Segundo Garapon (2001, p. 56), a intervenção judicial pode ser feita diretamente, através de uma decisão, ou indiretamente, por intermédio de sua corporação. O juiz não existe fora da instituição e as formas pelas quais intervém são heterogêneas e variam de uma cultura para outra. O ativismo assume então duas formas: a de uma nova ordem de

juristas, se o corpo de juízes é poderoso, ou, ao contrário, de personalidades forjadas pela mídia, caso a magistratura não tenha grande tradição de independência.⁷³

O autor francês afirma que o risco de desvio da soberania por uma elite de funcionários aumentou, seja qual for a cultura jurídica do país, devido à globalização da economia, que situa o dinheiro em seu âmago. Todavia, alerta que:

“ao recorrermos ao direito para tudo, arriscamo-nos a considerar os atores da vida democrática como técnicos encarregados de produzir normas, em interação com grupos de pressão sempre mais especializados na defesa de seus interesses. Ao submettermos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante” (GARAPON, 2001, p. 61-62).

Pressupõe-se que em uma democracia todas as questões não resolvidas, inclusive as relativas a princípios morais e políticos devem ser solucionadas por instituições politicamente responsáveis. Contudo, os casos controversos também colocam os tribunais diante de problemas de moralidade política e, muitas vezes, as decisões judiciais geram polêmicas sobre os limites de atuação dos Tribunais Constitucionais. Afinal, a jurisdição constitucional assim não estaria invadindo o campo da política?

A legitimidade de atuação dos tribunais entra em debate na contemporaneidade, na medida em que os limites de competência da jurisdição constitucional se tornam cada vez mais difíceis de serem delineados no Estado Democrático de Direito. A seguir, serão apresentados os principais argumentos que envolvem a atuação dos tribunais enquanto mediadores da relação entre constitucionalismo e democracia.

⁷³ Segundo Garapon (2001, p. 56-57), as relações entre justiça e política podem ser organizadas segundo dois modelos. O primeiro seria o “burocrático”, difundido sobretudo na Europa continental, enquanto o segundo seria o “profissional”, adotado nos países da *common law*. Esses dois modelos tomam formas diversas nos países em que se desenvolvem e se encontram, hoje em dia, em plena evolução. No modelo burocrático, os juízes são escolhidos por concurso aberto a estudantes em geral, logo após o diploma universitário. A organização é hierárquica e a promoção se faz sobre a antiguidade e mérito. No modelo profissional, os juízes são recrutados dentro de um pequeno número de advogados para ocupar diretamente postos elevados que, na maioria dos casos, nunca mais deixarão.

3.2 A judicialização da política e a legitimidade de atuação da jurisdição constitucional: entre a democracia e o constitucionalismo.

Grande parte dos sistemas democráticos da atualidade delegam ao Tribunal Constitucional a função de resolver conflitos entre os direitos dos cidadãos, recepcionados pelas Constituições e as ações políticas, protegendo assim o ordenamento constitucional contra possíveis abusos oriundos de governos ou maiorias parlamentares. Todavia, sua intensa atuação nas sociedades contemporâneas em prol da defesa da Constituição e da concretização de suas normas asseguradoras de direitos alimenta um debate em relação à legitimidade de suas decisões.

Quando a jurisdição constitucional intervém de modo freqüente nos processos políticos, decisões importantes para a manutenção do Estado Democrático de Direito passam a ser tomadas por juízes não eleitos democraticamente, usurpando-se assim parte da função dos representantes parlamentares, transformando os cidadãos em litigantes. Por outro lado, a maioria dos doutrinadores concorda que é necessário existir uma instituição que proteja os direitos constitucionais das minorias de uma possível ditadura da maioria legislativa ou de abusos por parte do governo.

Ghunter (1998, p. 6) acredita que as críticas ao Tribunal Constitucional expressam apenas a superfície de um problema mais profundo; afinal, se questiona como há de determinar-se a relação entre os direitos básicos e a democracia, de modo que nem a democracia esteja sobre os direitos básicos, nem os direitos básicos sobre a democracia? Quais seriam as pretensas características com que se interpretam os direitos em uma democracia constitucional?

Existem diversos autores que procuram entender e explicar o fenômeno da regulação jurídica sob o campo da política. Então, no presente item, serão expostos os principais argumentos de duas correntes distintas, nomeadas de corrente procedimentalista e corrente substancialista.⁷⁴ Os procedimentalistas, como Habermas e Garapon, criticam a invasão do jurídico sobre o político, por acreditar que isso representa uma ameaça à liberdade dos cidadãos; em contraposição, os substancialistas, como Dworkin e Cappelletti, defendem a necessidade de um judiciário mais atuante, em prol da igualdade.

Iniciando pela corrente procedimentalista, Habermas (1997, p. 305) lembra que, no modelo liberal, a prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, ao passo que este toma decisões voltadas para o futuro e a administração controla problemas que surgem na atualidade. Partindo desse modelo, a ordem jurídica materializada do Estado Social (que consiste em programas condicionais claramente delineados, objetivos políticos e fundamentação em princípios) pode ser considerada uma transformação da estrutura constitucional.

Segundo o filósofo alemão, a materialização do direito carrega uma “remoralização”, na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos, visando à determinação de fins. As normas de princípio exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, sensível ao contexto e referida a todo sistema de regras. Isso provoca um crescimento de poder para a Justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito (HABERMAS, 1997, p. 306).

O resultado dessa expansão judicial é o sacrifício da autonomia dos cidadãos e, para Habermas (1998, p. 16), as pessoas jurídicas só podem ser autônomas na

⁷⁴ A judicialização da política é um objeto de estudo relativamente amplo, motivo pelo qual aqui se optou por expor apenas os principais argumentos de determinados autores, sem a intenção de aprofundar-se no estudo de suas teorias.

medida em que podem compreender-se como autoras daquelas leis que precisamente devem prestar obediência enquanto destinatários. Portanto, cabe aos cidadãos e não ao Tribunal Constitucional aplicar e reconfigurar direitos básicos através de um processo público de formação de opinião e vontade.

Para que isso ocorra, é preciso garantir os direitos de participação política de todos, pois um procedimento democrático possibilita aos cidadãos discutirem e definirem qual seria a interpretação constitucional “correta” ou “verdadeira”. Isso obriga os cidadãos a oferecerem uns aos outros suas melhores razões, garantindo-se assim a autonomia pública e privada dos cidadãos, pois, como não existem razões ou argumentos concludentes, se melhores razões forem apresentadas o processo de crítica pública recomeça e preserva-se seu predicado democrático.

A função do Tribunal Constitucional seria então proteger o sistema de direitos contido na Constituição, pois este fornece condições de possibilidade para o exercício da autonomia pública e privada dos cidadãos. Todavia, é preciso ultrapassar os paradigmas liberal e social de interpretação desses direitos, ou seja, estes não devem ser encarados como mera proteção do cidadão contra os excessos do aparelho estatal, nem podem ser transformados em encargos imediatos que o legislador é obrigado a cumprir:

“Quem deseja manter a função do parlamento escolhido pelo povo, determinante para a formação do direito e evitar a remodelação progressiva da estrutura constitucional em benefício de um Estado jurisdicional apoiado na jurisdição constitucional, tem que aceitar também que os direitos fundamentais – reclamáveis judicialmente – são ‘apenas’ liberdades subjetivas em relação ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas (obrigatórias) de princípios para todos os domínios do direito” (HABERMAS, 1997, p. 310).

A interpretação procedimental de Habermas coloca sob responsabilidade dos cidadãos a aplicação e reconfiguração de seus direitos básicos, através da participação política. Então ao Tribunal Constitucional caberia controlar apenas a qualidade do processo

democrático, garantindo-se assim que todos os interesses sejam levados em consideração durante o processo de formação pública da vontade.⁷⁵

O Tribunal Constitucional não poderia transformar bens coletivos em encargos constitucionais imediatos que o legislador seria obrigado a cumprir, pois os custos seriam muito altos para os direitos da liberdade dos cidadãos. Seguindo essa mesma linha de pensamento que considera a Constituição como um procedimento regulador do processo político, Garapon (2001, p. 251) afirma que a forma processual toma o lugar da política e se torna uma espécie de espaço público “neutro”, que circunscreve novos compromissos e expõe problemas sociais de várias camadas da população.

