

JUDICIALIZAÇÃO
DA POLÍTICA

E ALTERNATIVA
REPUBLICANA

Nelson Juliano Cardoso Matos

EDITORA
UNIVERSITÁRIA
DA UFPI

**JUDICIALIZAÇÃO
DA POLÍTICA
E ALTERNATIVA
REPUBLICANA**

Nelson Juliano Cardoso Matos

EDITORA
UNIVERSITÁRIA
DA UFPI

NELSON JULIANO CARDOSO MATOS

Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Piauí

JUDICIALIZAÇÃO
DA POLÍTICA
E ALTERNATIVA
REPUBLICANA



EDUFPI
EDITORA UNIVERSITÁRIA DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ

Reitor

Gildásio Guedes Fernandes

Vice-Reitor

Viriato Campelo

Superintendente de Comunicação Social

Samantha Viana Castelo Branco Rocha Carvalho

Diretor da EDUFPI

Cleber de Deus Pereira da Silva

EDUFPI - Conselho Editorial

Cleber de Deus Pereira da Silva (presidente)

Cleber Ranieri Ribas de Almeida

Gustavo Fortes Said

Nelson Juliano Cardoso Matos

Nelson Nery Costa

Viriato Campelo

Wilson Seraine da Silva Filho

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

M433j Matos, Nelson Juliano Cardoso.
Judicialização da Política e Alternativa
Republicana / Nelson Juliano Cardoso Matos -
Teresina: EDUFPI, 2024.

242 p.

ISBN 978-65-5904-342-2

1. Judicialização da política 2. Republicanismo 3
Democracia 4 Separação de poderes 5.
Constitucionalismo

CDD 340.4

Dedico este livro, como sempre foi e será, à minha família, de onde vem a felicidade genuína da minha vida. Ao meu pai, Matias (*in memoriam*), e à minha mãe, Carminha. À Deborah. À vó Iracilda (*in memoriam*), à tia Di, à Karenina, à Indira e ao Diego. E ao novo Matias, que possa ter encarnado a sabedoria e a prudência do avô.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 O DILEMA DA LIBERDADE	11
1 O DILEMA DA LIBERDADE COMO PROBLEMA MODERNO	11
2 INTERPRETAÇÕES, DISTINÇÕES E ACRÉSCIMOS EM RELAÇÃO À CONFERÊNCIA DE ISAIAH BERLIN	17
3 BENJAMIN CONSTANT E A RAIZ DO PROBLEMA	32
4 LIBERDADE E SEUS INIMIGOS	39
CAPÍTULO 2 REVISITANDO O DEBATE SOBRE A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	43
1 SITUANDO O DEBATE: CINCO ADVERTÊNCIAS ANTES DE LER MONTESQUIEU	45
2 DESENHOS INSTITUCIONAIS CONTRA O ARBITRÁRIO: A CONFORMAÇÃO DAS DOCTRINAS DA SEPARAÇÃO DE PODERES NOS SÉCULOS XVII, XVIII E XIX	48
3 EM BUSCA DE UMA DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM MONTESQUIEU: TRÊS TEORIAS DA SEPARAÇÃO DE PODERES	62
4 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES, E SUAS VARIAÇÕES, DEPOIS DE MONTESQUIEU	82
5 O QUE CONTÉM DE DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM <i>A CONSTITUIÇÃO DA INGLATERRA?</i>	94

CAPÍTULO 3 ANTECEDENTES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: AS QUESTÕES CLÁSSICAS EM TORNO DO PROTAGONISMO JUDICIAL	97
1 A CONTROVÉRSIA EM TORNO DA APRECIÇÃO DAS QUESTÕES POLÍTICAS PELO JUDICIÁRIO	99
2 JUÍZES LEGISLADORES E OUTRAS SUPOSTAS INCONGRUÊNCIAS CONEXAS (CRIATIVIDADE JUDICIAL, DEMANDAS REPETITIVAS E DIREITOS DIFUSOS)	105
3 PODER NORMATIVO DOS TRIBUNAIS: PODER JUDICIÁRIO ESTABUINDO REGULAMENTOS	112
4 GOVERNO DOS JUÍZES CONTRA A LEGISLAÇÃO SOCIAL: EM TORNO DO ARGUMENTO DE EDOUARD LAMBERT	118
5 QUATRO CASOS DE “ATIVISMO” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO LIMAR DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA (DÉCADA 2000): A REFORMA POLÍTICA	122
CAPÍTULO 4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: NOÇÕES GERAIS E DISTINÇÕES CONCEITUAIS	129
1 EM BUSCA DE UM CONCEITO PROVISÓRIO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PROBLEMA SEMÂNTICO	129
2 AMPLIANDO O SENTIDO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: DISTINÇÕES E DIMENSÕES	135
3 REDUZINDO O SENTIDO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA MINIMIZAR O PROBLEMA DA AMBIGUIDADE SEMÂNTICA	138
CAPÍTULO 5 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: 250 ANOS DEPOIS DE MONTESQUIEU	141
1 TENTATIVAS DE CONTEXTUALIZAR O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO SÉCULO XX	142
2 NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS, 250 ANOS DEPOIS	145
3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PURA E	147

DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

CAPÍTULO 6 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DOCTRINA DA SUPREMACIA LEGISLATIVA: OS LIMITES DO DISCURSO DEMOCRÁTICO	169
1 O VERDADEIRO RIVAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A DEMOCRACIA	169
2 O DISCURSO DOS DIREITOS E A OCLOCRAZIA: NO LIMAR DA DEGENERACÃO INEVITÁVEL DAS FORMAS SIMPLES DE GOVERNO	172
CAPÍTULO 7 RETORNO A MONTESQUIEU COMO ANTÍDOTO CONTRA O MAL-ESTAR DA SUPOSTA CRISE PARADIGMÁTICA: TEORIAS REPUBLICANAS NO ÚLTIMO QUARTO DO SÉCULO XX	175
1 REPUBLICANISMO MODERNO ANTES DO NEORREPUBLICANISMO	177
2 NEORREPUBLICANISMO COMO RIVAL DO LIBERALISMO	183
3 REPUBLICANOS ENRUSTIDOS (LIBERAIS DECLARADOS) E REPUBLICANOS DECLARADOS (COMUNITARISTAS ENRUSTIDOS): O QUE RESTA DE REPUBLICANO NO NEORREPUBLICANISMO?	203
CAPÍTULO 8 REPUBLICANISMO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	207
1 HÁ UM CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO?	207
2 POR QUE O MAL-ESTAR COM A “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” NO BRASIL?	214
CONSIDERAÇÕES FINAIS	223
REFERÊNCIAS	227

INTRODUÇÃO

A temática da judicialização da política há vinte anos deixou de ser original do Brasil. Essa expressão, acompanhada de outras próximas como ativismo judicial, protagonismo judicial ou politização da justiça, impregnaram a discussão não apenas nos círculos acadêmicos, como também no ambiente político, forense e na vida cotidiana das pessoas. Apesar dessa abundância de referências, raras vezes o tema foi enfrentado com o devido distanciamento e com a devida isenção; os aspectos eleitorais e ideológicos contaminaram nitidamente boa parte dos estudos sobre o assunto. Certo engajamento político de muitos estudiosos sobre o tema levou a uma vasta produção equivocada ou tendenciosa, resultando mais incompreensão do que clareza a respeito da judicialização da política.

Esta releitura de um tema que já havia desenvolvido em outras oportunidades foi iniciado em uma quase sabática, no contexto da reclusão obrigatória provocada pela Pandemia de 2020; logo em seguida pelo incentivo de José Nunes de Cerqueira Neto para concretizar esta publicação, com quem mantive os últimos diálogos a respeito do desenho deste livro.

Todas as lacunas e erros são decorrentes das minhas limitações, apesar do esforço para superá-las. O esforço foi motivado por bons conselhos, boas

orientações e boas discussões de longa data. O interesse pela teoria democrática remonta aos tempos do mestrado na UnB, com a Profa. Loussia Felix e o Prof. Terrie Groth (*in memoriam*); e pela judicialização da política aos tempos do doutorado na Faculdade de Direito do Recife com o Prof. Raymundo Juliano Rego Feitosa. A curiosidade pela escavação histórica remonta aos velhos amigos da Faculdade de Direito do Recife, André Melo, Gilson Cunha, George Galindo e Mauro Cunha. A rebelião contra a modernidade remonta à velha guarda do República (núcleo de pesquisa), com Horácio Neiva, José Amável, Alysson Nunes e Bruno Souza. O cuidado com o que escrever devo ao exemplo do Prof. Moura Borges. Nos últimos anos, recebi incentivo adicional dos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Faculdade de Direito da UFPI. Registro os sinceros agradecimentos a todos.

O argumento desta pesquisa, em síntese, foi estruturado em oito etapas; cada uma corresponde a um dos capítulos deste livro. A problemática da pesquisa é, inicialmente, apresentada na sua dimensão teórica mais abrangente, como o dilema da liberdade, ou, na dimensão específica do direito constitucional, o paradoxo do estado democrático de direito; em síntese, releva a frustração das tentativas do último século para compatibilizar operacionalmente dois valores estruturante da modernidade, a liberdade e a democracia. A tensão revelada do capítulo um foi superficialmente apaziguada nas últimas décadas por uma retórica em torno de um equivocado alicerce, o princípio constitucional da separação de poderes. O capítulo dois, nesse sentido, serve para contrastar a superficialidade do referido

princípio na forma pela qual foi amplamente difundido e a densidade da teoria original, sobretudo a partir da leitura atenta da obra de Montesquieu e de seus desdobramentos. Em diversas situações, a crítica ao fenômeno da judicialização da política é marcada por uma pretensa transgressão ao princípio da separação de poderes. No rastro para entender o fenômeno, o capítulo três resgata os seus antecedentes e o capítulo quatro esboça um conceito de judicialização da política, ainda que meramente operacional. Nos capítulos cinco e seis, é possível descortinar alguns equívocos do debate contemporâneo sobre separação de poderes e sobre judicialização da política, sobretudo para perceber que o verdadeiro rival da judicialização da política é a hegemonia democracia. Por fim, nos capítulos sete e oito, o estudo de teorias republicanas no último quarto do século XX provoca, de certo modo, um retorno a Montesquieu como antídoto contra o mal-estar da suposta crise paradigmática. Toda essa cadência argumentativa permite entender o contraditório mal-estar com a judicialização da política no Brasil.

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica. Dois critérios foram utilizados para selecionar a bibliografia: foram preferidos os clássicos aos contemporâneos e pretendeu-se que o conjunto da bibliografia propiciasse uma visão interdisciplinar. A opção pelos clássicos não excluiu os autores contemporâneos, principalmente quando suas obras são consideradas clássicas ou quando seus comentários são indispensáveis para compreender os clássicos. Também, a visão interdisciplinar dos autores selecionados não significou que todas as obras consultadas (observadas individualmente) tenham essa

visão, mas que o conjunto das obras consultadas reflita a interdisciplinaridade.

Resta necessária uma derradeira advertência. A partir de Pandemia de 2020, é perceptível a intensificação do protagonismo judicial no Brasil, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral e do Conselho Nacional de Justiça. Esses eventos são excessivamente recentes e excessivamente complexos para uma análise que não seja distante deles. A prudência, portanto, exige aguardar, em proveito de conclusões mais confiáveis, seguras e isentas. Portanto, em certo sentido, embora publicado em 2024, este livro é de 2020.

CAPÍTULO 1

O DILEMA DA LIBERDADE

1 O DILEMA DA LIBERDADE COMO PROBLEMA MODERNO

1.1 Liberdade como fundamento da ordem política moderna

Ainda no século XVIII, Montesquieu expressou o fascínio e o problema moderno da liberdade: tudo pode e todos a querem. O trecho do início do Livro Décimo Primeiro¹ de *O espírito das leis* serve de prólogo desta seção; apesar de a transcrição ser longa, é elucidativa.

Não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade. Uns a tomaram como a facilidade de depor aquele a quem deram um poder tirânico; outros, como a faculdade de eleger a quem devem obedecer; outros, como o direito de estarem armados e de poderem exercer a violência; estes, como o privilégio de só serem governados por um homem de sua nação, ou por suas próprias leis. Certo povo tomou por muito tempo a liberdade como sendo o costume de possuir uma longa barba. Estes ligaram este nome a uma forma de governo e excluíram as outras. Aqueles que experimentaram o governo

¹ *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição.*

republicano colocaram-na neste governo; aqueles que gozaram do governo monárquico puseram-na na monarquia. Enfim, cada um chamou liberdade ao governo conforme a seus costumes ou a suas inclinações; e como numa república não se tem diante dos olhos, e de maneira tão presente, os instrumentos dos males dos quais se queixa, e como até as leis parecem falar mais e os executores da lei falar menos, ela é normalmente situada nas repúblicas e excluída das monarquias. Enfim, como nas democracias o povo parece mais ou menos fazer o que quer, situou-se a liberdade nestes tipos de governo e confundiu-se o poder do povo com a liberdade do povo².

As palavras de Montesquieu explicam com muito mais estilo a síntese de Isaiah Berlin, duzentos e cinquenta anos depois: “liberdade é um termo cujo significado é tão poroso que há poucas interpretações a que é capaz de resistir”³. A crítica da modernidade aos fundamentos políticos da ordem antiga e medieval também deixou sem lastro os fundamentos da ordem moderna⁴. A ausência de uma fonte divina, natural ou tradicional do poder legítimo deixou a modernidade à mercê do mais insequente ceticismo e, portanto, da anarquia, ou à mercê do exercício puro do poder arbitrário que legitima a si próprio. Nesse contexto moderno, três elementos sustentam o paradigma oitocentista: a doutrina de direitos inatos, a doutrina de soberania popular e a doutrina de separação de poderes. Os três elementos, por sua vez, têm o mesmo fundamento: a liberdade. Os direitos inatos, invioláveis pelo poder estatal, asseguram a liberdade individual (a

² Montesquieu. *O espírito das leis*, pp. 165-6.

³ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 3.

⁴ Sobre uma explicação alternativa às consequências da dissolução do paradigma medieval, cf. Erich Fromm. *O medo à liberdade*.

esfera privada livre da interferência nos aspectos mais relevantes da vida); a democracia assegura que as leis que obrigam cada um sejam a expressão da vontade racional dos próprios destinatários do mando, ou seja, obedecer suas próprias ordens, que alguns denominam de autonomia e outros de liberdade política; e a separação de poderes assegura a engenharia institucional para o controle do poder político arbitrário em proveito da liberdade.

A liberdade se tornou o fundamento da ordem política moderna, mas, proporcionalmente à sua relevância, o dissenso semântico e mesmo a manipulação semântica aumentaram. Apesar disso, o dilema da liberdade não é apenas a percepção do problema semântico e da tentativa de desvendar o verdadeiro sentido da liberdade. É, também, a percepção da tensão interna ao paradigma para saber qual o fundamento legítimo da ordem política moderna. Ou, ainda, em resultado extremado, a percepção de que a modernidade é desprovida de fundamento coerente⁵ ou compatível com uma ordem superior⁶.

1.2 A liberdade da cidade e a liberdade individual

O dilema da liberdade é um problema moderno⁷, ainda que as referências à concepção antiga de liberdade

⁵ Alasdair MacIntyre. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*; cf., também, Alasdair MacIntyre. *Depois da virtude*.

⁶ Eric Voegelin. *A ordem e a história* (especialmente, *Israel e a revelação* e *Em busca da ordem*); cf., também, Eric Voegelin. *História das ideias políticas*.

⁷ “A doutrina é relativamente moderna. Não parece haver qualquer discussão sobre liberdade individual como ideal político consciente (ao contrário de sua existência atual) no mundo antigo. Condorcet já havia observado que a noção de direitos individuais estava ausente das concepções jurídicas dos romanos e gregos”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 7.

sejam inevitáveis e excessivamente frequentes. Essas referências, entretanto, salvo justas exceções, parecem ser uma percepção moderna da liberdade antiga e não a descrição fiel da vivência desse valor no mundo antigo e medieval.

É bastante comum associar a concepção antiga da liberdade a três ideias: liberdade da cidade, governo da lei e autogoverno. Ainda assim, há controvérsias sobre se esses três aspectos constituem a mesma liberdade ou se são três dimensões distintas. Há controvérsias, também, sobre se os três aspectos seriam efetivamente manifestações antigas e não interpolações modernas. Entretanto, a despeito das dúvidas, há consenso em relação ao primeiro aspecto, isto é, de maneira geral, entendem que liberdade antiga é o equivalente à *libera civitas*.

A *libera civitas* é a liberdade de uma comunidade (a *polis* ou a *civitas*) do domínio estrangeiro. O cidadão, portanto, é livre na medida em que pertence a uma cidade livre. Essa definição faz sentido porque o mundo antigo não compreendia o ser humano enquanto indivíduo, mas enquanto parte da comunidade; por essa razão é que se afirma que o cidadão pertencia à *polis*. Com relação ao tema da liberdade, esse pertencimento implica dois significados: que a *polis* é uma comunidade coesa, com estreitos vínculos sociais, religiosos e de parentesco⁸; e que, sendo a *polis* a unidade natural humana, o cidadão se realiza enquanto parte do todo, o que torna incompreensível não apenas falar de liberdade individual como falar de direitos individuais contra a *polis*.

⁸ Uma boa fonte introdutória ao tema é o clássico *A cidade antiga*, de Fustel de Coulanges.

Assim, viver sob a proteção de uma comunidade coesa significa viver sob os seus próprios valores, sob sua própria lei moral; em contraste, viver sob o governo estrangeiro, para muito além de viver sob grilhões, é viver sob os valores e sob a lei moral diferente da sua.

Parece que a liberdade enquanto *libera civitas* é uma fiel percepção moderna da vivência antiga. Outro sentido de liberdade, válido estritamente no campo do direito romano, é o *status libertatis*, como um dos três elementos do *status civilis*, em contraste com a escravidão⁹. Esse sentido será retomado devidamente quanto tratarmos da explicação do que Quentin Skinner denominou de liberdade neorromana.

Com relação às outras duas associações, liberdade como governo das leis e como autogoverno, parecem interpolações modernas. O mundo antigo conhecia o governo das leis e o autogoverno, não é esse o problema. O equívoco é associar essas duas categorias à ideia de liberdade. O governo das leis é uma expressão do governo perfeito e não da liberdade. O autogoverno, no sentido democrático do termo, muito menos; exceto no sentido pejorativo, poucos afirmariam que o cidadão estaria mais livre sob uma democracia do que sob outra forma boa de governo.

Em todo caso, a despeito dessas imprecisões e incertezas históricas, sendo o dilema da liberdade um problema moderno, é o reconhecimento do ser humano

⁹ “O *status libertatis* que consiste na qualidade que tem o homem de ser livre, tem o seu fundamento no direito natural. É o *status* independente dos outros e o mais importante, porque sem ele o homem não tem capacidade jurídica, não é pessoa, pois o escravo, sendo de propriedade do senhor, é equiparado a coisa. O *status libertatis* assegura ao homem todos os direitos compreendidos no *jus naturale* e no *jus gentium*”. Reynaldo Porchat. *Direito romano*, p. 39.

como indivíduo que demarca o início e que dá sentido à controvérsia.

1.3 Duas conferências para deflagrar uma controvérsia: *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos* e *Dois conceitos de liberdade*

Em 1819, Benjamin Constant proferiu a conferência *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*¹⁰. Nessa conferência, Constant identificou que a palavra liberdade comporta vários sentidos e que, em nome dela os jacobinos instauraram um regime tirânico na França por alguns anos. A referida conferência, nesse contexto, serviu para explicar como e porque isso aconteceu. O argumento de Constant é que a liberdade dos antigos é diferente da liberdade dos modernos. A liberdade dos antigos é cada um participar das decisões coletivas, enquanto a liberdade dos modernos é cada um decidir sobre sua própria vida. Para Constant, a liberdade dos antigos é coerente com uma comunidade coesa, em que todos compartilham dos mesmos valores, mas é incompatível com a pluralidade da vida moderna. Ou seja, para Constant, no mundo moderno, a lei que obriga todos ao mesmo comportamento é incapaz de considerar todas as diferenças; nesse sentido, quanto menos lei, mais espaço para cada um seguir seu próprio caminho. Constant explicou que especialmente dois fatores permitiram isso à modernidade e negaram essa possibilidade ao mundo antigo: o reconhecimento do indivíduo (como independente do corpo social) e a

¹⁰ Conferência proferida no Athénée Royal de Paris.

redução das guerras (um dos principais motivos para a estreita coesão das comunidades)¹¹.

Cento e trinta anos depois, em 1958, Isaiah Berlin proferiu a conferência *Dois conceitos de liberdade*¹². Além da experiência jacobina, referida por Constant, Berlin estava preocupado com o uso retórico da liberdade por regimes totalitários do século XX. Em uma das dimensões do seu argumento, Berlin tentou demonstrar que entender a liberdade como autorrealização, um dos aspectos do que ele denominou de liberdade positiva, poderia resultar na quase completa supressão da liberdade individual. Em contraposição aos riscos da concepção positiva da liberdade (como autorrealização, ou como autogoverno), para Berlin, apenas a concepção negativa da liberdade daria o instrumental conceitual para a satisfação da liberdade individual.

Para muito além da validade das conclusões de cada um deles, as duas conferências marcaram decisivamente os termos e o vocabulário do debate sobre a liberdade.

2 INTERPRETAÇÕES, DISTINÇÕES E ACRÉSCIMOS EM RELAÇÃO À CONFERÊNCIA DE ISAAH BERLIN

2.1 A densidade dos argumentos e a sobreposição temática da conferência de Isaiah Berlin

¹¹ O comércio poderia ser acrescentado como terceiro fator, mas parece ser decorrência dos outros dois.

¹² Conferência inaugural como *Chichele Professor* de teoria política e social na Universidade de Oxford.

Isaiah Berlin foi o responsável pela difusão da distinção entre os conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva¹³. A liberdade negativa estaria associada à ideia de não interferência e a liberdade positiva à ideia de autogoverno (ou, conforme o caso, à ideia de autorrealização). Essa simplificação foi amplamente difundida e tem origem na referida conferência. Entretanto, a conferência de Berlin é mais densa e trata de muitos outros temas conexos. Percebe-se, também, uma certa manipulação dessas duas categorias por alguns dos seus pretensos apoiadores e por muitos de seus críticos; em tal escala que, em várias situações, é mais conhecida a versão do conceito do que o conceito original. Por exemplo, uma crítica muito comum sobre a insuficiência do conceito de liberdade negativa é dirigida à explicação hobbesiana de liberdade como não interferência e não propriamente aos argumentos de Berlin. Outro exemplo é a crítica enfática ao trecho em que Isaiah Berlin afirmou que a liberdade negativa é compatível com regimes autocráticos, quando, em verdade, o que pretendeu foi destacar que os regimes democráticos poderiam ser tirânicos¹⁴.

Entretanto, deve-se reconhecer que, em certa medida, Isaiah Berlin também é a causa da ambiguidade. Trata-se de uma conferência, portanto é um texto bastante conciso e sintético, ao mesmo tempo que é muito denso e original. Inevitavelmente, são percebidas lacunas e imprecisões, pelas próprias limitações do veículo. Outra fonte de ambiguidade é que, ao destacar

¹³ Antes de Isaiah Berlin, em 1941, Erich Fromm utilizou as mesmas expressões – liberdade negativa e liberdade positiva – em outro sentido e com outras consequências. Cf. Erich Fromm. *O medo à liberdade*.

¹⁴ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 8.

que são dois conceitos de liberdade e não um, Isaiah Berlin não advertiu o leitor que cada um dos dois conceitos se desdobra em outros tantos. Por fim, a terceira fonte de ambiguidade é que a conferência trata de, pelo menos, três temas sobrepostos: o problema semântico e a distinção entre os dois conceitos, as contradições dos pressupostos da liberdade positiva (particularmente como autorrealização) e a defesa do argumento liberal baseado no pluralismo. São temas independentes que permitem, inclusive, ao leitor concordar com um e discordar dos demais. Eles também mesclam abordagens distintas, desde a análise sobre o rigor terminológico e conceitual à adesão ideológica a determinado modelo de boa sociedade.

A despeito disso, para muito além de Isaiah Berlin ser a causa de alguma ambiguidade dos seus argumentos, a manipulação de alguns críticos distorce a sincera intenção do autor.

2.2 A distinção conceitual básica e seus desdobramentos

O ponto inicial do argumento de Isaiah Berlin é constatar que duas respostas são usualmente apresentadas para a pergunta “por que eu (ou qualquer pessoa) deveria obedecer a outros?”. Dessa primeira indagação, Berlin desafiou o leitor a responder outras correlatas: “por que eu não deveria viver como desejo?”, “devo obedecer? Se desobedecer, serei coagido? Por quem e em qual grau, e no nome de quê, e para o bem de

quê?”¹⁵. Para essas perguntas, duas respostas distintas podem ser dadas e expressam dois conceitos distintos de liberdade: o positivo e o negativo.

Se a resposta está associada às faculdades do indivíduo de fazer o que quiser sem a interferência de ninguém, aproxima-se do sentido negativo de liberdade. Se a resposta está associada a fazer com que o querer e as ações dos indivíduos sejam coincidentes com a verdade, com a razão ou com a lei justa, aproxima-se do sentido positivo de liberdade. Usualmente, o sentido negativo de liberdade é associado às teorias liberais e o sentido positivo às teorias democráticas. Essas associações e essas aproximações, entretanto, não são tão perfeitas como parecem.

Para Isaiah Berlin, inicialmente, o conceito negativo de liberdade pode ser definido como ausência, como coação ou simplesmente como não interferência¹⁶. Assim, a liberdade é a esfera de ações relevantes da vida em que o indivíduo pode decidir por si sem ser limitado por ninguém, especialmente pelo Estado. O indivíduo é livre para fazer o que quiser, sem impedimentos.

Essa explicação contém acréscimos didáticos e merece ressalvas antecipadas pelo próprio autor. A primeira ressalva é que a liberdade negativa nunca é absoluta e, portanto, implica apenas em exigir um grau elevado de liberdade¹⁷. A definição do grau elevado de liberdade levaria a uma controvérsia sobre o conteúdo e a extensão dos direitos básicos e sobre qual seria a esfera mínima de liberdade para alguém poder afirmar que vive

¹⁵ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 2.

¹⁶ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 4.

¹⁷ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 2.

em uma sociedade livre¹⁸. A segunda ressalva é que ambos os conceitos de liberdade dizem respeito à liberdade social (interpessoal), portanto as preocupações de Isaiah Berlin não abarcam as limitações internas de cada pessoa¹⁹, como o medo ou outras limitações ou restrições psicológicas. Nesse sentido, Berlin não considera coação ou interferência, por exemplo, quando alguém deixa de ir ao zoológico porque tem medo de leões. A terceira ressalva é que as eventuais limitações naturais, sociais ou econômicas que impeçam a pessoa de converter o querer em ação também não são consideradas coações ou interferências, e, portanto, não comprometem, por si, a liberdade negativa de ninguém²⁰. Nesse sentido, por exemplo, as limitações naturais que impedem o ser humano de voar com os próprios braços ou as limitações econômicas e sociais que impedem alguém muito pobre de comprar um carro de luxo não são consideradas por Isaiah Berlin como coação ou como interferência. Em suma, a incapacidade (interna ou externa) de alguém para alcançar os seus objetivos não significa a falta de liberdade negativa.

O acréscimo é antecedido pela quarta ressalva. A liberdade negativa ilimitada paradoxalmente subtrai a liberdade negativa do outro e converte, assim, a liberdade do mais forte em submissão do mais fraco. A liberdade

¹⁸ “Isso é o que queriam dizer os filósofos políticos clássicos ingleses quando usaram essa palavra. Eles discordavam sobre quão grande deveria ser essa área”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 4. “Mas, igualmente se assume, especialmente por tais libertários como Locke e Mill na Inglaterra, e Constant e Tocqueville na França, que deve existir certa área mínima de liberdade pessoal que não deve, de forma alguma, ser violada, pois se ultrapassada, o indivíduo se encontrará em uma área deveras estreita mesmo que para o mínimo desenvolvimento de suas faculdades naturais; o que por si só torna impossível perseguir, e até mesmo conceber, os vários fins aos quais os homens mantêm bons ou certos ou sagrados. Segue-se que uma fronteira deve ser estabelecida entre a área da vida privada e a da autoridade pública”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 4.

¹⁹ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 3.

²⁰ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 3.

negativa, portanto, pressupõe limitações legais (estatais) que não apenas delimitam formalmente o exercício da liberdade como protegem os indivíduos das intervenções ilegítimas de outros indivíduos²¹. Nesse contexto é que a liberdade negativa é dirigida contra as intervenções estatais (legais) impertinentes e não contra as intervenções dos outros indivíduos ou de outras associações humanas, porque o Estado já exerce essa função. Esse foi o acréscimo.

O quinto reparo é que a liberdade negativa é um valor importante, mas rivaliza ou compartilha com outros valores também importantes. E que, ainda que importante, em determinadas circunstâncias, a liberdade negativa é irrelevante. Isaiah Berlin descreve uma dessas situações:

É verdade que para oferecer direitos políticos, ou proteção contra a intervenção do Estado, para homens meio-vestidos, iletrados, desnutridos ou doentes é uma zombaria de sua condição; eles precisam de ajuda médica ou educação antes que possam entender, ou fazer uso de um aumento em suas liberdades. O que é liberdade para aqueles que não podem utilizá-la? Sem condições adequadas para o uso de liberdade, qual o valor dela? Coisas principais vêm na frente²².

Como desdobramento do quinto reparo, Isaiah Berlin enfatizou que reconhecer a relevância de valores importantes como a igualdade ou a felicidade não torna esses valores manifestações da liberdade²³. Boa parte da confusão semântica em torno da ideia de liberdade,

²¹ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 4.

²² Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, pp. 4-5.

²³ “Tudo é o que é: liberdade é liberdade, não igualdade ou equidade ou justiça ou cultura, ou felicidade humana ou uma consciência tranquila”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 5.

portanto, é decorrente dessa tendência tão comum de denominar todo e qualquer valor relevante de liberdade, quando são categorias distintas.

Em síntese, liberdade negativa é a limitação da atuação estatal sobre a esfera privada dos indivíduos.

O conceito positivo de liberdade “deriva do desejo da parte do indivíduo de ser seu próprio mestre”²⁴. Essa fórmula, um tanto quanto lacônica, pode ser entendida melhor se aceitarmos a premissa de que, por vezes, o querer de alguém não é o verdadeiro querer e, portanto, que o indivíduo é livre apenas quando sua vontade (o seu querer) é verdadeira.

Paralelamente a essa primeira explicação, é bastante difundida uma simplificação do conceito de liberdade positiva, que reduz o sentido de liberdade ao autogoverno ou à participação do indivíduo no processo de elaboração das leis. É um aspecto prático relevante do conceito, mas não descreve o seu aspecto principal, que é bem mais denso.

No lugar de autogoverno, a palavra autonomia seria, rigorosamente, a mais precisa, ainda que em sentido mais específico. Autonomia, ou liberdade positiva, pressupõe duas dimensões do mesmo indivíduo: uma sujeita a paixões e outra sujeita à razão²⁵. O querer do indivíduo sujeito a paixões seria uma falsa liberdade, porque escrava das paixões. O indivíduo genuinamente livre seria aquele que quer conforme a razão. Nesse sentido é que o indivíduo é o “seu próprio mestre”, porque o eu verdadeiro seria o racional e não passional.

²⁴ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 8.

²⁵ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 9.

Essa autonomia individual, que significa não se submeter às paixões e seguir voluntariamente a retidão da razão, é desdobrada em outra forma de liberdade positiva, expressa na autonomia coletiva. Isto é, essa força da razão transcenderia ao indivíduo em alguma forma de entidade coletiva²⁶. Assim, o indivíduo, para ser livre (liberdade positiva), deveria seguir conforme a razão coletiva determinar, porque assim o indivíduo estaria agindo, verdadeiramente, conforme o seu querer.

Nessa definição preliminar de liberdade positiva se percebe como a redução do conceito à ideia de autogoverno é enganadora. Inicialmente, o que Isaiah Berlin pretendeu destacar foi o paradoxo da autonomia coletiva que nega a qualificação da liberdade para aquele que faz o que quer e atribui a qualificação da liberdade para aquele que deixa de fazer o que quer para se submeter à vontade coletiva (ou ao porta-voz da vontade coletiva).

Essas duas distinções preliminares, entretanto, ofuscam outras tantas distinções correlatas. Nesse sentido, percebem-se duas variações adicionais: da liberdade negativa no conceito de autodesenvolvimento e da liberdade positiva no conceito de liberdade como autonegação. E, ainda, um quinto conceito de liberdade, que poderia ser denominado de liberdade como *status* ou como reconhecimento.

²⁶ “Presentemente os dois eus podem ser representados como divididos por um grande hiato; o eu real pode ser concebido como algo mais selvagem que o indivíduo (como o termo é entendido normalmente), como um ‘todo’ social do qual o indivíduo é um elemento ou aspecto: uma tribo, uma Igreja, um Estado, a grande sociedade dos vivos e dos mortos e os ainda não nascidos. Esta entidade é então identificada como sendo o ‘verdadeiro’ eu que, por impor sua coletividade, ou ‘orgânico’, vontade própria sobre os ‘membros’ recalcitrantes, atinge sua própria e, portanto, a liberdade ‘superior’ deles”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 9.

A liberdade como autodesenvolvimento é distinta da liberdade negativa clássica. E consiste, basicamente, em acrescentar uma finalidade substantiva ao formalismo da liberdade negativa clássica, isto é, induz que, a partir da ausência de coação ou interferência, a pessoa possa desenvolver plenamente as suas potencialidades humanas²⁷.

Há certa ambiguidade na liberdade como autonegação, o que às vezes torna difícil classificá-la como variante do conceito negativo ou do conceito positivo. Em todo caso, consiste na retração deliberada dos desejos, de tal maneira que o que é difícil ou impossível de se realizar poderia ser satisfeito pela simples supressão voluntária do próprio querer²⁸. Para Isaiah Berlin, “a autonegação ascética pode ser fonte de integridade, serenidade ou força espiritual, mas é muito difícil de ver como pode ser chamada de uma ampliação da liberdade”²⁹.

As duas variações adicionais, entretanto, não foram consideradas inteiramente pertinentes por Berlin.

O quinto conceito é a liberdade como *status* ou como reconhecimento³⁰. A liberdade como *status* parte da premissa de que as pessoas têm a necessidade de serem reconhecidas como grupos identitários³¹. Para além do

²⁷ “Os homens devem procurar descobrir a verdade, ou para desenvolver certo tipo de personagem que Mill aprovou – crítico, original, imaginativo, independente, não-conformado ao ponto de excentricidade, e assim por diante – e que a verdade pode ser encontrada, e que tal personagem pode ser criado apenas em condições de liberdade”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 7.

²⁸ “Esta é a auto-emancipação dos ascetas e quietistas, sábios estoicos e budistas, homens de várias religiões ou de nenhuma, que fugiram do mundo e escaparam do jugo da sociedade ou opinião pública, por algum processo de auto-transformação deliberada que lhes permite não se importar mais para qualquer valor da sociedade, para permanecer isolados e independentes na borda dela, não mais vulneráveis às suas armas”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 11.

²⁹ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 14.

³⁰ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, pp. 23-4.

³¹ “Eu desejo ser compreendido e reconhecido, mesmo que signifique ser impopular e que as pessoas não gostem de mim. E as únicas pessoas que podem assim reconhecer-me, e assim, dar-me

reconhecimento pelos outros, as pessoas também querem, segundo essa concepção, se sentir pertencentes a esses grupos e conviver como iguais³².

A despeito do valor desses argumentos, a liberdade como *status* e reconhecimento não é considerada por Isaiah Berlin como uma categoria de liberdade. Embora possa ser comum associar fraternidade, solidariedade e compreensão mútua à liberdade, para Berlin, isso não passa de um equívoco. O objetivo desses valores pouco tem relação com os objetivos da liberdade negativa ou positiva. Enquanto a liberdade assegura a autoridade de cada um sobre si, o reconhecimento é “um desejo por algo diferente: por união, compreensão mútua, integração de interesses, uma vida de dependência comum e sacrifício comum”³³.

2.3 Os três objetivos sobrepostos da conferência: a clareza semântica, as contradições dos pressupostos da liberdade positiva e a defesa do argumento pluralista

Distinguir os dois conceitos de liberdade foi o feito mais difundido da conferência de Isaiah Berlin. Talvez não tenha sido, entretanto, o seu objetivo mais sincero, ou mesmo o seu feito mais importante. Para além de distinguir o conceito negativo do conceito positivo de liberdade, Berlin aprofundou a crítica ao conceito positivo com o intuito de expor as contradições

sentido de ser alguém, são os membros da sociedade a qual, historicamente, moralmente, economicamente e talvez etnicamente, eu sinto que pertencço. Meu eu individual não é algo que eu posso separar de minha relação com os outros, ou daqueles atributos meus que consistem da atitude deles em relação a mim”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 24.

³² Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 25.

³³ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 25.

dos fundamentos da liberdade como autorrealização. E, para além desses dois objetivos, Berlin apresentou recorrentemente argumentos para justificar que a interpretação liberal da liberdade é a única coerente com uma sociedade pluralista.

O problema semântico, em parte antecipado no tópico anterior, consiste na intenção de dar clareza aos termos da discussão em torno da liberdade e, especialmente, purificar o vocabulário da liberdade, expurgando o que fosse pertinente a outras categorias. Nesse sentido, liberdade positiva e negativa não são, para Berlin, duas faces da mesma moeda, mas duas manifestações bastante distintas. No mesmo sentido, Berlin depurou cada um dos conceitos de eventuais variações. Por fim, também no mesmo sentido, identificou que muito do uso retórico da liberdade (como projetos igualitários ou identitários, por exemplo) não tem nenhuma pertinência com a liberdade, ainda que possam ter relevância enquanto valor ou enquanto projeto político.

No segundo objetivo, Isaiah Berlin aprofundou a análise do conceito de liberdade positiva como autorrealização (ou autoidentificação)³⁴. A liberdade positiva, como foi tratada, é o equivalente à liberdade como autorrealização, que se divide em duas dimensões, uma kantiana e outra hegeliana. Na dimensão kantiana, autorrealização é uma operação individual, e, na dimensão hegeliana, autorrealização é uma operação coletiva. Em ambos os casos, distingue-se o eu superior racional do eu inferior passional, sendo o verdadeiro eu o

³⁴ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, pp. 10-1.

superior. Assim, o indivíduo só seria verdadeiramente livre quando o seu querer coincidissem com o querer racional, porque não poderia ser livre aquele que é escravo das paixões. Substancialmente, a diferença entre as duas dimensões é que, na versão hegeliana, em que a razão transcende a experiência individual para alguma entidade coletiva como a nação, o indivíduo livre seria aquele que coincidissem o seu querer com uma racionalidade coletiva³⁵.

A autorrealização coletiva, ao contrário do que o senso comum presume, não implica necessariamente no autogoverno ou na democracia. A manifestação da razão coletiva não exige a participação das pessoas afetadas ou presume que os indivíduos irracionais no espaço privado ganhariam racionalidade no espaço público.

Esse aprofundamento parece merecer uma ressalva. A exceção de Rousseau revela certo hibridismo. A sua teoria conjuga elementos da autorrealização individual com a autorrealização coletiva. Esse é o motivo pelo qual a versão rousseauiana redundava no procedimento democrático e na decisão majoritária como escopo da manifestação coletiva da liberdade individual.

Em todo caso, o argumento de Isaiah Berlin demonstra o paradoxo e, mesmo, a contradição dos pressupostos da liberdade como autorrealização.

Esse paradoxo tem sido frequentemente exposto. É uma coisa dizer que eu sei o que é bom para X enquanto ele próprio não sabe; e até mesmo ignorar seus desejos para seu próprio bem; e outra bem diferente é dizer que

³⁵ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 9. “Com a certeza de qual é o verdadeiro objetivo dos homens (felicidade, dever, sabedoria, uma sociedade justa e autorrealização) devem ser idênticos à sua liberdade – a livre escolha de seu eu ‘verdadeiro’, embora seu eu muitas vezes submerso e inarticulado”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 10.

ele mesmo escolheu isso, não conscientemente, não como ele faz todo dia em sua vida, mas em seu papel como um eu racional do qual seu eu empírico não tem conhecimento – o eu ‘real’ que distingue bem, e não pode escolhê-lo quando é revelado. Essa representação monstruosa, que consiste em equacionar o que X escolheria se fosse algo que ele não é, ou pelo menos não ainda, com o que X realmente procura e escolhe, é o coração de todas as teorias políticas de autorrealização. É uma coisa dizer que eu posso ser coagido para meu próprio bem, que sou muito cego para enxergar: isso pode, na ocasião ser para meu benefício; na verdade, pode alargar o âmbito de minha liberdade. Outra é dizer que se é para meu bem, então não estou sendo coagido, pois eu havia desejado isso, independente se eu sabia ou não. E eu sou livre (ou ‘verdadeiramente’ livre) mesmo enquanto meu pobre corpo terreno e minha mente tola rejeitam isso, e lutam como grande desespero contra aqueles que buscam, mesmo que benevolentes, me imporem isso³⁶.

Em termos práticos, parece que a retórica de Rousseau teria sido mais inteligível para o senso comum que a de Hegel, de modo que a sinceridade democrática de Rousseau foi incorporada como estratégia de persuasão a favor da liberdade como autorrealização hegeliana. Nesse ponto, a preocupação acadêmica de Berlin com os pressupostos teóricos da liberdade positiva se converte em preocupação política prática, isto é, dos riscos do uso da retórica da liberdade para suprimir a liberdade individual. Nesse sentido, Berlin foi além e afirmou que o risco já havia se concretizado em experiências tirânicas ou totalitárias, como as experiências jacobinas e comunistas³⁷.

³⁶ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 10.

³⁷ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 19.

Nesse contexto, para Berlin, a democracia enquanto autogoverno coletivo, quando faz uso da retórica da liberdade, produz sérios riscos à liberdade individual, pois pode redundar no “triunfo do despotismo [que] é forçar os escravos a se declararem livres”³⁸. Assim, quando Berlin afirmou que a liberdade negativa não era necessariamente incompatível com a autocracia, o que enfaticamente afirmou em seguida foi que a democracia, isto é, o autogoverno, estava suscetível tanto quanto a autocracia a “privar o cidadão de um grande número de liberdades que ele poderia ter em alguma outra forma de sociedade”³⁹.

Por fim, o terceiro objetivo da conferência de Isaiah Berlin foi defender o argumento de que uma concepção liberal de liberdade⁴⁰ seria mais compatível com uma sociedade pluralista. A sua conclusão é explícita:

O pluralismo, com a medida de liberdade ‘negativa’ que implica, parece-me mais verdadeiro e mais humano que os objetivos daqueles que procuram maior disciplina, estruturas autoritárias do ideal do autodomínio ‘positivo’ por classes, povos, ou por toda a humanidade⁴¹.

³⁸ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 30. “Ou seja, liberdade – ‘negativa’ individual”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 30.

³⁹ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 8. “A democracia pode desarmar uma dada oligarquia, dado indivíduo privilegiado ou conjunto de indivíduos, mas ainda pode esmagar indivíduos tão impiedosamente como qualquer governante anterior. Um direito igual de oprimir – ou interferir – não é equivalente a liberdade”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 29.

⁴⁰ “Para Constant, Mill, Tocqueville, e a tradição liberal a qual eles pertencem, nenhuma sociedade é livre a menos que seja governada por pelo menos dois princípios inter-relacionados: primeiro, que nenhum poder, mas apenas direitos, possa ser considerado absoluto, de modo que todos os homens, qualquer que seja o poder que os governe, tenha direito absoluto de se recusar a se comportar desumanamente; e, segundo, que haja fronteiras, não artificialmente desenhadas, nas quais cada homem deve ser inviolável, essas fronteiras devem ser definidas em termos de regras tão longas e largamente aceitas que sua observância entre no próprio conceito do que é ser um ser humano normal”. Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, p. 30.

⁴¹ Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, pp. 33-4.

Nesse sentido, os objetivos humanos são incomensuráveis e estão constantemente em conflito ou em disputa entre si. Para Berlin, esses objetivos consagram valores que não podem ser determinados ou hierarquizados senão pelo próprio indivíduo, do contrário seria a própria negação do ser humano enquanto agente moral e livre⁴².

2.4 A ampliação da controvérsia causada pela manipulação dos conceitos: caricaturas e interpretações exageradas

A conferência de Isaiah Berlin contém três estudos em um. Cada um, entretanto, com densidade e importância distintas. A defesa que Berlin fez da concepção liberal parece ser deliberadamente incompleta, não pela falta de mérito do liberalismo, mas, exatamente porque o conteúdo já havia sido preenchido por uma infinidade de outros bons teóricos. Parece ser injusto, portanto, criticar alguma insuficiência dos argumentos liberais de Berlin. Apesar disso, é sobre esses aspectos que os críticos principalmente se debruçam, completando ou exagerando argumentos.