O autor francês acredita que existe o risco de que a Justiça se coloque no lugar da política e abra caminho para uma tirania das minorias. Não se trata de uma transferência da soberania para o juiz, mas sim de uma transformação do processo democrático, no qual o direito se converte na nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a Justiça, tornando-a um “*espaço de exigibilidade da democracia*” (GARAPON, 2001, p. 48-53).

O direito e o processo se tornam instrumentos dos cidadãos para agir politicamente e a jurisdição passa a ser um modo normal de governo. Diante de uma Justiça transformada, e não mais concebida de maneira exclusivamente negativa e punitiva, a exceção torna-se regra e o processo deixa de ser apenas instrumento de solução de conflitos para se tornar o modo comum de gestão de setores internos, como a família ou a imigração.

⁷⁵ A grande crítica de Habermas (1997, p. 320-322) é dirigida à “jurisprudência de valores” criada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Segundo o autor, ao encarar o sistema constitucional como uma ordem concreta de valores materiais que precisa ser realizada, esse tipo de concretização de normas se torna uma legislação concorrente com relação àquela criada pelo Legislativo, e acarreta um problema de legitimidade, pois transforma o Tribunal Constitucional em uma instância autoritária.

O autor francês acredita que o aumento do poder da Justiça é mais o prenúncio de uma mudança profunda em nossa democracia do que uma realidade concreta. Os Tribunais alimentam-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político, e contribuem para um processo de despolitização da democracia, pois o juiz investe-se de uma missão salvadora da mesma e se coloca em posição de domínio, inacessível à crítica popular (GARAPON, 2001, p. 46 e 74).

Diante de uma vontade política que não possui mais o monopólio da produção de direito, e deve tornar-se compatível com os princípios contidos na Constituição e nos textos internacionais, ocorre que:

“A soberania de representantes do povo vê-se freada por princípios encontrados nesses diferentes textos de enunciado claro e conciso, e de forte densidade moral. A lei tem agora dois senhores: o soberano, que lhe dá consistência, e o juiz, que sanciona visando a sua conformidade aos textos básicos e acolhendo-a na ordem jurídica. Não se trata de uma oposição entre o soberano e um inimigo externo, mas entre duas condições da vontade do soberano, expressas por titulares diferentes” (GARAPON, 2001, p. 43).

O sucesso da Justiça representa o descrédito que afeta as instituições políticas clássicas. Nesse aspecto, para Garapon (2001, p. 48), as falhas do Estado geram uma esperança voltada para a Justiça, que na sua posição de terceiro imparcial compensa o déficit democrático de uma decisão política agora voltada para a gestão, oferecendo também à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.

Os autores pertencentes à corrente procedimentalista defendem que somente textos e garantias procedimentais poderiam garantir a imparcialidade da Justiça e conceder segurança jurídica ao ordenamento, impedindo que o direito invada o espaço da política e que os tribunais se tornem legisladores, usurpando a função dos parlamentos. Aos Tribunais Constitucionais caberia somente a função de garantidores de uma democracia deliberativa, favorecendo a clareza dos processos democráticos e responsabilizando seus atores.

Todavia, existem aqueles que vêem a atuação judicial no Estado Democrático de Direito como necessária e positiva, não só para garantir a efetivação da democracia, mas para garantir os direitos básicos dos cidadãos contra uma possível tirania da maioria. Os autores da corrente substancialista acreditam no judiciário como uma importante instância de defesa dos direitos individuais, uma vez que eles são condições essenciais para o exercício da democracia.

Um desses pensadores é Dworkin, que apresenta algumas razões para se desconfiar dos processos democráticos, pois, apesar de os mesmos serem necessários para proteger e assegurar a vigência dos direitos fundamentais, eles não garantem a melhor interpretação dos direitos básicos: “Poderíamos pensar que a ascendência da maioria é o melhor procedimento viável para tomar decisões em política, mas sabemos que às vezes, quando não frequentemente, a maioria tomará decisões injustas sobre os direitos individuais” (DWORKIN, 1999, p. 215).

Para este autor norte-americano, é preciso pressupor que existe uma Constituição verdadeira⁷⁶ e se esforçar por encontrar a melhor interpretação para os direitos básicos abstratos, em um sentido substancial. Para isso, uma maioria democrática está mais aleijada da compreensão correta do que são os direitos do que os juízes particulares, uma vez que a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos (DWORKIN, 1998, p. 14).

Citando como exemplo os Estados Unidos, ele afirma que:

“A Constituição, e particularmente a Bill of Rights (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum.

⁷⁶ Dworkin (1998, p. 11), que afirma que o Direito é uma condição essencial da democracia e para que esta seja gerada através da Constituição, é preciso que existam normas constitucionais “possibilitadoras”, que organizem o processo democrático, e normas “limitantes”, que restrinjam o poder dos órgãos legislativos.

(...) Essa interferência na prática democrática exige uma justificação. Os redatores da Constituição presumiram que essas restrições poderiam ser justificadas através de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, direitos que – afirma-se – disposições constitucionais, tanto ‘vagas’ como precisas, reconhecem e protegem”. (DWORKIN, 2002, p. 209)

Ao governo não deve ser dada possibilidade de colocar em segundo plano os direitos constitucionais, em prol da vontade de uma maioria democrática. A instituição dos direitos representa “a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas” (DWORKIN, 2002, p. 314), pois um direito contra o governo deve ser um direito de fazer algo, mesmo quando a maioria considere errado fazê-lo, ou que esta possa vir a ser prejudicada.

O autor considera a obrigação política não apenas como obediência a cada uma das decisões políticas tomadas pelo aparelho estatal, mas também como idéia de fidelidade a um sistema de princípios da comunidade à qual o cidadão pertence. Somente através do princípio da integridade⁷⁷ seria possível pressupor que, em certo sentido, somos os autores das decisões políticas tomadas por nossos governantes, ou que temos boas razões para pensar assim (DWORKIN, 2002, p. 229).

A comunidade política idealizada por Dworkin (1999, p. 254-255) corresponderia a uma “sociedade de princípio”, cujos membros admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas. Essas decisões apenas endossariam um sistema de princípios, que deve ser considerados pelos juízes no exercício de sua função, identificando os direitos e deveres

⁷⁷ Carvalho (2006, p. 42) explica o conceito de integridade de Dworkin, como um ideal político baseado na igualdade de todos perante a lei, que obriga os governos a tratar os cidadãos com igual consideração e respeito. O respeito a esse princípio exige do Estado uma ação coerente, através de decisões baseadas na melhor interpretação do sistema jurídico – Constituição, leis, decisões estatais anteriores – e dos princípios públicos de justiça a ele subjacentes. Dworkin (1999, p. 260-261) afirma que existem dois tipos de integridade: na legislação e na deliberação judicial. A primeira restringe o que os legisladores e criadores do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar as normas públicas; a segunda requer, na medida do possível, que os juízes tratem o sistema de normas públicas como um conjunto coerente de princípios e que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.

legais que foram criados pela comunidade e que expressam uma concepção coerente de justiça e equidade.⁷⁸

Caberia a um juiz onisciente, a quem Dworkin chama de Hércules, encontrar respostas corretas para todos os problemas, contudo, esse ponto de sua teoria encontra objeções por parte daqueles que duvidam da existência de interpretações politicamente neutras e temem que os juízes imponham suas próprias concepções, considerando-as como a “única interpretação correta”.

Dworkin (2002, p. 128-129) rebate as críticas afirmando que aqueles que partem do pressuposto de que os juízes estão legislando, quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas, não vislumbram a distinção que existe entre argumentos de princípio e argumentos de política: enquanto os primeiros justificam uma decisão política que demonstre respeito ou garantia ao direito de um indivíduo ou de um grupo, os últimos justificam uma decisão política que proteja algum objetivo coletivo da comunidade.

Os princípios são desenvolvidos pelos Tribunais de forma lenta e mediante um largo processo de argumentação e de criação de precedentes e a argumentação jurídica depende da argumentação moral, principalmente nos casos difíceis. Isso deixaria um caminho aberto aos juízes para que aperfeiçoem o direito, idéia que contraria as teorias da decisão judicial que geralmente colocam o julgamento à sombra da legislação e permitem aos juízes aplicar o direito criado por outras instituições, mas não a criação de um novo direito.⁷⁹

⁷⁸ O autor norte-americano considera os membros de uma comunidade política como uma unidade de ação autônoma, governada não apenas de regras criadas por um acordo político, mas também por princípios comuns. A política seria uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça e equidade, e não um espaço onde cada pessoa tenta fazer valer suas convicções da forma mais ampla possível.

⁷⁹ Dworkin (2002, p. 132) afirma que a idéia de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial: a primeira delas é que a comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela; a segunda é que, se um juiz criar uma

Na prática, principalmente de países que seguem regras do *common law*, fica difícil restringir a prática judicial à aplicação da lei, pois as normas exigem uma interpretação antes que se possa aplicá-las a novos casos. Para Dworkin, (2002, p. 128-129) os juízes podem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita, porém, “devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”.

Para levar os direitos a sério, não se deve conceder ao juiz um poder discricionário diante de casos difíceis, como defendem os positivistas, pois isso poderia gerar uma aplicação retroativa do direito. O juiz deve aplicar princípios constitucionais de modo a garantir os direitos dos cidadãos frente ao governo ou à maioria: “Se deixarmos as decisões de princípio exigidas pela Constituição a cargo dos juízes, e não do povo, estaremos agindo dentro do espírito da legalidade, tanto quanto nossas instituições o permitam” (DWORKIN, 2002, p. 232).

O autor não ignora o risco de que os juízes venham a fazer escolhas erradas, porém, parece insistir assim mesmo na necessidade de atuação judicial em defesa dos direitos morais preestabelecidos perante o Estado. A busca pela resposta correta, baseada em uma aplicação de princípios, reduziria a irracionalidade da argumentação jurídica e impediria que o juiz decidisse subjetivamente um caso difícil e se tornasse um legislador.

Enquanto Dworkin procura justificar a função garantidora do juiz e afastar a possibilidade de um poder discricionário, Cappelletti (1993, p. 27) apresenta uma teoria diversa, cuja preocupação central é a questão da criação jurisprudencial do direito. Para o autor, do ponto de vista substancial, a criatividade do legislador pode ser quantitativamente,

nova lei e aplicá-la retroativamente a um caso, a parte perdedora será punida por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

mas não qualitativamente diversa da do juiz, uma vez que ambos os processos (legislativo e judiciário) constituem processos de criação do direito.

O autor italiano apresenta uma idéia mais próxima do modelo positivista, na medida em que defende a utilização da discricionariedade nas decisões judiciárias quando os juizes se deparam com elementos vagos e imprecisos no direito. A diferença em relação ao papel tradicional dos juízes seria apenas de grau e não de conteúdo. No entanto, Cappelletti (1993, p. 23-24) ressalta que discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, pois o juiz criador do direito não está completamente livre de vínculos.

Todo sistema jurídico procura estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais. Do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, e o que os diferencia é o modo ou o procedimento que cada um utiliza em sua formação. Cappelletti (1993, p. 74, 80 e 81) acredita na potencialidade dos tribunais para serem os melhores legisladores possíveis, ao determinarem e adaptarem constantemente as regras técnicas do processo. Além disso, o autor relembra que eles também operam com competência legislativa ao emanarem “diretivas” gerais em tema de interpretação, sem qualquer conexão com determinado caso concreto e que passam a vincular os tribunais inferiores.

O autor italiano acredita que a produção judicial do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, sensível às necessidades da população e às aspirações sociais, mas isso dependeria de um sistema de seleção de juízes, aberto a todos os estratos da população, e de igual oportunidade de acesso aos tribunais. Um judiciário independente dos caprichos momentâneos da maioria, ativo, dinâmico e criativo pode contribuir para a representatividade do sistema democrático ao permitir amplo acesso ao *judicial process* e ao proteger grupos que não estariam em condições de obter acesso ao *political process* (CAPPELLETTI, 1993, p. 99- 107).

No entanto, o autor italiano reconhece a possibilidade de que o judiciário se torne um terceiro gigante, situação que não estaria imune a riscos de autoritarismo, lentidão e irresponsabilidade, devido a uma série de dificuldades apresentadas aos tribunais, como: a) controlar o emprego correto da discricionariedade legislativa e administrativa, especialmente quando são necessários conhecimentos especializados que não estão ao alcance dos tribunais; b) controlar a correta atuação de pronunciamentos judiciais que, para serem efetivamente obedecidos, implicam numa atividade continuativa dos demais poderes e c) por fim, afirmar sua legitimidade democrática, que é mais evidente nas ações dos legislativo e executivo (CAPPELLETTI, 1993, p. 50).

Entretanto, Cappelletti (1993, p. 34) considera que os riscos que envolvem o Judiciário são menos graves, uma vez que a magistratura, especialmente a dos tribunais superiores, é uma categoria que em praticamente todos os países pode ser considerada tudo, menos revolucionária. A teoria desse autor italiano prega a necessidade de fortalecer o Judiciário e reconhecer sua função criativa do direito em prol do sistema de *checks and balances*, garantindo o acesso ao processo judicial para aqueles que não conseguem lutar por seus interesses no campo político.

Para os autores da corrente substancialista, a interpretação judicial é potencialmente capaz de contribuir para a política democrática; para os autores do eixo procedimentalista, a função da jurisdição constitucional seria apenas assegurar os procedimentos democráticos, até porque o direito se conforma através dos mesmos. As divergências são várias, pois decidir a quem cabe interpretar as verdades morais, contidas nas normas constitucionais, não é questão simples de ser respondida. Contudo, acredita-se que as teorias apresentadas sucintamente neste item não colocam direito e política em posição antagônica, mas sim como instrumentos complementares da democracia.

Concorda-se com Ghunter (1998, p. 17), quando este afirma que os direitos individuais e a autonomia política são igualmente constitutivos da democracia, porém, os direitos não existem de forma acabada e sua interpretação e conformação são tarefa que corresponde tanto à criação de uma Constituição, como também à contínua interpretação constitucional e à legislação simples. Se atualmente existe uma tensão cada vez maior entre direito e política, compete aos cidadãos dos quais se origina todo poder público exigir um espaço democrático aberto a todos, e não responsabilizar somente o parlamento ou a jurisdição constitucional pelas falhas do sistema, mas buscar um novo caminho que gere bons resultados desse processo interativo.

A judicialização da política não interfere apenas no âmbito político de criação de normas, pois ela também acarreta em mudanças institucionais no Estado Democrático de Direito. Se do Estado Liberal ao Estado Social houve uma passagem de períodos em que o poder era concentrado nas assembleias legislativas para outros períodos em que a concentração de poder deu-se no executivo, a complexidade de funcionamento e organização das atuais estruturas de poder exige a criação de novos órgãos constitucionais e maior compartilhamento de funções entre os mesmos. O próximo passo será analisar como esse fenômeno da expansão judicial interfere sobre a divisão de poderes na atualidade.

3.3 A judicialização da política e a separação de poderes no Estado Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito, a questão da distribuição de competências entre legislador democrático e justiça reflete uma disputa pelo princípio da divisão de poderes. Diante de um fenômeno multifacetado como o da judicialização da

política, em que a indeterminação da política afeta o direito e possibilita cada vez mais a criação judicial das normas jurídicas, estaria ocorrendo uma usurpação da função legislativa por parte do judiciário ou seria um fenômeno de redefinição das funções estatais?

É difícil concluir se a judicialização da política seria a causa ou o efeito da dificuldade de aplicação da clássica tripartição de poderes nos Estados contemporâneos, mas pode-se dizer que, desde o aparecimento dos Tribunais Constitucionais na Europa, houve uma verdadeira mudança institucional e funcional em relação à divisão de poderes. Partindo da premissa de que a judicialização da política representa um processo de aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas, o *common law* e o *civil law*⁸⁰, a expansão judicial pode ser considerada, segundo Cappelletti (1993, p. 128), como um movimento análogo, senão idêntico, nos dois casos.

Se, por um lado as legislações escritas crescem em importância nos países que adotam o sistema de *common law*, por outro, o modelo americano de jurisdição constitucional continua sendo um exemplo para países baseados no *civil law*, que procuram adaptá-lo aos seus ordenamentos jurídicos. Essa aproximação dos dois sistemas jurídicos afeta a estrutura dos poderes estatais, na medida em que a função judicial se expande dentro do próprio judiciário ou se alastra para outros órgãos constitucionais.