Outra crítica recorrente é dirigida a alguma incompletude ou incoerência do conceito negativo de liberdade. Curiosamente, boa parte da crítica foi antecipadamente respondida por Berlin no que denominamos de reparos. Os críticos de Berlin caricaturaram o conceito de liberdade negativa a ponto de reduzi-la a um conceito hobbesiano. Sem tirar o

⁴² Isaiah Berlin. *Dois conceitos de liberdade*, pp. 33-4.

mérito, a inteligência e a originalidade de Hobbes, o contexto histórico e teórico das duas formulações impede tratá-las como idênticas. Assim, a crítica caricatural à liberdade hobbesiana bem como à liberdade negativa de Berlin é injusta.

Talvez o maior mérito da conferência de Berlin seja não o seu aspecto propositivo, mas a sua crítica. A crítica às teorias da autorrealização é bem articulada e a demonstração das consequências potenciais da aplicação desmedida dessas teorias é convincente. Ainda assim, Berlin usou das mesmas estratégias de seus críticos e, recorrentemente, aplicou interpretações exageradas aos argumentos contrários.

Para além do debate sobre os dois conceitos de liberdade, o que mais se evidencia na conferência e no intenso debate que a seguiu é o antagonismo entre dois elementos paradigmáticos: um centrado na liberdade individual e outro na liberdade coletiva. Ou seja, o dilema da liberdade.

3 BENJAMIN CONSTANT E A RAIZ DO PROBLEMA

3.1 O equívoco de considerar a dicotomia antigo-modernos como a mesma dicotomia positiva-negativa

A conferência de Benjamin Constant foi anterior à de Isaiah Berlin, cento e cinquenta anos antes. Seu conteúdo foi bem mais sintético que o de Berlin. As circunstâncias históricas e o público de cada conferência

explicam essas diferenças e outras mais. Nos estudos sobre o tema, entretanto, as duas conferências geralmente são tratadas com dependência subordinativa; a conferência de Constant é usualmente tratada como mero antecedente da conferência de Berlin, e usualmente os conceitos de liberdade antiga e moderna de Constant são tratados como equivalentes precários e pouco sofisticados dos respectivos conceitos de liberdade positiva e negativa de Berlin. Essa confusão nunca foi obra de Isaiah Berlin, que não fez na sua conferência essas associações e tratou de Benjamin Constant com enorme deferência como um corifeu liberal.

Essa subordinação da conferência de Constant à de Berlin parece ser não apenas uma descortesia e um equívoco, como também resulta em preciosa perda ao estudo da liberdade. Esse é um dos motivos razões pelo qual a conferência de Constant, neste capítulo, é tratada depois do estudo sobre a conferência de Berlin.

3.2 A distinção conceitual básica e seus desdobramentos políticos

É nítida a preocupação inicial de Benjamin Constant de entender os eventos dos anos anteriores e os excessos do período revolucionário na França. Particularmente, para entender como foi possível usar a retórica da liberdade durante a tirania jacobina. Para Constant, a explicação para essa contradição está no uso confuso do vocabulário jacobino, incapaz de distinguir a liberdade dos antigos (que significa também a submissão do indivíduo à *polis*) da liberdade dos modernos (que significa o oposto, isto é, a independência do indivíduo).

Essa retórica confusa dos jacobinos em nome da liberdade, na sociedade moderna, resultou em duas mazelas: a incapacidade de promover a coesão social e a virtude cívica (valores antigos) e a capacidade de cercar a independência do indivíduo (negação dos valores modernos).

Antes de distinguir conceitualmente a liberdade antiga e a liberdade moderna, o pressuposto de Benjamin Constant foi averiguar os diferentes arranjos sociais, políticos e econômicos da cidade antiga em relação à sociedade moderna. As duas liberdades são diferentes, para Constant, porque cada uma é a liberdade possível em cada contexto.

Assim, para a cidade antiga, pouco populosa, belicosa e coesa⁴³, sustentada pela escravidão e impulsionada pelo medo de ser escravizada, a liberdade não poderia ser outra, segundo Constant, que não a *libera civitas* (a liberdade da cidade, que preferiu denominar de Estado livre). Como decorrência dessa situação, o bem mais precioso, que é a liberdade da cidade, justificaria todo sacrifício pessoal; portanto, não haveria direitos contra a cidade e não haveria liberdade individual em detrimento do bem da cidade (isto é, do bem coletivo). Nesse sentido, participar da vida da cidade, participar da *polis*, participar da vida política, é também participar da liberdade da cidade e, portanto, exercer a liberdade política⁴⁴. Para Benjamin Constant, seria incompreensível falar, no mundo antigo, de liberdade individual ou de direitos individuais.

⁴³ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 2.

⁴⁴ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, pp. 1-2.

A sociedade moderna, por contraste, seria sustentada pela paz e não pela guerra⁴⁵, e caracterizada pela diferença entre as pessoas (pluralidade) e não pela coesão, seria composta exclusivamente por pessoas livres (sem escravos) em cidades populosas⁴⁶ e, principalmente, com uma dinâmica (a do comércio) que tornaria os indivíduos independentes do poder público⁴⁷. O indivíduo, a liberdade individual e os direitos individuais, incompreensíveis na cidade antiga, seriam irrecusáveis na sociedade moderna. Esse novo contexto seria incompatível com a liberdade antiga. Os sacrifícios individuais não se justificariam mais pelo bem coletivo, a liberdade da cidade não estaria mais em perigo e a eventual escravidão da cidade não significaria mais a escravidão dos indivíduos, que não mais pertencem a ela⁴⁸. Para o novo contexto, a liberdade moderna assegura aos indivíduos, e não à cidade, os meios para a satisfação na vida, que, agora, poderiam ser alcançados individualmente⁴⁹.

3.3 O objetivo da conferência de Benjamin Constant

O título e os desdobramentos da conferência de Benjamin Constant ofuscam o que parece ser o seu principal objetivo. Para ele, a liberdade não vive propriamente um dilema, a liberdade dos antigos não

⁴⁵ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 2.

⁴⁶ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, pp. 2-3.

⁴⁷ “O comércio atende a suas necessidades, satisfaz seus desejos, sem a intervenção da autoridade. Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 3.

⁴⁸ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 3.

⁴⁹ “O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios”. Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 3.

serve aos modernos, mas servia à cidade antiga, e vice-versa, a liberdade moderna não serviria aos antigos. Não há dilema.

Para Constant, a tirania jacobina foi o efeito quase inevitável de uma incompreensão sobre o caráter da sociedade moderna⁵⁰. Explicada a preliminar, isto é, entendida as razões para a tirania jacobina usar indevidamente a retórica da liberdade⁵¹, Benjamin Constant se dedicou ao seu objetivo principal. A sociedade moderna descrita acima é uma realidade e não um projeto, mas a dinâmica social e política moderna está sujeita a um risco: “o perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político”⁵². Ou seja, por um lado, para evitar a tentação jacobina do coletivismo é necessário assegurar direitos e garantias individuais, por outro lado, para evitar o excesso de individualismo e a própria dissolução da comunidade política é necessário estimular a participação política. A estratégia de Benjamin Constant para realizar os dois intentos é a adoção do sistema representativo⁵³.

De certo modo, o otimismo quase ingênuo de Benjamin Constant dispensa a liberdade individual de defensores institucionais, cada indivíduo seria o seu

⁵⁰ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 3. Benjamin Constant responsabilizou Jean-Jacques Rousseau e o abade de Mably por essa incompreensão e pelos males decorrentes dela. Cf. Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, pp. 3-4.

⁵¹ “Conclui-se daí que nenhuma das numerosas instituições, tão aplaudidas, que, nas repúblicas antigas, impediam a liberdade individual, é aceitável nos tempos modernos”. Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 4.

⁵² Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 6.

⁵³ O sistema representativo seria capaz de conjugar os benefícios da liberdade antiga e da liberdade moderna na sociedade moderna. “Longe, pois, Senhores, de renunciar a alguma das duas espécies de liberdade de que vos falei, é preciso aprender a combiná-las”. Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 7.

guardião e o poder político moderno não teria a mesma força que o poder político antigo para impor o regime tirânico. Estranhamente, esse desinteresse contrasta com a experiência tirânica dos anos precedentes. A explicação plausível que resta é entender que a tirania jacobina não durou por obra da própria constituição da sociedade moderna. O século XX iria desmentir Benjamin Constant. Essa omissão é de certo modo constrangedora. Cem anos antes de Constant, John Locke já justificava o parlamento (e, portanto, o sistema representativo) como arranjo institucional indispensável para proteger a liberdade e os direitos individuais dos excessos arbitrários do governo⁵⁴.

O sistema representativo, tão difundido nos dias de hoje, foi apresentado por Constant como um arranjo perfeito para as condições modernas. “O sistema representativo não é mais que uma organização com a ajuda da qual uma nação confia a alguns indivíduos o que ela não pode ou não quer fazer”⁵⁵. Assim, o cidadão moderno que precisa de tempo livre para se dedicar aos próprios projetos individuais poderia delegar a outro o encargo de tomar decisões políticas por ele⁵⁶. Ainda assim, essa delegação é restrita e estaria sujeita à vigilância

⁵⁴ John Locke. *Dois tratados sobre o governo*, pp. 401-2. Bobbio, duzentos anos depois, e, principalmente, depois de Montesquieu, apresentou uma variação a essas estratégias de Locke: “podem-se distinguir, para maior clareza, duas formas de limitação do poder: uma limitação material, que consiste em subtrair aos imperativos positivos e negativos do soberano uma esfera de comportamentos humanos que são reconhecidos livres por natureza (a chamada esfera de licitude); e uma limitação formal, que consiste em colocar todos os órgãos do poder estatal abaixo das leis gerais do mesmo Estado. [...] O primeiro dos dois princípios deu origem à proclamação dos direitos naturais; o segundo, à divisão dos poderes. [...] são os dois institutos fundamentais do Estado liberal entendido como Estado de direito, ou seja, como Estado cuja atividade é, em duplo sentido, isto é, materialmente e formalmente, limitada”. Norberto Bobbio. *Teoria geral da política*, p. 276.

⁵⁵ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 6.

⁵⁶ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 6.

do representado, o que implica eleições periódicas e mandatos restritos⁵⁷.

De certo modo, o sistema representativo de Benjamin Constant, mesmo sem assumir ou perceber, serve como arranjo de proteção da liberdade individual na medida em que os eventuais excessos da autoridade política poderiam ser corrigidos pelo controle eleitoral; Constant previu a possibilidade de o cidadão “revogar os poderes dos quais eles tenham eventualmente abusado”⁵⁸.

Para os céticos ao eventual liberalismo de Benjamin Constant, deve-se ponderar que o sistema representativo sempre foi considerado por Constant como um instrumento em proveito da liberdade individual, de tal modo que afirmou ser a liberdade individual a verdadeira liberdade moderna:

A liberdade política é a sua garantia e é, portanto, indispensável. Mas pedir aos povos de hoje para sacrificar, como os de antigamente, a totalidade de sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais seguro de afastá-los da primeira, com a consequência de que, feito isso, a segunda não tardará a lhes ser arrebatada⁵⁹.

Por fim, não custa observar certa relevância da distinção entre democracia e sistema representativo feita por Benjamin Constant. Sem prejuízo da distinção similar feita por James Madison trinta anos antes. O que impressiona na agudeza de Constant é que essa distinção foi repetida por diversos teóricos relevantes posteriores,

⁵⁷ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 6.

⁵⁸ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 6.

⁵⁹ Benjamin Constant. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 5.

desde John Stuart Mill⁶⁰ até Robert Dahl⁶¹, passando por Bernard Manin⁶².

4 LIBERDADE E SEUS INIMIGOS

4.1 O problema semântico como estratégia retórica

As duas conferências tratadas neste capítulo evidenciaram duas situações. A primeira foi não apenas revelar o problema semântico em torno da liberdade como também depurar o conceito de forma coerente e convincente. A segunda situação foi relevar, especialmente diante do antagonismo que sucedeu a conferência de Isaiah Berlin, a aparente contradição interna dos fundamentos do paradigma moderno

O sistema representativo (governo representativo) é outro exemplo de como o problema semântico pode ser provocado pelo antagonismo ideológico. A despeito da negativa de Rousseau, para quem o governo representativo nunca poderia ser democrático (“republicano”), as teorias democráticas do século XX justificam a democracia representativa como uma adaptação moderna da democracia direta. Mesmo Robert Dahl, com certa dubiedade, reforçou esse argumento; ao mesmo tempo que expressamente distinguiu a democracia do “governo representativo”, o considerou como um dos elementos da segunda transformação da democracia⁶³. Do mesmo modo, John Stuart Mill

⁶⁰ John Stuart Mill. *Do governo representativo*.

⁶¹ Robert Dahl. *La democracia y sus críticos*.

⁶² Bernard Manin. *Los principios del gobierno representativo*.

⁶³ Robert Dahl. *La democracia y sus críticos* (Capítulo 2).

distinguiu o governo representativo da democracia e, ao mesmo tempo, denominou o governo representativo de democracia representativa. Em contraste, Bernard Manin é dos poucos que preservou o rigor terminológico, evitando a confusão semântica.

Outro exemplo é a qualificação republicana. Enquanto para Aristóteles e para Políbio a *políteia* (república) é diferente da democracia, Benjamin Constant usou a expressão republicano como sinônimo de democrático. Enquanto Rousseau denominou o seu regime da vontade geral de republicano (o denominaríamos hoje de democrático), James Madison denominou de republicano o governo representativo em contraste com governo democrático. Montesquieu e, antes dele, Maquiavel trataram a democracia como espécie do gênero república.

Mais do que imprecisão terminológica, esses problemas semânticos são efeitos da manipulação do discurso como estratégia retórica⁶⁴. Um observador atento, entretanto, não terá dificuldade para compreender o verdadeiro sentido da controvérsia.

4.2 Encruzilhadas do dilema da liberdade

A liberdade fundamenta tanto o Estado de direito quanto a democracia. Para o liberalismo, a organização política legítima é aquela que respeita (e até protege) os direitos básicos do indivíduo, isto é, a liberdade individual. Para as doutrinas democráticas, a organização

⁶⁴ Em certo contexto, Erich Fromm afirmou que “jamais como hoje se abusou tanto das palavras para ocultar a verdade. [...] Os nomes democracia, liberdade e individualismo também se tornaram vítimas desse abuso”. Erich Fromm. *O medo à liberdade*.

política legítima é aquela que assegura a participação dos indivíduos na produção das leis, de tal modo que expressem sua vontade, isto é, de tal modo que obedecer a lei seja a mesma coisa que fazer o que se quer fazer, autonomia (liberdade política). Essas duas dimensões da liberdade têm, cada uma, contradições e lacunas internas, agravadas pela tentativa de integrar uma a outra.

No Estado de direito, a liberdade de cada um tem limite na liberdade do outro. Qual é esse limite e quem o estabelece? O Estado pode agir discricionariamente na vida das pessoas, desde que respeite (e proteja) os direitos básicos e a esfera privada? Quais são esses direitos? Quem delimita a esfera privada?

Na democracia, a liberdade é o direito de cada um impor regras para si mesmo (autonomia). Exceto as leis aprovadas por unanimidade, o que resta de liberdade para a minoria obrigada a respeitar a decisão majoritária? A participação política máxima (ou maximamente includente) legitimaria uma decisão majoritária (coletiva) tirânica?

As pretensões de compatibilizar as duas dimensões resultam em contradições e lacunas ainda mais constrangedoras. Afinal, confiar na decisão pretensamente justa da maioria é negar o direito de desobediência ou de resistência do indivíduo; por outro lado, confiar na máxima liberdade do indivíduo é negar a liberdade reflexa dos outros indivíduos e negar a própria esfera pública. Nos termos da discussão constitucional contemporânea, para vários autores, o dilema da liberdade se manifesta na tensão entre legislador e judiciário ou, particularmente, nas disputas entre tribunais supremos e parlamentos. É legítimo uma corte

suprema invalidar leis aprovadas pelo parlamento? É legítimo deixar a proteção dos direitos sob a responsabilidade do congresso imune à intervenção judicial?

CAPÍTULO 2

REVISITANDO O DEBATE SOBRE A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O dilema da liberdade manifesta a principal anomalia do paradigma oitocentista. Considera-se a doutrina da separação de poderes o núcleo didático do paradigma hegemônico no direito. É pela doutrina da separação de poderes que se torna possível fazer a distinção entre o jurídico e o político, bem como “neutralizar” o poder judiciário. A crise da doutrina da separação de poderes, como detalhadamente se verá, consiste em apenas um aspecto da crise paradigmática, trata-se de um entre vários enigmas do paradigma moderno no direito. A judicialização da política, que será tratada detalhadamente nos capítulos 3 a 6, também não passa de um aspecto da suposta crise da doutrina da separação de poderes e, portanto, também, da crise paradigmática no direito. A judicialização da política parece ser a manifestação mais evidente da crise da doutrina da separação de poderes; e a crise da doutrina da separação de poderes é o aspecto mais didático da crise do paradigma moderno no direito.

Nesse contexto, o objetivo deste capítulo é revisitar o debate tradicional acerca da doutrina da separação de poderes, reconstituindo as etapas mais importantes de sua formação. Embora o princípio da separação de poderes seja amplamente difundido nas constituições ocidentais como dogma, e, embora a doutrina em direito constitucional, em teoria do Estado e em ciência política trate a respeito do tema superficialmente (como se não fosse necessário perder palavras com um assunto por demais claro e incontroverso), o tema, quando devidamente abordado, é complexo e controvertido⁶⁵.

Geralmente, o princípio jurídico da separação de poderes é entendido como estrita separação orgânica entre os três poderes do Estado, reservando exclusivamente a cada um deles o conjunto de atribuições da mesma natureza; o que resulta no seguinte quadro: o órgão legislativo legisla, o órgão executivo administra e governa e o órgão jurisdicional julga. Há variações dessa concepção enfatizando que as atribuições são distribuídas aos respectivos órgãos, não de forma exclusiva, mas apenas de modo preferencial; assim, seria possível explicar situações em que o órgão executivo legisla (decreto autônomo, decreto-lei ou medida provisória), o órgão legislativo julga (crimes de responsabilidade) e o órgão jurisdicional administra (atos rotineiros da administração no âmbito da corporação de juízes e serventuários da justiça). Outras variações enfatizam que a doutrina da separação de poderes

⁶⁵ “No entanto, o princípio da separação dos poderes tem gerado, ao longo dos seus dois séculos de existência constitucional, a maior controvérsia doutrinária e dogmática, que vai da total rejeição à apologética”. Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 11.

distingue os poderes para que seja possível mecanismos de controles uns com os outros. Geralmente, também, considera-se que o princípio da separação de poderes decorre da doutrina de mesmo nome, de autoria do Barão de Montesquieu, apresentada em meados do século XVIII, na França.

No entanto, como se verá, tais informações tão difundidas pela doutrina tradicional, particularmente pelos manuais utilizados nas escolas jurídicas, expressam uma interpretação excessivamente ambígua da doutrina, com certo descompasso com suas origens históricas e teóricas e com o seu efetivo uso coerente nos dias de hoje.

Essa imprecisão dá ao princípio da separação de poderes mais uma expressão simbólica do que implicações práticas coerentes. Para sanar esse problema, pretende-se desmistificar a doutrina que chegou aos nossos dias, descortinando a posição de Montesquieu, situando-a no seu contexto, assim como extraindo sua contribuição para o debate contemporâneo. Parece mesmo que a contribuição de Montesquieu é mais rica e mais densa teoricamente do que aquilo que os seus divulgadores enfatizaram.

1 SITUANDO O DEBATE: CINCO ADVERTÊNCIAS ANTES DE LER MONTESQUIEU

Antes de tratar da doutrina da separação de poderes e, especialmente, de analisar a obra-referência de

Montesquieu, *O espírito das leis*, é necessário considerar alguns fatores como advertência ao leitor.

Primeiro, apesar de ser tão divulgado que Montesquieu teria sido o autor da doutrina da separação de poderes, muitos elementos da formulação moderna da doutrina da separação de poderes são anteriores⁶⁶ e influenciaram a formação do pensamento de Montesquieu sobre o tema. Muitas obras, inclusive, reputam uma eventual autoria a John Locke⁶⁷, cinquenta anos antes, e não a Montesquieu⁶⁸. Há, também, argumentos que negam não só a originalidade⁶⁹ a Montesquieu como afirmam que a teoria de Montesquieu expressa em *O espírito das leis* não tem por objeto uma doutrina da separação de poderes, mas outro assunto distinto, ainda que próximo⁷⁰.

O segundo fator relevante, incontroverso, mas eventualmente esquecido, é que a doutrina da separação de poderes foi escrita e publicada por Montesquieu antes da promulgação da Constituição dos Estados Unidos (1776) e da Constituição da França (1789)⁷¹, portanto, antes do que propriamente se denominaria de moderno

⁶⁶ “A doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, em Inglaterra, no século XVII, estreitamente associada à ideia de *rule of law*”. Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 44.

⁶⁷ Por exemplo, Roberto L. Blanco Valdés. *O valor da constituição* (Capítulo 1).

⁶⁸ M. J. C. Vile, indiretamente, considera George Lawson como o teórico que estabeleceu as bases da doutrina da separação de poderes, antes de Locke e de Montesquieu (*An Examination of the Political Part of Mr. Hobbs his Leviathan*, de 1657, e *Politica Sacra et Civilis*, de 1660). Para Vile, Lawson teria formulado uma doutrina pura da separação de poderes adaptada, capaz de incorporar parte do debate da guerra civil e da Restauração, bem como parte da teoria do governo misto. Cf. M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, pp. 61-3.

⁶⁹ “Montesquieu não inventou a doutrina da separação de poderes e [...] muitas das opiniões que expõe no Capítulo 6 do Livro XI do *Espírito das Leis* provém da obra de autores ingleses contemporâneos ou de John Locke”. M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 85.

⁷⁰ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 96.

⁷¹ Apesar da relevância, por razões didáticas, para manter a cadência do argumento neste capítulo, não foi mencionada a Constituição espanhola de 1812.

constitucionalismo⁷². Ou seja, a elaboração teórica de Montesquieu, bem como de seus predecessores, ignorava a constituição escrita como elemento do sistema político e seus eventuais corolários como a supremacia constitucional e a supremacia judicial.

O terceiro fator está relacionado à dificuldade do uso uniforme da linguagem sobre o tema. A própria expressão “doutrina da separação de poderes” era evitada ou desconhecida nos textos teóricos e normativos da época (séculos XVII e XVIII), sendo reconhecido como tal pelo conteúdo do argumento e não pela denominação convencional. Pinto Ferreira, por exemplo, observou que Montesquieu nunca empregou a expressão “separação de poderes” na sua obra e que sua ampla aceitação está relacionada à fórmula reproduzida na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*⁷³. As palavras “separação”, “poderes”, “legislativo” e “executivo”, por exemplo, também estão marcadas por múltiplos significados e aplicações.

O quarto fator é a identificação do substrato que fundamenta quase todas as teorias da separação de poderes, bem como as teorias correlatas, isto é, o objetivo de impedir, deter ou controlar o poder arbitrário a partir de um desenho institucional eficiente⁷⁴.

Por fim, o quinto fator é reconhecer a existência de múltiplas doutrinas da separação de poderes. Ou, para evitar antecipar mais uma controvérsia semântica, reconhecer a associação entre diversas teorias e

⁷² Para uma introdução ao tema do moderno constitucionalismo, cf. Nicola Matteucci. *Constitucionalismo* (In Bobbio; Matteucci; Pasquino. *Dicionário de política*). Vale, também, cf. Charles Howard McIlwain. *Constitucionalismo – antigo y moderno*.

⁷³ Pinto Ferreira. *Curso de direito constitucional*, p. 87.

⁷⁴ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 21.

propostas de desenhos institucionais contra o arbítrio, especialmente durante os movimentos revolucionários na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França, entre meados do século XVII e meados do século XIX⁷⁵.

2 DESENHOS INSTITUCIONAIS CONTRA O ARBÍTRIO: A CONFORMAÇÃO DAS DOUTRINAS DA SEPARAÇÃO DE PODERES NOS SÉCULOS XVII, XVIII E XIX

Entender o princípio da separação de poderes, tão difundido nas constituições ocidentais contemporâneas, pressupõe entender a doutrina da separação de poderes que, presume-se, lhe daria o sentido. A complexidade do tema, entretanto, exige clarificação, enfrentando as ambiguidades e as contradições, neste caso, organizando as devidas distinções. Nesse contexto, é possível perceber, com algum esforço de síntese, três causas de ambiguidade: os problemas semânticos, o entrelaçamento de fundamentos teóricos distintos e as circunstâncias originárias de cada teoria e seus desdobramentos, no tempo e no espaço.

⁷⁵ M. J. C. Vile distinguiu a teoria da separação de poderes propriamente dita, que ele denominou de teoria pura da separação de poderes, do que ele denominou de teorias associadas a ela. Para Vile, a teoria do governo misto (ou a teoria dos “poderes e contrapoderes”) são teorias associadas e não propriamente teorias da separação de poderes. M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 12.

1 A desarmonia semântica que dificulta dar sentido à doutrina da separação de poderes

Com relação à primeira causa, a ambiguidade semântica, especialmente três termos foram utilizados de forma desarmoniosa: separação, poderes e legislativo.

A palavra poderes é utilizada em diversos sentidos e é mesmo a principal fonte de ambiguidade. Os cinco sentidos mais utilizados são: (a) como unidade do poder estatal, portanto, no singular, quando, por exemplo, se enfatiza a divisão do poder; (b) como esferas ou áreas do poder estatal dividido, portanto, no plural; esses poderes separados, por sua vez, podem significar (c) órgãos distintos, (d) funções distintas ou (e) pessoas distintas⁷⁶. Cada sentido aplicado produz um resultado diferente. Por exemplo, o reconhecimento de funções distintas não impede que todas sejam exercidas pelo mesmo órgão ou pela mesma pessoa.

Essa desarmonia no uso do termo poderes reflete na palavra separação. Assim, ora separar significa distinguir conceitualmente as três funções, ora significa distribuir as funções em órgãos distintos por especialidade. Ora significa a proibição extremada da interferência de um órgão no outro, ora aceita a interferência parcial e mitigada, ora exige uma intensa interferência controladora (a separação dos órgãos é pressuposto lógico para o controle interorgânico). Ora separar significa distinção orgânica, mas não pessoal, ora separar significa até mesmo a proibição de o ocupante do

⁷⁶ No mesmo sentido, para Vile, a palavra poder expressa cinco diferentes conceitos: como “a capacidade de conseguir certos fins por meio da força ou persuasão”, como autoridade, como função, como “entidades delegadas que exercem a ação governamental”, e como “as pessoas que compõem essas entidades”. M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 13.

cargo de um poder ingressar na sede (prédio físico) de outro poder. Ou seja, separação pode significar: segregação radical, separação parcial ou mitigada, distribuição ou, mesmo, controle.

Embora não contida na fórmula clássica, a ambiguidade da palavra legislativo ou de expressões correlatas também causa problemas. Assim, às vezes legislativo significa função, outras vezes órgão, outras vezes poder. O conceito de legislação como função também é dependente do critério, assim o critério pode ser a estrutura, a forma ou a fonte orgânica. A ideia de legislativo como órgão às vezes é entendida como autoridade que legisla, outras vezes como o órgão de representação popular ou nacional.

M. J. C. Vile entendeu as implicações dessa ambiguidade semântica: “quando uma palavra tem ao menos cinco significados diferentes dentro de um mesmo contexto, se converte mais em obstáculo que em ferramenta útil para refletir com clareza”⁷⁷.

2.2 As três camadas de uma teoria do governo misto: as formas de governo, o governo moderado e o governo das leis

A segunda causa é o entrelaçamento dos vários fundamentos teóricos⁷⁸. Novamente, com algum esforço de síntese, seria possível distinguir três matrizes teóricas que influenciaram o período demarcado: a teoria do

⁷⁷ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 13.

⁷⁸ Nuno Piçarra considera que a doutrina da separação de poderes, na sua origem, relaciona-se com um emaranhado de outros conceitos antigos e modernos, como os de *rule of law*, constituição mista, balança de poderes, soberania popular, conceito moderno-iluminista de lei, Estado-sociedade, direitos fundamentais e liberdade. Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 145.

governo misto, a teoria rígida da separação de poderes (na falta de uma expressão melhor⁷⁹) e a teoria da supremacia legislativa.

A rigor, a teoria do governo misto⁸⁰ não poderia ser confundida com uma doutrina da separação de poderes, embora seja, talvez, o desenho institucional contra o arbítrio mais duradouro e mais influente ao longo da história ocidental. Para além dessa relevância, dois outros fatores tornam imprescindível considerar essa abordagem: o argumento do governo misto é o assunto de maior destaque no Capítulo VI (do Livro XI) de *O espírito das leis* (onde Montesquieu teria tratado da separação de poderes) e aspectos da teoria do governo misto foram incorporados em quase todas as variações da doutrina da separação de poderes.

O que até aqui foi denominado de teoria do governo misto, para os fins deste estudo, ou seja, para sua aplicação na formulação da doutrina da separação de poderes, deve ser desdobrado em, pelo menos, três teorias: a teoria do governo misto propriamente dita, a teoria do governo moderado e a teoria do governo das leis. Não são propriamente a mesma teoria, mas estão associadas na maioria dos casos. Um exemplo dessa associação, no contexto deste estudo, é a formulação da “constituição equilibrada” (*balanced constitution*) na Inglaterra do século XVIII⁸¹.

A teoria do governo misto, cuja formulação mais famosa pertence a Políbio⁸², consiste no desenho

⁷⁹ Para algo próximo, M. J. C. Vile prefere a expressão “doutrina pura da separação de poderes”.

⁸⁰ Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 17.

⁸¹ Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional* (Seção 7, do Capítulo II) e M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes* (Capítulo 3).

⁸² Políbio. *História* (Livro 6).

institucional da forma perfeita e estável de governo, a partir da conjugação engenhosa das três formas puras: reino⁸³, aristocracia e democracia. As razões para uma teoria do governo misto é que as formas puras, ainda que formas boas, não seriam estáveis, sendo facilmente sucedidas por formas de governo degeneradas (tirania, oligarquia e oclocracia); no governo misto, cada uma das três dimensões equilibra as outras, estabilizando o governo, impedindo a degeneração⁸⁴ e assegurando a liberdade⁸⁵.

É nesse sentido que, na teoria do governo misto, a organização do poder político não pode ser simples⁸⁶ e deve ser necessariamente complexa⁸⁷, prevendo um órgão popular, um aristocrático e outro monárquico (real)⁸⁸. Ou seja, os defensores do governo misto pretendiam atingir três objetivos: (a) cada espécie de órgão tem sua própria índole, que o torna mais eficiente

⁸³ Apesar da difusão do termo “monarquia”, Políbio preferiu a expressão “reino”. Cf. Políbio de Megalópoles. *Historia universal bajo la República Romana*, Tomo II, p. 147.

⁸⁴ Nesse contexto, Políbio conferiu os méritos a Esparta, pela inteligência de Licurgo. Cf. Políbio de Megalópoles. *Historia universal bajo la República Romana*, Tomo II, pp. 156-7.

⁸⁵ Políbio asseverou que, com o governo misto, Esparta conservou a liberdade por mais tempo que os seus vizinhos. Cf. Políbio de Megalópoles. *Historia universal bajo la República Romana*, Tomo II, p. 157.

⁸⁶ O diagnóstico de Licurgo, segundo Políbio, foi que as formas de governo simples tendem a degenerar em governo familiar. Cf. Políbio de Megalópoles. *Historia universal bajo la República Romana*, Tomo II, p. 156.

⁸⁷ Políbio de Megalópoles. *Historia universal bajo la República Romana*, Tomo II, p. 156. Para Óscar Godoy Arcaya, é a mesma intenção de Montesquieu: “visto de outra perspectiva, pode-se dizer que o barão de La Brède sustenta que o governo da sociedade civil não pode estar a cargo de um órgão simples, mas de um órgão composto”. Cf. Óscar Godoy Arcaya. *Antología política de Montesquieu*, p. 348.

⁸⁸ A referência a Políbio é inevitável: “Com efeito, a quem fixar a atenção no poder dos cônsules a constituição romana parecerá totalmente monárquica; a quem fixá-la no Senado ele mais parecerá aristocrática, e a quem a fixar no poder do povo ela parecerá claramente democrática. (...) Cada uma das três partes é capaz, se quiser, de criar obstáculos às outras ou de colaborar com elas. (...) Sendo esses os meios de que dispõe cada um dos poderes do Estado para criar obstáculos aos outros ou cooperar com eles, sua união é benéfica em todas as contingências, a tal ponto que é impossível achar que um sistema político melhor do que este”. Políbio. *História*, pp. 333-7. Cf., também, Norberto Bobbio. *A teoria das formas de governo*, pp. 66-7. Também: Cf. Palhares Moreira Reis. *Regimes políticos*, p. 20.

para atingir determinada finalidade, assim, o órgão popular exerceria melhor a proteção das liberdades, enquanto o órgão monárquico exerceria melhor a condução (administração) cotidiana dos negócios públicos, por exemplo⁸⁹; (b) cada órgão, sendo expressão de uma potência social distinta, poderia controlar⁹⁰ os outros dois órgãos, conduzindo a comunidade para o bem comum e não para o bem de parte da comunidade; e (c) o governo misto conseguiria interromper o processo natural de degeneração das formas de governo e, portanto, estabilizar as relações políticas.

Não é de todo correto, entretanto, atribuir a Políbio a autoria ou a originalidade pela formulação da teoria do governo misto⁹¹. Antes dele, Aristóteles havia formulado um desenho institucional similar⁹². O contexto teórico da formulação aristotélica, entretanto, permite apresentar esta teoria com outra denominação, com conteúdo, eventualmente, mais abrangente: a teoria do governo moderado, que em parte coincide com postulados da teoria do governo misto⁹³. A formulação mais famosa do governo moderado pertence a Aristóteles⁹⁴, atendendo à máxima de que a perfeição é evitar os extremos, isto é, moderar entre a falta e o

⁸⁹ “O poder executivo deve estar entre as mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários; ao passo que o que depende do poder legislativo é com frequência mais bem ordenado por muitos do que por um só”. Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 172.

⁹⁰ No Capítulo VII, Políbio descreve o engenhoso desenho construído pelos romanos para equilibrar as três potências: opondo uma a outra ou auxiliando-se mutuamente. Cf. Políbio de Megalópolis. *Historia universal bajo la República Romana*, Tomo II, p. 163.

⁹¹ O próprio Políbio apresenta o que atualmente se denominada teoria do governo misto como a expressão da experiência espartana (pela graça de Licurgo) e romana.

⁹² Cf. a ideia de *políteia* no Capítulo VI (do Livro IV). Aristóteles. *Política*, pp. 137-8. Entretanto, a tradução da referida edição, da Editora da UnB, prefere usar a expressão “governo constitucional”; para os fins desta pesquisa, preferiu-se expressões como *políteia* ou república.

⁹³ Aristóteles. *Política*, p. 140.

⁹⁴ Aristóteles. *Política*.

excesso. Assim, o governo moderado é uma engenhosidade institucional que resulta em decisões moderadas, relacionada a controles mútuos que evitam posições radicais. A finalidade da teoria do governo moderado é a mesma do governo misto: assegurar o melhor (e o mais estável) meio para o bem comum. Como governo moderado, não pode ser o governo de segmentos da comunidade com a exclusão dos outros, mas o governo de toda comunidade. Aristóteles, por exemplo, previa que, na *politeia*, o governo moderado, o controle entre ricos e pobres (entre democracia e oligarquia), resultaria no benéfico governo da classe média⁹⁵, adequada para governar para o bem da comunidade (bem comum).

A terceira camada da teoria do governo misto (*lato sensu*) é a teoria do governo das leis. A referência à teoria do governo das leis (em contraste com o governo dos homens), como se verá, é recorrente entre os clássicos da política, desde Platão⁹⁶, pelo menos. O sentido da teoria do governo das leis é que a generalidade e a constância são preferíveis à mudança das paixões: “este contraste entre as paixões dos homens e a frieza das leis conduzirá ao *topos* não menos clássico da lei identificada com a voz da razão”⁹⁷. A expressão governo “das leis” pode levar o leitor desavisado a algum equívoco; por “lei” deve-se entender um direito superior (supralegal), que restrinja as “mudanças de paixão” do legislador (do governante).

⁹⁵ Aristóteles. *Política*, p. 145 e 163.

⁹⁶ Norberto Bobbio lembra um dos diálogos em *As leis*, de Platão: “Onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [do Estado]; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades”. Norberto Bobbio. *Estado governo e sociedade*, p. 96.

⁹⁷ Norberto Bobbio. *Estado governo e sociedade*, p. 96.

Francis Fukuyama esclarece o sentido de governo das leis (primado da lei):

Nas sociedades pré-modernas, acreditava-se que as leis eram criadas por uma autoridade superior a qualquer legislador humano, ou por uma autoridade divina, por costumes imemoriais ou pela natureza. Por outro lado, legislação corresponde àquilo que hoje é chamado de lei positiva e é uma função do poder político, isto é, a capacidade de um rei, barão, presidente, legislativo ou comandante militar de criar novas leis e fazer com que sejam cumpridas com base em uma combinação de poder e autoridade. Pode-se dizer que o primado da lei existe somente onde o corpo de leis anteriormente existente é soberano sobre a legislação, o que significa que o detentor do poder político sente-se limitado pelas leis⁹⁸.

Nesse sentido, Franz Neumann destacou que, na organização política medieval (germânica), “a única justificação do Estado era a de que ele se constituía como um meio para a realização do direito: ‘Não a monarquia, mas o direito deveria ser soberano’.”⁹⁹

⁹⁸ Francis Fukuyama. *As origens da ordem política*, p. 274. No mesmo sentido é a explicação de Norberto Bobbio: “Naturalmente, uma resposta deste gênero provoca uma questão de fundo: já que as leis são geralmente postas por quem detém o poder, de onde vêm as leis a que deveria obedecer ao próprio governante? As respostas dadas pelos antigos a esta pergunta abriram duas estradas. A primeira: além das leis postas pelos governantes existem outras leis que não dependem da vontade dos governantes, e estas são ou as leis naturais, derivadas da própria natureza do homem vivendo em sociedade, ou as leis cuja força vinculatória deriva do fato de estarem radicadas numa tradição”. Norberto Bobbio. *Estado, governo e sociedade*, pp. 96-7. Para mais explicações sobre o tema, vale cf., também, Norberto Bobbio. *O futuro da democracia* (especialmente o capítulo *Governo dos homens ou governo das leis*), bem como Friedrich August von Hayek. *Direito, legislação e liberdade*. Oportunamente discutiremos se a constituição moderna poderia ter o mesmo status de direito superior na teoria do governo das leis. Cf. Norberto Bobbio. *Estado, governo e sociedade*, p. 97, e Francis Fukuyama. *As origens da ordem política*, pp. 274-5.

⁹⁹ Franz Neumann. *O império do direito*, p. 129. O autor reforça o seu argumento na p. 138.

2.3 Esboços do que seria a doutrina original da separação de poderes e do que seria a doutrina da supremacia legislativa

Nuno Piçarra atribuiu a origem da formulação um pouco mais coerente do que viria a ser a doutrina da separação de poderes ao contexto da guerra civil inglesa (no século XVII)¹⁰⁰, incluindo os seus antecedentes, o Protetorado e, em certa medida, a Restauração.

Mais nitidamente, essa doutrina rígida da separação de poderes pode ser percebida nos antecedentes da guerra civil e de forma um pouco mais explícita no desenho formal do Instrumento de Governo (que instituiu o Protetorado)¹⁰¹. O que motivava essa doutrina (ou os fragmentos de argumento ainda não consolidados) era o embate contra o rei, em uma dimensão do problema, e o embate contra o arbítrio (também do rei), em outra dimensão. A separação de poderes, nesse contexto, significava que a soberania unificada nas mãos do rei era a fonte do arbítrio e que deveria ser dividida com outro órgão, o parlamento. Importava, assim, na maioria das vezes, a divisão orgânica do poder, ainda que não implicasse a nítida distribuição das funções.

Naquele contexto histórico e geográfico, três características merecem ser destacadas de uma síntese bastante aceita: a divisão é, sobretudo, orgânica e não funcional (mesmo quando dirigida a elementos funcionais, raramente dissociadas as três funções típicas

¹⁰⁰ Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 44.

¹⁰¹ Ressalve-se a controvérsia sobre se o Instrumento de Governo expressava uma doutrina da separação de poderes ou uma doutrina de supremacia legislativa. O certo é que a ascendência de Oliver Cromwell dava outra dinâmica política com o exercício, de fato, do seu poder pessoal.

executiva, legislativa e judicial); a divisão é, geralmente, binária (rei e parlamento), aceitando variações sem destaque ao poder judiciário, salvo raras referências à câmara dos lordes como órgão judicial de cúpula¹⁰²; e, principalmente, a divisão implica a não interferência de um órgão (poder) em outro poder, assim, as atribuições claramente separadas (ainda que não fossem pelo critério da especialidade funcional) impediriam o exercício do poder arbitrário.

Ainda no contexto da guerra civil inglesa, uma oposição moderada à arbitrária unidade do poder nas mãos do rei levou a diversas formulações de divisão do poder estatal, mantendo-se reduzido o poder do monarca. É o que, até aqui, se denominou de doutrina rígida da separação de poderes. Paralelamente, uma oposição radical a essa arbitrária unidade do poder nas mãos do rei levou à doutrina da supremacia legislativa (ou, distinta, com alguma sutileza, à doutrina da supremacia do legislativo).

Pela doutrina da supremacia do legislativo, o órgão legislativo, particularmente o de legitimidade popular, tem precedência sobre todos os outros órgãos estatais. Há, também, alguma complexidade nessa doutrina; não se trata propriamente de substituir o rei como unidade do poder estatal, mas entender que a legislação é a expressão do poder, enquanto as outras atividades estatais são aplicações da legislação, e somente o povo ou a assembleia popular (parlamento) teriam legitimidade para legislar. Percebe-se, portanto, a necessária distinção orgânica e funcional como antecedente da supremacia do

¹⁰² Para saber mais sobre a função judicial associada à Câmara dos Lordes, cf. M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, pp. 60-1.

legislativo e legislativa, ainda que se distancie de uma separação rígida de poderes baseada na premissa de igualdade entre os órgãos.

A doutrina da supremacia legislativa ganharia enorme sofisticação com o argumento de John Locke pouco depois. A doutrina da supremacia do legislador manteve-se influente em diversas situações e lugares, como a doutrina da soberania do parlamento na Inglaterra. Bem como na França, com Rousseau e, em seguida, com os jacobinos.

A doutrina da supremacia legislativa, particularmente, embora não se confunda com ela, não é necessariamente excludente em relação à doutrina da separação de poderes, nem mesmo em relação à separação rígida de poderes. Com o gradual esfacelamento do sistema político medieval e a concomitante conformação do sistema político moderno, não só o poder político se concentrou na entidade estatal como a pluralidade de fontes jurídicas, também gradativamente, ficaram reduzidas às fontes estatais, particularmente à lei. Nesse sentido, para antes da doutrina da separação de poderes, difundia-se e consolidava-se o entendimento de que o direito antecede a sua aplicação, ou seja, que a criação da lei, a legislação, antecede a aplicação da lei. Nesse contexto, a supremacia legislativa não passaria de um corolário do próprio Estado moderno.

2.4 Da Inglaterra à França: adaptações e reformulações da doutrina da separação de poderes

A discussão entre meados do século XVII e do século XIX gravitava em torno do mesmo substrato político: qual o desenho institucional eficiente para evitar o arbítrio? (Ou, em outros termos, como proteger a liberdade?). A pergunta era pertinente, sobretudo, nos lugares e nos momentos que antecederam e sucederam rupturas revolucionárias na ordem institucional. As teorias se intensificaram, inicialmente, na Inglaterra da guerra civil (século XVII), assim como em circunstâncias semelhantes nos Estados Unidos a partir da guerra de independência e na França revolucionária. No caso da Inglaterra, mais nitidamente, a sucessão de eventos proporcionou, também, sucessivos ajustes, adaptações e reformulações, como na Restauração, na Revolução Gloriosa e na Reforma (de 1832).

Assim, seguindo uma cadência cronológica e geográfica, percebe-se que a doutrina da separação de poderes (ou elementos dela) foi formulada originalmente na Inglaterra no contexto da guerra civil.