⁸⁰ Cappelletti (1993, p. 116-123) apresenta diversas diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos. Nos países de *civil law*, existe uma dicotomia de cortes supremas, mutuamente autônomas (uma para assuntos civis e penais e outra para matérias administrativas), cada uma com grande número de juízes, que desune e dilui a estrutura judicial, que enfraquece a própria autoridade dos tribunais. Nos países de *common Law*, o tribunal possui uma estrutura unitária e compacta, sendo composto em média por 10 juízes, o que fortalece sua autoridade se comparada aos tribunais de *civil law*. Além disso, os juizes de *common law* podem se recusar a decidir todos os recursos levados a seu julgamento, enquanto as Cortes Superiores da Europa geralmente se encontram afogadas por um grande número de processos sobre os quais decidir para que comprometa a qualidade e coerência dos pronunciamentos. Em relação ao tipo de juízes que compõem os tribunais, enquanto no *civil law* os tribunais são compostos por juízes de carreira, no *common law* a nomeação é uma escolha política. A última diferença apontada pelo autor é a própria concepção do direito, que no *civil law* tende a ser identificado com a lei e os casos de lacuna são resolvidos mediante analogia, enquanto que no *common law* o direito legislativo é uma fonte excepcional do direito e as lacunas são resolvidas através do direito jurisprudencial.

Isso explicaria numa realidade diversa dos países que estabelecem Tribunais Constitucionais, muitas vezes como parte do judiciário, seja como órgão independente (Alemanha) ou como Tribunal Supremo (EUA), ou então o consideram à margem dos três poderes clássicos (Itália, Espanha, Polônia). Nesse último caso, pode-se dizer que surge um quarto “poder” estatal, com a função proteger a Constituição, que foge à formulação teórica de Montesquieu, tanto no aspecto orgânico quanto no funcional.

Mas a divisão de poderes não foi afetada somente pela criação dos Tribunais Constitucionais, pois a mudança orgânica do poder estatal foi modificada pela criação de outros órgãos constitucionais que ultrapassam a tríade dos poderes clássicos como, por exemplo, os Conselhos Superiores da Magistratura ou Conselhos Gerais do Poder Judicial (Itália, França e Espanha), destinados a governar os juízes sem intromissões do Executivo; são órgãos situados no vértice do judiciário, integrados por membros eleitos por outros órgãos constitucionais, ou pelos próprios juízes.

Têm surgido também novos órgãos constitucionais auxiliares dos poderes estatais, criados e dotados de competência e independência orgânica no exercício de suas funções. Citando alguns exemplos apenas, institutos como *Ombudsman* podem auxiliar na vigilância do Executivo e de controle do Parlamento em defesa de direitos fundamentais; os Tribunais de Contas fiscalizando a gestão econômica do Estado; e os Bancos Centrais europeus, na criação de um sistema monetário único que possibilite maior estabilidade de preços.

Para Roca (2000, p. 1108), este é um problema delicado se encarado da perspectiva da divisão de poderes e dos controles, porque a política monetária se torna independente e se desgarrada da direção de política econômica dirigida pelos governos, para outorgá-la a órgãos auxiliares com perfis técnicos. O ritmo de mercado parece mais apropriado à velocidade das transformações contemporâneas, tornando a condução pelo

Estado, cujo processo político possui um tempo próprio e distinto da tecnologia, em apenas um impulso de uma modernização desejada.⁸¹

Além da mudança orgânica, ocorre uma transformação no modo de atuação dos poderes tradicionais, que se mobilizam de maneira muito diferente daquela imaginada pelo constitucionalismo liberal. Esse fato é exacerbado em relação ao Judiciário, integrado por diversos órgãos judiciais, dotados ao mesmo tempo de independência interna, diante dos próprios órgãos judiciais, e externa, em relação aos demais poderes do Estado.

Segundo Garapon (2001, p. 51), “A justiça oferece o espetáculo de um poder desacelerado, dividido, susceptível de recurso, de apelação, de revisão. Essa cena é, portanto, essencialmente descentralizada, opondo-se à concentração de poder”, porém a pluralidade de órgãos internos, pessoais e colegiados não é uma característica exclusiva da organização do judiciário, podendo ser encontrada na descentralização cada vez maior do governo e do legislativo.

Além das mudanças ocorridas com o judiciário, não é mais possível manter uma visão estática ou mecanicista da divisão de poderes na atualidade diante do dualismo orgânico existente entre Parlamento e Governo, habitualmente integrados em Estados que adotam o sistema parlamentarista, e até mesmo nos sistemas presidencialistas, onde o governo cumpre sua plataforma com a colaboração constante da Câmara para a aprovação de leis que sejam de sua iniciativa.

As transformações estatais extrapolam os aspectos estruturais e orgânicos e podem ser visualizadas também em relação às suas funções, que vão além das clássicas estabelecidas pela divisão de poderes do Estado Liberal. Um dos maiores exemplos da

⁸¹ É importante lembrar também que diversos grupos financeiros concorrem com o Estado e subtraem suas decisões, privatizando-as. Com a globalização econômica, este fenômeno de fortalecimento dos “poderes privados” se intensifica.

atualidade é a função de governo (*indirizzo político*), que ocorre através de uma série de interações entre o Poder Legislativo e o Executivo.⁸²

A estrutura das assembléias legislativas parece inadequada diante das constantes e rápidas mudanças provocadas pela globalização, uma vez que sua composição numerosa e sua técnica de funcionamento não se mostram suficientes para elaborar uma complexa legislação atual. Conseqüentemente, o poder normativo dos governos, exercido por assessores e especialistas, tem crescido em razão de inúmeras normas regulamentares com força de lei, que se tornam uma espécie de “legislação de urgência”. Porém, o recurso à regulamentação legislativa, da qual o político usa e abusa ameaça exaurir o sistema jurídico.

Garapon (2001, p. 41) afirma que o papel do Parlamento é paralisado pelo crescente teor técnico em textos que reclamam uma competência que ele não possui. A eficácia de textos parlamentares é perturbada pelo jogo de alianças e de coalizões, fazendo com que a lei deixe de ser a expressão da vontade e passe a ser um “produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz”.

O enfraquecimento da lei foi acelerado pela importância que as fontes supranacionais assumiram nos sistemas jurídicos nacionais e, como seus textos são compostos por princípios que escapam ao alcance do legislador comum, cabe ao juiz dar-lhes a última palavra, tornando-se assim, segundo Garapon (2001, p. 40), um “co-legislador permanente”. O colapso da lei que garantiu na visão clássica a subordinação do juiz, e a nova possibilidade de julgar a lei, oferecida pelos textos que contém princípios superiores, como a Constituição ou os Tratados Internacionais, fortalece cada vez mais a função judicial.

A jurisdição constitucional assume progressivamente uma função “legislativa” através da interpretação das normas constitucionais, fenômeno que, segundo

⁸² O *indirizzo político* pode ser entendido como um ato complexo, realizado por meio de diversos atos ou até com titularidade atribuída a diversos órgãos, atuando simultaneamente ou em momentos separados, mas direcionados a uma única finalidade.

Roca (2000, p. 1114), ocorre por diversas razões: tendência a introduzir cláusulas gerais nas leis, dupla submissão do juiz à Constituição e à lei, o valor normativo dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, o crescimento do direito convencional e sua delicada inserção no ordenamento interno, a integração comunitária, a dificuldade dos fatos e de sua prova, entre outras.⁸³

Todos os fatores até aqui citados, ou seja, a crescente descentralização do poder estatal, a criação de novos órgãos constitucionais, as mudanças no modo de atuação dos poderes tradicionais e o compartilhamento de funções entre os órgãos constitucionais comprovam a grande mudança estrutural, orgânica e funcional do Estado:

“A passagem do originário constitucionalismo ao moderno pluralismo institucional transformou o velho mecanismo da tripartição dos poderes e das funções num mecanismo muito mais complexo, fundado sobre uma pluralidade de centros de poderes institucionais e não institucionais, os quais colaboram uns com os outros e se contrapõem. [...] eles se encontram num plano de relação de concorrência e complementaridade de competências, de modo que as decisões públicas são produzidas pela cooperação entre sujeitos públicos e privados” (DUARTE, 2002, p. 81).

O princípio da separação de poderes, que antes era concebido como um esquema de organização do Estado, onde havia correspondência entre funções, grupos e órgãos estatais, perde sua aplicabilidade prática na medida em que as normas constitucionais não conseguem delimitar claramente a divisão material e formal das funções dos poderes. Nesse sentido, a judicialização da política parece contribuir para que os limites de atuação de cada órgão constitucional se tornem cada vez menos visível, principalmente no âmbito funcional.

⁸³ A projeção da função judicial sobre os diversos âmbitos do Estado, incluindo-se a direção política de governo, que alguns consideram absolutamente discricionária e livre de controles judiciais, abre espaço para uma possível “democracia judiciária”, com os riscos de que ocorram excessos. Outro fator que contribui, segundo Garapon (2001, p. 74), para o surgimento de uma justiça concorrente para a realização da democracia é a mídia, que desperta a ilusão da democracia direta, o sonho de um acesso à verdade, sem o intermédio de qualquer procedimento.

O principal alvo de críticas nesse sentido é a jurisdição constitucional, cuja atuação passa a ser questionada por alguns autores como Habermas (1997, p. 300), que considera o exercício do controle abstrato de normas uma invasão do direito no espaço da política. Para o filósofo alemão, o controle de constitucionalidade é função do legislador, pois assim como a Justiça se reveste de competência para controlar suas próprias atividades, deve ser concedido ao parlamento o exercício de autocontrole, o que contribuiria para incrementar a racionalidade do processo de legislação.

Assim como o legislador não possui competência para examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, utilizam exatamente os argumentos normativos que encontraram na fundamentação presumivelmente racional de uma lei, “a lógica da divisão de poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui os meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo” (HABERMAS, 1997, p. 300).

A teoria do direito de Habermas (1997, p. 300) apresenta uma divisão de poderes que funciona de forma assimétrica, na qual o executivo deve ser submetido ao controle parlamentar e judicial, mas não há possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, de uma supervisão dos outros dois poderes pelo executivo. O filósofo alemão apresenta argumentos favoráveis ao autocontrole do parlamento, de modo a garantir o caráter democrático das decisões estatais, pois uma jurisdição constitucional, enquanto protetora da Constituição, ultrapassaria os limites da divisão de poderes, motivo pelo qual a mesma deveria zelar apenas pela racionalidade dos procedimentos democráticos e pelo acesso ao espaço público.

A judicialização da política afetaria diretamente a divisão de poderes na medida em que o judiciário se fortalece, aproveitando-se da discórdia entre Legislativo e Executivo, ou até mesmo do descrédito com as instituições democráticas, para acabar

dominando aqueles que a ele recorrem. Contudo, Garapon (2001, p. 44) acredita que “a indicação do juiz representa menos uma alteração dos titulares da soberania do que uma evolução da referência da ação política, menos uma rivalidade do que uma *influência recíproca*”.

A procura pelos órgãos judiciais se mostra uma idéia sedutora, na medida em que ela possibilita que qualquer cidadão recorra a ela para interpelar seus governantes, de modo a intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. O acesso à justiça parece mais rápido e eficaz do que aguardar por uma construção democrática da vontade da maioria, através dos partidos políticos, sem contar que essa vontade nem sempre corresponde aos interesses de varias partes da sociedade.

Todavia, a utilização constante dos tribunais não está isenta de riscos, pois, “Na função de julgar, os limites são raramente percebidos e denunciados e um novo dogma de infalibilidade judiciária se instala insidiosamente em nome do próprio aprofundamento da democracia” (GARAPON, 2001, p. 244). Nesse sentido, a divisão de poderes não seria suficiente para impedir possíveis usurpações de poder por parte da jurisdição constitucional.

Por outro lado, existem alguns autores, como Roca (2000, p. 1105), que afirmam justamente o contrário, ou seja, os Tribunais realizam uma função de garantia da divisão de poderes, através de procedimentos diversos e sempre mediante interpretação das normas constitucionais, quando: a) controlam a constitucionalidade das leis, vigiam a divisão constitucional de poderes e asseguram as minorias, diante da arbitrariedade da maioria; b) garantem os direitos fundamentais e delimitam melhor as imprecisas fronteiras entre público e privado; c) resolvem controvérsias sobre competências entre entes territoriais, preservando a divisão vertical de poder entre entes de um mesmo ordenamento; e d) dirimem conflitos entre órgãos constitucionais, garantindo a divisão horizontal de poder.

Contudo, todas as decisões judiciais que envolvam normas constitucionais, inclusive as que pretendam garantir a divisão de poderes, tem como pano de fundo a questão do delicado ponto de equilíbrio entre a soberania popular e a Constituição. Para Castro (1997, p. 148), a judicialização da política é um reflexo da transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formação de políticas públicas, representando um desdobramento das democracias contemporâneas, claramente diverso da divisão clássica de poderes. Se hoje ocorre um fenômeno de expansão judicial, é “porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios”.

Acredita-se que o surgimento da judicialização da política afetou a divisão de poderes, contribuindo para que seu funcionamento se tornasse muito mais complexo e, conseqüentemente, afetando sua eficiência como técnica de limitação do poder. Se o gigantismo estatal resultante do Estado Social dá indícios de crescimento acelerado na contemporaneidade, o caminho mais viável parece ser o fornecimento a cada órgão constitucional do máximo de recursos para controlar os demais poderes e garantir sua autonomia.

Elster (1998, p. 34 a 37) exemplifica, dizendo que é possível criar procedimentos que dificultem as emendas constitucionais, exigindo maiorias qualificadas ou declarando imodificáveis certas matérias e assim evitar mudanças movidas por impulsos passionais. Em relação ao controle de constitucionalidade, o autor acredita que as revisões posteriores oferecem uma melhor proteção dos direitos individuais, uma vez que o controle prévio pode criar uma cumplicidade perigosa entre legislativo e judiciário e, em segundo lugar, porque pode acontecer de uma lei conter um potencial de violação de direitos difícil de antecipar antes da ocorrência de um caso concreto.

Diante da grande dificuldade em se manter um equilíbrio entre os poderes na realidade dos Estados, é preciso criar um sistema eficiente de contrapesos e limitações constitucionais, questão nada simples diante de uma dinâmica constitucional fluida e cambiante. Diversos países optaram por delegar à jurisdição constitucional essa função de garantir a estabilidade do sistema, todavia seu papel no contexto do Estado contemporâneo assume contornos que ultrapassam a estrutura clássica da tripartição de “poderes”: seria então a jurisdição constitucional um quarto poder no Estado Democrático de Direito?

3.4 A jurisdição constitucional como quarto poder: é compatível a judicialização da política com a democracia no Estado Contemporâneo de Direito?

Conforme foi visto no decorrer do presente trabalho, a origem e a legitimidade de atuação da jurisdição constitucional estão intimamente ligadas ao ideal de supremacia da Constituição, desenvolvido historicamente e doutrinariamente a partir do surgimento das Constituições escritas. No entanto, o fato de a defesa do ordenamento jurídico ser exercida por um órgão judicial gera polêmica, pois permite que juízes não eleitos democraticamente decidam sobre questões constitucionais importantes.

Se o principal representante da vontade do povo é o partido político, que interage com o governo, formando um complexo processo político que irá culminar no estabelecimento da vontade da maioria, qualquer interferência da jurisdição constitucional nesse sistema poderia dar a impressão de que a função de defesa da Constituição seria incompatível com a democracia. Por outro lado, a maior parte dos Estados contemporâneos considera essencial a existência de um órgão constitucional, capaz de garantir a realização de um governo limitado.

Para que a atuação da jurisdição constitucional seja compreendida dentro dos sistemas democráticos da atualidade, é preciso diferenciar o conceito de povo da maioria que o governa. Segundo Verdú (2001, p. 279), apesar do papel importantíssimo que o princípio majoritário desempenha no funcionamento da democracia, “o conceito de povo no regime democrático é mais amplo e complexo que o de maioria”.⁸⁴

Escritores democráticos geralmente apresentam argumentos axiológicos para justificar uma conexão estreita entre sistema político e regra da maioria, considerando esta última como característica essencial, quando não exclusiva, da democracia. No entanto Bobbio (2000, p. 436) afirma que o que caracteriza um sistema político democrático não é o princípio da maioria, mas o sufrágio universal, sendo que “atribuir à regra da maioria o poder de maximizar a liberdade ou o consenso é atribuir-lhe uma virtude que não lhe pertence.”.