Desde os primeiros momentos, entretanto, a doutrina da separação de poderes foi submetida a severas críticas. Nos momentos que antecederam a execução do rei Carlos I e a instituição do Protetorado (Instrumento de Governo, de 1653), o famoso documento *Resposta de Sua Majestade às Dezenove Proposições do Parlamento*¹⁰³

¹⁰³ No contexto da guerra civil, em 1642, o Parlamento apresentou ao rei Carlos I uma petição com *Dezenove Proposições*. Em seguida, o rei apresentou a resposta negativa à petição. Os fundamentos da negativa ficaram conhecidos como a *Resposta às Dezenove Proposições (His Majesties Answer to the Nineteen Propositions of Both Houses of Parliament)*. John Pocock transcreveu parte da declaração: “Posto que não existam mais que três tipos de governo entre os homens, monarquia absoluta, aristocracia e democracia, e todos eles têm suas particulares vantagens e inconvenientes, a experiência e a

apresentou argumentos fundados na teoria do governo misto¹⁰⁴ contra a doutrina da separação de poderes e da supremacia do legislativo. O que mais impressiona é que o substrato do argumento real foi a proteção da liberdade contra o arbítrio.

Em seguida, certa simbiose entre a doutrina rígida da separação de poderes e a doutrina da supremacia legislativa (e não do legislador) são perceptíveis do texto do Instrumento de Governo, do Protetorado. O autoritarismo da regência de Oliver Cromwell como lorde protetor enfraqueceu a influência das duas doutrinas. Não o bastante para o retorno ao sistema antigo. Nesse contexto, a Restauração desenvolveu outra simbiose entre as duas doutrinas e a teoria do governo misto produzindo o que ficou conhecido como constituição equilibrada (ou monarquia equilibrada). A partir de então, gradativamente, a separação rígida de poderes e o governo misto vão cedendo lugar ao fortalecimento de variações da doutrina da supremacia do legislador, até o que ficou conhecido como doutrina da soberania do parlamento¹⁰⁵.

sabedoria de vossos antepassados ao modelar esta (nossa) forma mesclando as três, proporcionou a este reino (até onde pode fazê-lo a prudência humana) as vantagens das três sem os inconvenientes de nenhuma, em tanto que o equilíbrio se mantenha entre os três estados e cada um deles discorra exatamente por seu próprio curso (produzindo verdor e fertilidade nos prados de ambas as ribeiras) o desbordamento de um ou outro ou qualquer não ocasionará dilúvios ou inundações. A enfermidade da monarquia absoluta é a tirania, a enfermidade da aristocracia é a facção e a divisão, e a enfermidade da democracia são os tumultos, a libertinagem e a violência. O bom da monarquia é que une a nação sob uma cabeça e resiste à invasão do estrangeiro e à insurreição interna; o bom da aristocracia é a conjunção em conselho das pessoas mais capazes do estado para benefício público; o bom da democracia é a liberdade e a coragem e a indústria que engendra a liberdade”. Cf. John G. A. Pocock. *El momento maquiavélico*, p. 440.

¹⁰⁴ Para M. J. C. Vile, a teoria do governo misto teria sido reconfigurada como teoria da constituição equilibrada na *Resposta às Dezenove Proposições*. M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 43.

¹⁰⁵ Para mais informações sobre o tema da soberania do parlamento, cf. A. V. Dicey. *Introduction to the study of the law of the constitution* (Parte I); e William Blackstone. *Commentaries on the laws of England in four books* (Livro I, Capítulo 2).

Os Estados Unidos recepcionaram as experiências e o debate ingleses, agregados à marcante influência de Montesquieu. No caso norte-americano, vale distinguir três movimentos: o primeiro começa com a Independência e termina com a Convenção da Filadélfia, e consiste nos debates e nas experiências locais das treze novas repúblicas, desenhando, cada uma, o seu sistema político¹⁰⁶; o segundo movimento está situado em torno da nova constituição (1787), seja nos debates da Convenção da Filadélfia, seja no texto constitucional ou nos debates que sucederam para a promulgação; e o terceiro movimento está situado no argumento do *justice* John Marshall no caso *Marbury versus Madison*, cujos efeitos relevantes, entretanto, serão retardados. No primeiro movimento, na falta do rei, percebe-se certa tendência a favor da doutrina da supremacia legislativa¹⁰⁷; no segundo movimento, conforma-se o que ficou conhecido como doutrina de freios e contrapesos; e, no terceiro movimento, incorpora-se ao tema o princípio da supremacia constitucional.

Na França, é impossível encontrar um padrão diante das sucessivas constituições. O que se pode perceber é que a França se tornou um laboratório para experiências originais ou radicais, como a aplicação de uma democracia quase rousseauiana durante o período

¹⁰⁶ M. J. C. Vile transcreveu um dispositivo da Constituição do Estado da Virgínia, aprovado em 1776: “o departamento legislativo, o executivo e o judicial estão separados e diferenciados, de forma que nenhum exerça os poderes que pertencem aos demais; e que nenhuma pessoa exerça os poderes correspondentes a mais de um departamento simultaneamente, a exceção dos juizes dos tribunais de condado, que poderão ser eleitos para qualquer das câmaras”. Cf. M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 133.

¹⁰⁷ “Em seu desejo de erradicar a tirania de uma vez por todas, os membros das convenções dos estados que elaboraram as novas constituições despojaram os novos governadores eleitos de grande parte do poder [...]. A Constituição da Pensilvânia, que era a mais radical de todas, eliminou diretamente o governador”. Gordon S. Wood. *La revolución norteamericana*, p. 104. “

jacobino, ou de nostálgicas adaptações de instituições romanas no período do consulado e do império. A estabilidade do sistema político francês, muito provavelmente, só seria firmada com a Constituição da V República, em 1958. Apesar de não se expressar assim nominalmente nas constituições, Blanco Valdés considerou que a tradição francesa consagra a doutrina rousseauiana da “supremacia da lei”¹⁰⁸.

Desse emaranhado de teorias parece ser possível identificar duas tendências. Uma em que a doutrina da separação de poderes tende para o aspecto do governo misto, que enfatiza a interação e o controle interorgânico, cujo exemplo atual são os Estados Unidos. Outra em que a doutrina da separação de poderes tende para a supremacia do legislativo com forte apego à distinção funcional, cujos exemplos atuais são a Inglaterra e a França.

3 EM BUSCA DE UMA DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM MONTESQUIEU: TRÊS TEORIAS

Geralmente, ao se buscar a origem da doutrina da separação de poderes, faz-se referência a um dos capítulos de *O espírito das leis*, de Montesquieu, inspirado no sistema jurídico-político inglês. Para compreender devidamente a origem moderna da doutrina é necessário

¹⁰⁸ Roberto L. Blanco Valdés. *O valor da constituição* (Capítulo 4). A posição de Banco Valdés, entretanto, deve ser vista com certa cautela, porque desconsidera três eventuais causas concorrentes: a influência do debate inglês do século anterior, a influência do debate constitucional francês durante a Revolução (de Sieyès, por exemplo) e uma síntese elaborada com a Restauração. Cf., também, M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes* (Capítulo 7).

o exame minucioso da sua fonte nominal: o capítulo *A constituição da Inglaterra*, onde está sintetizado o pensamento dele sobre o tema.

O contexto da vida de Montesquieu é bastante conhecido. Charles Louis de Secondat nasceu em janeiro de 1689, no Castelo de La Brède, na França; herdou do pai o título de Barão de La Brède e do tio o título de Barão de Montesquieu; por herança, também exerceu a função de magistrado¹⁰⁹ do *Parlement*¹¹⁰ de Bordéus; na Universidade de Bordéus, concluiu o curso de Direito, em 1708, quando se transferiu para Paris, a fim de exercer a advocacia; em 1713, voltou para La Brède; em 1725, transferiu-se para Bordéus, onde iniciou a elaboração de *O espírito das leis*¹¹¹.

Montesquieu demorou vinte anos para concluir as pesquisas de *O espírito das leis*, cuja publicação ocorreu em meados do século XVIII (1748)¹¹²; depois, portanto, da publicação de *Segundo tratado sobre o governo* (de John Locke), mas antes das principais obras do Iluminismo, incluindo o *Contrato social* (de Rousseau), de 1762. A Inglaterra visitada por Montesquieu (na década de 1730) não era ainda propriamente a monarquia parlamentarista¹¹³, mas a monarquia constitucional

¹⁰⁹ *Président à mortier*.

¹¹⁰ Não se deve confundir o “parlamento” do Antigo Regime francês com os parlamentos modernos. O Parlamento de Bordéus, assim como o Parlamento de Paris, mais famoso, foi uma instituição principalmente judiciária, embora exercesse também atribuições tipicamente administrativas e regulamentares. Não se tratava, portanto, de órgão legislativo.

¹¹¹ Cf. outras informações sintéticas sobre Montesquieu em Óscar Godoy Arcaya. *Antologia política de Montesquieu*, pp. 337-340; e em Raymond Aron. *Etapas do pensamento sociológico*, pp. 19-67.

¹¹² Em discrepância com o entendimento geral, Óscar Godoy Arcaya observou que a edição de 1748 foi antecedida por outra, anônima, publicada em Genebra, em 1741. Cf. Óscar Godoy Arcaya. *Antologia política de Montesquieu*, p. 340.

¹¹³ Quando da publicação de *O espírito das leis*, o parlamentarismo na Inglaterra ainda estava em estágio inicial de formação, portanto, o executivo mantinha-se unificado sob o comando do rei. Considera-se que o sistema de Westminster, isto é, o parlamentarismo britânico teria se conformado apenas em 1832, com a *Representation of the People Act*. Os eventos relacionados a elevação de Robert

formatada nos termos da Revolução Gloriosa (1689). E a França de Montesquieu era a monarquia dos Capetos, portanto uma monarquia patrimonial, que admitia órgãos singulares como o Parlamento de Bordéus. Por fim, vale lembrar que Montesquieu morreu antes de conhecer as principais obras do Iluminismo, bem como antes das revoluções francesa e norte-americana. Assim, percebe-se porque o erudito barão francês da primeira metade do século XVIII escreveu tendo em mente não uma sociedade de iguais, mas uma sociedade de liberdade entre diferentes.

Interessa, particularmente, um pequeno capítulo de pouco mais de dez páginas, perdido nas mais de setecentas páginas de qualquer edição moderna de *O espírito das leis*. Trata-se do Capítulo VI do Livro XI, denominado *Da Constituição da Inglaterra*. Nele, Montesquieu pretendeu sistematizar um desenho institucional moderno capaz de proteger a liberdade (“liberdade política”).

Em *O espírito das leis*, o tema separação de poderes nunca é nominalmente abordado. Nem mesmo a localização do Capítulo VI (do Livro XI) dá qualquer indício de que ali estaria uma teoria da separação de poderes. O título do capítulo é *Da constituição da Inglaterra*, que está inserido no livro *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição*¹¹⁴, que, por sua vez,

Walpole ao *status* de primeiro-ministro de fato, durante o reinado de George I (em 1722), poderiam servir apenas como marco remoto do parlamentarismo.

¹¹⁴ No sentido antigo, o equivalente à constituição ou ao constitucionalismo é a *politeia* ou, o seu correspondente latino, a *res publica* (ou, em inglês, a *commonwealth*). Menos preocupado com regras formais contidas em um documento escrito, constitucionalismo antigo significa o desenho institucional adequado para uma organização política justa (ou bem ordenada). Na modernidade, o sentido antigo de constitucionalismo passou a gravitar em torno de um vocabulário mais restrito, associado ao governo das leis, ao governo misto, ao governo moderado e às formas puras de governo. Em certo sentido, seria mesmo impertinente falar de constitucionalismo antigo, já que

está inserido na Parte II, cujo título é *Das leis na relação que possuem com a força defensiva*. Portanto, não indica tratar-se de uma teoria da separação de poderes.

Mesmo o início do argumento, coerente com o contexto geral em que o capítulo está inserido, demonstra a precaução de Montesquieu com o tema clássico da liberdade política, ou sobre como é possível proteger a liberdade¹¹⁵? O título do capítulo chave é sugestivo, pois antecipa ao leitor a resposta: “a constituição da Inglaterra”. Esse é o ponto de conexão entre todas as partes do capítulo e entre todos os argumentos de Montesquieu que, às vezes, parecem desconectados.

Seguindo a longa tradição, Montesquieu antagonizou liberdade política com o exercício arbitrário do poder e, assim, associou a proteção da liberdade aos instrumentos de limitação do poder e de controle do poder arbitrário. Nesse sentido, o argumento de Montesquieu pouco inova, seja no debate recente, presente particularmente na própria Inglaterra, seja a partir de fontes mais antigas, como Platão, Aristóteles e Políbio.

O argumento de Montesquieu é persuasivo. A primeira premissa é que o antagonista da liberdade é o arbítrio e que a fonte do arbítrio é o poder (político, estatal). A segunda premissa é que o poder naturalmente (inevitavelmente) abusa da liberdade, isto é, o poder corrompe a índole do governante que, naturalmente (inevitavelmente) dispendo dos meios e tendo a

outros termos seriam mais fiéis ao seu conteúdo e ao seu contexto histórico, como a expressão *rule of law*, da tradição britânica.

¹¹⁵ Montesquieu. *Do espírito das leis*, p. 177.

necessidade, atentaria contra a liberdade ou, pelo menos, agiria sem considerar as liberdades dos súditos. Assim, Montesquieu descreveu a origem do mal (a fonte do arbítrio) para indicar o meio de evitá-lo¹¹⁶. Ao poder deve-se opor o poder: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder”¹¹⁷, apenas o poder correspondente pode controlar o poder, e o poder deve necessariamente ser dividido para ser controlado. Esses desdobramentos, corretamente, estão implícitos (e mesmo explícitos) na obra de Montesquieu, mas não são as suas premissas.

Como efetivar essa conclusão? Qual desenho institucional poderá assegurar este resultado, a proteção da liberdade?

O argumento de Montesquieu não é sistemático. Ainda assim, parece possível identificar três camadas complementares, independentes entre si. De certo modo, são três teorias diferentes sobre aspectos diferentes do problema. Por razões didáticas, elas serão denominadas de: teoria jurídica, teoria social e teoria política.

3.1 Teoria jurídica: a teoria das três funções

A teoria jurídica não se destina a resolver o problema da tensão entre liberdade e arbítrio, serve como propedêutica aos fundamentos das duas soluções

¹¹⁶ “Em vez de partir do direito que fundamentava a liberdade, ele partiu do poder que a ameaçava; em vez de se interrogar sobre a origem do poder, interrogou-se sobre seus efeitos. Ele foi, sem dúvida, o primeiro autor a falar no poder como uma *coisa*, separável de direito e de fato tanto de sua origem como de seu fim, separável de direito e de fato do homem que detém ou o procura”. Pierre Manent. *História intelectual do liberalismo*, p. 86.

¹¹⁷ “Uma constituição poderá ser feita de tal forma, que ninguém seja constringido a praticar coisa que a lei não o obrigue, e a não praticar aquelas que a lei lhe permite”. Montesquieu. *Do espírito das leis*, p. 179.

(a resposta da teoria social e da teoria política). A teoria jurídica consiste na classificação dos atos estatais (ou dos atos jurídicos) segundo sua natureza em três espécies: atos legislativos (ou função legislativa), que criam normas jurídicas (ou expressam normas criadas pelos órgãos estatais); atos executivos, que aplicam as normas jurídicas, ou seja, as leis, acrescentando-se a formulação de política exterior, que, embora pudesse ser à margem da lei, não poderia contrariá-la; e atos jurisdicionais (ou judiciais), que resultam do julgamento de litígios e crimes, também segundo o direito vigente.

Mesmo nessa primeira teoria, há certa ambiguidade na exposição de Montesquieu em relação ao que ele denomina de função “executiva”. No seguinte trecho, vale perceber que Montesquieu ignorou o que denominaríamos de atos de administração ou de governo e acrescentou uma atividade pouco lembrada relacionada à política externa (relações internacionais): “existem em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo que dependem do direito civil”¹¹⁸. Atenção para os termos em que especifica a terceira espécie de poder: “com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”¹¹⁹. Perceba-se, também, que Montesquieu usa, em determinado trecho, as expressões “poder executivo” e “poder de julgar” como sinônimas.

¹¹⁸ Montesquieu. *Do espírito das leis*, p. 180.

¹¹⁹ Montesquieu. *Do espírito das leis*, p. 180.

Com relação à primeira observação, merecem dois destaques. Primeiro, que Montesquieu recepcionou aquilo que John Locke denominou de função federativa. Denominar essa função de executiva parece decorrência do descuido de identificar a função pelo órgão, já que a função federativa é usualmente exercida pelo rei. O segundo destaque é que, embora Montesquieu não associe expressamente os atos de administração ou de governo à função executiva no início do capítulo, faz essa associação implicitamente em diversos outros trechos da obra. Parece mesmo que a omissão inicial é decorrência da própria obviedade, isto é, que a legislação não se aplica automaticamente e que a aplicação da lei é tipicamente função executiva. A transcrição de um trecho próximo reforça essa interpretação: “os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”¹²⁰. Em todo caso, a questão parece mesmo controvertida. Diferentemente dessa última interpretação, não seria de todo impertinente entender que Montesquieu ignorou deliberadamente a natureza de administração e de governo da função executiva, possivelmente porque, sendo mera execução da lei, não passaria de desdobramento da legislação ou, ainda, porque a ação administrativa e governamental na França do século XVIII era relativamente insignificante se comparada aos dias atuais; nesse sentido, ganham relevância as funções autônomas do rei, independentes

¹²⁰ Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 168. Segue outro trecho que reforça o argumento: “Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas; e é esta a vantagem que possui este governo sobre os de Creta e da Lacedemônia, onde os cosmos e os éforos não prestavam contas de sua administração”. Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 174.

de autorização ou controle pelo parlamento, como a condução da política externa. Essa segunda interpretação, entretanto, explicita a dependência da classificação das funções em razão do critério orgânico, isto é, o caráter da função seria determinado pelo órgão de onde emana o ato.

Com relação à segunda observação, sobre o poder de julgar, cumpre notar, também, dois aspectos: a relevância de destacar (e de nomear) a função judicial da função executiva e, ao mesmo tempo, de evitar dar à função judicial o *status* de “poder”, tal como atribuída às outras duas funções¹²¹.

A despeito dos reais objetivos de Montesquieu, difundiu-se a formatação atual, pela qual os atos estatais se classificariam em três espécies: a função legislativa (isto é, criar normas gerais e abstratas), a função executiva (administrar e governar) e a função judiciária (isto é, resolver litígios). Para se aproximar das intenções de Montesquieu, parece indispensável o ajuste na função executiva para distinguir as subfunções de administrar e governar sob a lei e de administrar autonomamente (independentemente) a política externa.

A teoria jurídica não é uma teoria prescritiva como as duas outras, apenas pretende descrever ordenadamente as três funções sem considerar se são exercidas cumulativamente por um só órgão ou se são distribuídas por inúmeros órgãos, menos ainda se tal distribuição se faz de forma seletiva, distribuindo as funções segundo suas três naturezas. Não se trata, portanto, de uma teoria da separação de poderes, mas

¹²¹ Duas assertivas de Montesquieu, que serão explicadas depois, são emblemáticas: “o poder judiciário é um poder nulo” e “o judiciário é a boca da lei”.

uma teoria sobre a natureza dos atos estatais ou sobre a classificação dos atos jurídicos.

Teorias desse tipo proliferaram antes¹²² e depois de Montesquieu. Talvez o principal mérito dela seja estabelecer o modelo de classificação amplamente difundido a partir de então até os nossos dias: as três funções executiva, legislativa e judicial. O que hoje pode parecer quase uma obviedade (dada a ampla aceitação) era pouco usual até Montesquieu, especialmente o reconhecimento autônomo da função judicial.

Por exemplo, poucos anos antes, John Locke¹²³, em *Segundo tratado sobre o governo*, havia classificado quatro funções: legislativa, executiva, federativa e de prerrogativa¹²⁴. Impressiona a influência de Locke sobre a formulação de Montesquieu, particularmente quando descreve “o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”¹²⁵ como algo muito parecido com a função federativa¹²⁶. Em todo caso, Locke, diferentemente de Montesquieu, não considerou a função judiciária como independente da executiva. Em compensação, ele definiu com muito mais nitidez a função executiva: “execução das leis municipais da sociedade dentro de seus próprios limites sobre todos os que dela fazem parte” e acrescentou a quarta função de

¹²² Um ou outro autor faz referência a um esboço de classificação das funções da *polis* de autoria de Aristóteles. Analisando as constituições da Antiguidade, Aristóteles teria identificado três espécies de funções: “destas três partes uma trata da deliberação sobre assuntos públicos; a segunda trata das funções públicas (...); a terceira trata de como deve ser o poder judiciário”. Aristóteles. *Política*, p. 152.

¹²³ A doutrina, no entanto, reconhece antecedentes a John Locke, tais como Harrington e Bolingbroke: “Bolingbroke (1678-1751) foi reputado por Schmitt como ‘o autor efetivo da doutrina teórico-constitucional do equilíbrio dos Poderes’”. Pinto Ferreira. *Curso de direito constitucional*, p. 87.

¹²⁴ John Locke. *Segundo tratado sobre o governo*, pp. 93 e 98.

¹²⁵ John Locke. *Dois tratados sobre o governo*, p. 516.

¹²⁶ “Gestão da segurança e do interesse público externo”. John Locke. *Dois tratados sobre o governo*, p. 516.

prerrogativa, que, em certa medida, é o equivalente interno à função federativa, ou seja, atuação sem subordinação legal¹²⁷.

Mesmo depois da publicação de *O espírito das leis*, várias outras classificações, menos difundidas, foram apresentadas. Ainda no início do século XIX, Benjamin Constant havia enumerado cinco funções diferentes¹²⁸. E, mais recentemente, no século XX, Karl Loewenstein, no contexto do moderno constitucionalismo, apresentou outras três funções em aberto contraste com as funções descritas por Montesquieu¹²⁹. E, antes de Karl Loewenstein, Hans Kelsen apresentou a mais consistente crítica à corrente adotada por Montesquieu, reduzindo as funções estatais a dois tipos ideais.

Kelsen apresentou três ressalvas, não contra Montesquieu, mas contra os usos e as adaptações de sua teoria. As três ressalvas são: o caráter histórico e não conceitual da classificação em três funções; a natureza binária dos atos jurídicos (atos estatais); e o caráter híbrido dos atos jurídicos (estatais) concretos.

Na primeira ressalva, Kelsen argumentou que as funções executiva, legislativa e judicial não foram fracionadas por Montesquieu a partir da natureza de cada uma, mas de acordo com “as competências que o parlamento, o monarca e os tribunais adquiriram ao longo da história na chamada monarquia

¹²⁷ “Pela lei comum da natureza, o direito de dele fazer uso para o bem da sociedade, nos muitos casos em que a lei municipal não fornece diretrizes, até que o legislativo possa ser devidamente reunido para deliberar sobre a questão”. John Locke. *Dois tratados sobre o governo*, p. 529.

¹²⁸ Real, executiva, representativa de duração, representativa de opinião e judiciária. Cf. Benjamin Constant. *Escritos de política*.

¹²⁹ “A continuação se expõe uma nova divisão tripartida: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*)”. Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, p. 62.

constitucional”¹³⁰. Se Kelsen estiver correto, essa assertiva explicaria parte das confusões em torno do princípio da separação de poderes.

Na segunda ressalva, Kelsen explicitou a natureza binária dos atos estatais; assim, conceitualmente, as funções são apenas legislação e execução¹³¹, portanto, qualquer outra aparente função estaria contida em uma delas. Ou seja, pela função legislativa são criadas normas gerais, e pela função executiva elas são aplicadas. Nesse sentido, não haveria diferença conceitual entre a execução propriamente dita (atos administrativos e de governo) e jurisdição (atos judiciais), ambos aplicam o direito¹³². No campo da teoria do direito, a distinção entre função legislativa e função executiva é o equivalente ao que Kelsen denominou de função criadora de direito e função aplicadora de direito¹³³. Kelsen ressaltou as distinções entre a execução propriamente dita e a jurisdição, bem como entre os atos administrativos e os atos políticos (atos de governo), mas, nem por isso, deixam de ser conceitualmente contidos na mesma função executiva; salvo o tratamento especial que deu para os atos políticos (atos de governo¹³⁴), muito assemelhados às funções federativa e de prerrogativa de Locke. Portanto, em certo sentido, a contragosto, poder-se-ia dizer que a classificação de Kelsen também é trinária¹³⁵.

¹³⁰ Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 402.

¹³¹ Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 365.

¹³² Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do estado* (Seção G.b do Capítulo III, da Segunda Parte).

¹³³ Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do estado* (Seção B.g do Capítulo XI, da Primeira Parte).

¹³⁴ “Aquela atividade que se chama ‘governo’ de um Estado está fora do alcance de toda qualificação jurídica; isto é, que o ‘governo’ se move no âmbito que escapa à regulação do Direito”. Hans Kelsen. *Teoria general del Estado*, p. 319.

¹³⁵ Para informações adicionais sobre os atos políticos, cf. a opinião de Biscaretti de Ruffia: “Muitas vezes no passado e até a pouco tempo, se tem discutido, vivamente, a exatidão da tripartição até aqui

Na terceira ressalva, Kelsen considerou a perspectiva dinâmica da natureza binária dos atos estatais. Assim, concretamente, os atos jurídicos (estatais) raramente são puros, isto é, raramente são puros atos legislativos (criativos) ou executivos (aplicadores)¹³⁶. Nesse sentido, um parlamento quando promulga a lei exerce a sua função legislativa (criadora), mas também exerce a sua função executiva (aplicadora), pois aplica a constituição; o juiz, por sua vez, quando aplica a lei ao caso concreto, também cria normas (legisla), pois dispõe de certa discricionariedade¹³⁷. Se Kelsen estiver correto, essa assertiva explicaria boa parte das confusões em torno do princípio da separação de poderes, pois seria impossível, conceitualmente, reservar com exclusividade funções específicas para cada órgão, já que quase todos os atos estatais são híbridos.

Enfim, apesar da ampla difusão, mesmo a teoria das três funções de Montesquieu encontrou importantes teorias rivais e séria crítica.

exposta. Assim, por exemplo: 1) tem-se pretendido anular uma das três categorias indicadas, encaixando a *função jurisdicional* na *executiva* (considerando a primeira apenas como um modo particular de aplicar as leis [...]); 2) tem-se considerado, ainda, as três funções tradicionais somente como momentos sucessivos de um único processo contínuo de formação derivada do direito ([...] por exemplo, Kelsen e a *escola de Viena*); 3) tem-se tentado, por outro lado, às vezes, criar uma *Quarta função de governo* [...]; 4) finalmente, tem-se configurado uma contraposição mais simples e diferente, que deveria ser inspirada numa consideração realística das atividades realizadas pelo Estado, divididas entre *função política* e *função administrativa* (compreendendo na primeira as grandes decisões próprias das *funções de governo* e da *função legislativa*; e na segunda os atos de menor relevância política próprios das *funções executivas* e *jurisdicionais*?. Paolo Biscaretti di Ruffia. *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público)*, p. 159.

¹³⁶ “O ato de jurisdição é criação, produção ou posição de Direito como o ato legislativo, e um e outro não são senão duas etapas diferentes do processo de criação do jurídica. [...] Todo o processo de criação jurídica constitui uma sucessão continuada de atos de concreção e individualização crescentes do Direito [...]. A legislação é aplicação do Direito o mesmo que a jurisdição é criação jurídica – apesar de que a doutrina tradicional contraponha ambos os conceitos como criação e aplicação, respectivamente”. Hans Kelsen. *Teoria general del Estado*, pp. 302-5.

¹³⁷ Cf., também, Hans Kelsen. *Teoria pura do direito* (Capítulo VIII).

3.2 Teoria social: adaptações da teoria do governo misto

Denominamos a segunda teoria de social. Na verdade, trata-se de uma aplicação da teoria do governo misto¹³⁸ ou de alguma de suas adaptações, como a teoria da constituição equilibrada. A denominação teoria “social” se justifica pela importância que Montesquieu deu às “potências sociais” no seu argumento, enfatizando o aspecto do equilíbrio das forças sociais mais do que um eventual equilíbrio dos órgãos ou das funções estatais.

Na teoria de Montesquieu, a teoria do governo misto é aplicada em duas situações distintas. Na primeira, as três potências sociais e as três formas puras de governo descritas em Políbio são aplicadas no exercício da função legislativa. Na segunda, é aplicada principalmente na dimensão interorgânica. A primeira situação é tratada como teoria social e a segunda situação será tratada como teoria política.

Portanto, importa, na teoria social, apenas a função legislativa. Montesquieu, assim, incorpora as teorias que identificam a soberania à legislação¹³⁹, ou seja, o poder de mandar, o poder de criar o direito. Assim, o objeto da teoria social é o desenho institucional apto para legislar. Ou, em termos atuais, quais os atores e qual o procedimento legislativo adequado para melhor impedir o arbítrio e proteger a liberdade? A resposta é que os

¹³⁸ “A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites”. Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 166.

¹³⁹ “Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”. Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 166.

atores envolvidos devem ser representativos das três potências sociais e que a lei legítima deve ser o resultado da anuência (direta ou indireta) de todos eles.

As três potências sociais são rei, nobreza e povo. O que coincide, perfeitamente, com os atores envolvidos no processo legislativo inglês: as leis precisam ser aprovadas pelas duas casas do Parlamento, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes, e precisa, ainda, da sanção real. As três potências sociais são, portanto, representadas por três órgãos estatais no processo legislativo.

Há alguma controvérsia sobre a natureza da participação real no processo legislativo, se a sanção ou o veto¹⁴⁰, por exemplo, tem natureza legislativa ou executiva. Em qualquer das respostas, não resta dúvida que o órgão parlamento (poder legislativo) participa da soberania assim como o rei (órgão do poder executivo) também participa, é nesse contexto que Montesquieu afirmou que, "dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo"¹⁴¹, isto é, que os órgãos judiciais não participam da soberania, porque não criam regras, apenas as aplicam.

A teoria social é, assim, a fiel reprodução da teoria do governo misto. Nesse contexto, destina-se a moderar as três potências sociais de tal maneira que, no exercício da soberania (legislação), tenha a participação dessas potências, pelo menos com o poder de impedir a aprovação de leis. A partir desses elementos, é comum

¹⁴⁰ Montesquieu preferiu a expressão "faculdade de impedir". Para Montesquieu, nem mesmo há distinção entre sanção e veto, pois a sanção é apenas a abstenção do veto, isto é, a abstenção da faculdade de impedir. Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 172. Para uma leitura adicional sobre o tema, cf. Menelick de Carvalho Netto. *A sanção no procedimento legislativo* (Capítulo II).

¹⁴¹ Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 121.

projetar o argumento de Montesquieu para além da literalidade do seu texto, de modo a inferir que a estabilidade social, bem como o controle do arbítrio e a proteção da liberdade só poderiam ser resultado de um poder soberano exercido compartilhadamente por todas as potências sociais¹⁴².

Espelhado na Inglaterra, Montesquieu formulou um procedimento de criação legislativa com a participação das três potências sociais por meio de três órgãos. O poder legislativo propriamente é bicameral para permitir a representação de duas potências sociais: câmara alta composta por nobres escolhidos pelo critério hereditário¹⁴³ e câmara baixa composta pelo povo, cujos representantes são eleitos¹⁴⁴. O rei participa do processo legislativo, embora detenha propriamente o poder executivo, com a sanção ou o veto¹⁴⁵. A promulgação de qualquer lei exige a anuência desses três órgãos, portanto, com a anuência das três potências sociais nobreza, povo e rei. Não se percebe, portanto, separação, a não ser no sentido de que se considera a sociedade dividida em estamentos.

A teoria social é o complemento necessário à concepção de liberdade de Montesquieu, para quem a liberdade é permissividade da lei, isto é, fazer ou deixar de fazer o que for permitido por lei. A produção

¹⁴² "Deste modo, o poder legislativo será confiado tanto à nobreza como ao corpo escolhido para representar o povo, cada qual com suas assembléias e deliberações à parte e objetivos e interesses separados. [...] O poder executivo, como dissemos, deve participar da legislação por meio do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas". Montesquieu. *O espírito das leis*, pp. 121 e 123.

¹⁴³ "O corpo dos nobres deve ser hereditário." Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 121.

¹⁴⁴ "Todos os cidadãos, nos diversos distritos, devem ter direito a dar seu voto para escolher o representante, exceto os que estão em tal estado de baixa que são consideradas sem vontade própria". Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 121.

¹⁴⁵ "Chamo faculdade de impedir o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro, o que constitui o poder dos tribunos de Roma". Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 121.

legislativa, controlada e moderada pelas potências sociais, nunca poderia ser arbitrária.

Outro aspecto da teoria social é que é legatária da teoria do governo misto¹⁴⁶ enquanto conjugação perfeita das formas de governo: de um (monarquia), de poucos (aristocracia) e de muitos (povo). De tal modo que os três órgãos envolvidos no processo legislativo inglês constituem a expressão das três formas de governo: o rei (monarquia), a Câmara dos Lordes (aristocrático) e a Câmara dos Comuns (democrático).

Montesquieu deixou claro que se trata de uma teoria social e não de uma teoria jurídica ou de uma teoria orgânica. De nada valeria que o poder legislativo fosse exercido compartilhadamente por três órgãos se todos eles representassem a mesma potência social. Nessas circunstâncias, para Montesquieu, não haveria proteção contra o arbítrio, pois o poder soberano continuaria exercido por uma só potência social¹⁴⁷.

Ressalve-se uma interpretação incomum, em perspectiva pragmática, que Montesquieu teria objetivado a reforma da constituição francesa (constituição no sentido antigo) convertendo a monarquia absoluta em monarquia moderada, fazendo com que o rei compartilhasse o poder com as outras duas potências sociais: uma decadente (ainda que Montesquieu assim não reconhecesse), a nobreza, e outra ascendente, o povo (burguesia). Essa perspectiva justificaria a ênfase argumentativa de Montesquieu pela manutenção da Câmara dos Lordes (nobreza) contra uma potencial tendência democrática, assim, a potência social dos

¹⁴⁶ Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 44.

¹⁴⁷ Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 119.

nobres serviria como força moderadora entre povo e rei; de certo modo, algo similar ao argumento de Carlos I, na Inglaterra, para quem o rei seria a força moderadora entre a nobreza e o povo.

3.3 Teoria política: teoria orgânica de equilíbrio, controle e cooperação

Por fim, denominamos de teoria política a terceira dimensão do argumento apresentado em *O espírito das leis*. Essa teoria política está intimamente associada à dinâmica do exercício do poder, considerando a minúcia e a complexidade dos arranjos institucionais e psicologia dos eventuais titulares dos órgãos estatais. De certo modo, a teoria política se aproxima de uma teoria precedente, a da constituição equilibrada, e de uma teoria posterior, a de freios e contrapesos. A percepção de Montesquieu foi que o núcleo da constituição inglesa (ou da imagem que projetava dela) era a formulação de uma engenharia institucional capaz de controlar o poder, independentemente de quem o ocupe e de qual a intenção ao exercê-lo.

A técnica da teoria política é aparentemente simples: só o poder controla o poder, logo, o poder precisa, primeiro, ser dividido e, depois, deve-se criar instrumentos de controle mútuo. A teoria social não deixa de ser uma expressão desta teoria política, mas é importante destacar que a teoria política também é uma teoria orgânica e, mesmo, uma teoria síntese. Nesse contexto, de conexão entre a teoria política e a teoria social, Montesquieu explicou porque as funções não podem ser concentradas nas mãos do mesmo titular, e

porque o titular não é necessariamente uma pessoa, mas um grupo social¹⁴⁸. Mostrou como os órgãos estatais devem interagir, quais devem ser fortalecidos, quais devem ser enfraquecidos, quais os instrumentos de equilíbrio, controle e cooperação.

A teoria política de Montesquieu não é sistemática ou sintética (as duas anteriores foram expostas sinteticamente), e é apresentada na forma de engenhos institucionais específicos. O estilo não é de todo original e muito se parece com o de Políbio, que descreveu o desenho e a dinâmica institucionais espartanos e romanos.

São arranjos de todo tipo, desde um poder judicial não hierarquizado composto por jurados não permanentes até as limitações temporais das prisões provisórias¹⁴⁹. Nesse estilo, para Montesquieu, o órgão legislativo deveria ter a estrutura coletiva e o órgão executivo deveria ter a estrutura monocrática¹⁵⁰, o que lembra a teoria do governo misto enquanto equilíbrio das formas puras de governo. Na mesma cadência, Montesquieu propôs arranjos relacionados ao funcionamento do órgão legislativo e, depois, para as relações entre o órgão executivo e o órgão legislativo; em seguida, sobre as relações entre a função judicial e o órgão legislativo; por fim, Montesquieu enfrentou o

¹⁴⁸ “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. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. Montesquieu. *O espírito das leis*, pp. 168-9.

¹⁴⁹ Montesquieu. *O espírito das leis*, pp. 169-170.

¹⁵⁰ Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 172.

problema da inação decorrente de eventuais segregações, limites e controles entre os poderes, o que serviu de pretexto para a proposição de arranjos mais complexos nas relações entre o órgão executivo e o órgão legislativo¹⁵¹.

De todos esses arranjos, o mais importante e o que transcende a todos os outros parece ser a proibição de cumulatividade orgânica (pessoal e social) para quem estabelece a lei e quem a aplica¹⁵². Novamente, não se trata de uma proposição original de Montesquieu, mas deve-se render a ele o mérito de influenciar decisivamente os arranjos constitucionais ocidentais modernos.

Ao comparar Montesquieu a Políbio, impressiona a densidade e a clareza deste em relação à natureza das relações políticas. Um dos méritos de Montesquieu é conseguir adaptar a teoria polibiana às instituições modernas, ainda que sem nenhum (ou poucos) acréscimo original relevante, com uma exceção: a ênfase nas potências sociais é um elemento da teoria de Montesquieu e não da teoria de Políbio, que enfatizava o equilíbrio das formas de governo. Com relação às relações entre o órgão monárquico (executivo) e o órgão democrático (legislativo), Políbio é bem mais minucioso e engenhoso que Montesquieu, ou, talvez, as instituições romanas e espartanas fossem bem mais engenhosas que as instituições modernas.

Causa certa inquietação, até aqui, o pouco de doutrina da separação de poderes nessas três teorias de Montesquieu, especialmente se considerarmos a sua

¹⁵¹ Montesquieu. *O espírito das leis*, pp. 172-7.

¹⁵² Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 168.

teoria política como mais uma manifestação da teoria do governo misto (ainda que adaptada). Causa ainda mais inquietação quando, em determinado trecho secundário, Montesquieu admitiu como governo “moderado” um desenho institucional com dois poderes e não três: “Na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que possui os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro”¹⁵³; e, ainda, dois poderes com a concentração da legislação e da execução nas mãos do rei, desde que a função judiciária fosse exercida por órgãos independentes.

Pierre Manet tentou aplacar essa inquietação:

O que convém apreender, principalmente, é que Montesquieu realmente só considera *dois* poderes, o legislativo e o executivo. Decerto, ele faz uma distinção geral entre três poderes: esses dois e o judiciário. Mas o judiciário só tem importância política real nos regimes em que os dois primeiros poderes se confundem: ‘Na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que detém os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro’¹⁵⁴.

Diante disso, para entender Montesquieu, não se pode perder o foco das suas premissas. Ele retomou os temas e o estilo dos clássicos, atualizados pelas técnicas da nova ciência. Neste sentido, o que o preocupa é o problema do arbítrio e o objetivo de um desenho institucional apto para promover a liberdade; assim, como em Políbio, os arranjos devem ser práticos, devem usar de equilíbrio, controle e cooperação¹⁵⁵, e, no caso

¹⁵³ Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 168.

¹⁵⁴ Pierre Manet. *História intelectual do liberalismo*, p. 87.

¹⁵⁵ “Para Montesquieu a monarquia tradicional, que é distinta do absolutismo, funda-se na existência de poderes intermediários. [...] Deste modo, a liberdade vem justificar a ideia e a prática do regime

moderno, devem impedir que o legislador aplique as leis¹⁵⁶.

4 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SUAS VARIAÇÕES DEPOIS DE MONTESQUIEU

Os impactos da doutrina de Montesquieu são inegáveis, imediatamente tornou-se referência a respeito do tema separação de poderes, citado até os dias atuais. As intenções do autor e o sentido coeso da sua obra, entretanto, ainda produzem controvérsia.

Para M. J. C. Vile, por exemplo, a controvérsia sobre o conteúdo, a originalidade e a relevância da doutrina de Montesquieu pode ser sintetizada em três opiniões: a opinião europeia é de que Montesquieu defendeu a doutrina pura da separação de poderes, “isto é, uma separação rigorosa de agências, funções e pessoas”; a opinião norte-americana (e de franceses como Benjamin Constant) é de que Montesquieu defendeu a separação parcial de poderes, isto é, da doutrina pura modificada pelo sistema de freios e contrapesos”; e a opinião de que Montesquieu não defendeu nenhuma doutrina da separação de poderes e que pretendia apenas “evitar a ‘confusão’ entre os poderes”, ou “estabelecer a independência jurídica do

político moderado. Ou seja, daquele tipo de regime onde a mútua ação entre os poderes impede o exercício de um poder absoluto”. Oscar Godoy Arcaya. *Antologia Política de Montesquieu*, pp. 346-8.

¹⁵⁶ Em outro contexto, Nuno Piçarra teve a mesma impressão em relação às doutrinas inglesas. Considerando o contexto do Longo Parlamento, na Inglaterra, Nuno Piçarra afirmou que a primeira versão da doutrina da separação dos poderes não visava à separação entre o poder executivo e o poder legislativo (não havia ainda tal compreensão), mas “visava servir de base à prescrição de que as leis não sejam feitas por quem, simultaneamente, tenha poder para as aplicar”. Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 50.

corpo legislativo e do governo”, ou defender a “integração harmoniosa” dos poderes¹⁵⁷.

A despeito das intenções originais de Montesquieu, o senso comum difundiu uma ideia genérica e contraditória de princípio da separação de poderes e, equivocadamente, imputou a autoria a Montesquieu. Para o senso comum, o Estado deve ser dividido em três conjuntos orgânicos (poderes): executivo, legislativo e judiciário; cada poder corresponde a uma função, com a mesma denominação; cada poder exerce precipuamente (ou exclusivamente) a respectiva função e, portanto, os outros poderes ficam impedidos ou limitados de exercer a função que não seja a sua; cada poder não deve interferir nos outros dois; a separação não deve ser apenas orgânica e funcional, mas também pessoal, de modo que a mesma pessoa não possa acumular cargos em dois poderes. Essa ideia enfatiza o aspecto da separação¹⁵⁸.

4.1 Desdobramentos da doutrina de Montesquieu no século XIX na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França

Essa fórmula, que atende à superfície do problema na tentativa de compatibilizar várias perspectivas, serviu coerentemente em poucas situações práticas¹⁵⁹. O que exige identificar, com mais clareza e distinção, os desdobramentos da doutrina de Montesquieu. No século XIX, três modelos geográficos se distinguiram: a

¹⁵⁷ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 96.

¹⁵⁸ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, pp. 13-4.

¹⁵⁹ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 14.

soberania do parlamento na Inglaterra, os freios e contrapesos nos Estados Unidos e a vontade geral na França. Outros desdobramentos serão identificados no século XX, especialmente em torno das discussões sobre controle de constitucionalidade das leis.

Em certo sentido, gradativamente, a Inglaterra se afasta das influências da teoria do governo misto, do constitucionalismo equilibrado e da teoria rígida da separação de poderes para se conformar a um novo desenho da teoria da supremacia legislativa¹⁶⁰. A gradual instalação do parlamentarismo, com a independência do primeiro-ministro em relação à confiança do rei, bem como com a transferência dos poderes do rei para o primeiro-ministro, e ainda a dependência política do primeiro-ministro (do gabinete) ao parlamento, demonstram essa tendência¹⁶¹. Nessa dinâmica, é interessante notar como A. V. Dicey ressaltou que a soberania é do Parlamento e não do povo¹⁶². Em confronto com essa situação, em razão do caráter hereditário da composição da câmara alta, especialmente nas últimas décadas, se intensificou o movimento para reduzir as atribuições legislativas¹⁶³ e judiciais da Câmara dos Lordes, e a correspondente incorporação, parcial ou integralmente, da representação eletiva (popular) no

¹⁶⁰ A doutrina da supremacia legislativa se aplica diferentemente na Inglaterra e na França. Na Inglaterra, a supremacia legislativa, graças a John Locke, é autolimitada pelo *rule of law*. No caso francês, a supremacia legislativa, graças a Rousseau, assumida como soberania popular, é absoluta. Para mais sobre essa distinção, cf. Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do poder legislativo*.