Conforme foi visto no primeiro capítulo, foi justamente o medo da tirania por parte dos detentores do poder que motivou os americanos a criarem o instituto do controle de constitucionalidade. O problema é que muitas vezes uma decisão judicial relativa a questões constitucionais interfere de modo substancial na competência dos demais poderes, transferindo as decisões políticas, geralmente construídas mediante um conflito de idéias, para o âmbito da jurisdição constitucional.

Diante da estreita relação entre política e direito que caracteriza a Constituição, acredita-se que é difícil à jurisdição constitucional manter sua neutralidade política nas decisões judiciais, na medida em que os próprios integrantes do sistema representativo a procuram, muitas vezes, para re-assegurar e legitimar suas ações. Pode-se dizer que a judicialização da política é um fenômeno que reflete o imenso poder de atuação concedido aos tribunais na atualidade, na medida em que se analisam alguns aspectos concernentes à posição que a mesma ocupa na estrutura estatal.

⁸⁴ “ahora bien, el concepto de pueblo en el régimen democrático es más amplio y complejo que el de mayoría”.

Em primeiro lugar, as questões tratadas pelas normas constitucionais outorgam uma preeminência política e normativa superlativa à Constituição e, como a jurisdição constitucional é seu mais importante intérprete, cabe a ela decidir sobre o alcance do texto constitucional. Em segundo lugar, a capacidade de autolimitação da jurisdição constitucional (que os outros poderes não possuem), permite que sua atuação ultrapasse os limites do controle de constitucionalidade e abranja funções diversas, com destaque para a defesa dos direitos fundamentais.

O terceiro aspecto é mencionado por Duarte (2002, p. 80), que relembra o fato de uma sentença judicial não poder ser revogada, modificada ou declarada ilegítima senão mediante outra decisão jurisdicional. Isso confere à jurisdição constitucional um poder incontrastável, na medida em que lhe possibilita controlar os demais poderes, no momento em que efetua o controle repressivo sobre atos praticados por qualquer poder público e anulá-los, caso os considere contrários à Constituição.

Esses fatores comprovam que a jurisdição constitucional exerce uma função judicial que ultrapassa uma simples aplicação automática das normas e, nesse sentido, acredita-se que é possível defini-la como um autêntico “poder” do Estado, de acordo com Enterria (1981, p. 197-200), um verdadeiro “quarto poder”, materialmente jurisdicional, e em alguns casos, distinto do poder judicial estrito, um poder neutro, que se limita a sustentar a efetividade do sistema constitucional, mas que de modo algum se configura e, menos ainda, impede sua mudança.

Seu papel é garantir que a Constituição seja feita em respeito à rigidez constitucional, mas jamais pode impedir sua revisão, pois a jurisdição constitucional se encontra em posição de paridade em relação aos outros órgãos e poderes do Estado, igualmente subordinados ao poder constituinte. Por outro lado, concorda-se com Tavares (2005, p. 177) quando este afirma que a função arbitral acaba superando a doutrina tradicional

da separação de poderes, ao atribuir à jurisdição constitucional a responsabilidade pela solução dos conflitos entre os demais poderes.

No mesmo sentido, Callejón (2000, p. 392) acredita que, se a jurisdição constitucional é responsável por estabelecer os próprios limites da divisão de poderes, ela acaba se situando em um nível superior à mesma se considerarmos a divisão interna de poder. Diante da estrutura do Estado contemporâneo, cuja multiplicidade de órgãos e funções torna seu funcionamento cada vez mais complexo, e reduz a técnica de separação de poderes a uma garantia de procedimentos específicos a cada órgão, seria a jurisdição constitucional capaz de zelar pela manutenção do sistema estatal?

Enquanto exerce sua função defensora do texto constitucional, tanto para garanti-lo como para desenvolvê-lo e adaptá-lo ao longo do tempo, Enterría (1981, p. 198) considera a jurisdição constitucional como um comissionado do poder constituinte para a sustentação de sua obra, a Constituição, e para manter todos os poderes constitucionais em sua qualidade estrita de poderes constituídos.

Todavia, sendo a Constituição, ao mesmo tempo, resultante e determinante da política, fica difícil estabelecer limites precisos ao exercício da jurisdição constitucional, de modo que ela não usurpe competências de outros órgãos. Nesse sentido, Callejón (2000, p. 392) afirma que existem duas possibilidades: a) ou ela deve se dirigir ao próprio legislador para que este corrija as possíveis inconstitucionalidades; b) ou os juízes devem, por via da analogia, suprir as omissões constitucionais das leis.⁸⁵

⁸⁵ Além disso, a criatividade jurisprudencial teria efeito retroativo e conseqüentemente entraria em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade das normas. Cappelletti (1993, p. 83-89) também menciona a incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do direito, pois os tribunais não possuem recursos, inclusive financeiros, mediante os quais os parlamentos, comissões legislativas e ministérios possuem para efetuar pesquisas. Quando os juízes tomam decisões de caráter político *latu sensu*, tem a sua disposição escassos instrumentos para lhes assegurar a execução e geralmente são carentes de qualquer possibilidade de observar e controlar a execução e seus efeitos. Se for concedida aos juizes a possibilidade de suprir omissões constitucionais, surge o problema de como controlar os atos dos tribunais, pois existe uma série de aspectos que dificultam essa fiscalização. Para o cidadão normal, por exemplo, é mais difícil ter informação

A primeira alternativa seria mais condizente com a manutenção da separação de poderes, cada qual exercendo suas funções típicas, situação em que restaria à jurisdição constitucional apenas o dever de informar ao legislador sobre a ocorrência de desrespeito à Constituição; no segundo caso, se os juízes resolvem interpretar o direito de modo a resolver omissões constitucionais, eles interferem diretamente na competência de outros poderes, o que tornaria muito mais difícil limitar seu poder e influência dentro do Estado.⁸⁶

A função judicial nunca pode pretender substituir ao legislador, pois a jurisprudência possui função corretora da legalidade, que somente intervém quando ocorre alguma falha no procedimento ordinário.⁸⁷ Segundo Callejón (2000, p. 385-386), a jurisdição constitucional fornece apenas uma fonte complementar do direito, que carece da plenitude própria da produção legal, porém, apesar de o legislador poder modificar livremente suas próprias normas, não poderá fazê-lo em sentido contrário ao da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Acredita-se que o princípio democrático é o principal limitador da jurisdição constitucional, na medida em que a mesma está estritamente submetida ao Poder constituinte, sendo que este, segundo Enterría (1981, p. 201), pode alterar as competências do tribunal ou até mesmo suprimi-las como ao próprio órgão, ou também limitar o poder interpretativo concedido pela Constituição. O povo pode pôr em movimento o poder de revisão constitucional e definir uma nova norma que regula a atuação da jurisdição constitucional, caso a mesma ultrapasse os limites de sua função.

adequada do direito jurisdicional do que do direito legislativo, pois os “repertórios” do direito são usualmente mais numerosos, custosos e difíceis de serem consultados do que os códigos e leis oficialmente publicadas.

⁸⁷ Enquanto o legislador tende a formulações normativas completas, o Tribunal Constitucional tende a gerar disposições ou normas que somente resultarão aplicáveis em contextos normativos previamente definidos pelo legislador. O trabalho judicial se produz em um contexto muito reduzido e sobre enunciados que podem configurar normas diretamente aplicáveis, condicionando a função legislativa e a atuação dos tribunais ordinários.

Contudo, redefinir o modo de atuação da jurisdição constitucional através de revisão constitucional exige um longo processo, o que pode colocar em risco a estabilidade do sistema democrático, uma vez que todos os outros órgãos estatais possuem poderes limitados e definidos no texto constitucional. Parece haver um excesso de confiança nos juízes⁸⁸, um cenário que se fortalece diante da falta de confiança nos “poderes políticos”, que muitas vezes revelam notável dose de incompetência institucional.

No entanto, mesmo que não seja possível entender a Constituição fora da realidade política com categorias exclusivamente jurídicas, pois as questões constitucionais são também questões políticas. Bercovici (2004, p. 24) alerta para o fato de a Constituição não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, para evitar a consolidação de um “positivismo jurisprudencial”, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente.

O fortalecimento da jurisdição constitucional e sua interferência cada vez maior em questões políticas podem ser vistos como um reflexo de um sistema representativo falho, incapaz de atender efetivamente os cidadãos. Nesse sentido, Vianna (et. al., p 1999, p. 44) afirma que a judicialização da política teria contribuído para a criação de duas “democracias” constitucionais – a da representação e a da participação – sendo esta última dependente da mediação do direito.