¹⁶¹ Desde 1707, por exemplo, o rei não exerce a prerrogativa do veto. Cf. Ingeborg Maus. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 199.

¹⁶² A. V. Dicey. *Introduction to the study of the law of the constitution* (Parte I). Cf., também, William Blackstone. *Commentaries on the laws of England in four books* (Livro I, Capítulo 2). Nesse sentido, cf. Mauro Cappelletti. *Renegar Montesquieu?*, p. 29.

¹⁶³ Por exemplo, a Câmara dos Lordes, desde o *Parliament Act* 1911, não tem mais o poder de “veto”, apenas o poder de atraso (veto suspensivo) da tramitação dos projetos de lei.

órgão. O funcionamento da Suprema Corte, em 2009¹⁶⁴, configurou, pelo menos simbolicamente, mais enfraquecimento da Câmara dos Lordes e, portanto, confirmou a tendência de supremacia legislativa (próxima da supremacia popular), mas, também, em contraste, a autonomia orgânica ao judiciário, a incorporação de aspectos da teoria do governo misto ou da constituição equilibrada. Não comporta aqui aprofundar a respeito da controvérsia sobre se o parlamentarismo de gabinete, na Inglaterra, reflete mesmo a supremacia do parlamento ou a supremacia do gabinete¹⁶⁵.

Nos Estados Unidos, a Constituição de 1787 e a defesa dos seus fundamentos em *Os federalistas* configuraram o que ficou conhecida como doutrina de freios e contrapesos (*checks and balances*). Em todo caso, é perceptível a deferência da doutrina norte-americana à influência de Montesquieu. Por exemplo, a distinção das funções apresentada por Montesquieu foi incorporada na doutrina da separação de poderes como critério da separação orgânica dos poderes. A teoria do governo misto de Montesquieu foi incorporada parcialmente, excluída a dimensão das potências sociais, mas mantida a dimensão da teoria das formas de governo, ou seja, a síntese monárquica-aristocrática-democrática.

Esse governo misto não apenas foi incorporado pelos norte-americanos da forma prescrita por Montesquieu, como três atores (órgãos) do processo legislativo (presidente, senado e casa dos representantes), como também na forma prescrita por Políbio, inspirado

¹⁶⁴ A Suprema Corte do Reino Unido foi instituída pelo *Reform Act* 2005. Para informações adicionais sobre o tema, cf. Carlos Eduardo Dieder Reverbel. *A Suprema Corte do Reino Unido*.

¹⁶⁵ Para aprofundar o assunto, cf. Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, p. 125 e seguintes.

no desenho institucional romano e espartano, ou seja, magistraturas (executivo) regidas pelo espírito monárquico dirigidas para ação, colegiados aristocráticos para decisões prudentes e colegiados democráticos para os assuntos do dia. Nítida é a preocupação dos norte-americanos com um desenho institucional que efetivamente protegesse a liberdade contra o arbítrio, seja do rei, seja da maioria. Em seguida, a teoria política de Montesquieu se adaptou na dinâmica política norte-americana, agora sim, com três atores principais e diversos atores secundários; os atores principais são o presidente, o congresso e a suprema corte. Ao longo do tempo, o desenho institucional e, principalmente, a dinâmica entre esses três atores se modificou; essa mudança, entretanto, confirmou o substrato teórico e o *leitmotiv* de Montesquieu e dos federalistas, pois o rearranjo reequilibra as forças políticas¹⁶⁶. Nesse contexto, é perceptível o aumento do protagonismo do presidente durante a guerra civil (Abraham Lincoln) e o *New Deal* (F. D. Roosevelt), assim como o aumento do protagonismo da Suprema Corte durante a Corte Warren.

Na França, a influência de Montesquieu é rivalizada pela influência de Jean-Jacques Rousseau, o que explica a difusão da doutrina da supremacia legislativa. Ressalte-se, como explicado anteriormente, como a supremacia legislativa francesa possui nuances distintas da inglesa, aquela influenciada, sobretudo, por

¹⁶⁶ Bruce Ackerman explicou como desenhos institucionais diferentes de uma divisão em três poderes ou mesmo de assimetria entre os poderes estão alinhados aos objetivos de Montesquieu e dos federalistas. Bruce Ackerman. *A nova separação de poderes*.

Rousseau, esta por Locke¹⁶⁷. A França revolucionária é rica em experimentos institucionais malsucedidos, nesse sentido percebe-se: a distinção entre os três poderes, com a leve supremacia legislativa, da monarquia constitucional de 1791¹⁶⁸; a subordinação de todos os outros poderes ao legislativo na república jacobina de 1793; desenhos mais engenhosos e originais como o do diretório de 1795 (com o Conselho dos 500 e o Conselho dos Anciãos) e o do consulado de 1799 (com o Senado Conservador e o Tribunato); o retorno explícito ao simbolismo romano com a constituição do império em 1804; e a restauração monárquica com os três poderes delimitados, com a leve supremacia do rei de 1814 (com a Câmara dos Pares vitalícia). Depois, mais experimentos se sucederam: a monarquia parlamentar de 1830, em termos parecidos com o regime de 1814; a república presidencialista em 1848, com o legislativo unicameral; o segundo Império em 1852; a terceira república de 1875, um sistema híbrido que lembra o semipresidencialismo com presidente eleito indiretamente; a quarta República em 1946, com parlamentarismo de presidente e conselho da república (o equivalente ao senado) fracos e assembleia nacional forte; e, por fim, o semipresidencialismo gaulista de 1958¹⁶⁹. Em toda a instabilidade institucional francesa, o que sempre permaneceu praticamente intocável foram as

¹⁶⁷ Sobre a supremacia parlamentar na Inglaterra e na França, cf. Mauro Cappelletti. *Renegar Montesquieu?*, p. 19.

¹⁶⁸ A despeito de alguma aproximação, Christian Edward Cyril Lynch avaliou que a constituição de 1791 teve pouca influência de Montesquieu. Para Lynch, a derrota do partido monarquista nas votações da assembleia constituinte sobre o veto real e sobre a segunda câmara demonstraram a vitória da doutrina de Rousseau sobre a doutrina de Montesquieu. Cf. Christian Edward Cyril Lynch. *Os órfãos de Montesquieu: o constitucionalismo esquecido dos monarquistas franceses (1789)*.

¹⁶⁹ Talvez a única inovação relevante esteja no Conselho Constitucional a partir de 1971. Cf. Mauro Cappelletti. *Renegar Montesquieu?*, p. 28.

precauções contra os órgãos judiciais¹⁷⁰, em deferência à função legislativa sobre a função judicial. Na França revolucionária, a doutrina da separação de poderes almejou outra liberdade, a positiva; assim, a separação de poderes significou a subjugação dos outros poderes ao poder popular, isto é, ao órgão legislativo.

4.2 Persistentes ambiguidades e contradições de um pretense sentido único do princípio da separação de poderes

As tentativas de definir um princípio jurídico (ou princípio constitucional) da separação de poderes, geralmente, aderem arbitrariamente a um dos desenhos institucionais de restrição ao poder arbitrário, a uma adaptação da doutrina rígida ou, ainda, a uma teoria híbrida que entrelaça todas as teorias correlatas. Qualquer dessas soluções parece ser insuficiente. Especialmente a última tentativa potencializa o caráter anômalo do princípio dentro do paradigma oitocentista.

Essa anomalia já é percebida mesmo em manuais jurídicos, ainda que sem compreender necessariamente as razões. Como exemplo, Paulo Bonavides vê irrelevância contemporânea no princípio da separação de poderes¹⁷¹.

Muitas teorias, no entanto, demonstram que a obra de Montesquieu manifestava a ideia geral do

¹⁷⁰ Mauro Cappelletti apresentou os motivos da desconfiança em relação aos órgãos judiciais: “Esses tribunais, cujo nome era ironicamente o de parlamento, impuseram seu poder de revisão aos decretos do soberano, recusando-se a aplicar aqueles que eram incompatíveis com as ‘leis fundamentais do reino’.” Mauro Cappelletti. *Renegar Montesquieu?*, p. 20.

¹⁷¹ “O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda”. Paulo Bonavides. *Ciência política*, p. 146.

controle do poder e que os outros aspectos são desdobramentos e aplicações facultativas formuladas a partir desse núcleo principal. Assim, o controle entre legislativo e executivo, ou entre nobres e comuns, também poderia ser reproduzido no controle entre maioria e minoria (partido majoritário e partido minoritário) no parlamento, agora soberano. Ou entre poderes eleitos e poderes neutros (isto é, entre executivo-legislativo e judiciário). Adotar uma concepção mínima da doutrina de Montesquieu, destacando o seu núcleo, é a única maneira de ela continuar válida apesar das mudanças na organização dos poderes do Estado nos últimos duzentos anos.

Em todo caso, novos eventos colocam em constrangedora posição quase todas as tentativas de definir o princípio da separação de poderes. Registre-se, pelo menos, três: o parlamentarismo, a jurisdição constitucional e o Estado social.

Argumenta-se que o parlamentarismo revela a contradição mais explícita¹⁷², quando o órgão do poder legislativo se confunde com o órgão do poder executivo, com o domínio quase absoluto do parlamento ou do primeiro-ministro (conforme o modelo parlamentarista). Ou seja, o parlamentarismo significaria a falta de controle interno no poder legislativo e a confusão entre o órgão legislativo e o órgão que aplica as leis. O parlamentarismo, somado ao advento do Estado social, faria proliferar as leis-medida em detrimento da lei geral e

¹⁷² “Pois, se não houvesse monarca e o poder executivo fosse confiado a um certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade, porque os dois poderes estariam unidos, participando as mesmas pessoas, por vezes, e podendo sempre participar de um e de outro”. Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 173.

abstrata, colocando em risco a coerência com o princípio do Estado de direito¹⁷³.

Argumenta-se, também, que a jurisdição constitucional constringe a ideia de equilíbrio entre os poderes. Considerando-se a constituição como norma fundamental acima das outras normas – supremacia constitucional – e considerando-se que um órgão judicial – suprema corte – ou especial – tribunal constitucional – teria o poder de proteger a constituição contra as violações dos outros poderes, não haveria como falar de controles equilibrados, apenas de controle do órgão soberano (aquele que diz por último), que não seria controlado por nenhum outro. O moderno constitucionalismo, portanto, invalidaria o sentido clássico da separação de poderes como controle equilibrado.

Outro aspecto menos abordado é a mudança do sentido da doutrina da separação de poderes, deixando de objetivar a proteção da liberdade e passando a visar à eficácia das ações do Estado. Assim, a divisão orgânica do poder passaria a tender ao fortalecimento do poder hierarquizado, para significar a divisão do trabalho e não propriamente a divisão (controle) do poder. Assim, contraditoriamente, a redução e a limitação do poder passariam a tender para a concentração e a ampliação do poder.

¹⁷³ “A lei deixa, no Estado de Direito contemporâneo, de ser apenas regra de Direito para passar a instrumento político por excelência”. Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 254.

4.3 Três aspectos secundários adicionais: o controle maioria-minoria, a lei-medida e a tirania da maioria

Há ainda três aspectos secundários que merecem algum esclarecimento. No primeiro, o próprio Montesquieu já previa a flexibilização do sentido de controle do poder, considerando que em determinadas circunstâncias o controle se daria não de modo interorgânico, mas partidário¹⁷⁴. O segundo é o sentido de lei-medida com a adoção combinada do parlamentarismo e do Estado social. O terceiro é a preocupação com outra fonte de arbítrio, além do rei, a maioria.

Nos capítulos finais de *O espírito das leis*, distante de *A Constituição da Inglaterra*, Montesquieu considerou que, em determinados contextos, o controle eficaz não se faz entre as potências sociais ou entre os órgãos estatais, mas nas relações entre maioria e minoria.

Como existiriam, nesse Estado, dois grandes poderes visíveis, o poder legislativo e o executivo, e como todo cidadão exerceria ali a sua vontade própria, e faria valer, a seu arbítrio, a própria independência, a maior parte dos indivíduos, dedicaria maior afeição a um desses poderes, de preferência ao outro, a maioria não possuindo ordinariamente bastante equidade e bastante bom-senso para afeiçoar-se igualmente a ambos. [...] O ódio que existiria entre os dois partidos seria duradouro, porque permaneceria sempre impotente¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Não apenas a tensão entre governo e oposição no parlamento, como também a possibilidade constante de alternância do partido no poder pelas eleições periódicas.

¹⁷⁵ Montesquieu. *Do espírito das leis*, pp. 355-6.

Para, então, concluir: “esses partidos, sendo compostos de homens livres, quando um se levantasse muito o efeito da liberdade faria com que ele fosse rebaixado, enquanto os cidadãos, tal qual as mãos que lhe socorrem o corpo, viriam levantar o outro”¹⁷⁶.

O segundo aspecto refere-se ao sentido de lei. A clássica separação de poderes implicava separação entre o órgão legislativo e o órgão executivo (aplicador da lei). Atualmente, no entanto, por diversas causas, uma delas é a adoção do parlamentarismo e outra é a instituição do Estado social, as funções legislativa e executiva são exercidas pelo mesmo órgão ou pela mesma unidade complexa de órgãos. Nesse contexto, o sentido clássico de lei é descaracterizado; e em seu lugar se difundiu a concepção de lei-medida.

A difusão da lei-medida em detrimento da lei clássica (lei moderna) é justificada pela demanda que o Estado recebe para mais regulação e para solucionar problemas específicos não previstos em lei. Trata-se de outra maneira de expressar a “progressiva perda do sentido antigo de ação, que cada vez mais se confunde com o de trabalho”¹⁷⁷. Isto é, o direito que dispensa toda a referência ao justo (inclusive uma maior estabilidade da vigência da lei) e se concentra na contínua atividade de alimentar as necessidades imediatas da sociedade, como objeto do consumo humano¹⁷⁸.

Com a lei-medida, que é também uma consequência da fusão entre os poderes legislativo e executivo, justifica-se, em certa medida, a ascensão do

¹⁷⁶ Montesquieu. *Do espírito das leis*, p. 356.

¹⁷⁷ Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do direito*, p. 24.

¹⁷⁸ Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do direito*, p. 28.

judiciário como instrumento de controle do poder, em contraponto aos poderes políticos¹⁷⁹.

O terceiro aspecto está associado a desenhos institucionais alternativos para as novas tiranias do século XIX, ou seja, estratégias contra a tirania da maioria. Três experiências marcaram nos três países a preocupação com outra fonte de arbítrio, além do rei: o Protetorado na Inglaterra, as constituições populares nos Estados Unidos antes de 1787 e o período revolucionário na França. Dos três casos resultou a preocupação com o perigo da tirania da maioria. E três obras são representativas dessa preocupação: *Reflexões sobre a revolução na França* de Edmund Burke, *Lembranças de 1848* de Alexis de Tocqueville, e *Os federalistas*, especialmente o artigo X, de James Madison. Das três obras, merece atenção a maneira como Madison utilizou os fundamentos da doutrina de Montesquieu, ainda que com um resultado imprevisível para o barão francês.

Madison, em *Os federalistas*, distinguiu os conceitos de democracia e de república¹⁸⁰; e afirmou que os Estados Unidos constituem uma república e não uma democracia¹⁸¹. O décimo *artigo federalista* é esclarecedor, identifica que um dos principais perigos dos regimes antigos (inclusive da democracia) é o domínio das facções¹⁸²; a partir disso, considerou os riscos da

¹⁷⁹ “A partir da ideia de um controlo do poder pelo poder, tem-se mesmo considerado que a função jurisdicional, tal como atualmente se configura, constitui o contrapoder da função legislativa enquanto instrumento da função política”. Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 259.

¹⁸⁰ Os dois pontos de diferença entre democracia e república são: primeiro, a delegação do governo, nesta última, em um pequeno número de cidadãos eleitos pelo resto; em segundo termo, o maior número de cidadãos e o maior território sobre o qual se pode estender esta última. Cf. Hamilton, Madison e Jay. *O federalista* (Capítulo 10).

¹⁸¹ Essa distinção ressalta uma forma de governo simples – a democracia – em relação a uma forma de governo complexa – a república.

¹⁸² Hamilton, Madison e Jay. *O federalista* (Capítulo 10).

associação entre o princípio majoritário e democracia direta, podendo resultar no domínio tirânico dos interesses da maioria facciosa sobre a minoria indefesa (ou melhor, o domínio do interesse parcial sobre o bem comum). Madison adotou por premissa que o surgimento de facções é natural dentro de qualquer comunidade e, portanto, é um fenômeno inevitável; argumentou, também, que estratégias de eliminar os efeitos de uma tirania facciosa poderia resultar em algo ainda mais nefasto, a própria supressão da liberdade. Nesse contexto, é que Madison defendeu a eliminação das causas e não dos efeitos diretamente, ou seja, impedir o domínio de uma facção fazendo proliferar facções que se controlariam mutuamente¹⁸³. Desse modo, a república¹⁸⁴ seria um governo moderado (governo misto) sem precisar das categorias do *antigo regime*.

5 O QUE CONTÉM DE DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM A CONSTITUIÇÃO DA INGLATERRA?

A síntese da opinião do senso comum a respeito do princípio da separação de poderes pode ser decomposta da seguinte maneira didática: três poderes (critério orgânico) – executivo, legislativo e judiciário; três funções – executivo, legislativo e judiciário; cada poder exerce, de forma especializada, a função correspondente (de mesmo nome), ou seja, distribuição das funções; entretanto, eventualmente, os poderes

¹⁸³ Hamilton, Madison e Jay. *O federalista* (Capítulo 10).

¹⁸⁴ Hamilton, Madison e Jay. *O federalista* (Capítulo 10).

exercem funções atípicas; os poderes (critério orgânico) são de igual hierarquia, de modo que um não interfere no outro, ou seja, segregação (ou rígida divisão do poder); entretanto, eventualmente, os poderes dispõem de instrumentos para bloquear a ação dos outros poderes; e, eventualmente, de instrumentos para colaborar com os outros poderes.

A síntese é, por si só, contraditória e deficiente, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. Os “entretanto” e “eventualmente” revelam essas contradições e deficiências. Se os poderes podem exercer funções atípicas, como estabelecer o limite? Se os poderes podem se bloquear mutuamente, como evitar o desequilíbrio e a supressão de um pelo outro ou a inação geral? Se os poderes podem colaborar uns com os outros, o que resta da divisão de poderes?

A resposta para essas contradições e deficiências, à luz de Montesquieu, passa pela inversão de prioridade e precedência da síntese do senso comum. Essa síntese estabelece como ponto de partida a rígida separação de poderes, ou seja, a rígida segregação orgânica pelo critério de exclusividade funcional; para, então, estabelecer os ajustes e as exceções. Entretanto, a doutrina da rígida separação de poderes não admite maiores ajustes ou exceções teoricamente coerentes.

Nesse contexto é que a cadência do argumento de Montesquieu é a inversa. A sua teoria é a do governo misto, ajustada com elementos da doutrina da rígida separação de poderes. Ou seja, a teoria de Montesquieu é uma teoria de equilíbrio, controle e cooperação, e que faz uso, também, de arranjos típicos de segregação orgânica com o objetivo de manter o equilíbrio.

Montesquieu é herdeiro de Políbio e os federalistas são herdeiros de Montesquieu, todos guiados por adaptações da teoria do governo misto produzindo arranjos específicos para as instituições no tempo e no espaço. Portanto, cada lugar e cada tempo tem a sua peculiaridade, embora seja possível identificar elementos que transcendam a essa contingência. Por exemplo: primeiro, e mais importante, foco no objetivo do desenho institucional, que é o controle do arbítrio e a proteção da liberdade; segundo, o equilíbrio entre as formas de governo (monarquia, aristocracia e democracia); e, terceiro, em tempos modernos, a não cumulatividade (orgânica ou pessoal) entre o legislador (regras gerais e abstratas) e o aplicador.

CAPÍTULO 3

ANTECEDENTES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: *AS QUESTÕES CLÁSSICAS EM TORNO DO PROTAGONISMO JUDICIAL*

Durante os séculos XVII, XVIII e XIX, as discussões sobre o melhor desenho institucional e as experiências constitucionais no Ocidente trataram com certa irrelevância a função e o órgão judiciais. As ressalvas de praxe merecem ser registradas. A primeira envolve Montesquieu que, particularmente, defendia a independência judicial, como corolário do preceito da não cumulatividade orgânica da atividade legislativa e da atividade aplicadora¹⁸⁵; entretanto, o judiciário, para Montesquieu, não deveria ser exercido por um corpo burocrático de juízes ou por uma estrutura hierarquizada de tribunais, mas por pessoas comuns em alternância, isto é, não permanente (algo próximo da ideia de jurados)¹⁸⁶; os juízes, também, deveriam se ater rigorosamente ao disposto na lei. A segunda ressalva envolve a constituição dos Estados Unidos (1787) e o

¹⁸⁵ Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 168.

¹⁸⁶ Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 169.

reconhecimento de um poder judiciário hierarquizado¹⁸⁷, representado pelo seu órgão de cúpula, a Suprema Corte. Em contraste com a experiência norte-americana, os franceses aprovaram a *Lei Revolucionária de 16-24 de agosto de 1790*, sobre a organização judiciária, que estabelecia que o poder judiciário não poderia exercer nenhum controle sobre as ações legislativas e administrativas¹⁸⁸.

Apenas no século XX, a função e o poder judiciários se tornaram elementos relevantes nas discussões políticas e constitucionais. Neste mesmo período, a função e o poder judiciários saíram da quase irrelevância para assumir um protagonismo aparentemente inédito nos desenhos institucionais e na dinâmica política ocidental. Este capítulo se destina a entender quando, onde, como e por que isso aconteceu.

A judicialização da política é um fenômeno percebido a partir da segunda metade do século XX (década de 1990 ou de 1950)¹⁸⁹. No entanto, fatores independentes, anteriores ao reconhecimento do fenômeno, já explicitavam indícios dessa suposta crise paradigmática, ao expor contradições ou ao apresentar explicações pouco convincentes.

Neste capítulo, são tratados temas relacionados à judicialização da política, que se manifestavam antes mesmo da identificação do fenômeno. A relação de temas é meramente exemplificativa; o critério de seleção, um tanto que arbitrário, foi a popularidade do tema

¹⁸⁷ “O poder judiciário dos Estados Unidos será confiado a uma Corte Suprema e a tantas cortes inferiores quantas o Congresso venha ordenar e estabelecer, de tempos em tempos [...]”. Seção 1, Artigo III da Constituição dos Estados Unidos.

¹⁸⁸ Mauro Cappelletti. *Renegar Montesquieu?*, p. 25; Cf., também, Caio Tácito. *A reforma da jurisdição administrativa na França*, e Paulo Rodrigues Vieira. *O controle de constitucionalidade na França*.

¹⁸⁹ O marco da década de 1990 está associado à publicação da obra de Tate e Valinder, e o marco da década de 1950 está associado à publicação da obra de Loewenstein.

como indício de anomalia (enigma) paradigmática. As cinco questões clássicas são: a apreciação das “questões políticas” pelo poder judiciário, a natureza normativa da atividade judicial (a natureza legislativa de atos formalmente judiciais), a atividade normativa dos tribunais (decisões judiciais com forma legislativa), a invalidação (ou revogação) de atos legislativos pelo poder judiciário (particularmente no contexto do Estado social) e o limiar do protagonismo político do Supremo Tribunal Federal.

1 A CONTROVÉRSIA EM TORNO DA APRECIÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICAS PELO JUDICIÁRIO

“Questões políticas” ou “questões dos atos políticos” têm, aqui, um sentido bastante particular. Não se trata de juízes que fazem política ou de juízes que decidem motivados por interesses partidários ou eleitorais (sob a aparência de questões jurídicas). Significa a distinção entre duas espécies de controvérsias: políticas (não judiciais) e judiciais / jurídicas (não políticas). A distinção tem sentido apenas dentro dos parâmetros da doutrina rígida da separação de poderes, de modo que determinados assuntos não poderiam ser apreciadas pelo poder judiciário, do contrário haveria indevida interferência de um poder no outro. Foi nos termos seguintes que a constituição brasileira de 1934, mais enfaticamente, sintetizou a doutrina: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões políticas” (art. 68).

O tema tem duas vertentes paralelas, a norte-americana e a francesa. Os franceses preferiram a expressão “doutrina dos atos de governo” e os norte-americanos preferiram, assim como no Brasil, a expressão “doutrina das questões políticas”. A doutrina francesa está marcada pela duplicidade de jurisdição (civil e administrativa) e a doutrina norte-americana está marcada pela especificidade da jurisdição constitucional. Não têm exatamente o mesmo conteúdo, mas é possível encontrar contribuições mútuas.

Considera-se o registro remoto da doutrina dos atos de governo o caso *Lafitte*, de 1822, quando o Conselho de Estado francês estabeleceu a distinção entre atos administrativos e atos políticos para, por autorrestrrição, vedar a si a competência para apreciar atos políticos¹⁹⁰. Em 1872, a legislação fez uso da expressão atos de governo, em substituição à expressão então consagrada, aplicando-lhe o mesmo conteúdo¹⁹¹. Decisões do Conselho de Estado vão gradativamente especificando quais são os atos de governo, sistematizados no final do século XX por Julien Lafirrière e Maurice Hauriou da seguinte forma: relações entre governo-parlamento; segurança interna do Estado, estado de sítio, dinastias, polícia sanitária; segurança externa do Estado e relações internacionais; fatos de guerra; além de decretos de graça, decisões dos governadores dos territórios ultramarinos e anexação de

¹⁹⁰ Itiberê de Oliveira Rodrigues. *Atos políticos ou atos de governo*, p. 135. Cf., também, José Ribamar Soares. *Controle judicial do mérito administrativo*, p. 40.

¹⁹¹ Itiberê de Oliveira Rodrigues. *Atos políticos ou atos de governo*, p. 136. Carlos Bastide Horbach destaca, também a importância do caso *arrêt Prince Napoléon*, julgado pelo Conselho de Estado em fevereiro de 1875. Cf. Carlos Bastide Horbach. *Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo*, p. 10.

territórios¹⁹². No século XX, o rol vai gradativamente diminuindo¹⁹³ até parte da doutrina francesa considerar que a doutrina dos atos de governo abrange apenas os casos em que não tenham possibilidade de lesões a direitos subjetivos¹⁹⁴. A doutrina dos atos de governo perdeu significativamente a sua relevância, seja pela gradativa flexibilização promovida internamente pelo Conselho de Estado, seja pela instalação e atuação do Conselho Constitucional, que passou a apreciar muitos dos atos de governo não apreciáveis pelo Conselho de Estado¹⁹⁵.

Nos Estados Unidos, a doutrina das questões políticas teve origem e desfecho similares.

Considera-se o marco da doutrina das questões políticas nos Estados Unidos o caso *Luther versus Borden*, de 1849, quando a Suprema Corte não julgou o mérito, sob o argumento de que se tratava de questão puramente política (e não judicial)¹⁹⁶. A doutrina só se conformou nitidamente, entretanto, no caso *Baker versus Carr*, de 1962, quando a Suprema Corte enumerou os seis parâmetros para definir uma questão política, ou seja, questões isentas de apreciação judicial: matéria reservada constitucionalmente a um dos poderes; falta de critérios objetivos (que possam ser descobertos) para julgamento; impossibilidade de uma decisão jurídica sem

¹⁹² Itiberê de Oliveira Rodrigues. *Atos políticos ou atos de governo*, p. 137. Cf., também, Carlos Bastide Horbach. *Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo*, p. 10.

¹⁹³ “A doutrina dos atos de governo foi superada no direito francês. Restaram como limitações ao controle judicial as relações governo-parlamento e as relações internacionais, ficando os demais atos chamados políticos ou de governo sujeitos à sindicância pelo judiciário”. José Ribamar Soares. *Controle judicial do mérito administrativo*, p. 44.

¹⁹⁴ Itiberê de Oliveira Rodrigues. *Atos políticos ou atos de governo*, pp. 139-140.

¹⁹⁵ Carlos Bastide Horbach. *Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo*, p. 11.

¹⁹⁶ Muito comum é designar o caso *Marbury versus Madison* (1803) como marco remoto, ou, antes, o caso *Ware versus Hylton*, de 1796.

pressupostos políticos; impossibilidade de decidir de forma imparcial (independente) sem desrespeitar os outros poderes; necessidade extraordinária de adesão inquestionável a uma decisão política anterior; potencialidade de a decisão judicial resultar em contradição com outras decisões tomadas por outros órgãos sobre o mesmo assunto¹⁹⁷. Os parâmetros redigidos pelo *justice* William J. Brennan são a referência desde então, válidos, formalmente, até hoje¹⁹⁸. Sem renegar o caso *Baker versus Carr*, a Suprema Corte, no caso *Powell versus McCormack*, de 1969, flexibilizou os parâmetros de Brennan, admitindo a possibilidade de apreciação judicial de uma questão política, desde que respeitado estritamente a disposição constitucional¹⁹⁹. A decisão do caso *Powell versus McCormack* foi redigida pelo *chief justice* Earl Warren e contou com o voto favorável do *justice* Brennan. Considera-se que, a partir da década de 1970, a doutrina das questões políticas perdeu a relevância na discussão norte-americana²⁰⁰.

O Brasil seguiu a tendência da França e dos Estados Unidos: reconheceu a existência de uma esfera não apreciável judicialmente de questões políticas (atos de governo), estabeleceu objetivamente parâmetros em rol de atos não apreciáveis e flexibilizou os critérios gradativamente até a obsolescência da doutrina.

¹⁹⁷ Baker vs. Carr, 369 U.S. 186, 218 (1962).

¹⁹⁸ Luis Alejandro Silva Irrázaval. *Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del poder judicial - el caso de los Estados Unidos*, p. 241; e Carlos Bastide Horbach. *Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo*, p. 9.

¹⁹⁹ 395 U.S. 486 (1969).

²⁰⁰ Flávia Danielle Santiago Lima e José Mário Wanderley Gomes Neto. *Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários*, p. 228.

O marco do caso brasileiro foi o *habeas corpus* nº 300, de 1892, quando o Supremo Tribunal Federal declarou que “não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”²⁰¹, consagrando a doutrina das questões políticas, ou seja, questões não apreciáveis pelo judiciário. A doutrina se firmou durante toda a Primeira República, aplicada sobretudo a situações de estado de sítio (foi o caso do HC nº 300), de intervenção federal, de verificação de poderes (verificação das eleições) pelo Congresso e controvérsias políticas no âmbito dos estados. A constituição de 1934 proibiu a apreciação de questões políticas pelo judiciário, disposição repetida pela constituição de 1937. Paralela e episodicamente, manifestava-se a flexibilização da doutrina das questões política para admitir a apreciação judicial dessas questões desde que em defesa de direitos individuais; a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido foi ainda em 1896 (HC nº 1.063)²⁰², tornando-se hegemônica em 1951²⁰³. A partir da constituição de 1946, entretanto, em contraste com as constituições de 1934 e 1937, estabeleceu-se o oposto: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, §4º). A partir de então a doutrina das questões políticas se manifestou marginalmente no

²⁰¹ HC nº 300 STF.

²⁰² No *habeas corpus* nº 3061, de 1911, o Supremo Tribunal Federal considerou que a questão política apreciada pelo judiciário, inerente a ele, era questão jurídica. Em 1914, o Supremo entendeu que o judiciário poderia apreciar questões exclusivamente políticas, desde que para proteger direito individual.

²⁰³ José Elaeres Marques Teixeira. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*, p. 215.

Brasil, muito frequentemente restrita a situações de matéria *interna corporis* do Congresso Nacional²⁰⁴.

Apesar da denominação, as doutrinas das questões políticas e dos atos de governo foram construções, sobretudo, jurisprudenciais. Os debates em torno do tema, portanto, não versam sobre uma pretensa natureza dos atos políticos, mas sobre como o poder judiciário poderia estabelecer parâmetros objetivos para a sua autorrestrição em assuntos que afetem diretamente os outros poderes. Não poderia ser diferente sob o risco de a distinção entre questões políticas e questões jurídicas (ou judiciais) ser pleonástica. O caso brasileiro, entretanto, teve a peculiaridade de, além da construção jurisprudencial, ter incorporado o tema expressamente em cinco constituições²⁰⁵.

²⁰⁴ José Elaeres Marques Teixeira. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*, p. 216.

²⁰⁵ Constituição de 1934: “Art. 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Constituição de 1937: “Art. 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Constituição de 1946: Art. 141, §4º - “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Constituição de 1967: § 4º - “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Constituição de 1988: Art. 5º, XXXV - “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

2 JUÍZES LEGISLADORES E OUTRAS SUPOSTAS INCONGRUÊNCIAS CONEXAS (CRIATIVIDADE JUDICIAL, DEMANDAS REPETITIVAS E DIREITOS DIFUSOS)

2.1 Juízes legisladores ou imparcialidade judicial: em torno do argumento de Mauro Cappelletti

O debate ontológico sobre as questões políticas só faz sentido se considerada a separação rígida entre direito e política. Outra separação rígida, também expressão do paradigma oitocentista, é entre as atividades (funções) legislativa, executiva e judiciária.

A doutrina rígida sobre o tema apregoa a distinção das três funções do Estado exercidas, respectivamente, por três órgãos estatais. Ao órgão legislativo caberia a função de criar normas gerais e abstratas; ao órgão executivo caberia a função de aplicar normas para o bem comum; e ao órgão judicial caberia a função de aplicar normas para resolver litígios²⁰⁶.

Montesquieu já prescrevia como deveria ser a função judicial: “mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”²⁰⁷.

É dessa doutrina, justa ou injustamente, que se construiu a imagem do juiz “boca da lei”, que exerce

²⁰⁶ Nesse sentido é a doutrina de Francesco Carnelutti sobre a distinção entre legislação e jurisdição: “No fundo, a diferença entre elas é verdadeiramente funcional. A legislação é uma produção do direito sub specie normativa, isto é, uma produção de normas jurídicas; poderíamos dizer, uma produção do preceito em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição, pelo contrário, produz preceitos, ministra direito para cada caso singular”. Francesco Carnelutti. *Teoria geral do direito*, p. 147.

²⁰⁷ Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 175.

mecanicamente sua função, pois não tem a atribuição de criar o direito, mas de aplicar ao caso concreto, ao caso singular, o direito pré-existente. Essa imagem ganhou contornos mais elaborados especialmente pelos juristas franceses no século XIX²⁰⁸, que limitaram substancialmente as possibilidades de interpretação jurídica.

Hans Kelsen²⁰⁹, no entanto, argumentou que os atos estatais são de apenas duas espécies: atos de legislação, que criam normas jurídicas, e atos de execução, que aplicam normas jurídicas. Carece, portanto, fazer a distinção substancial entre atos judiciais e atos administrativos (de execução, no sentido estrito); ambos seriam atos de aplicação normativa. Kelsen também demonstrou a impertinência da rígida associação entre funções e seus respectivos órgãos. E ressaltou que a maior parte dos atos estatais não é pura, ou seja, são, geralmente, atos legislativos (de criação normativa) e executivos (de aplicação normativa) ao mesmo tempo; portanto, de natureza mista. Assim, por exemplo, uma lei editada pelo parlamento é ato legislativo, mas é também ato executivo, pois aplica a constituição. A sentença, por sua vez, é ato executivo (ato judicial), mas é também ato legislativo, pois a decisão do juiz foi uma escolha entre alternativas limitadas pela lei (discricionariedade).

Para Kelsen, o ato de aplicação normativa não é, geralmente, um ato vinculado, mecânico, mas uma complementação normativa, um ato criativo do aplicador diante das limitações hermenêuticas oferecidas. Logo, o

²⁰⁸ Para informações adicionais sobre o período, cf. Bonnacase. *La escuela de la exegesis en derecho civil*.

²⁰⁹ Cf. detalhes nas três obras mais difundidas de Kelsen: *Teoria general del Estado*, *Teoria pura do direito* e *Teoria geral do direito e do Estado*.

ato executivo é, salvo raros atos puros, também ato legislativo e vice-versa.

A teoria de Kelsen põe em xeque a doutrina clássica. Se ele tiver razão, não há mais pertinência na indagação sobre se os juízes são legisladores, pois os atos judiciais são também atos legislativos. Se não há pureza dos atos estatais, como seria possível distinguir os órgãos específicos pelas suas exclusivas funções especializadas?

Para Mauro Cappelletti, a diferença é de grau: os atos legislativos seriam mais criativos que os atos judiciais. A criatividade judicial de que trata Cappelletti não se restringe à criatividade da jurisprudência (como fonte do direito), aplica-se a toda atividade judicial. Ou seja, “com terminologia um pouco envelhecida [criatividade da função jurisdicional], trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito”²¹⁰.

O problema das limitações da linguagem já havia sido estudado por Kelsen e apresentado no capítulo VIII de *Teoria pura do direito*²¹¹. Mauro Cappelletti, entretanto, leva a discussão para outra direção; para ele, o dilema, o paradoxo, a antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes é falsa²¹². Mauro Cappelletti, surpreendendo a posição kelseniana, concluiu que não haveria diferença, quanto à natureza, entre jurisdição e

²¹⁰ Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, p. 13. Nesse sentido, Cappelletti transcreve a opinião de Garfield Barwick: “a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária”. Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, pp. 20-1.

²¹¹ Trata-se da teoria da moldura hermenêutica. Cf. Hans Kelsen. *Teoria pura do direito* (Capítulo VIII).

²¹² Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, p. 20. Cappelletti advertiu que reconhecer a criatividade judicial “não significa necessariamente ‘direito livre’, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto”. Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, p. 26.

legislação; a diferença é simplesmente de grau; ou seja, a atividade judicial é mais limitada que a atividade legislativa²¹³.

Até aqui, não há nenhuma polêmica sobre o papel dos juízes. Para Cappelletti, quando se reconhece a jurisdição criativa não se trata de um enunciado prescritivo para que juízes mecanicistas se tornem intérpretes mais livres, mas a constatação de que todo juiz é necessariamente criativo, no mínimo pelas próprias limitações dos textos, necessariamente ambíguos e com plurissignificação²¹⁴. Assim, “quanto mais vaga uma lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”²¹⁵.

Mais que a distinção fundada no grau de criatividade normativa, Cappelletti enfatizou que a distinção entre jurisdição e legislação é processual²¹⁶. Enumerou as características tipicamente judiciais, que ele denominou de “virtudes passivas” ou “limites processuais”: o juiz não envolvido com as partes e isento de ser pressionado por elas; o contraditório; e o *nemo iudex sine actore* (cujo sentido Cappelletti ampliou para significar também o princípio da imparcialidade judicial)²¹⁷. Cappelletti argumentou que esses limites constituem não apenas a distinção entre jurisdição e legislação (ou mesmo entre jurisdição e poder político),

²¹³ Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, p. 26.

²¹⁴ Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, p. 23-4.

²¹⁵ Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, p. 42. “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e de criação do direito. [...] O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários”. Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, p. 24.

²¹⁶ Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, p. 74.

²¹⁷ Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, pp. 74-6.

mas que são a única forma de legitimação do poder judiciário²¹⁸.

Atente-se, portanto, que, para Mauro Cappelletti, contrariando a doutrina clássica, não é a natureza da função que determina a natureza do órgão (ou vice-versa), mas é a estrutura (os “limites processuais” e as “virtudes passivas”) que determina a natureza da função. Da mesma maneira, a diferença entre legislação e jurisdição não estaria na distinção entre função criadora e função aplicadora do direito; como, também, não estaria nem mesmo no grau de criatividade da produção normativa, mas em condições especiais que tornam o órgão judicial apartado dos problemas que aprecia, visando alcançar a imparcialidade relativa decorrente do distanciamento dos interesses em torno do objeto de sua ação. Essa seria a razão pela qual os juízes gozam de certas prerrogativas e de certos deveres; por isso, há rigorosos limites processuais, tudo visando à imparcialidade judicial. Assim, para Cappelletti, o que faz do judicial judicial não é a natureza da função que exerce, mas a qualidade (estrutural) da imparcialidade que condiciona sua ação.

Diante do que se afirmou, a indagação sobre se os juízes seriam legisladores ou se deveriam ser legisladores perde sentido. Mais importante é indagar sobre se a engenharia institucional assegura imparcialidade aos juízes. Sem a qual não haveria atividade judicial.

²¹⁸ Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?*, p. 76.

2.2 A atividade judicial diante de demandas repetitivas e dos direitos difusos e coletivos

No século XX, a positivação de novas categorias de direitos, para além dos direitos individuais e políticos, e o advento da sociedade de massas provocaram a mudança do *locus* de resolução de conflitos sociais para o âmbito do poder judiciário²¹⁹.

Num primeiro momento, essas novas situações foram tratadas como lides convencionais, isto é, como se fossem litígios entre particulares em que a aplicação da lei ao caso concreto produziria efeitos apenas *interpartes*, considerando para cada caso um tratamento singular. Gradativamente, foram sendo reconhecidos juridicamente outros tipos de interesses preteridos (além dos interesses individuais) e outros tipos de conflitos (além dos conflitos estritamente jurídicos entre particulares). Assim, os conflitos sociais, econômicos, familiares, religiosos e morais também passaram a ser resolvidos no âmbito do poder judiciário, em certa medida porque os direitos já estavam positivados e o pleito era por sua efetivação. Os direitos coletivos e os direitos difusos passaram a ser também objeto de apreciação pelo poder judiciário.

Assim como na sociedade de massas, a *standardização* também alcançou a atividade judicial, a repetição de sem-número de casos similares resulta na prolatação de sentenças quase idênticas (geralmente reproduzidas de modelos-padrão)²²⁰. A *standardização* das decisões judiciais pressupõe que os casos repetidos

²¹⁹ José Reinaldo de Lima Lopes. *Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição*, pp. 23-4.

²²⁰ José Reinaldo de Lima Lopes. *Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição*, p. 24.

tenham sido resolvidos antes mesmo de serem ajuizados, isto é, o julgador faz uso dos fundamentos considerados nas primeiras decisões e reproduz a mesma decisão e o mesmo fundamento nas decisões seguintes. Esses casos são tratados, formalmente, como lides tradicionais de conflitos individuais, quando são, na verdade, uma nova categoria de conflitos individuais massificados.

Nesses casos de direitos coletivos, difusos e individuais massificados, os efeitos das decisões judiciais vão além do que a doutrina tradicional prescreve e o objeto dessas lides também não se adapta aos postulados da doutrina tradicional. Direta ou indiretamente, essas decisões judiciais versam sobre a aplicação de políticas públicas, sobre conflitos sociais, sobre conflitos econômicos, isto é, o julgador nesses casos é obrigado a apreciar mais do que os aspectos jurídicos da questão. Os efeitos dessas decisões também podem afetar um número expressivo de pessoas indiferentes à relação jurídica processual.

A massificação da sociedade e a ampliação do acesso do cidadão aos órgãos judiciais provocaram a massificação²²¹ da prestação jurisdicional, o julgamento em série das lides individuais; assim, o que formalmente é um julgamento nos moldes clássicos, é, na prática, um julgamento *standardizado*; ou seja, assim como em outras áreas da vida humana, tornou-se presente a *standatização* da prestação jurisdicional, a fim de responder eficientemente à demanda. Nesse contexto, embora o juiz esteja formalmente julgando cada caso de uma vez,

²²¹ No sentido previsto por Ortega y Gasset em *A rebelião das massas*.

está, na verdade, aplicando uma norma geral de um caso-tipo original aos casos posteriores.

O reconhecimento jurídico de conflitos sobre interesses difusos ou coletivos obrigou a mudança de percepção no judiciário acostumado a lidar com conflitos sobre interesses individuais resistidos²²². Assim, quando os juízes julgam demandas massificadas e questões que envolvem direitos difusos e coletivos²²³, percebe-se uma nítida mudança do perfil do juiz, do perfil da demanda judicial e do perfil de julgamento, mas não parece configurar nem protagonismo e muito menos judicialização da política; novamente, trata-se não mais do que ajustes para lidar com os efeitos de uma sociedade complexa massificada.

3 PODER NORMATIVO DOS TRIBUNAIS: PODER JUDICIÁRIO ESTATUINDO REGULAMENTOS

Esse poder normativo dos juízes, que é implícito e circunstancial quando aprecia essas novas lides, é explícito em outros casos; como as sentenças normativas da justiça do trabalho, as consultas da justiça eleitoral e as súmulas dos tribunais. É explícito também no caso específico do Supremo Tribunal Federal, com o mandado de injunção e o exercício da jurisdição constitucional (abstrata). Todos são exemplos de atos judiciais projetados para eventos futuros e não decisões

²²² Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à justiça*, p. 50.

²²³ Para as origens da incorporação do tema no Brasil, cf. Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à justiça*, pp. 26-8 e pp. 49-51.

sobre situações jurídicas que já aconteceram, como se espera da função judicial clássica.

Afirmou-se que a soberania, antes da modernidade, se exercia, sobretudo, pelo poder de jurisdição, isto é, pelo poder de julgar em última instância²²⁴. O rei, admitindo a súplica dos súditos, podia rever as decisões tomadas em outra instância. Na modernidade, transferiu-se a expressão da soberania para a legislação. Ao judiciário caberia apenas aplicar a lei. Assim, a independência dos juízes significa também independência em relação aos tribunais. E o recurso aos tribunais justifica-se mais pela necessidade de uniformização da jurisprudência ou pela revisão por um órgão colegiado experiente do que propriamente pela superioridade política ou jurídica do tribunal. A revisão judicial de uma decisão do juiz *a quo* pelo juízo *ad quem* é uma decisão para o caso *sub iudice*, que revê a decisão, mas não vincula a ação do juiz para qualquer outro caso.

Esta seção ater-se-á ao poder normativo dos tribunais²²⁵, ou seja, ao poder judiciário que edita explicitamente normas gerais e abstratas, tal como o legislador, ainda que possa manter a forma aproximada de ato jurisdicional. Refere-se ao poder normativo dos tribunais e não ao poder normativo dos juízes. Sobre poder normativo dos juízes (criatividade judicial), de modo geral, tratou-se na seção anterior. Portanto, não se afirmou aqui que o poder normativo no poder judiciário

²²⁴ “A função de dizer o direito era, nos primórdios, uma função do Rei ou, mais precisamente, do chefe despótico, que acumulava em suas mãos o poder de ditar a norma, executá-la e declarar o direito. Era a confusão dos três poderes, que só muito mais tarde se separaram com os seus órgãos próprios”. Castro Nunes. *Teoria e prática do poder judiciário*, p. 47.

²²⁵ Cf., também, Victor Nunes Leal. *Problemas de direito público e outros problemas* (particularmente o Capítulo VII – Funções normativas de órgãos judiciários).

é exclusivo dos tribunais, mas apenas que se manifesta diferentemente neles.

Neste sentido, geralmente, podem-se distinguir três situações em que o poder judiciário exerce poder normativo: quando os tribunais aprovam enunciados com os requisitos da generalidade e da abstração, porém sem efeito vinculante; quando suas decisões possuem efeito vinculante, além dos requisitos do item anterior; e quando é conferido aos tribunais o poder regulamentar, ainda que sujeito à forma e aos procedimentos tipicamente judiciais, como o princípio da inércia e a decisão por acórdão; é o caso do mandado de injunção, das instruções da justiça eleitoral e dos dissídios coletivos da justiça do trabalho.

Com relação à jurisdição constitucional (ou a qualquer modalidade de controle judicial sobre leis ou regulamentos), o poder normativo dos tribunais se manifesta de forma negativa ou positiva, isto é, na terminologia kelseniana, como legislação negativa ou positiva. No primeiro caso, as decisões dos tribunais invalidam, retiram a eficácia, expurgam do sistema normas emanadas de outro poder. No segundo caso, as decisões dos tribunais dão um sentido normativo distinto do sentido literal ou usual do texto ou editam normas na ausência de (ou em substituição a) normas emanadas de outros poderes.

Esse poder normativo se manifesta de forma menos explícita com a edição de súmulas pelos tribunais. Embora as súmulas por si não possam produzir efeito vinculante, nem mesmo para os órgãos judiciais inferiores vinculados ao tribunal, não há dúvida de que o tribunal ultrapassou a consideração dos casos

particulares, para cuidar do estabelecimento de tipos ideais, ou seja, gerais e abstratos. Assim, ainda que se possa desconsiderar a prescrição contida na súmula, pois formalmente não seria norma jurídica, não se pode negar o efeito persuasivo de conhecer, antecipadamente, como o tribunal decidirá. Nos Estados Unidos, essa discussão carece de sentido; o *stare decisis* impõe um efeito similar ao vinculante; portanto, as decisões dos tribunais, assumidamente, produzem efeitos normativos; mantendo-se a forma judicial.

A constituição brasileira de 1988 originalmente não previa a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, a emenda constitucional nº 3, de 1993, estabeleceu efeito vinculante para as decisões do tribunal em sede de ação declaratória de constitucionalidade. A emenda constitucional nº 45, de 2004, estendeu o efeito vinculante para as decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade²²⁶. E, por fim, instituiu o sistema de súmulas vinculantes:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua

²²⁶ §2º do Art. 102 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. E, antes dela, a Lei nº 9.868/1999.

revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei²²⁷.

No Brasil, seria possível remontar a um sistema similar ao das súmulas nos “assentos” do Supremo Tribunal de Justiça do Império, de 1876²²⁸. A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, admitia recurso contra decisões discordantes de súmula do Tribunal Superior do Trabalho²²⁹. O Código de Processo Civil de 1973²³⁰ previa e o Código de Processo Civil de 2015²³¹ prevê a edição de súmulas. Antes da adoção das súmulas vinculantes pela emenda constitucional nº 45, de 2004, por legislação infraconstitucional adotou-se a súmula impeditiva de recurso²³². Deve-se, portanto, observar como gradualmente foi instituído um sistema de vinculação às súmulas dos tribunais, ainda que não expressamente, por mecanismos de cassação liminar das decisões judiciais em desconformidade com as súmulas.

O poder normativo dos tribunais se manifesta de forma mais explícita, no entanto, quando o tribunal edita normas gerais e abstratas, sem o subterfúgio de estar julgando litígios concretos. A justiça eleitoral brasileira tem competência para editar instruções e resoluções, e a justiça do trabalho brasileira tem competência para resolver dissídios coletivos²³³. O terceiro exemplo é a competência do Supremo Tribunal Federal para editar normas supletivas nos julgamentos de mandado de

²²⁷ Art. 103-A, acrescido pela Emenda constitucional nº 45/2004.

²²⁸ Decreto nº 6.142/1876, art. 2º.

²²⁹ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 896, alínea a.

²³⁰ Código de Processo Civil de 1973, art. 479.

²³¹ Código de Processo Civil de 2015, art. 926.

²³² Código de Processo Civil, com reforma pela Lei n. 9.756/98, art. 557.

²³³ Outros casos foram desconsiderados, como o do juízo da infância e da juventude, que também exerce poderes normativos. Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 149.

injunção; na omissão do legislador, o Supremo Tribunal Federal pode editar normas gerais e abstratas utilizando esse instrumento.

Foram ressaltados, assim, seis situações sobre o caráter legislativo (normativo) dos atos judiciais: a jurisdição constituição (abstrata), as súmulas não vinculantes, as súmulas vinculantes, as instruções da justiça eleitoral, as sentenças normativas em dissídio coletivo da justiça do trabalho e o mandado de injunção. Aplica-se aqui a expressão “poder normativo” (“legislativo”) no sentido de poder para editar “normas gerais e abstratas”, tal como a definição moderna de lei. Assim, trata-se de observar as decisões dos tribunais, ainda que tenham forma de atos judiciais, mas que tenham substancialmente caráter legal.

Mesmo mantendo procedimentos e formalidades tipicamente judiciais, como a inércia do tribunal e a forma de acórdãos para a publicação das normas, trata-se substancialmente de normas gerais e abstratas, ou de leis no sentido material, com uma exceção, a das súmulas não vinculantes, porque desprovidas de força cogente. Para os outros casos, o traço normativo está nos efeitos produzidos: se *inter partes* esclarecendo uma situação jurídica atual ou anterior; ou se *erga omnes* prescrevendo soluções para casos futuros.

4 GOVERNO DOS JUÍZES CONTRA A LEGISLAÇÃO SOCIAL: EM TORNO DO ARGUMENTO DE EDOUARD LAMBERT

Pelas seções anteriores, poder-se-ia pensar que a preocupação com uma nova atividade judicial estivesse relacionada ao abuso das funções, no sentido ativo de criar normas quando não devia, ou seja, exorbitar de seus poderes, atuando como órgão legislativo. Contudo, a primeira manifestação histórica sobre um suposto excesso ou protagonismo judicial teve o caráter obstrutivo e não ativo; a atuação do órgão judicial foi inicialmente no sentido de impedir ou invalidar atos de outros poderes, especialmente do órgão legislativo. Nesse contexto é que Edouard Lambert cunhou a expressão “governo dos juízes contra a legislação social”.

O judiciário, para Edouard Lambert, seria o reduto conservador contra mudanças sociais impulsionadas pelos órgãos democráticos, sobretudo em três linhas: ampliação dos direitos sociais, dos direitos trabalhistas e da vinculação das prestações sociais pelo Estado²³⁴.

É nesse contexto, também, que o poder judiciário, especialmente a Suprema Corte dos Estados Unidos, passou a ser identificada como órgão aristocrático em contraste com o Congresso como órgão popular. Assim, indaga-se sobre a legitimidade (democrática) dos juízes para invalidar a vontade do povo (ou dos representantes do povo)²³⁵. Na reação dos teóricos da supremacia judicial, o tribunal poderia invalidar decisões do povo (ou

²³⁴ Sobre o Estado social, cf. também Abendroth, Forsthoﬀ e Doehring. *El Estado social*; e Ernst Forsthoﬀ. *El Estado de la sociedad industrial*.

²³⁵ Alexander M. Bickel. *The least dangerous branch*.

da maioria) para proteger direitos individuais (ou da minoria), ou defender a constituição contra a legislação infraconstitucional, ou, ainda, defender o povo (cuja vontade estaria expressa na constituição) contra o governo (que não é o povo).

O contexto é o advento do Estado social e a idiossincrasia com as instituições liberais, outrora revolucionárias. Essa peculiaridade fica evidente em situações como do caso *Lochner versus New York*, de 1905; quando lei do estado de Nova York estabeleceu jornada máxima de trabalho para os padeiros e a Suprema Corte invalidou a lei sob o argumento de que ela violava a liberdade individual de celebrar contratos²³⁶.

O tema do governo dos juízes é recorrente na doutrina norte-americana, principalmente porque, diferentemente de outros países, o judiciário sempre exerceu um poder destacado. Nesses momentos, é suscitado o argumento da ilegitimidade democrática da Suprema Corte.

Esse confronto tipicamente norte-americano repercutiu na Europa, inclusive na França, quando se cogitou ampliar os poderes do judiciário. Preventivamente, a doutrina francesa alertou sobre os perigos do governo dos juízes. A obra mais conhecida é *O governo dos juízes e a luta contra a legislação social*, publicada em 1921, de autoria de Edouard Lambert. A obra teve ampla difusão e se situa uma década antes do conflito entre a Suprema Corte e a presidência de Franklin D. Roosevelt (1933-1945) sobre aplicação da legislação social e trabalhista no *New Deal*.

²³⁶ *Lochner versus Nova York*, 198 US 45 (1905).

Edouart Lambert deixou claro que não se tratava de uma crítica ao princípio do controle pelo poder judiciário, mas à extensão da competência do judiciário para examinar a competência do legislativo²³⁷. Fez um apanhado da bibliografia norte-americana sobre o tema e identificou que muitas dessas obras associavam a ampliação da atividade judicial sobre a atividade legislativa à formação de uma oligarquia ou uma aristocracia de toga²³⁸.

Lambert considerou ainda que, no início do século XX, enquanto na Inglaterra e na França a ruptura do equilíbrio idealizado por Montesquieu se dava a favor do legislativo, nos Estados Unidos deu-se a favor do judiciário²³⁹. Neste sentido, destacou: “a conquista da supremacia política pelo judiciário se realiza às custas do poder legislativo e por uma invasão dos domínios do *statute-law*. O *statute-law* americano se opõe ao *common-law* ou *case-law*”²⁴⁰. Na tradição francesa, “por respeito ao princípio da separação de poderes, que dominou toda a obra da convenção de 1787, os juízes se recusaram a realizar a princípio a extensão do seu controle sobre a constitucionalidade das leis”²⁴¹.

²³⁷ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 8.

²³⁸ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 8-9.

²³⁹ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 16.

²⁴⁰ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 16.

²⁴¹ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 45. Edouard Lambert apresentou de forma organizada os quatro instrumentos necessários para que a Suprema Corte dos Estados Unidos pudesse exercer tutela sobre os outros poderes, especialmente sobre o legislativo: o *due process of law*; a interdição da *deprivation of liberty*, usado como garantia do indivíduo contra entraves ao livre exercício da sua atividade econômica; a interdição da *deprivation of property*, aplicada de forma ampla a qualquer ataque a propriedade ou fortuna; e a proibição das leis *impairing the obligation of contract*, destinadas a impedir a interferência da lei na esfera típica do contrato²⁴¹. Além destes quatro instrumentos, no século XX, mais dois instrumentos complementavam o poder de controle do judiciário: a *rule of reasonable*, contra a legislação e o critério da *expediency*, ou seja, “da oportunidade e do valor econômico dos atos legislativos”. Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 53.

No final do seu livro, Lambert se tornou ainda mais contundente. Advertiu que o judiciário com o poder de controlar as leis seria o mais perfeito instrumento da estática social, usado para reprimir a legislação trabalhista e para deter a legislação sobre intervenção econômica²⁴². Encerrou antecipando que o processo de ampliação do poder judiciário também poderia acontecer na França. A *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* poderia cumprir o mesmo papel que o *due process* desempenhou nos Estados Unidos, toda a defesa do indivíduo e da propriedade individual também poderia ser usada, na França, para impedir a legislação social e trabalhista²⁴³. A conclusão de Lambert é premonitória:

No dia em que a judicatura francesa houver conquistado o controle de constitucionalidade das leis, ela reencontrará então na nossa Declaração de direitos todos os pedaços constitutivos do instrumento à quatro cordas que já descrevemos sob o nome de *due process of law* e que serviu nas judicaturas americanas para dobrar as legislaturas sob sua supremacia²⁴⁴.

Nos Estados Unidos, as posições são contraditórias. Isso porque a posição da Suprema Corte não é uniforme; ela intercalou períodos de excessiva autorrestrrição, períodos de explícito conservadorismo (originalismo ou textualismo) e períodos de ativismo. Assim, a mesma Suprema Corte que protegeu a escravatura contra o *Compromisso de Missouri*²⁴⁵ e invalidou

²⁴² Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 224.

²⁴³ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 225-7.

²⁴⁴ Edouard Lambert. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, p. 227.

²⁴⁵ Lawrence Baum. *A Suprema Corte americana*, p. 39.

a política do *New Deal*²⁴⁶, também redefiniu a política de segregação no caso *Brown versus Comissão de Educação*²⁴⁷. Nesse contexto, Charles Beard, crítico do suposto caráter elitista (no sentido de elites econômicas) da Constituição de 1787, defendeu um ativismo judicial progressista²⁴⁸.

Deve-se observar com cautela os argumentos consequentialistas. Criticar o protagonismo judicial quando o conteúdo das decisões é incompatível com os interesses e os valores do crítico e incentivar o mesmo protagonismo quando as decisões lhes são favoráveis retira da crítica e do elogio toda a força moral do argumento. Assim como, deixa o interlocutor consequentialista da situação constrangedora de justificar as suas contradições.

5 QUATRO CASOS DE “ATIVISMO” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO LIMIAR DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA (DÉCADA DE 2000): A REFORMA POLÍTICA

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal manteve postura autorrestritiva, sem interferir explicitamente em questões políticas, sociais e econômicas, o que significou assumir a abordagem

²⁴⁶ “Nos anos 20, a Corte Suprema declarou inconstitucionais mais de 130 leis regulamentadoras. [...] Numa série de decisões tomadas em 1935 e 1936, a Corte revogou estas duas leis e outros diplomas legais federais de recuperação, geralmente por margens de 6x3 e 5x4. Como resultado, o programa do New Deal foi seriamente enfraquecido”. Lawrence Baum. *A Suprema Corte americana*, p. 41.

²⁴⁷ “De 1954 a 1957, a Corte adotou políticas libertárias em várias áreas e, assim, suscitou grande descontentamento no Congresso e no País em geral. Membros do Congresso apresentaram projetos para atacar as políticas da Corte e limitar sua competência, e alguns dos projetos receberam séria consideração”. Lawrence Baum. *A Suprema Corte americana*, p. 206.

²⁴⁸ Mais sobre Charles Beard, cf. duas obras relevantes do autor: *A Suprema Corte e a Constituição e Uma interpretação econômica da Constituição dos Estados Unidos*.

jurídica (racional e neutra) das controvérsias. Entretanto, a mudança de sua composição a partir da década de 2000²⁴⁹ coincidiu com o gradativo abandono da postura autorrestritiva e uma correspondente incorporação da retórica de maior protagonismo.

Nesse contexto, foi significativa a aposentadoria do ministro Moreira Alves, em junho de 2003²⁵⁰, conhecido defensor da posição autorrestritiva. Sua aposentadoria pode ser, simbolicamente, considerada um marco quantitativo e qualitativo. Em apenas dez anos²⁵¹, entre 1997 e 2007, dez novos ministros foram empossados no Supremo Tribunal Federal, sendo renovada três quartos²⁵² da sua composição. Entre os novos ministros, pelo menos três, antes mesmo da nomeação, poderiam ser considerados defensores de maior protagonismo do tribunal, os ministros Nelson Jobim (1997), Gilmar Ferreira Mendes (2002) e Eros Grau (2004). Destaque-se, ainda, que dois ministros mais antigos²⁵³ tinham histórico de votos vencidos por adotarem posições de maior protagonismo.

Um exemplo é revelador da mudança de posição do Supremo Tribunal Federal: a judicialização da reforma política. Esse exemplo se desdobra em quatro decisões (ou quatro casos): o primeiro caso da verticalização das coligações partidárias (em 2002), o segundo caso da verticalização das coligações partidárias (em 2006), o caso

²⁴⁹ Para uma análise do contexto, cf. José Nunes de Cerqueira Neto. *O Supremo contra a constituição*.

²⁵⁰ Na vaga do ministro Moreira Alves, foi empossado o ministro Joaquim Barbosa. No mesmo dia, 25 de junho de 2003, também foram empossados outros dois ministros: Carlos Britto e Cezar Peluzo.

²⁵¹ Entre 1997 e 2007, com as posses dos ministros Nelson Jobim e Menezes Direito, respectivamente.

²⁵² Das onze vagas, nove foram renovadas; a diferença nas contas se dá em razão da aposentadoria antecipada do ministro Nelson Jobim.

²⁵³ Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

da cláusula de barreira e da distribuição do fundo partidário (em 2006) e o caso da fidelidade partidária (em 2007).

No primeiro caso (verticalização de 2002), o Supremo Tribunal Federal, antecedido de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, proibiu as coligações partidárias no âmbito estadual (eleição para governador, senador, deputado federal e deputado estadual) que estivessem em contradição com a coligação no âmbito nacional (eleição para presidente da república)²⁵⁴. Ou seja, adotou a regra da verticalização (nacionalização) das coligações partidárias. A decisão do Supremo Tribunal Federal contrariava expressa disposição legal e o entendimento consolidado nos quase vinte anos de vigência da constituição de 1988 (e duas eleições gerais).

No Congresso Nacional, a inconformidade com a decisão resultou na aprovação imediata, na Câmara dos Deputados, de projeto de emenda constitucional que alterava a constituição para expressamente permitir as coligações partidárias distintas nos âmbitos nacional e estadual. O rigor do procedimento legislativo para mudança constitucional, no entanto, logrou o intento de reverter a decisão do Supremo Tribunal Federal por decisão parlamentar; o projeto de emenda constitucional foi aprovado pelo Senado Federal e promulgado apenas em 2006.

O segundo caso é o da verticalização de 2006. Novamente, o Supremo Tribunal Federal, antecedido de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, manteve a obrigatoriedade da verticalização das coligações

²⁵⁴ O objeto da ADI 2628 foi a Resolução nº 20.993/2002 do Tribunal Superior Eleitoral, que interpretava o art. 6º da Lei nº 9.504/1997 (Lei Geral das Eleições).

partidárias, mesmo contra disposição expressa na lei e de disposição expressa na emenda constitucional. O motivo da controvérsia foi a extensão da aplicabilidade da regra constitucional da anualidade eleitoral. Ou seja, para o Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional acrescentada pela emenda nº 52/2006 deveria ser conformada à outra norma constitucional (anterior), retardando os seus efeitos por quatro anos.

O segundo caso da verticalização tem peculiaridades que confrontam ainda mais a legitimidade democrática (eleitoral) do Congresso Nacional à legitimidade (racionalidade) jurídica do Supremo Tribunal Federal. Afinal, a emenda constitucional nº 52/2006 foi aprovada não por uma maioria circunstancial de deputados e senadores, mas por ampla maioria em quatro votações (dois turnos em cada casa do Congresso). Tratava-se de reação à decisão precedente do tribunal, ou seja, tratava-se do equivalente ao “recurso ao legislador”, retirando os fundamentos da decisão de 2002, alterando a própria constituição. Ainda assim prevaleceu a decisão judicial.

No terceiro caso (cláusula de barreira de 2006), o Supremo Tribunal Federal adotou postura, sob certo sentido, contraditória com os outros três casos, já que impediu a reforma política, dessa vez promovida pelo Congresso. Nos dois casos da verticalização (de 2002 e de 2006) e no caso da fidelidade partidária, o Supremo Tribunal Federal promoveu ou tentou promover a reforma política estabelecendo novas regras eleitorais e partidárias; no caso da cláusula de barreira, o tribunal impediu a implementação da reforma. O Supremo

Tribunal Federal declarou inconstitucional²⁵⁵ a alteração da Lei dos Partidos Políticos, que instituía a denominada “cláusula de desempenho”. Assim como nos dois casos da verticalização, houve manifestações de desacordo com o ativismo judicial, no entanto sem provocar maiores consequências. Prevaleceu a decisão judicial.

O quarto caso é o da fidelidade partidária (2007). Assim como em 2002, em 2007 o Supremo Tribunal Federal, antecedido de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, modificou abruptamente a posição consolidada por quase duas décadas²⁵⁶ e adotou novo entendimento sobre os efeitos do princípio da fidelidade partidária²⁵⁷. Ao julgar três mandados de segurança²⁵⁸, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o representante desfilado do partido pelo qual foi eleito perderia o mandato, pois ele “pertencia” ao partido e não ao candidato.

Oscar Vilhena Vieira considerou esse caso emblemático não apenas porque o Supremo Tribunal Federal estaria exercendo legislação negativa ou positiva,

²⁵⁵ ADI 1351-3/DF. A ação direta de inconstitucionalidade apreciou dispositivos da Lei nº 9096/1995, particularmente do art. 13 de parte dos artigos 41, 48, 49 e 57.

²⁵⁶ A posição tradicional foi conformada a partir do voto do ministro Moreira Alves no MS nº 20.927-5/DF, de outubro de 1989. O fundamento dessa decisão recapitulava os eventos desde 1969. O art. 152 na Emenda Constitucional nº 1/1969 estabeleceu o princípio da fidelidade partidária, pelo qual o deputado que mudasse de partido perderia o mandato; a perda do mandato deveria ser decretada pela Justiça Eleitoral, assegurada ampla defesa. O ministro Moreira Alves entendeu, no entanto, que a emenda constitucional nº 25/85 extinguiu o princípio da fidelidade partidária e que a Constituição de 1988 também a rejeitou. O voto do ministro Moreira Alves foi vitorioso, mas registre-se que, naquela ocasião, o voto dissidente do ministro Celso de Melo foi pela vigência do princípio da fidelidade partidária.

²⁵⁷ Até 2007, por diversos fundamentos, o Supremo Tribunal Federal considerava que o representante eleito por um partido (ainda que fosse pelo sistema eleitoral proporcional) não perderia o mandato por desfiliação partidária.

²⁵⁸ MS 26602/DF, MS 26603/DF e MS 26604/DF, relatados pelos ministros Eros Grau, Celso de Melo e Cármen Lúcia, respectivamente.

mas porque estaria atuando como genuíno poder constituinte reformador²⁵⁹.

Há outras peculiaridades neste quarto caso. O Supremo Tribunal Federal decidiu modular os efeitos da decisão, retroagindo desde a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral, ou seja, desde a “apreciação da Consulta nº 1.398/DF, pelo TSE, em 27/03/2007”²⁶⁰, decisão que contrariava explicitamente a posição do Supremo Tribunal Federal então vigente.

O caso da fidelidade partidária explicitou não apenas que o Supremo Tribunal Federal atribuía a si próprio o papel de principal intérprete (e guardião) da constituição, como também que poderia modular os efeitos de sua decisão, inclusive retroativamente. Em três dos quatro casos, as decisões contrariaram não apenas o poder legislativo como também a própria jurisprudência consolidada do tribunal²⁶¹.

²⁵⁹ Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*, p. 455.

²⁶⁰ Voto do ministro Celso de Melo no MS 26603/DF, fl. 61.

²⁶¹ Foi nesse contexto que, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, mudando o entendimento consolidado, julgou o mandado de injunção nº 712/PA e regulamentou livremente o direito de greve dos servidores públicos.

CAPÍTULO 4

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: NOÇÕES GERAIS E DISTINÇÕES CONCEITUAIS

1 EM BUSCA DE UM CONCEITO PROVISÓRIO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PROBLEMA SEMÂNTICO

O protagonismo do poder judiciário no século XX ganhou contornos teóricos mais bem definidos com a expressão “judicialização da política”. Essa expressão teve ampla divulgação e reconhecimento com a publicação do livro *The global expansion of judicial power*, com estudos sobre o tema coligidos por Torbjörn Vallinder e Neal Tate, em 1995²⁶². Apesar do impacto dessa obra, a expressão judicialização da política já era de uso corrente; Karl Loewenstein, por exemplo, em *Teoria da constituição*²⁶³, de 1957²⁶⁴, utilizou o termo com destaque. O marco da inserção do tema no Brasil foi a

²⁶² Alguns desses estudos foram apresentados antes, em 1992, no colóquio sobre o tema organizado pelo Centro de Estudos sobre Sistema Judiciário, em Bolonha. O artigo de Martin Shapiro, de 1994, também era bastante conhecido. Cf. Martin Shapiro. *Judicialization of politics in the United States*.

²⁶³ Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, p. 321.

²⁶⁴ Originalmente com o título *Poder político e processo governmental*.

publicação de *A constituição de 1988 e a judicialização da política*, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em 1996²⁶⁵, e, em seguida, a publicação de *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*, de Marcus Faro de Castro²⁶⁶, em 1997.

Identificado por outros termos, o assunto já havia sido, recorrentemente, objeto de estudo desde o início do século XX ou, pelo menos, desde meados do século. Uma expressão constantemente associada à da judicialização da política é “ativismo judicial”²⁶⁷, identificada com o protagonismo político da Corte Warren, nos Estados Unidos.

O uso indiscriminado dessas duas expressões – judicialização da política e ativismo judicial – tem provocado ainda mais confusão e ambiguidade. Particularmente no Brasil, os termos são empregados em tal proporção e com tanto desacordo semântico que não parece possível identificar duas definições consensualmente aceitáveis. Nesse sentido, o que se tenta realizar neste capítulo é distinguir os múltiplos conceitos associados às duas expressões.

Torbjörn Vallinder apresentou uma definição complexa do que ele denominou judicialização da política, composta de duas dimensões:

²⁶⁵ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *A constituição de 1988 e a judicialização da política*. Antes da publicação de 1996, entretanto, em 1994, Manoel Gonçalves Ferreira Filho havia publicado *Poder judiciário na constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça*. Apesar de usar pioneiramente a expressão “judicialização da política”, a sua abordagem do tema nesse artigo ainda foi excessivamente sintética, bem desenvolvida no artigo de 1996. Em 1992, José Eduardo Faria identificava a “jurisdicização da política” e a “politização do direito”. José Eduardo Faria. *Justiça e conflito*, p. 35.

²⁶⁶ Marcus Faro de Castro. *Supremo Tribunal Federal e judicialização da política*.

²⁶⁷ A referência mais antiga está relacionada ao artigo “The Supreme Court: 1947”, de Arthur Schlesinger Jr. Sobre a relevância dessa referência, cf. Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana*. Cf., também, Thiago Aguiar Pádua. *A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada*.

(1) a expansão da competência dos tribunais ou dos juízes às custas dos políticos e/ou dos administradores, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisão do legislador, do gabinete, ou do serviço civil perante os tribunais ou, pelo menos, (2) a disseminação dos métodos de tomada de decisões judiciais fora da esfera judicial propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em uma forma de processo judicial²⁶⁸.

Ou seja, na primeira dimensão, os órgãos do poder judiciário atuam (decidem) em competências tipicamente legislativas ou executivas (competências reconhecidas dos órgãos legislativos ou executivos). Na segunda dimensão, os problemas e conflitos das esferas da vida não jurídicas são resolvidos por critérios jurídicos (ou quase jurídicos). Assim, na primeira dimensão, percebe-se a ampliação (o acréscimo) das competências típicas do judiciário, incorporando para si as funções típicas de outros poderes, o que não consiste na expansão da função judiciária propriamente, mas a expansão do poder do órgão judicial. E, na segunda dimensão, percebe-se a conversão interna dos órgãos não judiciais, que adotam técnicas, procedimentos e critérios judiciais para realizar suas funções.

Diferentemente das duas referidas dimensões, para Karl Loewenstein, judicialização da política é “outorgar ao poder judicial a posição dominante de árbitro supremo na dinâmica do processo político”²⁶⁹. Loewenstein tinha em vista os novos tribunais

²⁶⁸ Torbjörn Vallinder. *When the courts go marching in*, p. 13 (In C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. *The global expansion of judicial power*).

²⁶⁹ Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, p. 321.

constitucionais instalados na Europa pós-guerra, especialmente na Alemanha. A judicialização da política lhe causava certa perplexidade porque, ainda que o tribunal constitucional adotasse a forma judicial, para ele a natureza das suas decisões era inevitavelmente política (porque versam sobre “conflitos de natureza política”, ou seja, “atos governamentais” não judicializáveis²⁷⁰). Nesse contexto, Loewenstein expressava enorme reticência com a então inovadora judicialização da política (década de 1950), alertando sobre os riscos para a judicatura e para o processo governamental, assim como os perigos da eventual formação de uma “judiciocracia”²⁷¹.

Essas três dimensões (as duas de Vallinder e a terceira de Loewenstein) permitem fixar um cenário provisório do problema, especialmente se considerarmos que as três dimensões são independentes entre si. Ou seja: elevar um órgão judicial ao *status* de árbitro supremo de questões constitucionais e políticas; ampliar, na prática, as funções legislativas e executivas dos órgãos judiciais; e adotar, pelos órgãos não judiciais, métodos, procedimentos e critérios judiciais (jurídicos) para a resolução de problemas não judiciais²⁷². Cada dimensão deve ser tratada separadamente porque não consistem no

²⁷⁰ Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, pp. 321-2.

²⁷¹ Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, pp. 324-5.

²⁷² Em sentido próximo é a distinção formulada por Ran Hirschl, “a ‘judicialização da política’ é um termo geralmente semelhante a um guarda-chuva que se refere ao que são realmente três processos interrelacionados. No nível mais abstrato, o termo refere-se à disseminação do discurso, jargão, regras e procedimentos legais na esfera política e fóruns e processos de formulação de políticas. [...] Um segundo aspecto mais concreto da judicialização da política é a expansão da província de tribunais e juizes na determinação dos resultados das políticas públicas, principalmente por meio de análise administrativa, redesenho judicial das fronteiras burocráticas entre órgãos estatais e jurisprudência de direitos ‘comuns’. [...] Uma terceira classe emergente da judicialização da política é a dependência de tribunais e juizes para lidar com o que poderíamos chamar de ‘megapolítica’: controvérsias políticas centrais que definem (e geralmente dividem) políticas inteiras”. Ran Hirschl. *The judicialization of politics*, pp. 3-4.

mesmo fenômeno e não são dependentes umas das outras.

Nenhum dos dois usou a expressão ativismo judicial. Diante desse cenário provisório, o problema semântico pode ser enfrentado de três maneiras. A primeira é usar indistintamente as duas expressões – judicialização da política e ativismo judicial – como sinônimas ou como equivalentes.

A segunda maneira é reconhecer o uso um pouco depreciativo da expressão ativismo judicial e assim distinguir as duas expressões. De tal modo que se poderia reservar a expressão judicialização da política aos casos em que o protagonismo judicial é determinado pelo desenho institucional (pelo sistema normativo), e reservar a expressão ativismo judicial aos casos em que o protagonismo judicial não tem respaldo institucional ou normativo ou que, ainda que tenha, aos casos em que o titular do órgão judicial se recusa a adotar uma postura autorrestritiva aceitável²⁷³. Nesse sentido, a expressão ativismo judicial contrastaria com a expressão autorrestrição (ou autocontenção) judicial, no contexto da crítica à Corte Warren. Na judicialização da política, portanto, o juiz pouco poderia fazer diante do protagonismo normativa e institucionalmente obrigatório; enquanto, no ativismo judicial, a atuação do juiz seria o equivalente a uma transgressão da ordem normativa e institucional.

A terceira maneira é distinguir as três dimensões descritas acima. De tal modo que a expressão

²⁷³ No mesmo sentido é a distinção de Luís Roberto Barroso. Cf. Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, pp. 21-2; bem como de Lenio Streck. *Verdade e consenso*, p. 589; e de Amandino Nunes Teixeira Jr. *A judicialização da política no Brasil*, p. 36.

judicialização da política ficaria reservada apenas à primeira dimensão, aquela descrita por Loewenstein, na situação em que um órgão judicial atuasse como árbitro das decisões políticas e constitucionais; aqui o rigor terminológico é mais preciso, pois literalmente descreve a interferência de um órgão judicial na esfera política propriamente dita (dos atos superiores de governo). A expressão ativismo judicial ficaria reservada apenas à segunda dimensão, aquela descrita no item 1 de Vallinder, na situação em que os órgãos judiciais determinassem políticas públicas no âmbito mais geral (substituindo o legislativo) ou no âmbito mais particular (substituindo o executivo)²⁷⁴; aqui a expressão ativismo poderia ser entendida no sentido mais livre como expansão ou ampliação da esfera de atuação do judiciário para além do que lhe é convencionalmente aceitável. Por fim, não parece ter nenhuma expressão relevante para denominar a terceira dimensão, aquela descrita no item 2 de Vallinder, ou seja, a mudança interna dos órgãos não judiciais que, espontaneamente, utilizassem técnicas, procedimentos e critérios judiciais em substituição a outros parâmetros convencionalmente aceitáveis.

Das três maneiras, a terceira parece ser a mais rigorosa, mas a menos difundida. Para evitar maior confusão, reconhecida a distinção conceitual das três dimensões, parece preferível aderir à primeira maneira, mais difundida, que usa indistintamente as duas expressões. Ou melhor, para os fins desta pesquisa, sempre que possível, dar-se-á preferência ao uso da expressão judicialização da política em qualquer das três

²⁷⁴ No mesmo sentido é a definição de Marcus Faro de Castro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*.

dimensões, ignorando a expressão ativismo judicial. Oportunamente, verificar-se-á a possibilidade de reduzir o conteúdo dessa definição.

2 AMPLIANDO O SENTIDO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: DISTINÇÕES E DIMENSÕES

Para além das três dimensões identificadas até aqui, diante da proliferação de teorias, explicações e definições, Ran Hirschl tentou organizar os estudos sobre judicialização da política em quatro grupos abrangentes: teorias funcionalistas, teorias centradas em direitos, teorias institucionalistas e teorias centradas nos tribunais²⁷⁵. A interpretação funcionalista associa o fenômeno à ampliação do Estado administrativo (e regulamentador) e do Estado social, bem como a “crescente complexidade e contingência das sociedades modernas”²⁷⁶. A interpretação centrada em direitos, ou “judicialização vindo de baixo”, está associada à visão dos movimentos sociais com relação às instituições jurídicas, vistas como instituições mais íntegras em contraste com as negociações políticas; engloba também disputas estratégicas promovidas por grupos subrepresentados politicamente²⁷⁷. A abordagem institucionalista enfatiza características institucionais, como a democracia, a separação de poderes, o *judicial review* etc.; “em outras palavras, mais democracia é igual a

²⁷⁵ Ran Hirschl. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*, p. 30.

²⁷⁶ Ran Hirschl. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*, p. 30.

²⁷⁷ Ran Hirschl. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*, pp. 30-1.

mais tribunais”²⁷⁸. “A quarta perspectiva sustenta que tribunais e juízes são as principais forças propulsoras por trás da expansão do poder judiciário”; nessa interpretação, a judicialização da política é um aspecto da tensão entre judicialização e democracia ou sobre a ilegitimidade democrática do judiciário ou sobre o equilíbrio contramajoritário do judiciário²⁷⁹. Hirschl ressaltou uma interpretação da judicialização da política, que seria a dele próprio, enfatizando a “conceituação dos tribunais como instituições políticas”²⁸⁰.

Na discussão brasileira sobre o tema, Ernani de Carvalho e Marjorie Marona tentaram apurar os sentidos empregados e conseguiram catalogar nove definições:

- (1) Efeito que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais.
- (2) Crescente utilização do Judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política.
- (3) Interferência do Poder Judiciário em questões eminentemente políticas.
- (4) Expansão do Poder Judiciário.
- (5) Ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis, do sistema judiciário.
- (6) Adoção, pelo Executivo e Legislativo, de procedimentos típicos da lógica judicial.
- (7) Capacidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas.
- (8) Crescente intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas.
- (9) O Judiciário como veículo para o exercício da Cidadania²⁸¹.

Algumas das definições relacionadas acima são sobrepostas e outras não consistem propriamente em

²⁷⁸ Ran Hirschl. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*, p. 31.

²⁷⁹ Ran Hirschl. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*, p. 33.

²⁸⁰ Ran Hirschl. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*, p. 33.

²⁸¹ Ernani Carvalho e Marjorie Corrêa Marona. *Por um conceito operacional de judicialização da política*, p. 12.

judicialização da política (ou ativismo judicial), mas simplesmente no protagonismo moderado ou em atuação judicial típica, dentro dos parâmetros de uma doutrina da separação de poderes convencionalmente aceita. Diante desse contexto de incontáveis definições, parece que nada de muito original e relevante foi escrito para além das três dimensões de Vallinder e de Loewenstein; mesmo as três manifestações de Ran Hirschl parecem mais uma atualização dos termos e dos exemplos do que propriamente um acréscimo.

Assim, a partir das três dimensões, por decomposição, é possível formular um quadro relativamente detalhado do fenômeno, à luz dos estudiosos do tema. O quadro a seguir é uma tentativa de dar coesão mínima à ampliação conceitual.

Três dimensões da judicialização da política

DIMENSÕES	ASPECTOS	ESPECIFICIDADES
1ª Dimensão (judicialização da política pura)	Última instância judicial (ou instância de cassação de decisões judiciais)	
	Árbitro de conflitos políticos	<i>Conflitos entre os órgãos superiores do Estado</i> <i>Conflitos constitucionais</i>
	Legislação suplementar	<i>Súmulas e enunciados</i> <i>Mandado de injunção</i> <i>Regulamentos</i>
	Fiscalização eleitoral	
2ª Dimensão (judicialização da política ordinária)	Novo perfil do judiciário	<i>Inflação legislativa e direitos positivados</i> <i>Modelos de interpretação</i> <i>Modelos de relação jurídica processual (interesses e efeitos)</i> <i>Demandas repetitivas</i> <i>Livre convencimento do juiz (em tensão com a introdução de súmula e enunciados)</i>
	Relação com o executivo ordinário (controle judicial da administração pública)	<i>Ordens para o Estado se abster</i> <i>Ordens para o Estado fazer</i>
	Relação com o executivo ordinário no exercício do poder regulamentar (determinação de políticas)	<i>Proibição de políticas públicas</i> <i>Determinação políticas públicas</i>

	públicas)	
	Relações com a legislação ordinária	<i>Não aplicação</i> <i>Interpretação livre (criativa)</i>
3ª Dimensão (Judicialização imprópria)		

Fonte: quadro elaborado pelo autor.

3 REDUZINDO O SENTIDO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA MINIMIZAR O PROBLEMA DA AMBIGUIDADE SEMÂNTICA

Diante de tantas dimensões e definições, é imprescindível depurar as imprecisões. Uma estratégia seria acrescentar adjetivos e demarcar cada acepção. Assim fez, por exemplo, Ran Hirschl, que denominou a primeira dimensão do quadro acima de judicialização da megapolítica (ou judicialização da política pura) e a terceira dimensão de judicialização das relações sociais; por ilação, poder-se-ia denominar a segunda dimensão de judicialização da política ordinária; e assim foi feito na seção anterior; deve-se dar os créditos a Hirschl.

Entretanto, o conceito de judicialização da política, para ser operacional, precisa ser depurado, pelo menos para os fins desta pesquisa, que estuda o tema no contexto da crise paradigmática.

O quadro das três dimensões da judicialização da política parece ser sintético e denso o suficiente para abranger todas as manifestações do fenômeno, ainda que mereça três reparos. O primeiro, relacionado à terceira dimensão (a incorporação de métodos judicial por órgãos não judiciais), não parece mesmo ser uma anomalia

paradigmática, especialmente porque essa adesão seria voluntária e episódica; poder-se-ia mesmo duvidar se essa adesão é sincera, do ponto de vista de se tratar de uma aparente (formal) judicialização para justificar decisões políticas controvertidas ou de ser apenas o uso de critérios eficientes na condução da gestão de processos administrativos. Assim, o primeiro reparo diminui o sentido da judicialização da política, ao excluir a terceira de suas dimensões.

O segundo reparo diz respeito à segunda dimensão. Não parece fácil afirmar se constitui propriamente uma anomalia paradigmática ou se consiste apenas na atualização da função judicial (como corolário da atualização das funções estatais). Nesse sentido, John Ferejohn demonstrou como a atividade legislativa na complexidade dos dias de hoje não pode ser eficazmente exercida sem o auxílio de órgãos executivos e judiciais²⁸². A despeito das dúvidas, ao contrário da primeira dimensão, deve-se considerar a segunda dimensão como judicialização da política ordinária, bem distinta da primeira, porque possuem dinâmicas próprias.

O terceiro reparo é, na verdade, uma distinção. Parece que a judicialização promovida pelas cortes supremas, quando afetam diretamente os órgãos mais altos do legislativo e do executivo, qualquer que seja o conteúdo da medida, ajusta-se melhor na primeira dimensão; quando essas altas cortes atuam, no entanto, afetando apenas os particulares ou órgãos políticos secundários ou órgãos da administração pública

²⁸² John Ferejohn. *Judicialización de la política, politización de la ley*. No mesmo sentido, é a opinião de Sívio Dobrowolski. *A inflação legislativa e a jurisdição constitucional*, p. 80.

ordinária, a classificação ajusta-se melhor à segunda dimensão.

Não comporta nessas distinções o ativismo judicial no sentido empregado por Luís Roberto Barroso e Lenio Streck. As transgressões explícitas ao desenho institucional e normativo não são propriamente uma anomalia paradigmática, mas transgressões praticadas cotidianamente por agentes de qualquer órgão estatal ou por indivíduos em geral. Esses casos proliferam quando o próprio desenho institucional (ou a sua dinâmica) não tem mecanismos eficientes de fiscalização, controle e correção. Por essas razões, isso que parte dos estudiosos denomina de ativismo judicial, no sentido pejorativo do termo, não foi objeto desta pesquisa.

CAPÍTULO 5

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: *250 ANOS DEPOIS DE MONTESQUIEU*

A doutrina da separação de poderes de Montesquieu refletiu os efeitos de eventos que remontam à guerra civil inglesa, um século antes da publicação de *O espírito das leis*. Menos de cinquenta anos depois, norte-americanos, franceses e ingleses fizeram adaptações na doutrina de Montesquieu para compatibilizá-la com as novas circunstâncias pós-revolucionárias. Montesquieu não fez diferente; dois milênios depois de Políbio, aplicou a teoria do governo misto a novas circunstâncias; nem por isso contrariou a essência da teoria polibiana.

Um quarto de milênio depois de Montesquieu, importa saber se a judicialização da política é uma anomalia paradigmática ou se é a atualização da doutrina da separação de poderes às circunstâncias do século XX.

1 TENTATIVAS DE CONTEXTUALIZAR O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO SÉCULO XX

É recorrente a tentativa de identificar as causas da judicialização da política. Proliferam explicações resultando em infindáveis causas listadas²⁸³. Ernani Carvalho e Marjorie Marona²⁸⁴ enumeraram onze causas gerais e quatro causas brasileiras para a judicialização da política. Luís Roberto Barroso²⁸⁵, atento apenas ao caso brasileiro, identificou três causas (democratização, constitucionalização e jurisdição constitucional híbrida) que, na prática, é uma só: a promulgação da Constituição

²⁸³ José Eduardo Faria, ainda em 1992, tratando de uma temática mais ampla, a dos reflexos da crise paradigmática, enumerou: inflação legislativa, multiplicação de conflitos gerados por sujeitos de direito privado, difusão do paradigma normativista de posituação da lei, expansão das normas de organização sobre as normas de conduta, expansão dos direitos sociais, superação de uma atividade judicial de estrutura triádica, desarticulação dos blocos sociais hegemônicos, juridicização da política e politização do direito, incapacidade de adaptação da racionalidade formal, revisão dos tradicionais modelos de hermenêutica jurídica, inviabilidade da imagem unitária do ordenamento jurídico, implantação de serviços de assessoria jurídica a organizações populares, expansão das competências judiciais e ênfase a um supralegalismo e um supranormativismo social. Cf. José Eduardo Faria. *Justiça e conflito*, pp. 34-5.