Se por um lado a jurisdição constitucional se torna um mecanismo de participação na democracia, os riscos de abuso por parte dos tribunais são evidentes. Para impedir possíveis usurpações da realização do princípio democrático por parte dos tribunais, restringindo sua atuação a garantia do princípio de governo limitado, Ely apresenta uma teoria

⁸⁸ Para Cappelletti (1993, p. 90-92), bom juiz é aquele que tem consciência das limitações de sua atividade, que se mostra sensível às muitas circunstâncias que lhe envolvem e é capaz de utilizar da prudência ou de dinâmico atrevimento em seu devido momento. Além disso, o autor afirma que “a ‘impotência’ relativa dos tribunais de ‘executarem sua vontade’ é vista por alguns como uma ‘fonte de força’, antes que de fraqueza, pois induz os juízes a ‘comandar convencendo, em vez de constrangendo’”.

contemporânea sobre o controle de constitucionalidade, defendendo que seu uso seja limitado a garantir a estabilidade do processo democrático, protegendo principalmente direitos relativos à liberdade de sufrágio e manifestação no campo político.

Ely (1997, p. 112-114) apresenta três argumentos para defender que o controle constitucional deve estar voltado para proteger a participação e reforçar o princípio representativo: primeiramente, selecionar e ajustar valores substantivos é papel do processo político e o texto constitucional se preocupa em garantir a equidade procedimental na resolução de conflitos individuais, com o intuito de assegurar uma ampla participação nos processos e distribuições de governo.

Em segundo lugar, uma aproximação do controle constitucional que reforce a representatividade, diferentemente da posição de proteção de valores, é consistente com os pressupostos do sistema representativo. Por último, essas são tarefas que os tribunais, como expertos em processos e, mais importante ainda, por serem alheios à política, podem sustentar razoavelmente que se encontram melhor qualificados para realizá-las que os funcionários políticos.

A posição de Ely (1997, p. 127) é clara no sentido de que preservar valores fundamentais não é propriamente uma função constitucional e que caberia ao Tribunal Constitucional fiscalizar se aqueles que tomam as decisões estão cumprindo com seu dever, levando em conta os interesses de todos os afetados.⁸⁹ É preciso garantir que os interesses de todos estejam representados virtual ou efetivamente no momento de uma decisão substantiva e que o processo político não seja manipulado, de maneira que introduzam de novo na prática o tipo de discriminação que se proíbe na teoria.

⁸⁹ Para Ely (1997, p. 130), o processo político não inspira confiança quando: a) quem detém o poder bloqueia os canais de mudança política para assegurar sua posição e excluir os demais; b) mesmo sem negar o direito de voto, os representantes comprometidos com a maioria parlamentar colocam em desvantagem alguma minoria, por simples hostilidade ou por negar o reconhecimento de uma comunidade de interesses.

Tomando-se por base as idéias de Ely, acredita-se que a existência da jurisdição constitucional, enquanto defensora da Constituição, é necessária em um sistema democrático, para garantir a idéia de governo limitado. Contudo, seu exercício deve se restringir a regular os procedimentos de formação da vontade popular, garantindo que todos os interesses sejam levados em consideração dentro do espaço público.

A jurisdição constitucional deve manter em aberto o espaço do pluralismo, evitando interpretações que podem reduzi-lo, pois em uma democracia constitucional e pluralista, é o princípio democrático que legitima sua intervenção e ao mesmo tempo limita sua capacidade de produção normativa. Por fim, apenas quando a democracia legislativa se choca com a democracia constitucional, quando o legislador vulnera claramente os direitos constitucionais, é que o defensor da Constituição pode reparar a atuação legislativa.

CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional vem se tornando um dos principais poderes estatais dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito. A expansão da função judicial, chamada por alguns autores de judicialização da política, é um fenômeno que se intensifica desde a crise do modelo liberal de Estado e, diante da forte influência da doutrina norte-americana no pós-guerra, a jurisdição constitucional passa a ser considerada guardiã das Constituições do Estado Social.

O controle de constitucionalidade altera as características iniciais da função judicial que foram estabelecidas através da teoria de separação de poderes de Montesquieu, pois o autor francês considerava o judiciário como mero aplicador das leis, cuja criação seria competência exclusiva do parlamento. A partir do momento em que a jurisdição constitucional começa a definir os valores constitucionais que devem ser resguardados e obedecidos pelos três poderes estatais, isso a torna uma instituição capaz de interferir diretamente nas decisões políticas tomadas pelos poderes democraticamente eleitos.

A judicialização da política seria apenas um desses fatores que alteram o funcionamento da estrutura estatal, a partir do momento em que a função judicial adquire um importante papel na manutenção do equilíbrio constitucional. A crescente descentralização do poder estatal, a criação de novos órgãos constitucionais, dentre eles a jurisdição constitucional, as mudanças na forma de atuação dos poderes tradicionais e o compartilhamento de funções entre os órgãos constitucionais fazem do gigantismo do aparelho estatal, e da expansão das funções de cada poder, fortes características do Estado contemporâneo.

Todos esses aspectos interferem na divisão de poderes, de modo que sua concepção clássica não corresponde mais à atual realidade político-constitucional e sua aplicação acaba restringindo-se a garantir simples regras de procedimentos para cada um dos poderes estatais. Em relação à judicialização da política, acredita-se que a mesma afetou a eficiência da divisão de poderes como técnica de limitação do poder, na medida em que o fortalecimento da jurisdição constitucional ultrapassa a simples aplicação automática das normas e se torna um autêntico “poder” do Estado.

Ao colocar nas mãos da jurisdição constitucional a responsabilidade de proteger as normas constitucionais, garantindo que os poderes não ultrapassem os limites de atuação estabelecidos pela própria Constituição, essa instituição acaba se situando em um nível superior à divisão interna de poderes. Contudo, a função da jurisdição constitucional deve se restringir a garantir que a Constituição seja feita em respeito à rigidez constitucional, jamais podendo impedir sua revisão, pois não deixa de ser um poder constituído como os outros órgãos e poderes do Estado, igualmente subordinados ao poder constituinte.

No âmbito constitucional, a dimensão política da atuação judicial se torna evidente e permite que os tribunais exerçam uma função “legislativa” através da interpretação das normas constitucionais. Esse fenômeno é ocasionado por uma série de fatores, como: as diversas cláusulas gerais introduzidas nas leis e que exigem interpretação por parte dos tribunais, a submissão do juiz à Constituição e à lei, o valor normativo dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, caracterizados pela ampla generalidade e abstração, entre outros.

A jurisdição constitucional se torna responsável por resolver conflitos entre os direitos dos cidadãos, recepcionados pelas Constituições e as ações políticas da maioria, protegendo o ordenamento constitucional de possíveis abusos e garantindo às minorias a participação nas decisões democráticas. Sua existência enquanto defensora da Constituição é

considerada necessária em um sistema democrático, na medida em que o controle de constitucionalidade representa um dos principais mecanismos da atualidade que garantem o princípio de governo limitado.

Todavia, sua intensa atuação nas sociedades contemporâneas em prol da defesa da Constituição e da concretização de suas normas asseguradoras de direitos alimenta um debate em relação à legitimidade de suas decisões. A princípio, parece haver um antagonismo entre constitucionalismo e democracia, uma vez que um controle judicial sobre os atos dos representantes eleitos diretamente pelo povo parece incompatível com a realização da vontade dos cidadãos.

Os sistemas democráticos contemporâneos não podem ser sustentados na idéia de governo de uma maioria com vontade e poderes ilimitados, pois o conceito de povo não corresponde ao da maioria que o governa. A existência da jurisdição constitucional só tem razão de ser, enquanto instituição protetora da Constituição, diante da necessidade de proteger a norma fundamental, criadora dos procedimentos de realização da vontade democrática, de possíveis abusos por parte de quem detém o poder.

A criação da legislação demanda um procedimento complexo e demorado que nem sempre consegue produzir decisões políticas que acompanhem as rápidas transformações da sociedade, abrindo-se então oportunidades para que as demandas sociais sejam atendidas pelo Executivo e Judiciário. O exercício da função legislativa exercida pelos parlamentos se torna prejudicada pelo jogo de alianças e de coalizões partidárias, fazendo com que a lei deixe de ser a expressão da vontade popular e propicie ao juiz diversas possibilidades de interferir em seu processo de elaboração.