²⁸⁴ “(1) Assunção dos EUA como a única superpotência mundial, o que evidenciou os mecanismos de revisão constitucional. (2) Vazios institucionais deixados pelos poderes representativos. (3) Crise do Positivismo Jurídico. (4) Aperfeiçoamento das instituições judiciárias. (5) Constitucionalização dos direitos fundamentais. (6) Transformações que têm origens no segundo pós-guerra, sobrepondo ao poder soberano nacional valores fundamentais a obrigar o poder soberano, nos textos constitucionais. (6.1) Adoção de princípios normativos de legitimidade absoluta como fonte obrigatória de limitação de todo o direito positivo e do Estado. (6.2) Constitucionalismo democrático, a internalizar uma concepção de justo. (6.3) Sentido promocional prospectivo do direito. (6.4) Reconhecimento constitucional da exigência de implementação dos direitos fundacionais e sociais. (7) Assunção do *Welfare State*, que traz o direito para o centro da vida social. (8) Desneutralização da função do Poder Judiciário, que deve examinar se o exercício do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados pela Constituição. No Brasil: (1) Constituição brasileira: ampliação da concepção dos direitos fundamentais, que funcionam como programas de ação a impor um dever de ação do Estado, cuja efetivação depende de um amplo processo hermenêutico, levado a cabo pelos Tribunais. (2) Estímulo, via legislação, a partir da década de 90, dos canais da representação funcional, tornando a Justiça capilar. (3) Institucionalização das ações coletivas (4) Submissão do poder soberano às leis que ele mesmo outorgou”. Ernani Carvalho e Marjorie Corrêa Marona. *Por um conceito operacional de judicialização da política*, pp. 13-4.

²⁸⁵ Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*.

de 1988. Marcus Faro de Castro²⁸⁶ (aproveitando a análise de Torbjörn Vallinder) identificou outras sete causas²⁸⁷.

A discussão sobre as causas, ainda que recorrente, não parece ser útil. Tamanha é a complexidade do tema que dificilmente se poderia demonstrar o efetivo nexo de causalidade. Melhor do que tratar como causas seria tratar como contexto, isto é, como eventos que geralmente antecedem ou concorrem com a percepção do fenômeno da judicialização da política.

Assim, de maneira geral, parece ser possível identificar três ou quatro movimentos relevantes, sem nenhuma pretensão de ser exaustivo: (a) o advento do Estado social e, por consequência, (a1) a inflação legislativa e a positivação de (a2) direitos sociais e de (a3) direitos à promoção de benefícios sociais pelo Estado; (b) a gradual hegemonia de teorias jurídicas críticas do “formalismo”, refletindo-se na (b1) insuficiência dos paradigmas hermenêuticos tradicionais e na (b2) superação do debate sobre a criatividade judicial; e (c) o advento do Estado constitucional (e o preceito da supremacia constitucional) e da jurisdição constitucional.

²⁸⁶ Marcus Faro de Castro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*.

²⁸⁷ “Assim, a reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas populistas e totalitárias da 2ª Guerra Mundial na Europa, que deu origem, por exemplo, à adoção de uma ampla carta de direitos na Grundgesetz alemã; a preocupação das esquerdas com a defesa de ‘direitos’ contra ‘oligopolistas e oligarcas’, como no caso do trabalhismo inglês (anos 50) ou sueco (anos 70); o resgate intelectual e acadêmico de teorias de ‘direitos liberais’, presente em autores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin e o concomitante desprestígio de autores como Hume e Bentham; a influência da atuação da Suprema Corte americana (especialmente a chamada Warren Court, nos anos 50-60); a tradição europeia (kelseniana) de controle da constitucionalidade das leis; os esforços de organizações internacionais na proteção de direitos humanos, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 – todos estes fatores, segundo Vallinder (1995), contribuíram para o desenvolvimento da JdP. Acrescente-se, ainda, como outro fator determinante da JdP, o declínio da eficácia da política macroeconômica a partir do final dos anos 60”. Marcus Faro de Castro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Cf., também, direto na fonte, Torbjörn Vallinder. *When the courts go marching in*.

Poder-se-ia, ainda, acrescentar (d) a crise de legitimação das democracias liberais, que repercutem como deficiência de legitimação dos poderes legislativo e executivo (eletivos). No caso particular do Brasil, o evento decisivo foi a promulgação da Constituição de 1988, intensificada por seus desdobramentos.

Nesse contexto, considerando os eventos do item “a”, sendo a atividade judicial tipicamente aplicar o direito, a ampliação quantitativa e material do direito (objetivo) e dos direitos (subjetivos) teria resultado na intensificação da atividade judicial. Na mesma direção, quando as normas estabelecem obrigações jurídicas para o próprio Estado (direitos de prestação social, por exemplo), a satisfação dos direitos (subjetivos) pressupõe ordens judiciais dirigidas às autoridades estatais (executivo) para sanar eventuais omissões.

Considerando os eventos do item “b”, uma infinidade de teorias que defendem o caráter argumentativo ou retórico do direito, ou, pelo menos, que firmam sérias dúvidas a respeito do caráter lógico, objetivo ou racional do direito, retiram dos juízes parâmetros estáveis e consensuados de decidibilidade, ampliando, assim, o entendimento de que o ato de julgar pressupõe, também, decidir (escolher) discricionariamente (ou criativamente).

Considerando os eventos do item “c”, a aceitação dos princípios da supremacia constitucional e da supremacia judicial, aliada a instrumentos formais de acesso menos seletivos ao judiciário, induz a remessa de questões políticas (não judiciais) a esses órgãos. Mesmo na posição de autorrestrrição, implicitamente, pressupõe-se o poder de decidir não decidir.

Por fim, considerando os eventos do item “d”, as restrições ao caráter antidemocrático da atuação judicial foram gradativamente atenuadas com a crítica à deficiência das democracias representativas (ou do suposto déficit de representatividade dos eleitos).

Como se afirmou, os eventos são coincidentes com a judicialização da política, mas não parece ser possível determinar plausivelmente a relação de causalidade ou de necessidade. Podendo ser, inclusive, o protagonismo judicial a causa do advento ou da relevância dos outros eventos.

2 NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS 250 ANOS DEPOIS

Muitos anos depois de Montesquieu, novos arranjos sociais e institucionais resultaram, também, em nova configuração dos órgãos judiciais e da atividade judicial. Antes, o legislativo e o executivo, órgão e função, também sofreram mutações.

Os parlamentos dos séculos XVIII e XIX, por exemplo, geralmente funcionavam comedidamente em sessões legislativas de quatro meses por ano²⁸⁸ com relativa baixa promulgação de leis²⁸⁹. Essa situação contrasta com os órgãos legislativos atuais acometidos pela hiperlegislação, além da sobrecarga de atribuições não legislativas.

²⁸⁸ A Constituição do Império brasileiro, de 1824, também estabelecia quatro meses: “Art. 17. Cada Legislatura durará quatro annos, e cada Sessão annual quatro mezes”.

²⁸⁹ No Brasil, até 1930, foram promulgadas, aproximadamente, seis mil leis; atualmente, já foram promulgadas mais de 160 mil leis federais (além de quase 1,5 milhão de leis estaduais e 3,5 milhões de leis municipais).

A hiperlegislação manifesta significativa mudança no caráter da função legislativa, bem como revela a impossibilidade de, nas sociedades complexas atuais, por meio de poucas leis gerais (como no século XVIII), regular todas as demandas relevantes. Para atender a essas demandas, os órgãos legislativos (parlamentos) aprovam leis cada vez mais técnicas²⁹⁰ e detalhadas²⁹¹. Essa tentativa, entretanto, mostrou-se parcialmente ineficiente, o que induziu os órgãos executivos a complementar (regulamentos) e a suplementar (lacunas) a legislação parlamentar. A composição dos parlamentos (numerosa e heterogênea) e o processo legislativo (moroso) dificultam ainda mais a resposta rápida e eficiente para as demandas sempre urgentes.

Mesmo o executivo e suas agências não conseguem responder satisfatoriamente a essas demandas remanescentes. O que o executivo ganha com agilidade na decisão, perde com a ausência de consenso e contraditório. Demandas resistentes, em um sistema de acesso relativamente fácil ao judiciário, inevitavelmente são levadas a esse poder²⁹².

O executivo do século XX, da mesma maneira que o legislativo, sofre de sobrecarga de atividades. Assume não apenas o remanescente da hiperlegislação (especialmente com o poder regulamentar), como provê a população de serviços públicos que até pouco tempo não eram de sua alçada, como educação, saúde, moradia,

²⁹⁰ “Transformada em solução, a lei perde os seus contornos clássicos: passa a regular casos concretos e determinados, durante a contingência temporal em que isso seja necessário ou possível. Numa sociedade tecnicizada, os problemas são sempre cada vez mais técnicos, principalmente os de natureza econômica e financeira”. Sílvia Dobrowolski. *A inflação legislativa e a jurisdição constitucional*, p. 79.

²⁹¹ Carl Schmitt. *Legalidad y legitimidad*, p. XIV.

²⁹² José Eduardo Faria. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*, p. 109.

assistência social etc., ou seja, estabelece políticas públicas em elevada escala. Reitera-se, um sistema de acesso relativamente fácil ao judiciário obriga o juiz a resolver essas demandas. Um sistema que positiva direitos sociais na lei ou na constituição, por exemplo, coloca o judiciário na posição impositiva de decidir.

A judicialização da política ordinária, portanto, é em grande medida determinada pela mutação não só do órgão e da função judicial, assim como, antes, da mutação das funções executiva e legislativa no século XX.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PURA E DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Ran Hirschl distinguiu o que ele denominou judicialização da megapolítica (ou judicialização da política pura) das outras manifestações (faces) da judicialização da política. Hirschl se refere às “controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras”²⁹³. Sua premissa não parece ser muito diferente da de Karl Loewenstein, para quem a judicialização da política é situação em que o tribunal constitucional aprecia os “*actes de gouvernement* não judicializáveis”²⁹⁴. A diferença substancial entre os dois é que Hirschl considerou a judicialização da megapolítica um estratagema das elites econômicas contra o povo²⁹⁵, enquanto Loewenstein considerou simplesmente um

²⁹³ Ran Hirschl. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, p. 146.

²⁹⁴ Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, p. 322.

²⁹⁵ Ran Hirschl. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*, p. 34.

fenômeno disfuncional²⁹⁶. Esse aspecto da teoria de Hirschl é impertinente nesta pesquisa, ao contrário da preocupação de Loewenstein, que é o cerne da discussão em torno da judicialização da política enquanto anomalia paradigmática.

Nesta seção, a judicialização da política ordinária será desconsiderada e será enfatizada a atuação política das supremas cortes (ou dos órgãos equivalentes como os tribunais constitucionais, os conselhos constitucionais e outros os órgãos de cúpula do poder judiciário). A razão é que a primeira dimensão (judicialização da política pura) expressa mais intensamente o caráter político do protagonismo que a segunda dimensão (judicialização ordinária).

3.1 Hamilton e Kelsen: o judiciário e a legislação

Quatro modelos de órgão judicial supremo podem ser considerados para os fins desta seção: a Câmara dos Lordes na Inglaterra, a Suprema Corte nos Estados Unidos, o Tribunal Constitucional Federal na Alemanha (ou, antes, o Tribunal Constitucional na Áustria²⁹⁷) e o Conselho Constitucional na França. Dos quatro, um pode ser completamente desconsiderado e outro pode ser parcialmente desconsiderado. A Câmara dos Lordes, até 2009, exerceu a atribuição judicial de última corte

²⁹⁶ “Conduz quase inevitavelmente à ‘politização da justiça’”. Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, p. 322.

²⁹⁷ “O Tribunal Constitucional austríaco é conhecido por ser o tribunal constitucional especial mais antigo do mundo e, como tal, teve influência considerável no desenvolvimento constitucional da Europa, especialmente na segunda metade do século XX”. Theo Öhlinger. *Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austríaco*, p. 219.

recursal²⁹⁸, entretanto, não parece configurar como um órgão judicial propriamente dito, exercendo, principalmente, outras funções, como a legislativa; além do que, nessas atribuições de corte de apelação, a Câmara dos Lordes nunca pode apreciar os atos do parlamento; e, desde 2009, as funções judiciais da Câmara dos Lordes foram transferidas para a Suprema Corte do Reino Unido. O outro caso, que pode ser parcialmente desconsiderado, é o Conselho Constitucional francês; originalmente, foi instituído (constituição de 1958) como órgão político de controle preventivo de constitucionalidade das leis, portanto, sem elementos judiciais na estrutura e organização; entretanto, na última década, especialmente, o Conselho Constitucional vem gradualmente redesenhando sua atuação, incorporando elementos judiciais. Feitas essas ressalvas, cuidaremos apenas dos dois modelos restantes.

O modelo de suprema corte foi instituído pela constituição do Estados Unidos de 1787 e o modelo de tribunal constitucional foi instituído pela constituição da Áustria de 1920, ainda que tenha ganhado maior projeção com a sua recepção pela constituição (lei fundamental) da Alemanha de 1949. Vale ressaltar um motivo quase sempre esquecido para a instituição desses dois modelos, além de órgão de controle de constitucionalidade das leis, nos três países, a suprema corte ou o tribunal constitucional são, também, tribunais federativos, ou seja, árbitros para dirimir conflitos entre entes federativos. Uma distinção entre os dois é que a Suprema Corte é

²⁹⁸ Desde o *Appellate Jurisdiction Act 1876*, pelos doze *lords of appeal in ordinary*. A partir da década de 1940, esses doze lordes passaram a exercer suas atribuições no *Appellate Committee of the House of Lords*.

antes de tudo a mais alta corte judiciária do país para assuntos cíveis, criminais, administrativos e constitucionais, enquanto o Tribunal Constitucional austríaco é a mais alta corte constitucional e outros dois tribunais de *status* inferior exercem as funções de último tribunal de apelação em questões cíveis e criminais e em questões administrativas.

O modelo norte-americano foi concebido na Convenção da Filadélfia, em 1787, mas a principal fonte de justificação foram os artigos federalistas redigidos por Alexandre Hamilton, em 1788. O modelo austríaco foi concebido por Hans Kelsen, em 1919²⁹⁹.

Alexandre Hamilton, quase duzentos anos antes, antecipava as inquietações de Karl Loewenstein em relação a possível disfuncionalidade institucional causada por uma suprema corte com poderes políticos especiais. Ao contrário de Loewenstein, no entanto, para Hamilton, as preocupações eram impertinentes.

Hamilton entendeu que a constituição de 1787 conferia à Suprema Corte poderes para invalidar leis aprovadas pelo Congresso (e promulgadas pelo presidente). Assim, o argumento de John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, de 1803, já estava contido, em grande medida, no argumento de Hamilton, em 1788. O argumento de Hamilton tem duas bases: a necessidade de impedir os abusos do legislador e a impossibilidade institucional de a Suprema Corte cometer abusos sistematicamente³⁰⁰.

²⁹⁹ Sobre a influência de Hans Kelsen na formulação do modelo de tribunal constitucional e elaboração da constituição austríaca de 1920, cf. Theo Öhlinger. *Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austríaco*, p. 218.

³⁰⁰ Hamilton, Madison e Jay. *O federalista* (artigos 78 e 81).

A despeito de o argumento de Hamilton merecer dois reparos, a distinção que faz entre os atos do povo (a constituição) e os atos do governo (a legislação) é bem formulada. O primeiro reparo é desconsiderar a possibilidade de o povo controlar os abusos do legislador nas eleições periódicas³⁰¹. O segundo é se ater a argumentos relativamente ingênuos para assegurar a fragilidade institucional da Suprema Corte.

Dos poderes políticos especiais conferidos pela constituição à Suprema Corte, para Hamilton, o mais importante é o poder de anular leis. Para Hamilton, essa competência é o efeito necessário da distinção entre povo e governo.

Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior. Como essa doutrina é de grande importância em todas as Constituições da América, não será fora de propósito discutir os princípios em que se funda. Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem³⁰².

³⁰¹ John Hart Ely e Jeremy Waldron desenvolveram o contra-argumento. Cf. John Hart Ely. *Democracia y desconfianza*; e Jeremy Waldron. *A dignidade da legislação*.

³⁰² Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 459.

Como desfecho argumentativo, Hamilton negou qualquer caráter político dessa interferência do judiciário no legislativo, tratar-se-ia de um procedimento jurídico elementar na antinomia entre norma superior e inferior:

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são³⁰³.

A prudência de Hamilton fez com que ele reconhecesse que os juízes podem cometer abusos. Não é esse o ponto. O argumento da fragilidade judicial de Hamilton é que esses abusos ou transgressões eventuais não afetariam o sistema como um todo³⁰⁴, porque os outros poderes teriam mecanismos formais e fáticos para se contrapor aos órgãos judiciais³⁰⁵. Do ponto de vista formal, por exemplo, os *justices* da Suprema Corte estão sujeitos ao *impeachment* pela Câmara³⁰⁶ e, do ponto de vista fático, os recursos militares e financeiros pertencem

³⁰³ Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 460.

³⁰⁴ “Pode talvez acontecer que os juízes interpretem mal as intenções dos legisladores ou contrariem as suas decisões; mas nunca daí pode resultar inconveniente real que influa sensivelmente sobre o sistema geral do governo?”. Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 476.

³⁰⁵ “O Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo”. Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 458.

³⁰⁶ “A Constituição dá, além disso, ao corpo legislativo um freio para conter os juízes, quando concede a uma das câmaras o direito de acusá-los e a outra o de julgá-los”. Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 476.

ao chefe do executivo e o apelo popular pertence ao Congresso.

Nesse contexto, para além do caráter judicial da Suprema Corte, Hamilton demonstrou preocupação com a composição desse órgão, enfatizando que deveriam ser poucos, os melhores e vitalícios. Recomendações que conferem à Suprema Corte de Hamilton um caráter aristocrático.

O contexto da instituição do modelo austríaco e mesmo da recepção alemã é muito diferente do contexto norte-americano e, de certo modo, não se relacionam diretamente. O modelo austríaco não é legatário da experiência ou do desenho norte-americano, pelo contrário, Hans Kelsen praticamente o ignora. Em certo sentido, o tribunal constitucional como órgão de controle de constitucionalidade das leis foi, por obra criativa de Kelsen, uma adaptação da ideia já conhecida na Áustria e na Alemanha de tribunal federativo³⁰⁷.

Assim como Hamilton, as obras de Kelsen defendem modelos constitucionais já vigentes. A constituição austríaca é de 1920 e as duas obras mais famosas sobre o tema são de 1929 e 1931, *A garantia da jurisdição constitucional* e *Quem deve ser o guardião da constituição?*, respectivamente. Mesmo *Teoria geral do estado* é de 1925.

O cerne do argumento kelseniano é que seria ingenuidade achar que o parlamento anularia seus próprios atos em desconformidade com a constituição. Para tanto, seria necessário um tribunal constitucional

³⁰⁷ Antes de Kelsen, Georg Jelinek denominou de tribunal constitucional um órgão com funções exclusivamente de árbitro federativo.

com poderes bastante restritos, mas que incluísse o de anular leis³⁰⁸.

Para justificar esse desenho institucional, Kelsen fez uso de três pressupostos. O primeiro é que a regularidade do sistema jurídico pressupõe que as normas inferiores sejam compatíveis com as normas superiores³⁰⁹. O segundo é que os atos irregulares precisam ser anulados. O terceiro é que, no caso das leis, os atos irregulares (inconstitucionais) precisam ser anulados por outro órgão que não o próprio órgão produtor da irregularidade³¹⁰.

Mas Kelsen não considerou qualquer estrutura adequada para anular leis. Primeiro, porque a anulação de leis não é propriamente um ato de natureza judicial, porque tem caráter geral e abstrato (legislação) e não concreto³¹¹. Segundo, porque o perfil judicial é o mais adequado para apreciar tecnicamente a inconstitucionalidade das leis³¹². Assim, o tribunal constitucional kelseniano não é propriamente judicial

³⁰⁸ Hans Kelsen. *A garantia jurisdicional da constituição*.

³⁰⁹ “Garantias da Constituição são, portanto, garantias de regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, ou seja, no essencial, garantias de constitucionalidade das leis”. Hans Kelsen. *A garantia jurisdicional da constituição*, p. 93.

³¹⁰ “A garantia constitucional é, de todas as hipóteses de garantia da regularidade, aquela em que é maior a tentação de encarregar da anulação dos atos irregulares o próprio órgão que os produziu. [...] De fato, o órgão legislativo se considera um livre criador de Direito, não um órgão de aplicação do Direito, vinculado à Constituição, embora o seja teoricamente, ainda que em medida relativamente restrita. Assim é que não se deve contar com o Parlamento para implementar sua própria subordinação à Constituição. O órgão que convém incumbir de anular seus atos inconstitucionais deve ser distinto dele, independente dele e, portanto, de qualquer outra autoridade estatal: esse órgão deve ser uma jurisdição ou um tribunal constitucional.” Hans Kelsen. *A garantia jurisdicional da constituição*, p. 108.

³¹¹ “A principal diferença entre a função jurisdicional e a função legislativa, na medida em que possam ser distinguidas, é que esta cria normas gerais, enquanto aquela só cria normas individuais. E anular uma lei equivale a ditar uma norma geral: a anulação de uma lei possui o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, sendo uma elaboração com valor negativo e, portanto, uma função legislativa. Destarte, o tribunal que tem o poder de anular leis é um órgão do poder Legislativo”. Hans Kelsen. *A garantia jurisdicional da constituição*, p. 109. No mesmo sentido, cf. Hans Kelsen. *Quem deve ser o guardião da constituição*, p. 263.

³¹² Hans Kelsen. *Quem deve ser o guardião da constituição*, p. 265.

porque seus atos são legislativos³¹³, mas sua organização e seu funcionamento são tipicamente judiciais para dar à decisão do tribunal o caráter imparcial e objetivo³¹⁴. Nesse sentido, os parâmetros para composição e procedimento são fundamentais.

Para além das funções de legislador negativo, o tribunal constitucional deveria servir de fiscal (guardião) para todos os atos imediatamente submetidos à constituição. Ou seja, para tudo que não tivesse alguma forma de fiscalização ordinária sobre a regularidade normativa, deveria o tribunal constitucional fazê-lo. Mas nunca a legislação positiva³¹⁵.

É interessante perceber a preocupação de Kelsen, assim como de Hamilton, com a composição do tribunal: poucos juízes, tecnicamente bem-preparados e estáveis no cargo³¹⁶. Novamente, os elementos aristocráticos se sobressaem.

Do ponto de vista da doutrina rígida da separação de poderes, a suprema corte e o tribunal constitucional são um problema. Exigir-se-ia uma excepcional força

³¹³ “Assim, pode-se considerar a anulação das leis por um tribunal tanto uma distribuição do poder legislativo entre dois órgãos quanto uma ingerência no poder legislativo. Nesse caso, não se costuma apontar uma violação do princípio de separação dos poderes”. Hans Kelsen. *A garantia jurisdicional da constituição*, p. 109.

³¹⁴ “Enquanto o legislador só está vinculado à Constituição pelas normas processuais e, só excepcionalmente, pelo conteúdo das leis que deve ditar, devendo observar apenas princípios ou diretrizes gerais, a atuação do legislador da jurisdição constitucional, do legislador negativo, é totalmente determinada pela Constituição. É justamente nisso que sua função se parece, no geral, com a de qualquer outro tribunal: é essencialmente uma aplicação do Direito, é criação de Direito apenas em pequena medida, sendo assim uma função verdadeiramente jurisdicional. Por isso, os princípios essenciais levados em conta para sua constituição são os mesmos que o são na organização dos tribunais e dos órgãos executivos”. Hans Kelsen. *A garantia jurisdicional da constituição*, p. 110.

³¹⁵ “A legiferação, que é do que se trata aqui em primeiro lugar, não pode ficar a cargo de um tribunal; nem tanto por causa da diversidade das funções legislativa e jurisdicional mas, antes, porque a organização do órgão legislativo é essencialmente dominada por outros pontos de vista que o da constitucionalidade de seu funcionamento. O que aqui decide é a grande antítese entre democracia e autocracia”. Hans Kelsen. *A garantia jurisdicional da constituição*, p. 107.

³¹⁶ Hans Kelsen. *A garantia jurisdicional da constituição*, p. 110; e Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, pp. 457-8.

argumentativa para demonstrar que a suprema corte se mantém na esfera judicial e que o tribunal constitucional, apesar do nome, seria na verdade órgão legislativo. Do ponto de vista da teoria do governo misto, entretanto, a suprema corte e o tribunal constitucional são inovações que causam a perplexidade típica dos enigmas e das anomalias paradigmáticas. Por isso a necessidade de entender aquilo que Ran Hirschl denominou de judicialização da política pura.

3.2 Tate, Hirschl e Ferejohn: a redescoberta da judicialização da política na década de 1990

Ainda que Kelsen e, antes dele, Hamilton considerassem normal e necessário o protagonismo político da suprema corte ou do tribunal constitucional, dentro de certos limites, desde o início outros teóricos alertavam para a impropriedade e para os riscos da judicialização³¹⁷. Karl Loewenstein, em 1953, reproduziu alerta similar.

O tema da judicialização da política, entretanto, é retomado com enorme intensidade a partir da publicação da obra *The global expansion of judicial power*, destacando-se o capítulo 2, *Quando os tribunais marcham*, de Torbjörn Vallinder, e o capítulo 3, *Por que a expansão do poder judicial?*, de C. Neal Tate. O contexto de cada caso, entretanto, é bem diferente. As distinções entre governo e parlamento (executivo e legislativo) não são mais tão nítidas, percebendo-se, agora, a dualidade entre governo

³¹⁷ Em contraposição a Kelsen, cf. Carl Schmitt. *O guardião da constituição* (Primeira Parte). Em contraposição a Hamilton, cf. *The antifederalist papers* (particularmente os artigos redigidos por Robert Yates, sob o pseudônimo de Brutus). Cf. Robert Yates (Brutus). Artigo 15 (*The New-York Journal*, 20 de março de 1788).

e oposição ou entre maioria e minoria, no contexto do jogo democrático. A proteção da liberdade contra o arbítrio, fundamento para todas as teorias desde Políbio a Montesquieu, cede lugar à preocupação com a eficiência da ação estatal.

Neal Tate avaliou que a judicialização da política tende a (ou pode) prosperar quando estão presentes quatro condições: democracia, separação de poderes, direitos e grupos de interesses e oposição política ciente dos meios judiciais para atingir seus fins³¹⁸. Parece, entretanto, que a quarta condição é a própria essência da judicialização da política de Tate, pelo menos naquilo de denominamos de judicialização da política pura (a primeira dimensão).

Ou seja, Tate observou a judicialização da política no contexto do jogo democrático como estratégia de grupos da sociedade ou da minoria política para satisfazer seus interesses por meio dos tribunais. Tate distinguiu duas estratégias aparentes que, na verdade, são a mesma. A primeira usa o argumento dos direitos e a segunda o argumento dos interesses propriamente ditos. Entretanto, são retóricas diferentes para o mesmo fenômeno:

À medida que os grupos descobrem cada vez mais a utilidade potencial dos tribunais na consecução de seus objetivos, eles podem expandir o entendimento de "direitos" para incluir interesses que, para alguns, parecem estar remotamente conectados a qualquer fundação constitucional em uma formal *bill of rights*. A política de direitos pode se distinguir da política de

³¹⁸ C. Neal Tate. *Why the expansion of judicial power?*, p. 33.

interesses apenas em seu discurso relativamente mais jurídico³¹⁹.

Essa estratégia mantém-se formalmente como uma questão de *judicial review*, ou seja, como uma questão judiciária, embora o pano de fundo seja de uma disputa política partidária, ideológica ou, simplesmente, de interesses de grupos (populares ou das elites). Mesmo diante do problema enfrentado por Kelsen sobre a natureza da jurisdição constitucional, Tate diretamente qualificou esses órgãos de “terceiro ramo da legislatura”³²⁰.

Neal Tate ainda ressaltou dois fatores indispensáveis para entender essa nova dinâmica política. Primeiro, é que nem sempre o protagonismo judicial é decorrente da iniciativa de grupos minoritários contra o governo ou a maioria; por vezes, é o próprio governo que prefere transferir a decisão de questões políticas controvertidas para o órgão judicial. O segundo fator é a possibilidade de o judiciário, por escolha própria, ainda que demandado, ficar longe das questões políticas, ou seja, adotar a posição autorrestritiva³²¹.

O que parece ser relevante nessa judicialização da política pura de Tate é o assumido distanciamento do contexto da doutrina da separação de poderes e a aproximação do contexto da doutrina democrática.

³¹⁹ C. Neal Tate. *Why the expansion of judicial power?*, p. 30.

³²⁰ C. Neal Tate. *Why the expansion of judicial power?*, p. 31. O contexto da afirmação, no entanto, merece cuidado; Tate usa a expressão quando se referia ao Conselho Constitucional francês, que ainda tem significativa diferença em relação à Suprema Corte norte-americana e ao Tribunal Constitucional austríaco.

³²¹ C. Neal Tate. *Why the expansion of judicial power?*, pp. 31-2.

Dez anos depois, em 2004, Ran Hirschl publicou *Rumo à juristocracia*³²². Nessa obra, aprofundou o que ele denominou de judicialização da megapolítica. Não parece, entretanto, que Hirschl tenha apresentado inovações relevantes em relação ao que Tate ressaltou, apesar de adotar uma linguagem mais enfática e de atualizar com exemplos mais instigantes.

Mesmo assim, Hirschl decompôs a judicialização da megapolítica em várias subcategorias: judicialização eleitoral, judicialização da política macroeconômico e de segurança nacional, judicialização de “dilemas fundamentais de justiça restaurativa”, “corroboração judicial de transformações de regime político”, e judicialização da formação de identidades coletivas (e processo similares)³²³.

Apesar de todas essas categorias, o cerne da preocupação de Hirschl continuou sendo a atuação do órgão judicial como ator político nas questões públicas mais importantes ou o espaço judicial como espaço privilegiado para a tomada dessas decisões fundamentais. A seu modo, por exemplo, Hirschl repetiu o argumento de Tate a respeito do uso político do judiciário por grupos de interesses e pela oposição política³²⁴, mas acrescentou que os grupos no poder (políticos, econômicos, religiosos, de todo tipo) também usam o judiciário para manter o *status quo*³²⁵. Outro acréscimo de

³²² Ran Hirschl. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*.

³²³ Ran Hirschl. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, p. 146.

³²⁴ “Da mesma forma, a oposição pode buscar judicializar a política (por exemplo, peticionando contra políticas públicas do governo) para dificultar a vida do governo da vez. Políticos da oposição podem recorrer ao Judiciário na tentativa de aumentar sua exposição na mídia, independentemente de o resultado final da disputa ser ou não favorável”. Ran Hirschl. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, p. 165.

³²⁵ “A judicialização da megapolítica também pode ser alimentada por tentativas de “preservação hegemônica” de grupos sociopolíticos dominantes que estejam com receio de perder seu controle

Hirschl em relação a Tate é minimizar a capacidade de escolha do judiciário para participar desse debate público de alta relevância; para Hirschl, a judicialização é determinada pela anuência dos atores políticos hegemônicos convencionais, sem a qual não teria resultado duradouro³²⁶.

Diferentemente de Tate, Hirschl vê com preocupação a judicialização da megapolítica. Primeiro porque considera que esse fenômeno é controlado por elites políticas e econômicas, com o objetivo de manter os seus interesses. Em segundo lugar, porque considera que a judicialização da megapolítica conduzirá à juristocracia³²⁷, que é não apenas o governo dos juízes, como também o governo por quem não está habilitado para tomar as melhores decisões sobre as questões públicas fundamentais³²⁸.

Em 2002, John Ferejohn publicou o artigo *Judicializing politics, politicizing law*, que destaca aspectos cruciais para a compreensão do fenômeno. Com mais clareza que os outros, Ferejohn associou a judicialização da política sobretudo às relações entre o judiciário e o legislativo. De certo modo, isso é possível porque ele identificou, como fenômeno antecedente, a fusão ou a

sobre o exercício do poder político”. Ran Hirschl. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, p. 165.

³²⁶ “Como nos mostra a história recente da política constitucional comparada, manifestações recorrentes de intervenção judicial não solicitada na esfera política — em especial decisões inconvenientes sobre problemas políticos altamente polêmicos — levaram a significativas retaliações políticas cortando as asas dos tribunais hiperativos”. Ran Hirschl. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, pp. 167-8.

³²⁷ Ran Hirschl. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*, p. 59.

³²⁸ “São precisamente essas situações de judicialização de questões que combinam altíssimos riscos políticos com instruções constitucionais escassas ou impertinentes que tornam mais questionáveis as credenciais democráticas do controle judicial de constitucionalidade. Isso ocorre porque não está nada claro o que tornaria os tribunais o fórum mais apropriado para resolver esses dilemas puramente políticos”. Ran Hirschl. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, p. 147.

subordinação do executivo ao legislativo, tornando assim as relações entre judiciário e legislativo mero corolário da outra relação mais abrangente³²⁹.

A complexidade das demandas atuais provocou uma nova função legislativa, muito mais complexa do que a legislação dos tempos de Montesquieu. Para esse novo caráter da legislação, os parlamentos (ainda que atualizados) seriam incapazes de atender completamente às expectativas contemporâneas; para tanto, os órgãos executivos e, depois, os órgãos judiciais passaram a assumir também atribuições legislativas³³⁰.

Ferejohn atribuiu a judicialização à fragmentação das forças políticas convencionais (que limitaria a capacidade dos órgãos legislativo e executivo de legislar), seria nessa lacuna de poder que o judiciário se expandiria³³¹.

Admitir que os órgãos executivos e judiciais legislam não significa que incorporam a mesma organização e dinâmica dos órgãos legislativos; pelo contrário, é essa distinção que os fazem úteis e

³²⁹ “Podemos distinguir pelo menos três maneiras pelas quais os tribunais assumiram novos e importantes papéis em relação às legislaturas. Primeiro, os tribunais tornaram-se cada vez mais aptos e com maiores desejos para limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, impondo limites significativos ao poder das instituições legislativas. Em segundo lugar, cada vez mais, os tribunais se tornaram o lugar onde políticas significativas são feitas. E, terceiro, os juízes se tornaram mais dispostos a regular a conduta da própria atividade política - seja praticada dentro ou ao redor de legislaturas, departamentos do governo ou eleitorado - construindo e aplicando padrões de comportamento aceitável, tanto para grupos de interesse e partidos políticos, como para funcionários eleitos ou nomeados”. John Ferejohn. *Judicialización de la política, politización de la ley*, p. 14.

³³⁰ “Este não é apenas um fato empírico sobre processos políticos (creio que é), mas uma questão guiada em parte por considerações normativas. Existem boas razões pelas quais certos tipos de legislação devem ser debatidos e formulados em uma legislatura e outros tipos de legislação devem ser feitos em tribunais ou departamentos administrativos. Isso ocorre porque parece que cada legislação legislativa diferente exige tipos diferentes de razões ou justificativas”. John Ferejohn. *Judicialización de la política, politización de la ley*, p. 19. Cf, também, John Ferejohn. *Judicialización de la política, politización de la ley*, p. 28.

³³¹ John Ferejohn. *Judicialización de la política, politización de la ley*, p. 32.

eficientes³³². Por exemplo, enquanto a disputa partidária é essencial para o funcionamento do parlamento na democracia, o partidarismo no judiciário é nocivo. Enquanto espera-se argumentos políticos no parlamento, espera-se argumentos jurídicos nos tribunais³³³.

Enquanto a judicialização da política não preocupa Ferejohn, para quem é um fenômeno inevitável em certas circunstâncias, a “politização da justiça” merece desconfiança. Trata-se da incorporação nociva de desenhos, procedimentos e práticas aceitáveis em outros espaços políticos (como no legislativo) no órgão judicial. Como antídoto à politização da Suprema Corte, Ferejohn propõe incorporar algumas práticas consolidadas no recrutamento de juizes dos tribunais constitucionais europeus, particularmente os procedimentos que induzir a escolha de juizes mais moderados e menos partidários³³⁴.

3.3 Loewenstein e a raiz do problema contemporâneo

Karl Loewenstein distingue três controles do judiciário sobre os outros poderes: o de legalidade sobre a administração pública, o da constitucionalidade das leis e como árbitro de conflitos da alta política. Para Loewenstein, apenas o último tipo merece a

³³² “Ambas as atividades - legislativa e judicial - devem ser conduzidas separadamente, de acordo com princípios diferentes. Não há lugar nos tribunais para atividades partidárias, não há lugar para pressionar ou influenciar os juizes a tomar determinadas decisões, e há apenas um pequeno lugar para expulsar juizes com mau desempenho do judiciário”. John Ferejohn. *Judicialización de la política, politización de la ley*, p. 26.

³³³ John Ferejohn. *Judicialización de la política, politización de la ley*, p. 29.

³³⁴ John Ferejohn. *Judicialización de la política, politización de la ley*, pp. 45-6.

denominação judicialização da política³³⁵. Em todo caso, o mesmo Loewenstein, tratando do *judicial review* norte-americano, observou que

Dentro do contexto dos controles interorgânicos, o controle judicial aparece como uma anomalia. O controle judicial da constitucionalidade das leis emitidas conjuntamente pelos detentores do poder estabelecidos é incompatível, estruturalmente, como princípio da distribuição de funções entre diferentes detentores do poder³³⁶.

Loewenstein não tinha dúvidas de que o controle de constitucionalidade das leis era um ato “essencialmente político”³³⁷. Em todo caso, o que Loewenstein denominava de judicialização da política não era a possibilidade de o judiciário anular leis (controle de constitucionalidade), ele era mais específico. A judicialização de Loewenstein era um fenômeno diretamente relacionado ao inciso 1 do art. 93 da constituição alemã (Lei Fundamental, de 1949):

O Tribunal Constitucional Federal decide: 1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior;

Ou seja, para além de árbitro dos conflitos federativos e de fiscal da constitucionalidade das leis

³³⁵ Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, p. 305.

³³⁶ Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, p. 314.

³³⁷ Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, p. 309.

(competências previstas na constituição austríaca de 1920), a constituição alemã de 1949 conferiu ao Tribunal Constitucional o poder de arbitrar todos os conflitos políticos, inclusive entre os órgãos da União (horizontais).

A preocupação de Loewenstein reside na avaliação que fazia da inaptidão do tribunal constitucional para resolver conflitos políticos e os efeitos imprevisíveis de uma decisão dessa envergadura tomada por um órgão sem lastro fático de poder e de representatividade eleitoral. O desenho institucional da constituição alemã produziu outra anomalia inevitável: os órgãos políticos seriam tentados a levar suas demandas políticas frustradas ao tribunal, que se consideraria obrigado a substituir as decisões tomadas pelos órgãos políticos por sua decisão política (“camuflada na forma de sentença judicial”), e, como efeito, o sistema governamental seria convertido no “domínio dos juízes ou em uma judiciocracia”³³⁸.

Para Loewenstein, o problema fundamental da judicialização da política era, sobretudo, a ausência de controle sobre o órgão judicial – “*quis custodiet custodes?*” afinal, os órgãos políticos são, pelo menos, controlados pelos eleitores em uma democracia.

3.4 Benjamin Constant e o poder moderador

Desde Kelsen, pelo menos, o tema da judicialização da política, ou a temática antecedente, tem se tornado incompreensível, provavelmente por uma

³³⁸ Karl Loewenstein. *Teoria de la constitucion*, pp. 324-5.

indefinição entre a doutrina da separação de poderes enquanto expressão da teoria do governo misto e a doutrina da separação de poderes enquanto expressão da teoria democrática (ou da doutrina da supremacia legislativa). Essa indefinição será enfrentada oportunamente, ainda que parte da problemática seja abordada nesta subseção.

O desenho da doutrina da separação de poderes de Montesquieu é herdeiro da teoria do governo misto, portanto não implica o fundamento democrático, mas o equilíbrio entre órgãos e procedimentos monárquicos, aristocráticos e democráticos. Nos dias de hoje, de hegemonia da retórica democrática, a teoria do governo misto é, muitas vezes, erroneamente descrita como um desenho que incluía um rei hereditário e uma nobreza de sangue; não é esse o espírito, como habilmente perceberam os norte-americanos.

Para além de Políbio e de Montesquieu, talvez a última relevante contribuição original à teoria do governo misto tenha sido a de Benjamin Constant, embora a difusão da sua doutrina no século XX tenha sido insignificante³³⁹. Benjamin Constant considerou que a doutrina de Montesquieu carecia de complemento, um poder neutro que equilibrasse todos os demais, sem se confundir com nenhum deles³⁴⁰.

³³⁹ Talvez a única menção relevante tenha sido de Carl Schmitt, em *O guardião da constituição*.

³⁴⁰ As duas publicações mais conhecidas são *Princípios de política aplicáveis a todos os governos representativos*, de 1815, e *Reflexões sobre as constituições e as garantias*, de 1814; ambas foram reunidas em edição brasileira sob o título *Escritos de política*. Esboços da doutrina do poder neutro já estavam presentes em outra obra de Benjamin Constant, *Fragments sobre a possibilidade de uma constituição republicana em um grande país* (1810), e em *Analyse Raisonnée de la Constitution Française*, de Stanislas de Clermont-Tonnerre, de 1791.

Além dos três poderes³⁴¹, Benjamin Constant distinguiu organicamente as funções de chefe de Estado das funções de chefe de governo, isto é, distinguiu as atribuições do rei (poder real ou poder neutro) das atribuições do gabinete (ou seja, do poder executivo)³⁴². O poder neutro de Constant não exerceria nenhum poder direto, mas impediria os excessos de cada um dos outros órgãos e, principalmente, promoveria a cooperação entre eles. Nesse sentido é que o poder neutro é um poder passivo em contraste com os outros três poderes ativos: legislar, administrar e julgar.

A doutrina de Benjamin Constant merece dois destaques. O primeiro é que idealiza um tipo peculiar de órgão político (um tipo peculiar de poder), aquele que está acima de todos os outros controla todos os outros, arbitra (indiretamente) os conflitos entre todos os outros, mas não exerce propriamente poder nenhum; pois o poder neutro não pode julgar crimes (e portanto não pode condenar), mas pode indultar; não pode legislar, mas, sem a sanção, as leis não têm força obrigatória; não administra, mas pode demitir o ministério; em direção inversa, o poder neutro nomeia os juizes, mas não pode demiti-los; pode dissolver o parlamento, mas está obrigado a convocar outro; pode nomear os ministros, mas estes são responsabilizáveis por seus atos. Para Benjamin Constant, esse é o único desenho institucional que poderia assegurar a liberdade, na adequada “distribuição e equilíbrio dos poderes”³⁴³.

³⁴¹ Benjamin Constant distinguia cinco poderes. Além de dividir o poder executivo em poder executivo e poder neutro, dividiu o poder legislativo em poder representativo de duração (aristocrático) e poder representativo de opinião (popular).

³⁴² Benjamin Constant. *Escritos de política*, p. 19.

³⁴³ Benjamin Constant. *Escritos de política*, p. 17.

O segundo destaque é que a doutrina de Benjamin Constant não serviu apenas como apologia ao governo misto (à monarquia equilibrada), mas também como severa crítica à democracia jacobina e, portanto, às doutrinas da supremacia legislativa:

O erro dos que, de boa-fé em seu amor à liberdade, concederam à soberania do povo um poder sem limites vem da maneira como se formaram suas ideias em política. [...] Numa sociedade fundada na soberania do povo, é certo que não cabe a nenhum indivíduo, a nenhuma classe, submeter o resto à sua vontade particular, mas é errado que a sociedade inteira possua sobre seus membros uma soberania sem limites³⁴⁴.

Assim, Benjamin Constant pretendeu ter resolvido, antecipadamente, a questão formulada por Karl Loewenstein, 150 anos depois, - *quis custodiet custodes?*: o poder neutro, porque não disporia de poder ativo para cometer abusos³⁴⁵.

³⁴⁴ Benjamin Constant. *Escritos de política*, pp. 8-9.

³⁴⁵ Curiosamente, no Brasil, dos poucos países a instituir expressamente o poder neutro (como “poder moderador”), o último monarca, pouco antes do fim do regime, teria considerado a possibilidade de instituir uma suprema corte para exercer as prerrogativas do poder real (poder neutro). Cf. Lêda Boechat Rodrigues. *História do Supremo Tribunal Federal*, p. 1.

CAPÍTULO 6

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DOCTRINA DA SUPREMACIA LEGISLATIVA: OS LIMITES DO DISCURSO DEMOCRÁTICO

1 O VERDADEIRO RIVAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A DEMOCRACIA

Hans Kelsen iniciou um dos capítulos de *Teoria geral do direito e do Estado* com a seguinte assertiva: “a revisão judicial de legislação é uma transgressão evidente do princípio de separação de poderes”³⁴⁶. É o mesmo Kelsen que reconheceu que o legislador também executa quando aplica a constituição e que o juiz também legisla quando discricionariamente prolata a sentença. A confusão é provocada porque se está tratando de duas ideias distintas. Uma é a teoria jurídica dos atos estatais, a outra é uma teoria prescritiva com forte apelo histórico. Para Kelsen, não há uma distinção lógica ou ontológica entre os poderes legislativo, executivo e judiciário; a distinção formatada no princípio da separação de poderes seria histórica e estaria associada às mutações da monarquia constitucional europeia e dos rearranjos da

³⁴⁶ Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 385.

distribuição das competências entre parlamento, monarca e tribunais³⁴⁷. Ou seja, “a significação histórica do princípio chamado ‘separação de poderes’ encontra-se precisamente no fato de que ele opera antes contra uma concentração que a favor de uma separação de poderes”³⁴⁸.

O preceito democrático pressupõe exatamente o oposto: a concentração do poder no povo (na maioria), ou, o que é comum, no legislativo (doutrina da supremacia legislativa)³⁴⁹.

Ao contrário da afirmação de Kelsen, entretanto, a depender das circunstâncias, o protagonismo judicial por si, mesmo a judicialização da política pura, não consiste na violação da doutrina da separação de poderes de Montesquieu, da doutrina de freios e contrapesos ou da maioria das doutrinas de separação de poderes que gravitam nesse entorno.

O que causa confusão é a incompatibilidade da judicialização da política, especialmente da judicialização da política pura, com alguma versão da doutrina rígida da separação de poderes. Entretanto, como já vimos, essa doutrina rígida teve pouca ou nenhuma aplicabilidade histórica. Em verdade, a doutrina rígida da separação de poderes teve melhor acolhida como um pressuposto relativo da doutrina da supremacia legislativa, apenas na medida em que distingue o órgão (e a pessoa) legislador do aplicador da lei (como corolário do Estado de direito).

O verdadeiro impasse, portanto, em relação à judicialização da política não é a sua incompatibilidade

³⁴⁷ Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 402.

³⁴⁸ Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 402.

³⁴⁹ Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 403.

com a doutrina da separação de poderes, mas a sua suposta incompatibilidade com a doutrina da supremacia legislativa, ou, na linguagem atual, com a doutrina democrática.

Nesse contexto, o problema da falta de legitimidade eleitoral dos juizes ordinários e, especialmente, dos juizes dos tribunais superiores é crucial. Três argumentos tentam compatibilizar a judicialização da política à democracia: o de que a vontade do povo se manifesta na constituição e não na legislação; o de que o povo se manifesta na representação discursiva e não na representação eletiva; e o de que a democracia não consiste na expressão da vontade do povo ou da maioria, mas no exercício de direitos.

Nos três argumentos, o conceito de democracia é mitigado a tal ponto que se contradiz com o próprio pressuposto democrático, que é a absoluta confiança no homem comum e na decisão majoritária. As desconfianças a respeito desse pressuposto manifestam, de forma inconsciente ou camuflada, a refutação do valor democrático.

As teorias do governo misto desconfiam da democracia sem refutá-la integralmente, incorporando elementos democráticos relevantes em outra forma de governo: a *políteia* ou república. Não comporta aqui subterfúgios. Os elementos democráticos na república, como bem distinguiu Madison, não tornam a república uma democracia, pelo contrário.

2 O DISCURSO DOS DIREITOS E A OCLOCRAÇIA (ANARQUIA): NO LIMIAR DA DEGENERAÇÃO INEVITÁVEL DAS FORMAS SIMPLES DE GOVERNO

Para Políbio, as formas puras de governo tendem a degenerar no seu inverso. Assim, as democracias tendem a degenerar em oclocracias, ou seja, o governo da maioria degenera em governo das massas³⁵⁰. Sob outro ponto de vista, as democracias que almejam o bem comum (e a proteção da liberdade) degeneram em oclocracias que almejam apenas a satisfação dos interesses das massas (independentemente da proteção da liberdade).

Antes de Políbio, Platão também distinguiu dois tipos de democracia: a democracia conforme o direito e a democracia em desconformidade com o direito³⁵¹; sendo que ambas, como governo das massas³⁵², seriam formas degeneradas (a pior das formas de governo)³⁵³.

Assim, ajustando a linguagem dos dois, Políbio e Platão, o excesso de democracia resulta na sua forma degenerada, a oclocracia:

— Sobrevêm a mesma enfermidade que na oligarquia, e que a deixava a perder; nascendo, aqui também, da liberdade de fazer tudo, torna-se mais amplo e mais forte, até reduzir a democracia à escravatura. É que, na realidade, o excesso costuma ser correspondido por uma mudança radical, no sentido oposto, quer nas estações, quer nas plantas, quer nos corpos, e não menos nos Estados.

— É natural.

³⁵⁰ Políbio de Megalópoles. *Historia universal bajo la República Romana*, Tomo II, p. 148.

³⁵¹ Platão. *Político*, p. 67.

³⁵² Platão. *Político*, p. [a 239].

³⁵³ Platão. *Político*, p. [b 245].

— A liberdade em excesso, portanto, não conduz a mais nada que não seja a escravatura em excesso, quer para o indivíduo, quer para o Estado.

— É possível, realmente.

— É natural, portanto, que a tirania não se estabeleça a partir de nenhuma outra forma de governo que não seja a democracia, e, julgo eu, que do cúmulo da liberdade é que surge a mais completa e mais selvagem das escravaturas³⁵⁴.

Mesmo Jean-Jacques Rousseau advertia sobre os perigos da degeneração do governo democrático em oclocracia³⁵⁵. O domínio das facções, isto é, a sobreposição dos interesses parciais, ainda que sejam os interesses da maioria, sobre a vontade geral (o bem comum, o interesse geral) é uma expressão degenerada da democracia, ou seja, é a própria oclocracia³⁵⁶.

Essa degeneração democrática pode acontecer de duas maneiras: pelo domínio da facção majoritária, como apontou Rousseau, denominada modernamente de tirania da maioria; e pelo excesso de liberdade individual (direitos) ignorando o respeito ao direito comum (a lei geral). Em ambas as situações a busca pelo bem comum é substituída pela fruição de interesses parciais (seja da maioria, seja de cada indivíduo).

A crença democrática é que o povo, a maioria ou os cidadãos seriam capazes de evitar a degeneração. A

³⁵⁴ Platão. *República*, p. 396.

³⁵⁵ “Quando o Estado se dissolve, o abuso do Governo, qualquer que seja, torna o nome de anarquia. A distingue-se: a democracia degenera em oclocracia, a aristocracia em oligarquia, acrescentarei que a realza degenera em tirania”. Jean-Jacques Rousseau. *Do contrato social*, p. 175.

³⁵⁶ “Mas quando se estabelecem facções, associações parciais a expensas da grande, a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação a seus membros e particular em relação ao Estado [...]. E, finalmente, quando uma dessas associações for tão grande que se sobreponha a todas as outras, não se terá mais como resultado uma soma das pequenas diferenças, mas uma diferença única – então, não há mais vontade geral, e a opinião que dela se assenhoreia não passa de uma opinião particular”. Jean-Jacques Rousseau. *Do contrato social*, p. 92.

crença republicana (governo misto) é que apenas uma engenharia institucional monárquica-aristocrática-democrática seria capaz de evitar a degeneração inevitável das formas simples de governo.

A judicialização da política pura (judicialização da megapolítica) é uma manifestação da descrença com a democracia. O que não significa dizer que seja uma manifestação necessariamente republicana, cada arranjo institucional considera suas circunstâncias peculiares.

Considerou-se nesta pesquisa que a doutrina da separação de poderes de Montesquieu é sobretudo herdeira da teoria do governo misto. Políbio não utilizou a expressão “governo misto”, nem Aristóteles, nem Platão, nem Hamilton, nem Madison. O governo equilibrado, o governo para o bem comum, o governo da vontade geral, o governo da lei, sempre foram denominados de *politeia* ou república. Os capítulos seguintes tratam desse tema, caso ainda resista atualmente uma teoria republicana capaz de fazer pelo século XXI o que Montesquieu fez pelos séculos XIX e XX.

CAPÍTULO 7

RETORNO A MONTESQUIEU COMO ANTÍDOTO CONTRA O MAL-ESTAR DA SUPOSTA CRISE PARADIGMÁTICA: *TEORIAS REPUBLICANAS DO ÚLTIMO QUARTO DO SÉCULO XX*

O mal-estar com a judicialização da política está geralmente associado a uma suposta anomalia paradigmática relacionada ao princípio da separação de poderes. A rígida ou flexível divisão ou distribuição de poderes estaria sendo transgredida pela expansão do poder judiciário.

Observou-se, entretanto, que a doutrina da separação de poderes em muitos lugares, como nos Estados Unidos, é muito mais herdeira da teoria antiga do governo misto do que de alguma teoria revolucionária de divisão rígida dos poderes. A herança recebida pelos Estados Unidos foi mediada pela doutrina de Montesquieu, que também é uma variação moderna da teoria do governo misto.

Mesmo na Europa, de maneira geral, a doutrina da rígida separação de poderes não teve aplicação coerente.

O parlamentarismo, por exemplo, amplamente difundido na Europa, confunde os poderes legislativo e executivo. A despeito desse exemplo, a retórica do princípio da separação de poderes ainda é bastante difundida. Essa confusão entre executivo e legislativo torna-se ainda mais explícita com a ampliação das competências legislativas dos órgãos executivos (seja a ampliação do poder de regulamentação, seja a ampliação da esfera de legislação *ex novo*). Na segunda metade do século XX, com exceções como a Inglaterra e a França, difundiu-se na Europa a instituição do tribunal constitucional como órgão de controle de constitucionalidade das leis (e, eventualmente, como árbitro dos conflitos políticos). Esse tribunal constitucional é inadequado à doutrina rígida da separação de poderes, seja porque daria superioridade ao poder judiciário, seja porque daria superioridade a um órgão inclassificável nos parâmetros convencionais da doutrina. Ainda assim a retórica do princípio da separação de poderes resistiu.

Tratar o princípio da separação de poderes como aplicação atualizada (com os ajustes contemporâneos) das teorias do governo misto, da constituição equilibrada e de freios e contrapesos parece produzir resultados muito mais coerentes. Nesse contexto, dentro de certos limites, a judicialização da política não transgride o princípio da separação de poderes.

Por que o mal-estar, afinal?

Na segunda metade do século XX, o Ocidente incorporou nas suas instituições políticas elementos democráticos, ao mesmo tempo que a retórica democrática ganhou ampla difusão e adesão. Essa conversão democrática, entretanto, contrastou com os

elementos do paradigma oitocentista (paradigma do Estado de direito) resultando em novos enigmas de parte a parte. Ou seja, evidenciando tanto lacunas e contradições do paradigma oitocentista, como lacunas e contradições da retórica democrática. É nesse turbilhão que se situa a judicialização da política como um dos pontos de conflito.

Assim, a judicialização da política poderia ser vista como uma suposta anomalia não em relação ao princípio da separação de poderes, mas em relação ao princípio democrático, especialmente com o argumento da ilegitimidade eleitoral do poder judiciário. E, também, a judicialização da política poderia ser vista como uma expressão pejorativa para novos desenhos institucionais dispostos a converter oclocracias em repúblicas (*politeias*), isto é, corrigir sistemas políticos democráticos com a incorporação modernizada de elementos da teoria do governo misto.

Nas próximas seções, são estudados alguns desenhos institucionais republicanos propostos no final do século XX, especialmente aqueles que dão ou negam certo protagonismo ao órgão judicial.

1 REPUBLICANISMO MODERNO ANTES DO NEORREPUBLICANISMO

A expressão “república” pode ser utilizada no sentido fraco ou no sentido forte. No sentido fraco, república é, simplesmente, o governo não hereditário. Assim, república no sentido fraco se opõe à monarquia, também entendida no sentido fraco. Seguindo esse

entendimento (o sentido fraco), a ideia de república se confunde com a ideia de democracia representativa (ou, pelo menos, democracia eletiva), isto é, confunde-se com uma organização política em que os governantes são eleitos para mandatos determinados, sujeitos, portanto, a eleições periódicas.

Em sentido forte, república se opõe às formas tirânicas, despóticas, autocráticas e absolutistas de governo. Nesse sentido, a princípio, a monarquia em sentido fraco não se opõe à república em sentido forte.

O republicanismo é uma teoria sobre o sentido forte da república³⁵⁷.

1.1 O conceito de república para Montesquieu

Até aqui, o republicanismo de Montesquieu foi tratado no contexto da sua doutrina da separação de poderes (teoria do governo misto), no Capítulo VI (*A constituição da Inglaterra*) de *O espírito das leis*. Entretanto, em nenhum momento Montesquieu denominou aquele desenho institucional de republicanismo.

Montesquieu tratou da república nos capítulos iniciais de *O espírito das leis*, particularmente no Livro II, (da Primeira Parte): *Das leis que derivam diretamente da natureza do governo*. Nessa parte, apresentou a sua tipologia das formas de governo, destacando três regimes: monarquia, república e despotismo³⁵⁸.

Em certo sentido, o vocabulário de Montesquieu na Parte II segue os cânones modernos; nesse sentido, usa a expressão república no sentido fraco do termo.

³⁵⁷ Neste sentido, a república não se opõe à monarquia, mas ao despotismo e à tirania.

³⁵⁸ Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 19.

Essa tipologia das formas de governo de Montesquieu é mais influenciada pela tipologia maquiaveliana³⁵⁹ do que pela tipologia aristotélica, embora a confusão entre as duas e os dois acréscimos de Montesquieu não permitam nenhuma diferenciação mais clara.

Assim como em Maquiavel, o parâmetro para a tipologia das formas de governo de Montesquieu é a distinção entre o governo pessoal (monarquia) e o governo coletivo (república) e não o domínio de um, poucos ou muitos (aristotélico). E, assim como em Maquiavel, a forma republicana, em Montesquieu, é bipartida em duas modalidades: aristocrática e democrática. Um acréscimo, que parece não desconfigurar a tipologia de Maquiavel, é a inclusão do terceiro regime, o despotismo; não desconfigura porque Montesquieu o considerava uma forma anômala na Europa, onde se conhecia apenas monarquias e repúblicas.

O que afasta Montesquieu de Maquiavel é o retorno à abordagem prescritiva do modelo aristotélico e a qualificação do despotismo como forma degenerada, ao tempo que qualifica a monarquia e a república, ambas, como regimes sob o império da lei. Essa distinção prescritiva não era perceptível na tipologia maquiaveliana.

Montesquieu também se afastou de ambos – Maquiavel e Aristóteles – para, com certa originalidade, estabelecer um critério distintivo paralelo entre as formas de governo, o fundamento do regime, ou seja, o

³⁵⁹ Foi utilizado termo “maquiaveliana” e não “maquiavélica”. Sobre a eventual controvérsia, cf. Sandra Bagno. “Maquiavélico” versus “maquiaveliano” na língua e nos dicionários monolíngues brasileiros.

princípio. Nesse sentido, a república é o regime conduzido pela virtude cívica.

Esse vocabulário moderno de Montesquieu provoca certa ambiguidade ao leitor dos textos antigos. Para Aristóteles ou Políbio, por exemplo, a *politeia* (república) não se confundia com a democracia. Para Montesquieu, em contraste, a democracia era uma modalidade republicana. Para os antigos, democracia era o governo da massa, dos pobres ou da maioria. Para Montesquieu, entretanto, a república democrática nunca foi o regime do poder absoluto do povo ou da “arraia miúda”; ainda que fosse um regime mais inclusivo que a república aristocrática, conferindo direitos políticos à parcela mais ampla da população, o povo (“arraia miúda”) deveria ser limitado e controlado por uma infinidade de arranjos institucionais. Portanto, em verdade, Montesquieu excluiu a democracia da sua tipologia (a república democrática não era democracia), exceto quando explicitou os inconvenientes de um governo popular sem controles ou limitações.

O conceito de república de Montesquieu não é dos mais úteis, razão pela qual a sua influência, nesse aspecto, foi reduzida; mas é possível sintetizar em três elementos: república é um governo coletivo, submetido ao império da lei e fundado na virtude cívica. Para além disso, Montesquieu contribuiu, no Livro II, muito pouco sobre o desenho institucional e sobre a dinâmica institucional.

Nesse sentido, ao que parece, a república de Montesquieu nos primeiros capítulos (Livro II da Primeira Parte) não está em perfeita associação com o republicanismo do Capítulo VI (Livro XI, da Segunda Parte). Com uma ressalva constrangedora. Enquanto no

Capítulo VI o desenho institucional proposto é de uma monarquia equilibrada (governo misto), na república do Livro II não se distingue democracia de *politeia* (governo misto).

Nesse contexto, a modernidade legou mais um problema semântico. Como veremos adiante, em certa medida, essa dificuldade é provocada, também, pela confusão entre tradição republicana e ideologia republicana. Assim, o Livro II poderia ser um exemplo relativo da ideologia (doutrina) republicana, enquanto o Capítulo VI poderia ser um exemplo da tradição republicana.

Se a percepção de John Pocock estiver correta, isso que denominamos de ideologia republicana aparece e ressurgue nos “momentos maquiavelianos”, desde quando, em contraste com a tradição republicana, associa-se democracia a *politeia* (república). Essa ideologia republicana, novamente se Pocock estiver certo, seguiria o itinerário a partir do mito de Florença (Maquiavel), passando por Harrington (Inglaterra) e chegando a Rousseau (França) e Jefferson (Estados Unidos).

Nesse momento, as contradições se evidenciam, sobretudo, pela queixa de James Madison.

1.2 O Estado moderno: Madison e a república norte-americana

James Madison é uma personagem impressionante. Esteve na Convenção da Filadélfia e, ao lado de Alexander Hamilton, foi um dos defensores federalistas da Constituição de 1787. Dez anos depois, foi secretário de Estado sob a presidência de Thomas

Jefferson, o líder do partido republicano-democrata (adversário do partido federalista). Foi Madison o demandado no famoso caso *Marbury versus Madison*, quando o *justice* John Marshall apresentou os fundamentos da doutrina da supremacia judicial. O mesmo Madison foi o quarto presidente dos Estados Unidos, dando sequência à hegemonia política do partido republicano-democrata.

Um dos mais importantes artigos federalistas (*O federalista*), o artigo 10, é de sua autoria. Nele, Madison explicou que a constituição de 1787 havia adotado o regime republicano de governo e não a democracia³⁶⁰.

Nesse artigo, três ideias são fundamentais. Primeiro, Madison, ao contrário dos seus antecessores (desde Aristóteles até Rousseau, passando por Montesquieu), argumentou que as repúblicas poderiam funcionar em grandes Estados³⁶¹. Segundo, Madison, novamente ao contrário dos seus antecessores, argumentou que o problema do domínio das facções são os efeitos e não a causa³⁶². Terceiro, Madison considerou a democracia um regime faccioso, porque faz impor o domínio da maioria sobre o bem comum³⁶³, razão pela

³⁶⁰ Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 59.

³⁶¹ “Quanto menos extensa é uma sociedade, tanto menor é o número dos partidos e tanto menos diferentes são os interesses; e quanto menor é o número dos interesses e dos partidos, tanto mais facilmente o mesmo partido pode reunir maioria: ora, quanto menor é o número de indivíduos de que se compõe a maioria, tanto menor é o círculo que a encerra e tanto mais facilmente ela pode concertar e executar planos de opressão”. Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 65.

³⁶² “Há dois métodos de evitar as desgraças da facção: ou prevenir-lhe as causas, ou corrigir-lhe os efeitos. Os métodos de prevenir as causas das facções são igualmente dois: o primeiro, destruir a liberdade essencial à sua existência; o segundo, dar a todos os cidadãos as mesmas opiniões, as mesmas paixões e os mesmos interesses. O primeiro remédio é pior que o mal”. Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 60.

³⁶³ Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, pp. 63-4.

qual, para ele, o regime apto para a satisfação do bem comum e para a proteção da liberdade é a república³⁶⁴.

O argumento de Madison não poderia ser qualificado propriamente como uma ideologia republicana, mas se ajusta perfeitamente à modernização da tradição republicana (a *politeia* polibiana). Assim como em toda teoria do governo misto, não exclui os elementos democráticos, mas os mitiga e os controla. Ao mesmo tempo que, como expressão da *res publica*, não ignora a fonte popular de legitimidade e não confunde o povo enquanto comunidade bem ordenada com a massa ou a maioria facciosa: “defender o bem público e os direitos individuais dos perigos de tal facção, ficando salvo em todo o caso o espírito e a forma do governo popular, deve ser o principal objeto das nossas indagações”³⁶⁵.

Ao que parece, entretanto, o neorrepblicanismo é bem menos herdeiro de Políbio, Montesquieu e Madison e bem mais herdeiro de Maquiavel.

2 NEORREPUBLICANISMO COMO RIVAL DO LIBERALISMO

Neorrepblicanismo é a expressão empregada nos dias de hoje para designar uma formulação recente da

³⁶⁴ “A república aparta-se da democracia em dois pontos essenciais: não só a primeira é mais vasta e muito maior o número de cidadãos, mas os poderes são nela delegados a um pequeno número de indivíduos que o povo escolhe. O efeito dessa segunda diferença é de depurar e argumentar o espírito público, fazendo-o passar para um corpo escolhido de cidadãos, cuja prudência saberá distinguir o verdadeiro interesse da sua pátria e que, pelo seu patriotismo e amor da justiça, estarão mais longe de o sacrificar a considerações momentâneas ou parciais”. Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 64.

³⁶⁵ Hamilton, Madison e Jay. *O federalista*, p. 63.

teoria republicana. Como não poderia deixar de ser, tão logo ganhou difusão e aceitação, surgiram variações e ambiguidades. Para evitar problemas semânticos ou conceituais, neste trabalho, o neorrepblicanismo foi associado à teoria de Philip Pettit. A escolha, de certo modo arbitrária e injusta, foi motivada pelo estilo de formulação da sua obra principal (*Republicanism: uma teoria sobre a liberdade e o governo*): como uma teoria prescritiva em que os argumentos são apresentados organicamente com alguma pretensão de completude. Não comporta aqui polemizar se a obra de John Pocock teria sido mais influente, ou se o conceito de liberdade como não dominação de Pettit teria sido antecedido pela formulação do conceito de liberdade neorromana de Quentin Skinner, ou se a teoria de Maurizio Viroli seria mais sedutora; apesar disso, mais do que todas as outras, a teoria de Pettit é recorrentemente associada à expressão neorrepblicanismo.

O neorrepblicanismo de Philip Pettit, para ser bem compreendido, precisa ser contextualizado em três passos. O primeiro é entender como o “renascimento” do republicanismo se deu com a obra de John Pocock, enquanto teoria explicativa do caráter republicano (e não liberal) da revolução norte-americana. O segundo passo é entender a tentativa de Quentin Skinner de resolver o dilema da liberdade (entre a liberdade negativa e a liberdade positiva) com a categoria liberdade neorromana. O terceiro passo é a própria obra de Philip Pettit, formulada no contexto das controvérsias acadêmicas entre liberais e comunitaristas.

2.1 As origens do neorrepublicanismo: Pocock e o itinerário de uma república democrática (Atenas, Florença e Inglaterra)

A distinção entre tradição republicana e ideologia republicana é necessária³⁶⁶. A tradição republicana é o reconhecimento das experiências pretéritas bem-sucedidas, ligadas por alguns traços comuns e pela denominação geralmente equivalente. A tradição republicana é uma teoria que descreve a ordem das coisas e procura compreender como a ordem política se ajusta numa ordem maior. Por isso é que, em alguma das traduções, *politeia* significa simplesmente governo perfeito ou governo bem ordenado. Não é por outra razão, também, que a essência da república se confunde com a essência da comunidade bem ordenada, ou seja, a comunidade que alcança a sua própria razão de ser, o bem comum. A ideologia republicana, por sua vez, é um projeto de mudança institucional ou mesmo de mudança espiritual; quer instituir uma nova organização política e moldar um novo súdito, o cidadão virtuoso, ao tempo que quer instituir também uma nova virtude, a virtude cívica. Ideologia e tradição republicanas se entrelaçam, mas não são a mesma coisa. Distinguem-se, pelo menos, depois do “momento maquiaveliano”, quando, de certo modo, a ideologia republicana inovou em relação ao passado, mantendo, entretanto, a aparência de continuidade.

³⁶⁶ A distinção e o sentido são exclusivos para este trabalho. Os neorrepublicanos de maneira geral preferem outro sentido. Entretanto, Skinner, por exemplo, afirmou que “a teoria neo-romana dos Estados livres tornou-se uma ideologia altamente subversiva nos primórdios da Inglaterra moderna”. Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 55.

Provavelmente até os anos 1970, o republicanismo era inexistente ou inexpressivo enquanto teoria política ou jurídica moderna. A manifestação anterior de algo que se pudesse denominar de republicanismo ou movimento republicano estava certamente associada ao sentido fraco de república, isto é, a movimentos localizados de abolição da monarquia e instituição de sistemas políticos com governantes não hereditários. Nesse sentido, Ricardo Leite Pinto observou que “nos anos 70 a república e o republicanismo não existiam nos dicionários de teoria política”³⁶⁷.

Muito provavelmente, a obra mais influente do que se denominou de “renascimento do republicanismo” foi *O momento maquiaveliano*, do historiador neozelandês John Pocock, publicado em 1975. O próprio Pocock, entretanto, registrou enorme deferência à obra precursora de Gordon S. Wood, *A criação da república americana*, publicada quinze anos antes. A obra de Wood foi precedida, ainda, pela publicação, em 1967, de *As origens ideológicas da revolução americana*, de Bernard Bailyn. As três obras foram dedicadas, direta ou indiretamente, a demonstrar que a revolução norte-americana não teria sido herdeira intelectual de John Locke e do liberalismo, mas de um republicanismo que, segundo Pocock, remonta a teóricos republicanos do século XVII britânico, como James Harrington, e, ainda mais distante, a teóricos republicanos no século XVI florentino, como Maquiavel.

Os propósitos dessa guinada republicana nos Estados Unidos (no último quarto do século XX) não

³⁶⁷ Ricardo Leite Pinto. *Uma introdução ao neo-republicanismo*, p. 467.

são claros. O contexto faz crer que foi menos um movimento a favor do resgate do republicanismo e mais uma crítica ao liberalismo. Reforça essa intuição a constante dificuldade de distinguir republicanos e comunitaristas.

O estilo argumentativo de John Pocock é envolvente. Defendeu que as desordens institucionais do *Quattrocento* florentino criaram, no século XVI, o ambiente intelectual para o redesenho das instituições da cidade. Esses fatores aliados ao humanismo cívico produziram o retorno aos modelos políticos da Antiguidade, especialmente de Esparta, Atenas e Roma. Esse retorno a uma era de ouro da humanidade estimulou que os projetos institucionais para Florença fossem também um *imitatio* das instituições greco-romanas.

Nesse contexto, Pocock distinguiu dois arquétipos republicanos: o mito de Veneza³⁶⁸ e o mito de Florença. O primeiro simboliza a república aristocrática, uma *imitatio* de Esparta, e o segundo simboliza a república democrática, uma *imitatio* de Atenas (ou, como variante, uma *imitatio* de Roma). O que Pocock deixou de enfatizar ou perceber é que a República de Veneza não era um projeto, era a mais estável e próspera cidade italiana, portanto o mito de Veneza era, na verdade, a tradição republicana de Veneza, que servia de exemplo para Florença; o mito de Florença, por sua vez, era um projeto amparado na distante lembrança das repúblicas ateniense e romana (ou na imagem que se fazia delas). Em todo caso, os desenhos institucionais dos dois

³⁶⁸ John Pocock. *El momento maquiavélico*, pp. 185-7; cf., também, o Capítulo IX.

arquétipos eram muito próximos: um magistrado principal, um conselho maior e um conselho menor. Em ambos os casos, o magistrado principal, o doge, por exemplo, era o moderador das facções internas; a diferença residia na importância que cada conselho tinha e no grau de universalização dos direitos políticos (cidadania).

Nesse momento, é representativo o confronto³⁶⁹ entre Guicciardini³⁷⁰ e Maquiavel, e a ênfase que Pocock deu à obra de Maquiavel³⁷¹. É esse Maquiavel republicano democrata que será trasladado, segundo Pocock, para a Inglaterra nas conturbações da guerra civil no século XVII³⁷². Assim como no *Quattrocento* florentino, as desordens institucionais do século XVII na Inglaterra criaram o ambiente intelectual para o redesenho das instituições. Daquela efervescência intelectual, Pocock destacou a importância e a influência da obra de James Harrington. Por fim, o argumento de Pocock é que as doutrinas republicanas inglesas, particularmente o republicanismo democrático de Harrington, teriam se trasladado para a América e dado embasamento teórico à revolução.

Esse republicanismo democrático trasladado sequencialmente desde Maquiavel valorizava sobretudo a virtude e a vida ativa como expressões genuínas da república. Assim, para mais do que um desenho institucional equilibrado, esse novo republicanismo, isto é, essa ideologia republicana, estaria dirigida à

³⁶⁹ John Pocock. *El momento maquiavélico*, p. 308.

³⁷⁰ John Pocock. *El momento maquiavélico*, pp. 212-4, e pp. 324-337.

³⁷¹ John Pocock. *El momento maquiavélico* (Capítulos VI e VII).

³⁷² John Pocock. *El momento maquiavélico* (Capítulo X).

transformação de um novo homem e de uma nova virtude.

2.2 Quentin Skinner e a revisão do dilema da liberdade: a liberdade neorromana

Quentin Skinner é um historiador britânico e integra, juntamente com John Pocock, uma corrente metodológica conhecida como Escola de Cambridge. Skinner publicou, em 1978, *As fundações do pensamento político moderno*, rastreando as raízes republicanas do pensamento contemporâneo³⁷³. Uma obra mais sucinta teve, também, enorme influência: *Liberdade antes do liberalismo*, de 1998³⁷⁴. Nessa obra, Skinner criticou as limitações do conceito de liberdade negativa (liberal) e elaborou o conceito alternativo de liberdade neorromana (republicana) ou, como ele preferiu, compreensão neorromana da liberdade civil. Assim como Pocock, Skinner projetou o uso dessa teoria ao contexto da guerra civil inglesa no século XVII³⁷⁵ e reputou a precedência do argumento republicano inglês a Maquiavel³⁷⁶.

No rastro do sentido da liberdade neorromana, Skinner antecedeu a um tempo ainda mais distante, nas referências do *Digesto* aos institutos jurídicos da liberdade e da escravidão.

A condição de não livre não seria daquele que sempre é coagido a fazer algo, a definição seria mais complexa: embora o escravo seja capaz de “agir à vontade”, ele permanece “por todo tempo *in potestate*

³⁷³ Particularmente o Capítulo 6, da Parte II.

³⁷⁴ O livro é a adaptação da aula inaugural que ele proferiu na Universidade de Cambridge, em 1997.

³⁷⁵ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 10.

³⁷⁶ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, pp. 21-2.

domini, dentro do poder de seus senhores”, ou seja, “a essência do que significa ser um escravo, e portanto a falta de liberdade pessoal, é assim estar *in potestare*, dentro do poder de alguém mais”³⁷⁷. Skinner transportou esse sentido jurídico do *Digesto* para a dimensão política; e se utilizando da narrativa de Tito Lívio, associou firmemente as categorias liberdade, abolição da monarquia e instauração da república em Roma: “um Estado livre, Lívio explica, é um estado em que há magistraturas eleitas anualmente e uma sujeição igual de todo cidadão ao domínio da lei”³⁷⁸, do que concluiu: “não simplesmente a tirania, mas todas as formas de governo monárquico são incompatíveis com a manutenção da liberdade pública”³⁷⁹. Para Skinner, esse legado romano foi resgatado por Maquiavel e repassado à Harrington³⁸⁰. O legado de que a liberdade civil é um corolário da cidade livre, que é aquela que não é dominada por um poder estrangeiro ou que, livre de domínio externo, não é dominada por “poderes discricionários ou privilegiados da parte daqueles que o governam”³⁸¹, ou seja, a cidade livre em que o povo se autogoverna³⁸².

O argumento de Skinner é apresentado indiretamente quando referencia documentos romanos, e autores florentinos (século XVI) e ingleses (século XVII), com o intuito de demonstrar a insuficiência da concepção liberal (hobbesiana) de liberdade, nesse

³⁷⁷ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 43.

³⁷⁸ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 45.

³⁷⁹ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 46.

³⁸⁰ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 47.

³⁸¹ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 50.

³⁸² Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 54. No mesmo sentido, o argumento estava em Quentin Skinner. *As fundações do pensamento político moderno*, pp. 29 e 34.

sentido, afirmou que “nem sempre é necessário sofrer este tipo de coerção aberta para ser privado da liberdade civil”³⁸³, ou seja, refutando a possibilidade de ser livre (ser liberal) em uma monarquia: “se você vive sob alguma forma de governo que permite o exercício de poderes prerrogativos ou discricionários fora da lei, você pode estar vivendo como um escravo”³⁸⁴. Vale ressaltar a sua ideia-chave: a potencialidade de coerção e não necessariamente da efetiva coerção para configurar a situação arbitrária; esse parece ser o traço mais distintivo entre a liberdade negativa e a liberdade neorromana³⁸⁵. Skinner, então diretamente, ressaltou a sua opinião:

O que, então, separa a compreensão da liberdade neorromana da liberal? O que os autores neo-romanos repudiam *avant la lettre* é a suposição fundamental do liberalismo clássico de que a força ou a sua ameaça coercitiva constituam as únicas formas de constrangimento que interferem com a liberdade individual. Os autores neo-romanos insistem, por contraste, em que viver numa condição de dependência é em si uma fonte e uma forma de constrangimento³⁸⁶.

Quando Quentin Skinner assumiu a própria voz, rivalizou com Isaiah Berlin para duvidar da capacidade e da suficiência da liberdade como não interferência (liberdade negativa) para assegurar a melhor liberdade

³⁸³ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 62.

³⁸⁴ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 62.

³⁸⁵ “Como Sidney deixa claro, é a mera possibilidade de você estar sujeito com impunidade à coerção arbitrária, não o fato de estar sendo coagido, que retira sua liberdade e o reduz à condição de um escravo”. Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, pp. 63-4.

³⁸⁶ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, pp. 71-2. Skinner remeteu a uma interessante passagem da obra de James Harrington na qual comparou a liberdade de um cidadão de Lucca e de um súdito de Constantinopla: “se você é súdito do sultão, você será menos livre do que um cidadão de Lucca, simplesmente porque sua liberdade em Constantinopla, por maior que seja em extensão, permanecerá inteiramente na dependência da boa vontade do sultão”. Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 73.

individual (a proteção contra o arbítrio). Skinner viu com indignação um trecho da obra de Berlin em que este reconheceu que a liberdade como não interferência não seria de todo incompatível com a autocracia e de que não seria necessariamente compatível com a democracia³⁸⁷. A liberdade neorromana de Skinner pressupõe o regime democrático (autogoverno).

Para além da distinção entre a concepção liberal e a concepção neorromana, Skinner ampliou os efeitos do argumento republicano (neorromano) para determinar as condições de um cidadão virtuoso (virtude cívica). Novamente, argumentou indiretamente pela voz dos autores do século XVII, para demonstrar que, sob o regime arbitrário (“governo absoluto”), “todos vivem em contínuo temor de incorrer no desprazer do tirano”³⁸⁸, o que significa não apenas que, sob a aparente liberdade, o cidadão se submete à vontade presumida do governante (e se sinta impelido, portanto, a fazer o que presumivelmente o governante quer), como também é “constrangido a agir de algumas maneiras bajulatórias e obsequiosas, obrigado a reconhecer a ‘principal arte de um cortesão’ é a de ‘tornar-se subserviente’ e ‘submisso’”³⁸⁹. Os regimes arbitrários resultam, portanto, em um mal adicional, e maculariam o próprio caráter do cidadão.

³⁸⁷ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 92.

³⁸⁸ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 77.

³⁸⁹ Quentin Skinner. *Liberdade antes do liberalismo*, p. 77.

2.3 Uma proposta de neorepublicanismo (prescritivo): o argumento de Philip Pettit (para além de uma teoria da liberdade, uma teoria do governo republicano)

Philip Pettit é um filósofo irlandês da Universidade de Princeton e publicou, em 1998, o livro *Republicanism: uma teoria da liberdade e do governo*. Esse livro produziu enorme repercussão e difusão enquanto teoria republicana contemporânea, ou, como preferimos tratar, enquanto teoria neorepublicana. Philip Pettit reconheceu a influência que recebeu de John Pocock e de Quentin Skinner³⁹⁰, embora o enfoque e o estilo de redação sejam muito distintos. O livro de Pettit é uma proposta de desenho institucional de base filosófica; enquanto as principais referências de Pocock e de Skinner são estudos de história (das ideias), que servem de substrato para, indiretamente, externar convicções políticas e filosóficas.

A teoria republicana de Philip Pettit é organizada em três dimensões: a da liberdade como não dominação, a do governo constitucional e a civilizatória. As três dimensões são complementares e interdependentes. Todas elas têm em comum a mesma preocupação (que é um objetivo): apresentar um modelo teórico e um genérico desenho institucional para uma sociedade livre de relações de dominação, seja a do Estado sobre os indivíduos, seja a entre indivíduos.

Para Pettit, dominação é percebida quando, em algum aspecto relevante da vida, alguém detém a

³⁹⁰ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 24.

capacidade de interferir arbitrariamente nas escolhas do outro³⁹¹. Portanto, a dominação nem sempre consiste na efetiva coerção (interferência), bastando, para tanto, a potencial interferência arbitrária. Ressalte-se que não é qualquer potencial interferência, apenas a potencial interferência arbitrária.

Até aqui, as semelhanças entre a liberdade neorromana de Skinner e a liberdade como não dominação de Pettit são inequívocas. Inclusive na estratégia idêntica de definir a liberdade pelo seu oposto; a liberdade foi definida por Skinner como o oposto da servidão (escravidão)³⁹², enquanto a liberdade foi definida por Pettit como o oposto da dominação. Em suma, a liberdade como não dominação consiste em não estar sujeito a uma situação arbitrária, ou seja, ao “arbítrio potencialmente caprichoso ou ao juízo potencialmente idiossincrático de outrem”³⁹³.

Outra semelhança entre o argumento de Skinner e o de Pettit é a rivalidade com a concepção liberal, tratada por ambos como não interferência e, por ambos, associada originalmente a Hobbes³⁹⁴ e atualmente a Isaiah Berlin.

A diferença entre os dois é mais significativa quando Skinner enfatizou a associação entre liberdade neorromana e autogoverno, enquanto Pettit alinhou, ao lado do governo democrático, outros arranjos. Ou, em outros termos, Skinner reduziu a liberdade neorromana a *civitas libera* (que, em termos práticos, significa o autogoverno), enquanto a liberdade como não

³⁹¹ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 92.

³⁹² Philip Pettit. *Republicanism*, p. 52.

³⁹³ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 22.

³⁹⁴ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 64.

dominação de Pettit se resolve com elementos mais complexos, para além da *civitas libera*. Portanto, ainda que Skinner negasse, haveria fortes traços da concepção de liberdade positiva (liberdade como autonomia) na sua liberdade neorromana. Pettit, entretanto, insistiu em demarcar que a liberdade como não dominação se distingue tanto da liberdade negativa quanto da liberdade positiva³⁹⁵.

Foi Isaiah Berlin quem difundiu a distinção entre duas concepções de liberdade: a liberdade negativa e a liberdade positiva; de modo que se poderia entender a liberdade negativa como ausência de constrangimento e de restrição, isto é, como não interferência, e a liberdade positiva como autonomia. Assim, no primeiro sentido, haveria dominação quando houvesse interferência e, no segundo sentido, haveria dominação quando não houvesse autonomia. Para Philip Pettit, no entanto, há insuficiência teórica nas duas concepções³⁹⁶; porque seria possível dominação sem interferência (assim como interferência sem dominação); bem como, seria possível dominação com autonomia³⁹⁷.

Haveria dominação sem interferência, por exemplo, quando o senhor permitisse ao seu escravo fazer o que quisesse como se fosse um homem livre; porque a liberalidade concedida ao escravo nunca seria um direito que o escravo pudesse opor com eficácia ao senhor, mas uma concessão que o senhor havia dado ao escravo e que poderia ser revogada a qualquer instante pela vontade de quem a concedeu. Em direção oposta,

³⁹⁵ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 25-6.

³⁹⁶ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 37-8.

³⁹⁷ Philip Pettit. *Republicanism*, pp. 41-4.

não haveria dominação quando a interferência não fosse arbitrária, isto é, no entendimento de Pettit, quando a interferência levasse em conta os interesses das pessoas afetadas.

Nesse contexto, o conceito de liberdade republicana é a ausência de dominação³⁹⁸. Entendida a dominação como capacidade de interferir, de modo arbitrário, nas escolhas que o outro possa fazer³⁹⁹. Portanto, a dominação nem sempre consiste na efetiva coerção (interferência), bastando, para tanto, a potencial interferência arbitrária. Quase sendo redundante, o que caracteriza a arbitrariedade é a situação em que as potenciais interferências nas escolhas alheias não levam em consideração os interesses, as opiniões e as interpretações das pessoas afetadas⁴⁰⁰.

Para além de Skinner, Pettit desenvolveu o argumento do “medo estratégico”, explicando que a dominação, diferentemente da interferência, que é necessariamente atual e explícita, é, geralmente, estrutural e implícita; ou seja, revelam a dominação regras conhecidas por todos, ainda que não precisem ser reconhecidas por ninguém; ao mesmo tempo, a dominação é uma estrutura que não se aplica individualmente, mas a todo o grupo que se encontra em determinada situação⁴⁰¹. O medo estratégico faz com que as escolhas sejam autorrestritivas, não necessitando, portanto, de interferência. Nesse contexto, portanto, é que a não dominação seria um bem comunitário, isto é,

³⁹⁸ “O que é constitutivo de dominação é o fato de que, em algum aspecto, quem detém poder tem capacidade para interferir arbitrariamente, ainda que nunca vá exercê-lo”. Philip Pettit. *Republicanism*, p. 92.

³⁹⁹ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 78.

⁴⁰⁰ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 82.

⁴⁰¹ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 126.

não decorrente da condição individual, mas do *status* que qualifica o indivíduo. Esse aspecto da dominação e da liberdade distancia Pettit dos temas clássicos do republicanismo, afeitos, sobretudo, às relações que envolvam o exercício do poder político e seus limites, para se aproximar dos temas usuais da controvérsia contemporânea entre liberais e comunitaristas, especialmente que envolvam relações socioeconômicas, de gênero ou de raça.

Essa foi a dimensão da liberdade da doutrina de Philip Pettit. Assumidamente uma crítica à concepção liberal da liberdade (liberdade negativa), não porque contrária a ela, mas porque a considera insuficiente do ponto de vista teórico e pragmático.

Entretanto, ao contrário de Skinner, Pettit assumiu, também, uma crítica à concepção democrática de liberdade (liberdade positiva), na medida em que recusa o consentimento como critério suficiente para evitar a dominação. Assim, para Pettit, a interferência democrática aparentemente legítima só não será arbitrária se considerar os interesses, as opiniões e as interpretações das pessoas afetadas. Pettit denominou essa condição de contestabilidade.

A contestabilidade é o elemento chave da segunda dimensão da doutrina de Philip Pettit, que é o governo constitucional.

Na teoria do governo republicano, Pettit impôs para si o desafio de resolver o paradoxo do Estado promotor da liberdade que se abstém de exercer arbitrariamente o poder. O conceito alargado de liberdade de Pettit amplia também os potenciais tiranos para muito além das relações políticas, identificando

eventuais focos de dominação em relações socioeconômicas, familiares ou profissionais, por exemplo. Pettit conferiu ao Estado⁴⁰² (republicano) a atribuição de promover a liberdade impedindo essas relações estruturais de dependência e vulnerabilidade (e do medo estratégico)⁴⁰³. Essas interferências ampliadas, no entanto, são potenciais fontes de ação arbitrária. Nesse contexto, Pettit procurou compatibilizar democracia e restrições constitucionais em uma síntese republicana⁴⁰⁴.