O fortalecimento da jurisdição constitucional, e sua influência cada vez maior sobre as decisões políticas, pode ser visto como um reflexo de um sistema representativo falho, incapaz de atender efetivamente aos cidadãos, pois se hoje existe uma

expansão judicial cada vez maior, esse fenômeno talvez seja decorrência das falhas de funcionamento do legislativo e executivo, que levam à procura cada vez maior dos tribunais, uma vez que a atuação dos poderes eleitos democraticamente é considerada muitas vezes insuficiente ou insatisfatória.

Por outro lado, a utilização constante dos tribunais apresenta uma série de riscos, pois a função judicial não possui limites claramente delimitados, sem contar que existe a possibilidade de surgir um dogma de “infalibilidade judiciária”. Como não se acredita que seja possível para o juiz manter-se neutro diante das disputas políticas e sociais que ocorrem na sociedade, é preciso estabelecer limites à atuação da jurisdição constitucional, de modo a garantir a legitimidade de sua atuação, fundamentada na supremacia da Constituição.

A expansão da jurisdição constitucional na atualidade apresenta uma série de riscos que precisam ser levados em consideração. O primeiro deles é a importância da função protetora da Constituição que, devido à preeminência política e normativa das normas constitucionais, concede ao seu mais importante intérprete um grande poder para decidir sobre o alcance do texto constitucional. Em segundo lugar, a atuação da jurisdição constitucional pode ultrapassar os limites do controle de constitucionalidade, caso lhe seja permitido estabelecer o conteúdo da Constituição, uma vez que essa instituição possui capacidade de autodelimitar suas competências, capacidade esta que os outros poderes estatais não possuem.

O terceiro aspecto que representa um fator de risco é o fato de uma sentença judicial não poder ser revogada, modificada ou declarada ilegítima, senão mediante outra decisão jurisdicional, o que confere à jurisdição constitucional um poder incontestável, na medida em que lhe possibilita controlar os demais poderes através do controle de constitucionalidade. Diante de todos esses riscos eminentes, acredita-se que a jurisdição constitucional deve agir somente quando a democracia legislativa se choca com a democracia

constitucional, ou seja, quando um poder público desrespeita manifestamente os direitos constitucionais.

Enquanto instituição protetora da Constituição, a jurisdição constitucional tem duas opções de ação, diante de uma ofensa ao texto constitucional: ou ela se dirige ao próprio poder que o desrespeitou, para que o mesmo corrija as possíveis inconstitucionalidades, ou os juízes assumem a função de legisladores, suprimindo as omissões constitucionais das leis. Acredita-se que a primeira alternativa seria a melhor opção, pois, no segundo caso, se for permitido aos juízes interpretar o direito de modo a suprir omissões constitucionais, dificilmente se conseguiria limitar seu poder e influência dentro do Estado.

É possível transformar a atuação da jurisdição constitucional em expressão de um sistema pluralista, compatibilizando-a com o princípio democrático, mas para isso é preciso estabelecer limites ao seu papel de defensor da Constituição. Caso contrário, a legitimidade de suas decisões pode ser questionada por estar usurpando uma função que deveria ser exercida pelos cidadãos, os verdadeiros detentores do poder constituinte.

Nesse sentido, acredita-se que a corrente procedimentalista oferece a melhor opção, ou seja, a jurisdição constitucional deve se limitar a garantir os mecanismos de realização da democracia deliberativa, contribuindo para a manutenção dos processos democráticos, bem como responsabilizando seus atores. Enfim, somente textos e garantias procedimentais são capazes de garantir a imparcialidade da Justiça e conceder segurança jurídica ao ordenamento, impedindo que o direito invada o espaço da política e que a jurisdição constitucional se torne um novo legislador, ao invés de protetora da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004, 272 p.

BARBOSA, Claudia Maria. *Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil*. 225 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

BARKER, Robert. S. “Eu Juro” (*uma perspectiva histórica da indicação, aprovação e nomeação de juízes à Suprema Corte dos Estados Unidos*). Revista Eletrônica do Departamento de Estado dos EUA. E-journal USA: Questões de democracia, Vol 10, n. 1, abril de 2005, p. 13-16. Disponível em: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/barker.htm>. Acesso em: 12 mai 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Revista Lua Nova*, n. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 24 ago 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Teoria das formas de governo*. Brasília: Ed. UNB, 1997, 179 p.

_____. *Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000, 717 p.

BOTELLA, Juan; et. al. (ed.). *El pensamiento político en sus textos – De Platón a Marx*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, 454 p.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Tribunal Constitucional y creación del Derecho. In: TEMPLADO, Eduardo Espín; REVORIO, F. Javier Díaz (org). *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 381-395.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992, 142 p.

_____. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Junior, 1993, 134 p.

CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General Del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, 1327 p.

CARVALHO, Lucas Borges de. *Constituição, democracia e integridade: a legitimidade política da jurisdição constitucional no Brasil*. 249 p. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 34, vol. 12, jun 1997, p. 147-156

- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução à edição brasileira. In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, 260 p.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 556 p.
- DUARTE, Francisco Carlos. *Reforma do Judiciário – por um novo paradigma (Vol II)*. Curitiba: Juruá, 2002, 160 p.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 568 p.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 513 p.
- _____, et. al.; Impera el derecho sobre la política? In: *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad n. 4*. Barcelona: Editorial Paidós, 1998, p. 5-21
- ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, 290 p.
- ELSTER, Jon. Regla de mayoría y derechos individuales. In: *La Política. Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad, n. 4*. Barcelona: Editorial Paidós, 1998, p. 23-57.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1981, 257 p.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, 131 p.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion De la Antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Editorial Trotta S/A, 2001.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1993, 636 p.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, 269 p.
- GOZZI, Gustavo. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, et. al. *Dicionário de Política Vol. 1*. Brasília: UNB, 2004, p. 401-409.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, 172 p.
- GUNTHER, Klaus, et. al. Impera el derecho sobre la política? In: *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad, n. 4*. Barcelona: Editorial Paidós, 1998, p. 5-21.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 354 p.

_____, et. al. Impera el derecho sobre la política? In: *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad* n. 4. Barcelona: Editorial Paidós, 1998, p. 5-21.

HAMILTON, Alexander; et. al. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. 534 p.

JAY, John, et. al. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. 534 p.

JONES, John Paul. *A Suprema Corte: uma instituição singular*. Revista Eletrônica do Departamento de Estado dos EUA. E-journal USA: Questões de democracia, Vol 10, n. 1, abril de 2005, p. 9-12. Disponível em: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/jones.htm>. Acesso em: 12 mai 2006.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 319 p.

_____. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 1995, 82 p.

KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 1-86

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e Justiça. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 17, p. 45-52, nov. 2001.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 639 p.

MADISON, James; et. al. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, 534 p.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta S/A, 1998, 318 p.

_____. Constitucionalismo. In: BOBBIO, et. al. *Dicionário de Política Vol. 1*. Brasília: Ed. UNB, 2004, p. 246-258.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 189 p.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 546 p.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 851 p.

MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, 2001, p. 337-356.

POLIBIO. *História*. Brasília: Ed. UNB, 1985, 601 p.

- REGONINI, Gloria. Estado do Bem-Estar. In: BOBBIO, et. al. *Dicionário de Política Vol. 1*. Brasília: Ed. UNB, 2004, p. 416-419.
- ROCA, Javier García. Del principio de la division de poderes. In: VEGA, Pedro de; MORODO, Raul. *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú (Tomo II)*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2000, p. 1088-1127.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, 176 p.
- SCHMITT, Carl. *La defensa da la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1998, 251 p.
- SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 298 p.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, 424 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 416 p.
- STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, 272 p.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 710 p.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, 555 p.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, 633 p.
- TREVELYAN, George McCaulay. *A Revolução Inglesa*. Brasília: Editora UNB, 1982, 115 p.
- ULLA, Juan Manuel López. *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid: Editorial Tecnos, 146 p.
- VERDÚ, Pablo Lucas; CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *Manual de Derecho Político Vol. I*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, 324 p.
- VIANNA, Luiz Werneck, et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, 270 p.
- VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Found. Inc., 1998, 455 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. SP: RT, 1995, 216 p.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.