O pressuposto de Pettit é que as instituições básicas da república são democráticas (ampla participação popular e decisão majoritária), com duas estratégias de correção: as restrições constitucionais e um redesenho da democracia que a tornará uma democracia contestatória, deliberativa, inclusiva e responsiva.

Portanto, para Pettit, a democracia por si não está imune às tentações do governo arbitrário, os perigos da tirania da maioria estariam sempre presentes. Reconheceu o risco de as autoridades (administradores, legisladores ou juízes) exercerem o poder arbitrariamente, isto é, tomadores as decisões motivadas por interesses pessoais ou de grupos; por isso a sua preocupação para estabelecer estratégias que induzam decisões motivadas,

⁴⁰² Cf. a ideia de prevenção constitucional como estratégia para evitar a dominação. Philip Pettit. *Republicanism*, p. 96.

⁴⁰³ “O republicanismo é uma doutrina consequencialista que concede ao estado, e em particular, às autoridades estatais, a tarefa de promover a liberdade como não dominação”. Philip Pettit. *Republicanism*, p. 270. “Mas a liberdade como não-dominação não é o tipo de bem cuja persecução possa deixar-se nas mãos das pessoas para que o persigam por si mesmas de maneira descentralizada; tudo indica que o melhor é persegui-lo para cada um mediante a ação política de todos: persegui-lo por via estatal. Philip Pettit. *Republicanism*, p. 353.

⁴⁰⁴ Philip Pettit. *Republicanism*, pp. 226-7.

também, pelos “interesses e interpretações dos cidadãos afetados”⁴⁰⁵.

Pettit considerou insuficientes os fundamentos convencionais da democracia enquanto autogoverno⁴⁰⁶. A democracia enquanto consentimento dos cidadãos não evitaria necessariamente o governo arbitrário. Pettit desconfiava da eficácia de duas instituições intimamente associadas à democracia: a eleição dos representantes e a decisão majoritária⁴⁰⁷. Na raiz da sua preocupação, implicitamente, está a crítica a Rousseau e à pretensão de o povo constituir um corpo homogêneo com uma só vontade. Nesse contexto, Pettit propôs substituir o fundamento do consentimento pelo fundamento da contestabilidade⁴⁰⁸.

Como já foi esclarecido, a contestabilidade consiste em considerar os interesses, as opiniões e as interpretações das pessoas afetadas pela decisão. Para tanto, Pettit propôs um desenho institucional compatível com três condições⁴⁰⁹: que a decisão seja tomada sob uma base potencial de contestação (ou seja, que a democracia seja deliberativa o bastante para produzir um efetivo debate público precedente); que as pessoas possam ter um meio eficiente para manifestar os seus interesses, opiniões e interpretações (ou seja, que a democracia seja incluyente o bastante para levar aos órgãos representativos a mesma pluralidade da

⁴⁰⁵ Philip Pettit. *Republicanism*, pp. 240-1.

⁴⁰⁶ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 243.

⁴⁰⁷ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 242. “A concepção contestatória da democracia assinala uma ruptura decisiva com alguns modos estabelecidos de pensamento. Rompe com qualquer noção de democracia que consagre a opinião majoritária, quaisquer que sejam os termos de celebração das ideias majoritárias”. Philip Pettit. *Republicanism*, p. 263.

⁴⁰⁸ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 357.

⁴⁰⁹ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 244.

sociedade)⁴¹⁰; e que essas manifestações sejam efetivamente levadas em consideração por órgãos desenhados para isso (ou seja, que a democracia seja responsável).

Essa democracia contestatória dá uma guinada liberal ao republicanismo de Pettit, o distanciando de outro aspecto que unia republicanos e comunitaristas. Não apenas o princípio majoritário foi mitigado, como uma ideia de bem comum ou de comunidade coesa foi abandonada e substituída pelo pluralismo e pela retórica do reconhecimento⁴¹¹.

O segundo ajuste às bases democráticas do republicanismo é o que Pettit denominou de restrições constitucionais ou, simplesmente, de constitucionalismo. Em resumo, o constitucionalismo de Pettit consiste em estratégias e arranjos institucionais com a finalidade de tornar a democracia “não manipulável”⁴¹².

Esses arranjos são sintetizados por Pettit em três “condições genéricas”: o império da lei, a dispersão dos poderes e a condição contramajoritária; de modo que “todas essas condições servem ao propósito de dominar a vontade de quem se acha no poder”⁴¹³.

Pettit adotou a cláusula do império da lei no seu sentido fraco, como exigência do caráter geral e abstrato (e público) da lei. Nesse sentido, ignorou a tradição antiga do governo das leis em oposição ao governo dos

⁴¹⁰ “Ainda que as pessoas que exerçam funções administrativas e judiciais não ostentem cargos eletivos, é importante para os propósitos republicanos que não sejam estatisticamente pouco ou nada representativos em relação aos grupos sociais principais. É importante que não estejam estatisticamente dominados, por exemplo, por fiéis de uma religião, ou por membros de um gênero, uma classe ou uma etnia”. Philip Pettit. *Republicanism*, pp. 251-2.

⁴¹¹ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 265.

⁴¹² Philip Pettit. *Republicanism*, p. 227.

⁴¹³ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 228.

homens, que significa restrições materiais ao legislador ordinário impostas por um direito superior. Deve-se reconhecer, entretanto, que esse postulado antigo foi contemplado por Pettit sob outra denominação (como condição contramajoritária). Em todo caso, a cláusula do império da lei de Pettit conta com um acréscimo: os poderes políticos (para além do legislador) devem evitar, sempre que possível, adotar regras e medidas particulares, devendo preferir regras gerais e medidas mais abrangentes⁴¹⁴.

A segunda condição é uma doutrina da separação de poderes adaptada. Incorpora inicialmente a rígida separação entre executivo, legislativo e judiciário, para então flexibilizá-la ao máximo. Nesse sentido, a dispersão do poder de Pettit inclui também o federalismo, a divisão do legislativo em vários órgãos (com bases distintas de representatividade) e a transferência de poder para organismos supranacionais, por exemplo⁴¹⁵.

A terceira condição do constitucionalismo (para uma democracia não manipulável) é a cláusula contramajoritária, pela qual o corpo de leis não deveria ser fácil ou excessivamente alterado sob a pressão das maiorias contingentes e voláteis⁴¹⁶. Nesse sentido, o que Pettit denominou de condição contramajoritária se aproxima muito do que a tradição antiga denominava de governo das leis (e não governo dos homens).

Por fim, a terceira dimensão do neorrepblicanismo de Pettit, além da liberdade (como não dominação) e do governo constitucional (democracia

⁴¹⁴ Philip Pettit. *Republicanism*, pp. 228-9.

⁴¹⁵ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 234.

⁴¹⁶ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 236.

contestatória e restrição constitucional), é o que ele denominou de civilidade, uma espécie de compatibilidade entre a ordem estatal e os valores sociais⁴¹⁷. A terceira dimensão dá, na teoria de Pettit, o último laço unindo todos os elementos do desenho institucional, quando vislumbra a cidadania ativa (ou o cidadão ativo) como condição necessária para o êxito dos valores republicanos. O cidadão ativo, antes de ser aquele que participa dos espaços de decisão, é aquele que desconfia desses espaços como potenciais fontes de arbítrio; nesse sentido é que Pettit retomou a fórmula jeffersoniana de que o preço da liberdade é a eterna viglância⁴¹⁸.

A doutrina de Pettit é, na verdade, uma ideologia pretensamente republicana com o ambicioso objetivo de se equilibrar entre as mais variadas tradições e ideologias republicanas antigas e modernas, bem como de se equilibrar entre as mais variadas ideologias contemporâneas, desde o liberalismo ao comunitarismo. Disso, o resultado pode ser desde uma síntese que transcende às controvérsias teóricas ou uma colcha de retalhos incoerente. Para aquém dessa dúvida, as constantes concessões e adaptações da doutrina de Pettit também levam à indagação sobre o que resta de republicano no neorrepublicanismo.

⁴¹⁷ “Por conseguinte, quando sustento que as leis republicanas devem estar processadas ou incrustadas em uma rede de normas cívicas, também pode-se dizer que as leis republicanas têm que estar sustentadas por hábitos de virtude cívica e de boa cidadania – por hábitos, diga-se assim, de civilidade –, se quer ter alguma oportunidade de prosperar”. Philip Pettit. *Republicanism*, p. 318.

⁴¹⁸ Philip Pettit. *Republicanism*, p. 340.

3 REPUBLICANOS ENRUSTIDOS (LIBERAIS DECLARADOS) E REPUBLICANOS DECLARADOS (COMUNITARISTAS ENRUSTIDOS): O QUE RESTA DE REPUBLICANO NO NEORREPUBLICANISMO?

Jürgen Habermas, em *Três modelos normativos de democracia*⁴¹⁹, descreveu a controvérsia conhecida entre liberais e comunitaristas como uma controvérsia entre liberais e republicanos. Quase todas as características geralmente associadas ao comunitarismo foram associadas, por Habermas, ao que ele denominou de “concepção republicana”. Nesse sentido, a cidadania não estaria associada propriamente às liberdades negativas, mas aos direitos positivos inerentes à participação política, com o objetivo de integrar uma comunidade de pessoas livres e iguais⁴²⁰.

Mesmo sem admitir a conexão ideológica entre neorrepblicanismo e comunitarismo, é impossível não reconhecer que a retórica neorrepblicana é antiliberal e que foi formulada no contexto da contestação ao liberalismo rawlsiano. Eloy Garcia, por exemplo, no Prefácio de *O momento maquiaveliano*, entendeu que o neorrepblicanismo é uma reação à publicação de *Uma teoria da justiça*⁴²¹.

⁴¹⁹ Capítulo 3 do livro Jürgen Habermas. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*.

⁴²⁰ Jürgen Habermas. *A inclusão do outro*, p. 272. “No mesmo sentido, Habermas destacou que: “o modelo republicano tem vantagens e desvantagens. Vejo como vantagem o fato de ele se firmar no sentido radicalmente democrático de uma auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo por via comunicativa e não remeter os fins coletivos tão-somente a um ‘deal’ [uma negociação] entre interesses particulares opostos”. Jürgen Habermas. *A inclusão do outro*, p. 276.

⁴²¹ Eloy Garcia. *Estudio preliminar. Uma propuesta de relectura del pensamiento político: John Pocock y el discurso republicano cívico*, p. 47. Eloy Garcia não tergiversou em considerar o neorrepblicanismo (pelo menos o de John Pocock) como uma faceta ou uma variação do comunitarismo: “desde a perspectiva sistemática que vem caracterizando às velhas ideologias, essa corrente pode enquadrar-se no marco do pensamento comunitarista professado por autores como Sandel, Walzer, Taylor e muito

Outro autor, o canadense Will Kymlicka, enumerou seis importantes filosofias políticas contemporâneas e nenhuma delas é nominalmente o republicanismo. Ao mesmo tempo, percebe-se vários elementos comuns entre o neorepublicanismo e o comunitarismo, especialmente no Capítulo 6 de seu livro⁴²². O próprio Philip Pettit sentiu-se obrigado a enfatizar que a sua doutrina não se confunde com o comunitarismo⁴²³.

A associação do neorepublicanismo com o comunitarismo, entretanto, confirma o distanciamento entre a tradição republicana e a ideologia republicana. Enquanto a ideologia republicana, especialmente a partir da releitura de Maquiavel e Harrington por Pocock e por Skinner, tende ao comunitarismo, ou seja, tende a um regime democrático com a aparência de tradição republicana, a tradição republicana continua fiel à teoria do governo misto e, portanto, fiel à premissa de que as formas puras de governo (como a democracia) tendem à degeneração (como a oclocracia).

O neorepublicanismo, enquanto ideologia, em certa medida, contribuiu para obscurecer e confundir o debate. Foi o que aconteceu, por exemplo, quando se negou as qualidades republicanas da doutrina de John Locke para reduzi-lo à condição de corifeu do liberalismo; ou quando a doutrina da cidade livre do domínio estrangeiro (*civitas libera*) foi convertida em doutrina do autogoverno; ou, ainda, quando o elemento

especialmente MacIntyre em seu importante ensaio *After Virtue*, que [...] tem em comum, [...] um radical rechaço aos postulados contratualistas de Rawls e daqueles pensadores que situam suas propostas no terreno da legitimidade democrático-representativa”. Eloy Garcia. *Estudio preliminar. Uma propuesta de relectura del pensamiento político: John Pocock y el discurso republicano cívico*, pp. 47-8.

⁴²² Will Kymlicka. *Filosofia política contemporânea* (Capítulo 6).

⁴²³ Philip Pettit. *Republicanismo*, p. 25.

popular necessário à teoria do governo misto foi convertido em doutrina da soberania popular e, em seguida, em república democrática (ou, simplesmente, em democracia). Essas subversões confundem o observador e favorecem o argumento comunitarista (ou, pelo menos, favorecem a crítica comunitarista ao liberalismo), na medida em que empobrecem injustamente o argumento liberal, ao retirar os seus elementos republicanos, ao tempo que, injustamente, fortalecem o argumento comunitarista com a retórica republicana (ideologia republicana) sem o conteúdo republicano (tradição republicana).

O neorrepblicanismo de Pettit é um caso à parte; não adere ao comunitarismo, mas também não é um fiel herdeiro da tradição republicana. O seu esforço para elaborar uma doutrina prescritiva para os tempos atuais tem o seu valor; se é uma genuína teoria republicana (seja tradição, seja ideologia), provavelmente a resposta é não; se essa doutrina prescritiva tem a engenhosidade de um Políbio ou de um Montesquieu, provavelmente a resposta é não.

Enquanto alternativa paradigmática para a crise da modernidade no direito e no Estado, o neorrepblicanismo não parece promissor. Entretanto, talvez, no caso específico da judicialização da política, um eventual constitucionalismo republicano ou uma eventual democracia contestatória, nas premissas formuladas por Philip Pettit, poderia contribuir para resolver ou, pelo menos, esclarecer os impasses e os dilemas.

No último capítulo, um pretenso constitucionalismo republicano de Richard Bellamy é

contextualizado na intensa controvérsia sobre as relações entre constitucionalismo e democracia.

CAPÍTULO 8

REPUBLICANISMO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

1 HÁ UM CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO?

1.1 O constitucionalismo republicano de Richard Bellamy

Pelo menos três teorias constitucionais famosas são identificadas pelos seus próprios autores como republicanas. São elas as de Frank Michelman, Cass Sunstein e Richard Bellamy. Dos três autores, Richard Bellamy não apenas se considera neorrepublicano, como também se considera legatário da obra de Quentin Skinner e de Philip Pettit. O constitucionalismo republicano de Bellamy é uma manifestação da ideologia republicana. Os herdeiros da tradição republicana raramente se assumem como tais e boa parte deles está presa em controvérsias prescritivas (ideológicas) sob as hostes do liberalismo.

O constitucionalismo republicano de Richard Bellamy defende que cabe ao legislativo (isto é, à esfera política), e não ao judiciário, decidir sobre as questões

constitucionais⁴²⁴. O foco do argumento de Bellamy é demonstrar a insuficiência do que ele denominou de constitucionalismo legal (liberal) e de propor um novo modelo de base republicana, o constitucionalismo político. Bellamy criticou a “despolitização da constituição” e defendeu que os problemas constitucionais deveriam ser resolvidos na esfera política e não judicial em oposição ao constitucionalismo legal (de Rawls, Dworkin, Ely, Habermas ou Ackerman⁴²⁵) que ressaltaria a importância (maior ou menor) da suprema corte (judiciário).

Todo o argumento de Bellamy está baseado na premissa republicana contida na obra de Philip Pettit e resumida nos seguintes termos:

A ausência de dominação não só fornece a chave fundamental do republicanismo na sua luta por estabelecer um sistema de autogoverno, também indica como este sistema deve funcionar e se organizar. Neste sentido, a qualidade chave que os republicanos perseguem é que o processo político obrigue aqueles que tomam decisões a “escutar a outra parte” (“*audi alterem partem*”)⁴²⁶.

A fórmula utilizada por Philip Pettit, inclusive, parece ser melhor que a de Bellamy: levar em consideração os interesses, as opiniões e as interpretações das pessoas afetadas. Em todo caso, o que Bellamy pretendeu, no primeiro momento, foi demonstrar que o argumento liberal de uso público da razão, que, direta ou

⁴²⁴ Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 281.

⁴²⁵ Richard Bellamy. *Constitucionalismo político* (Capítulo III).

⁴²⁶ Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 193. Bellamy reservou todo o Capítulo IV para resumir a premissa republicana e para conectar o republicanismo à democracia.

indiretamente, legitimaria a atuação de uma suprema corte (ou de um tribunal constitucional) não seria suficiente ou efetivo para “escutar a outra parte”, isto é, considerar todos os interesses afetados; e que, portanto, seria incapaz de prevenir a dominação ou o arbítrio. Na outra direção, a proposta neorrepública sustenta que somente os desenhos políticos que impulsionam as virtudes cívicas e facilitam o acesso ao processo político seriam capazes de “tratar a todos com igualdade” e evitar a “dominação mediante leis arbitrarias”⁴²⁷. A partir dessa premissa, Bellamy refutou qualquer modelo de controle judicial de constitucionalidade, bem como qualquer modelo de “democracia deliberativa apolítica” ou “despolitizada”⁴²⁸.

Para atingir os seus objetivos, Bellamy manipulou duas categorias usuais do liberalismo para ressignificá-las de forma compatível com o neorrepública: o uso público da razão e o equilíbrio de poderes.

Assim como argumentou contra a versão liberal do uso público da razão, Bellamy também argumentou que a doutrina da separação de poderes com papel estritamente negativo é insuficiente para evitar o arbítrio⁴²⁹. Como contraponto, Bellamy propôs uma doutrina da separação de poderes que também adotasse um papel positivo para garantir que os tomadores de decisão “escutassem a outra parte”⁴³⁰ (isto é, considerassem os interesses, as opiniões e as interpretações das pessoas afetadas).

⁴²⁷ Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 193.

⁴²⁸ Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 194.

⁴²⁹ Para Bellamy, a tradicional noção de separação de poderes “funciona multiplicando os umbrais de veto para minimizar as interferências com as liberdades privadas ou os privilégios”. Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 214.

⁴³⁰ Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, pp. 213-4

Nesse contexto, Bellamy renegou a tradição do governo misto, manipulando sutilmente as teorias de Políbio e de Aristóteles para reduzi-las a simples teorias de equilíbrio das potências sociais (equilíbrio de estamentos). Ao renegar os clássicos da Antiguidade, Bellamy firmou como marco, sintomaticamente, o século XVII, com as mudanças intelectuais, econômicas, políticas e sociais que resultariam na sociedade igualitária contemporânea e na ressignificação da doutrina da separação de poderes (equilíbrio de poderes). Nesse contexto, Bellamy também substituiu o pluralismo de estamentos (Políbio e Aristóteles) pelo que ele denominou de pluralismo dinâmico⁴³¹.

Entretanto, sob o argumento de renovar ou atualizar a doutrina da separação de poderes (ou de equilíbrio de poderes), Bellamy subverteu completamente o seu sentido original. A doutrina da separação de poderes ou a teoria do governo misto não são isentas de críticas, mas a apropriação dos termos, do vocabulário, da gramática confunde o observador e retira dos defensores daquelas doutrinas os meios de sua própria expressão. Nesse contexto, Bellamy pretendeu converter uma doutrina assumidamente não democrática (ainda que não fosse antidemocrática) em democrática⁴³².

⁴³¹ “Quando esta noção de estamento chegou ao seu fim, contemplou-se a divisão funcional como uma ferramenta para fornecer um sistema de equilíbrio dentro de uma sociedade sem classes”. Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 219.

⁴³² Apesar de longo, vale transcrever o seu argumento: “O que poderia denominar-se como concepção moderna do equilíbrio de poderes utiliza o pluralismo dinâmico e os desacordos das sociedades democráticas para promover os valores constitucionais, mais que para subvertê-los. Como temos visto no antigo conceito segmentado e estamental de pluralismo e equilíbrio, certos subgrupos do povo foram sempre uma ameaça para a harmonia social e o interesse público, formando abundantes facções potencialmente subversivas. A ‘maioria’ constituía uma facção particularmente perigosa e potencialmente tirânica e sua existência supunha a dominação do elemento ‘popular’ sobre a monarquia e a aristocracia, ou bem o triunfo da ‘massa’ sobre os indivíduos, especialmente – segundo muitas teorias – sobre os supostamente mais industriais e de maior altura moral da sociedade, aqueles de cuja propriedade as massas desejam se apropriar. Os

Ou seja, Bellamy reduziu a doutrina da separação de poderes e a teoria do governo misto à simples dinâmica democrática da competição eleitoral entre partidos políticos⁴³³. Que o equilíbrio entre situação e oposição (previsto, inclusive, por Montesquieu) integra uma teoria moderna do governo misto, isso é incontroverso. Que o equilíbrio das disputas eleitorais se basta, nenhum teórico da tradição republicana aceitaria. Quando James Madison prometeu controlar o domínio das facções pelo acirramento da concorrência e da disputa entre elas, nunca achou que isso se bastava e que o desenho institucional não precisasse, por exemplo, de um senado menos popular.

Bellamy insistiu no seu argumento e manipulou o sentido da doutrina clássica da separação de poderes e da teoria do governo misto, ao mesmo tempo que idealizou o substrato e os efeitos da sua nova doutrina do equilíbrio de poderes⁴³⁴.

freios e controles opostos às maiorias pareciam, portanto, um mecanismo adequado, produzido sobretudo através de divisões verticais do poder segundo expõe a doutrina clássica da divisão de poderes. Mas, se considerarmos estes grupos como outras tantas facções, então esta suposta solução poderia na realidade exacerbar o problema ao permitir a dominação das minorias, como efetivamente ocorre. Por contraste, a concepção competitiva do equilíbrio obriga as minorias a escutarem e a combinar-se entre elas para construir maiorias, o mesmo que ocorre com o desenvolvimento procedimental do uso público da razão discutido na seção anterior. A chave, claro, é institucionalizar este processo de equilíbrio. Tal como descreveram os teóricos constitucionalistas, o moderno sistema democrático de partidos em competição faz justamente isso. O governo está obrigado a afrontar a perspectiva de uma oposição constante e a possibilidade de ser periodicamente desalojado do poder”. Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 225.

⁴³³ “Um equilíbrio de poderes apropriado que induza ao uso público da razão se consegue mediante a competição dos partidos através de certas divisões ideológicas essenciais que retratam as principais divisões políticas no seio das sociedades contemporâneas”. Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 253.

⁴³⁴ “A inclusão e a oposição permanentes também servem para promover a adesão ao sistema e fomentar um certo grau de solidariedade e confiança entre os cidadãos. [...] as formas não competitivas de distribuição do poder, como as previstas na doutrina clássica da separação de poderes, tem demonstrado não possuir nenhuma dessas qualidades. Ao ser contramajoritárias também são não igualitárias, fazendo com que os interesses criados se imobilizem em suas posições sem produzir recíprocas recomodações que busquem o equilíbrio entre os distintos discursos em jogo. Nas democracias atuais os instrumentos que garantem estas formas de equilíbrio em

Bellamy ignorou uma infinidade de estudos sobre a massificação dos cidadãos modernos ou sobre a obsolescência dos partidos políticos de massa nos dias atuais⁴³⁵; bem como ignorou a própria dinâmica política; crédulo em um ideal de virtude cívica. Até mesmo a principal preocupação de Madison em relação ao regime democrático, que é o domínio da facção majoritária pelas eleições ou pelas votações, foi mitigada por Bellamy sob o argumento de que as facções nunca vencem sem coalizões e que a formação das coalizões (dos compromissos⁴³⁶) propiciariam a “elogiável vontade de considerar o ponto de vista alheio, mostrando assim um honesto respeito pela diferença”⁴³⁷.

Em suma, sob a denominação de constitucionalismo republicano, para refutar qualquer ativismo judicial ou judicialização da política, Bellamy apresentou explícitos argumentos democráticos e revelou como o neorrepublicanismo, ou a ideologia republicana, consiste, simplesmente, em uma teoria de democratas enrustidos.

1.2 Os últimos republicanos e o que restou da tradição republicana no século XX

Se o neorrepublicanismo for a mais recente expressão da ideologia republicana, onde está o legado da

competição e os benefícios que as acompanham são os partidos políticos”. Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 250.

⁴³⁵ Para citar apenas duas referências bem distantes entre si, cf. Jose Ortega y Gasset. *A rebelião das massas*; e Bernard Manin. *Los principios del gobierno representativo*.

⁴³⁶ “O resultado de combinar o uso público da razão com o equilíbrio de poderes é que a maior parte da legislação não tem sua origem na maioria homogênea que impõe sua vontade sobre uma minoria consistente, mas em uma série de compromissos que negociam coalizões vencedoras formadas por diferentes minorias”. Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, pp. 260-1.

⁴³⁷ Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*, p. 261.

tradição republicana atualmente? Não parece fácil encontrar uma teoria influente que seja assumidamente republicana e que traga substancialmente alguma contribuição original. Se essa premissa for verdadeira, os últimos republicanos estariam no século XIX, entre os federalistas nos Estados Unidos e, talvez, na Europa, com Benjamin Constant. Dos federalistas germinaram sofisticados arranjos institucionais, desde a dinâmica do presidencialismo e do processo legislativo bicameral até uma suprema corte controladora da constitucionalidade da atividade legislativa, desde o federalismo até uma democracia poliárquica. De Benjamin Constant germinaram outros sofisticados arranjos, desde uma democracia representativa à serviço da liberdade individual (liberdade dos modernos) até uma doutrina do poder neutro.

Se os últimos republicanos foram os federalistas e Benjamin Constant, teremos um lapso de duzentos anos sem qualquer contribuição original.

Talvez, entretanto, essa surpresa seja derivada de um equívoco. As ideologias são antecedidas por seus profetas, as tradições não. É a experiência bem-sucedida, é a prudência, que valida a tradição. Nesse contexto, a (primeira dimensão da) judicialização da política é um arranjo institucional imprevisto. Imprevisto porque nenhuma doutrina a antecedeu. Imprevisto e resistente à crítica mais feroz, com poucos defensores, envergonhados. Um olhar atento não veria incompatibilidade entre a judicialização da política e a doutrina da separação de poderes de Montesquieu ou a teoria do governo misto, ainda que não haja a compatibilidade necessária entre elas.

A judicialização da política, o protagonismo das supremas cortes ou dos tribunais constitucionais, não é indício de nenhuma crise paradigmática, porque não contraria a tradição republicana. Talvez a simples alteração na denominação dissipasse toda a controvérsia; se um órgão colegiado fosse denominado de senado, conselho maior ou areópago e tivesse as mesmas atribuições de uma suprema corte e de um tribunal constitucional, e tivesse ainda outras atribuições típicas de chefe de Estado (poder neutro), e seus integrantes fossem escolhidos pelo mesmo procedimento e critério dos *justices* ou dos *richters*, e os juízes fossem chamados de senadores ou conselheiros, e os mandatos desses senadores fossem longos (ou até vitalícios), provavelmente, muito da controvérsia não existiria.

Ao mesmo tempo que a judicialização da política não parece incompatível com a doutrina da separação de poderes, parece, na direção oposta, incompatível com a doutrina democrática, especialmente, em versões como a doutrina da supremacia legislativa, a doutrina da soberania popular ou até a ideologia republicana (neorrepublicanismo).

É, portanto, antes a hegemonia democrática no século XX que enunciou a crise do paradigma oitocentista do que a judicialização da política.

2 POR QUE O MAL-ESTAR COM A “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” NO BRASIL?

Costuma-se dizer que a judicialização da política no Brasil é muito mais extensa e intensa que em qualquer

lugar do mundo. Embora não se tenha sempre muita clareza sobre o seu sentido, o tema arrebatou críticos e apoiadores e, muito frequentemente, ambos na mesma pessoa a depender do interesse atendido ou prejudicado. Para além dessas considerações do senso comum, tão popularizadas dentro e fora do ambiente acadêmico, há de se reconhecer um certo mal-estar com isso que chamam de judicialização da política ou de ativismo judicial.

Não é difícil encontrar exemplos brasileiros nos últimos trinta anos que possam ser associados a cada uma das inúmeras dimensões e subdimensões da judicialização da política. Desde o tecnicismo das comissões de constituição e justiça e das comissões parlamentares de inquérito (3ª dimensão), pela infinidade de decisões judiciais, em todas as instâncias, invalidando atos ordinários da administração, deixando de aplicar leis, determinando a particulares e ao poder público procedimentos e obrigações (2ª dimensão), até decisões do Supremo Tribunal Federal suspendendo a aplicação de emenda constitucional e mesmo revogando norma constitucional originária (1ª dimensão).

Com relação à terceira dimensão, não se percebe mal-estar. Pelo contrário, há certa satisfação do senso comum em incorporar tecnicismo e racionalidade instrumental ao serviço público.

Com relação à segunda dimensão, o mal-estar é, em certa medida, paradoxal. A ampliação do acesso à justiça e a ampla positivação de direitos de todo tipo são bem-vistos, mas a extensa e intensa atividade judicial resultou na sensação de incerteza jurídica; praticamente todos os aspectos da vida são judicializáveis, ainda que a

percepção seja de que as respostas do sistema judicial são imprevisíveis.

Aqui merece o primeiro reparo às impressões do senso comum. A eventual incapacidade de o sistema judicial brasileiro produzir decisões sistemicamente certas e coerentes, ou seja, produzir decisões racionalmente previsíveis, não pode ser considerada efeito da judicialização da política, mas efeito de planejamento e gestão judiciárias ineficientes.

O segundo reparo pode invalidar o primeiro. Mereceria estudo empírico para constatar se o sistema judicial brasileiro é efetivamente imprevisível (isto é, se as decisões judiciais seriam incertas). Ainda que para o cidadão comum o sistema judicial seja excessivamente fechado e incompreensível, provavelmente, para o advogado, o juiz e o professor de direito, parte significativa das demandas judiciais são resolvidas tal como previstos em *standards* decisórios.

Em todo caso, o sistema político brasileiro possui mecanismo de controle da extensão e da intensidade do protagonismo judicial (no âmbito da judicialização da política ordinária, isto é, da segunda dimensão). Os tribunais intermediários e superiores ainda têm a sua composição determinada relativamente pelo chefe do executivo, de modo que esses tribunais poderiam atuar como cortes de cassação induzindo a atuação judicial mais restritiva pelos juízes. Se o protagonismo é dos tribunais, do mesmo modo, a escolha criteriosa de desembargadores e ministros induziria à postura autorrestritiva.

Por outro lado, o protagonismo judicial é proporcional à intensa positivação de direitos. A

autorrestricção legislativa ou mesmo a revogação de legislação concessiva de determinados direitos produziria o efeito da proporcional redução de demandas ou de decisões judiciais⁴³⁸.

Com relação à primeira dimensão, o mal-estar tornou-se mais intenso, gradativamente, no decorrer dos últimos quinze anos. Esse mal-estar é proporcional à exposição pública do Supremo Tribunal Federal. Para fins argumentativos, essa dimensão pode ser dividida em três aspectos: a fiscalização eleitoral, o controle de constitucionalidade, a judicialização da vida (árbitro de questões fundamentais de valores). Um aspecto adicional de árbitro dos conflitos políticos não parece ser pertinente no Brasil.

A judicialização da fiscalização eleitoral não é particularidade brasileira, é um mecanismo bastante difundido de estabelecer um árbitro imparcial para conduzir as eleições e assegurar o respeito às regras do jogo. No caso brasileiro, durante muito tempo, parecia preservada a imparcialidade (não partidarização) dos tribunais eleitorais. Entretanto, o mal-estar se manifesta nas constantes alterações das regras eleitorais e pela ainda malsucedida tentativa de “limpar” a disputa eleitoral. Parece que o desenho institucional do Tribunal Superior Eleitoral é, em certa medida, responsável pelo primeiro mal-estar; o procedimento de recrutamento dos ministros e a alta rotatividade no cargo impedem a formação de uma jurisprudência estável. A recente indissociação entre o Supremo Tribunal federal e o Tribunal Superior Eleitoral parece agravar a situação.

⁴³⁸ O recente exemplo da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) reforça essa conjectura.

A Constituição de 1988 conferiu amplos poderes de controle de constitucionalidade das leis ao Supremo Tribunal Federal. Esses poderes foram ampliados com a Reforma do Judiciário (emenda constitucional nº 45/2004). A extensão e a intensidade da judicialização da política nesse aspecto é o resultado, provavelmente, da facilidade de acesso, o que amplia quantitativamente as demandas, e da variedade de instrumentos decisórios, o que intensifica os efeitos da decisão. Os relatórios destacam o número alto de demandas recebidas pelo Supremo Tribunal Federal⁴³⁹, o que leva à ilação não apenas do agigantamento do poder judiciário como da sua relevância e, ainda, da sua superioridade em relação aos outros poderes. A sistematização desses dados, entretanto, tem demonstrado que, a despeito do alto número de demandas, relativamente, o número de julgamentos é baixo e a relevância dos julgados também é menor do que faz parecer; além do que, os julgamentos raramente afetam leis relevantes⁴⁴⁰. Episódios que causam perplexidade, como a não aplicação da emenda constitucional nº 52/2006 ou a derrogação do art. 52, X⁴⁴¹ da constituição sob o argumento da mutação constitucional são raros e não causam impacto permanente no sistema político. Recorrentes manifestações públicas de ministros isolados sobre a posição privilegiada de intérprete supremo da

⁴³⁹ “Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história”. Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*, p. 447.

⁴⁴⁰ Cf. o estudo de Thamy Pogrebinski. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*.

⁴⁴¹ ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ (aplicação da doutrina que ficou conhecida como “da abstrativização do controle difuso”).

constituição também não resultam em maiores consequências para o sistema político.

Assim, o terceiro reparo é que a judicialização da política pura, no aspecto do controle de constitucionalidade, é muito mais retórica do que efetiva no Brasil.

O quarto reparo é uma ressalva ao segundo. Apesar de poucos casos e de impacto prático relativamente mitigado, a atuação do Supremo Tribunal Federal como fiscal da constitucionalidade material de emendas constitucionais e como poder constituinte reformador⁴⁴² merece toda atenção, pelo menos, na sua dimensão simbólica. Nesse caso, o ativismo judicial ou a judicialização da política pura se fazem evidentes⁴⁴³.

O quinto reparo é um acréscimo. É no âmbito do controle de constitucionalidade, sobretudo, que grupos de interesse e partidos de oposição ampliam a arena da disputa política (principalmente partidária ou ideológica) por meio das demandas judiciais. Os números demonstram o relativo insucesso dessas demandas em termos de decisão favorável; o que não revela os ganhos políticos e simbólicos indiretos.

O terceiro aspecto da segunda dimensão podemos denominar, na falta de expressão melhor, de judicialização da vida. Refere-se à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de questões valorativas fundamentais, não de questões políticas (ou de governo) propriamente. Nesses casos é que a atuação como legislador positivo do Supremo Tribunal Federal se

⁴⁴² Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*.

⁴⁴³ Para uma leitura adicional sobre o tema, cf. Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do poder legislativo*.

manifesta com mais intensidade. A fragmentação do corpo político permite esse protagonismo judicial.

O sexto reparo diz respeito aos reais efeitos dessas decisões, se simbólicos ou se efetivamente alteram relações jurídicas, sociais e econômicas. Nesse terceiro aspecto, não parece haver mal-estar com a judicialização da política, mas com cada decisão especificamente. Não parece haver disposição do executivo ou do legislativo para decidir sobre essas questões controvertidas.

Com relação ao quarto aspecto, não parece que o Supremo Tribunal Federal atue como árbitro de conflitos políticos (horizontais)⁴⁴⁴. E quando atua como árbitro de conflitos federativos parece que tem decidido tendenciosamente a favor de maior centralização.

O mal-estar com a judicialização da política no Brasil, portanto, é um equívoco. O mal-estar é com o planejamento e a gestão do sistema judiciário pouco eficiente e contraditório e não com a expansão do poder judiciário.

A tendência de partidarização dos tribunais, entretanto, leva à necessidade de novos desenhos para recrutamento de ministros e desembargadores e novos procedimentos de decisão, tornando os órgãos judiciais, ainda que desempenhando funções legislativas ou políticas, mais judiciais (ou seja, mais técnicos, mais independentes, mais imparciais, mais estáveis), para evitar, como advertiu John Ferejohn, a politização da justiça. Nesse contexto, considerando o caso brasileiro, parece menos pertinente a preocupação de Ferejohn com novos parâmetros para escolha dos ministros e parece

⁴⁴⁴ Não parece ter pertinência a esse estudo a atuação do Supremo Tribunal Federal no que Oscar Vilhena denomina de “pequenas causas políticas”. Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*, p. 449.

mais importante redesenhar o modelo de decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, talvez a vedação de decisões monocráticas e mesmo a instituição de quórum especial de decisão poderiam produzir efeitos significativos para melhor eficiência e coerência e, assim, reduzir esse mal-estar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo provavelmente contrariou muitas expectativas. De certo modo, uma excitação pela mudança paradigmática, pela pós-modernidade, foi frustrada pela constatação de que os dilemas atuais são os mesmos de dois e quinhentos mil anos.

Além do que, o mal-estar em relação à judicialização da política se revelou injustificável, sobretudo porque esse fenômeno não é de todo incompatível com a doutrina da separação de poderes.

Essa constatação surpreendente revela outra ainda mais inusitada: a de que a hegemonia da retórica democrática no século XX é que é o principal vetor da crise paradigmática e de que, em certo sentido, a judicialização da política é a reação do paradigma vigente (teoria do governo misto) ao novo paradigma (democrático). Ou seja, a judicialização da política é, em certo sentido, a reação da tradição republicana à propagação da ideologia republicana (isto é, da retórica democrática).

A retórica democrática é muito convincente e sedutora. Quem não se renderia ao ideal de uma sociedade igualitária de cidadãos virtuosos (preocupados com o bem comum e com a virtude cívica), que se autogoverna (ativa participação de todos nas decisões que lhes afetam), prescindindo de chefes, líderes ou

senhores, ao mesmo tempo que cada um é plenamente livre no usufruto dos seus direitos? Quem haveria de refutar o paraíso na Terra? Apesar de sedutora e convincente, nos dias de hoje, a hegemonia democrática é implacável com qualquer dissidência.

A satisfação das promessas do ideal democrático, entretanto, ainda é um mistério: um desafio ou uma decepção.

A tradição republicana, em contraste, carrega o peso quase insustentável da premissa oposta, a desconfiança na boa índole humana e nas organizações políticas. Para a tradição republicana, ainda que com as melhores intenções, a tendência de cada pessoa, de cada grupo ou de cada facção para privilegiar os seus interesses e as suas vontades é quase inevitável. Para evitar a tendência quase inevitável, a tradição republicana resgata uma experiência pretensamente bem-sucedida: um desenho institucional de equilíbrio, controle e cooperação que envolve estratégias para a melhor ação (monárquicas), para a prudência sábia (aristocráticas) e para a renovação (democráticas).

Enfim, esta pesquisa nunca teve qualquer pretensão de resolver os dilemas da liberdade, mas apenas de clarificar a discussão. Espera-se que o objetivo tenha sido minimamente satisfeito.

Para os que desejam resolver o dilema, seja por uma síntese, ainda que republicana, ou pender para um dos lados, esta pesquisa não será útil o suficiente. Entre confiar na retórica democrática, de que o povo fala por si, e não por seus líderes, e que, efetivamente, o povo é capaz de conduzir o governo para o bem comum e, ao mesmo tempo, evitar a tirania da maioria e evitar a

anarquia da licenciosidade (o abuso dos direitos), ou, em contraste, confiar na retórica republicana (tradição republicana), de que o bem comum só pode ser alcançado com um engenhoso desenho institucional de equilíbrio, controle e cooperação, e, ao mesmo tempo, não redundar na preservação do *status quo* ou em uma artimanha oligárquica contra a democracia, esse dilema é uma controvérsia que esta pesquisa se mostrou incapaz de responder. Qualquer tentativa de dirimir este dilema seria, inevitavelmente, manifestação de vontade, opinião ou ideologia.

REFERÊNCIAS

- ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da UnB, 1985.
- ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da UnB, 1997.
- ARISTÓTELES. **Tratado da política**. São Paulo: Publicações Europa-América, s. d.
- ARON, Raymond. **Etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1982.
- BAGNO, Sandra. “Maquiavélico” versus “maquiaveliano” na língua e nos dicionários monolíngües brasileiros **Cadernos de Tradução**, Florianópolis, v. 2, n. 22, 2008.
- BAILEY, Bill (ed.). **The antifederalist papers**. Disponível em <www.thefederalistpapers.org>.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, 2009.
- BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

- BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- BEARD, Charles A. A. **Uma interpretacion economica de la Constitucion de los Estados Unidos**. Buenos Aires: Arayu, s. d.
- BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político: una defesa republicana de la constitucionalidade de la democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Editora da UnB, 1981.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BLACKSTONE, **Commentaries on the laws of England in four books**. Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. **O valor da constituição: separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do estado liberal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de governo**. Brasília: Editora da UnB, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONNECASE, J. **La escuela de la exegeses en derecho civil**. Puebla: Editorial Jose M. Cajuca Jr, s. d.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, n. 46 (1), 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Renegar Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional». **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 6, n. 17, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n. 6, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. Por um conceito operacional de judicialização da política. **7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**, Recife, 4 a 7 de agosto, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: uma discussão conceitual. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, n. 40 (2), 1997.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 12 (34), 1997.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. **O Supremo contra a constituição**. Brasília: Universidade de Brasília, 2020 (tese de doutoramento).

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editor, 1975.

CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DAHL, Robert A. **La democracia y sus críticos**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

DAMATTA, Roberto. **O que é o Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

DETTMAM, Deborah. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2017 (tese de doutorado).

- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional** (Instituições de Direito Público). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. MacMillan: London, 1927.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. **Seqüência**, Florianópolis, n. 39, 1999.
- ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 1991.
- FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, n. 18 (51), 2004.
- FARIAS, Francisco Pereira de. Clientelismo e democracia capitalista: elementos para uma abordagem alternativa. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 15, 2000.
- FEREJOHN, John. Judicialización de la política, politización de la ley. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, México D. F., vol 45, n. 184, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A constituição de 1988 e a judicialização da política. **Revista da**

Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 12, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 198, 1994.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la sociedad industrial**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural no Brasil**. São Paulo: Nacional, 1936.

FROMM, Erich. **O medo à liberdade**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

GARCIA, Eloy. Estudio preliminar. Una propuesta de relectura del pensamiento político: John Pocok y el discurso republicano cívico. In POCOCK, J. G. A. **El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica**. Madrid: Tecnos, 2002.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leis. **Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, México, D. F., n. 6, abr., 1997.

GODOY ARCAYA, Oscar. Antología política de Montesquieu. **Estudios Públicos**, Santiago de Chile, n. 62, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. São Paulo: Visão, 1985.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In MOREIRA, Luiz (org.). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e conseqüências do novo constitucionalismo. Londrina: Editora Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In **The Oxford Handbook of Political Science**, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 182, 2009.

IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro Silva. Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del poder judicial - el caso de los Estados Unidos. **Estudios Constitucionales**: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, ano 14, n. 2, 2016.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da constituição (a justiça constitucional). **Revista Direito Público**, Brasília, n. 1, 2003.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da constituição (a justiça constitucional). In KELSEN, Hans. **Juridição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Juridição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição. In KELSEN, Hans. **Juridição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria general del Estado**. Barcelona: Labor, 1934.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale**. Paris: Marcel Girarol & Cia, 1921.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de**

- Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, 2018.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1970.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP – Dossiê Judiciário**, São Paulo, n. 21, 1994.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. Os órfãos de Montesquieu: o constitucionalismo esquecido dos monarquianos franceses (1789). **Revista Estudos Políticos**, Niterói, v. 2, n. 3, 2011.
- MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2001.
- MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.
- MANENT, Pierre. **História intelectual do liberalismo: dez lições**. Rio de Janeiro: Imago, 1990.
- MANIN, Bernard. **Los principios del gobierno representativo**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.
- MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MCLLWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo – antigo y moderno**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MERCADANTE, Paulo. **A consciência conservadora no Brasil**: contribuição ao estudo da formação brasileira. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MILL, John Stuart. **O governo representativo**. São Paulo: Ibrasa, 1995.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORO, Sérgio Fernando. A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, 2001.

NEUMANN, Franz. **O império do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil**: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária. Brasília: Edições Câmara, 2016.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

ÖHLINGER, Theo. Hans Kelsen y el derecho constitucional federal austríaco: una retrospectiva crítica. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, México D. F., n. 5, 2006.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1959.

- PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, 2015.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Antologia filosófica**. São Paulo: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, s. d.
- PETTIT, Philip. **Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno**. Barcelona: Paidós, s. d.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.
- PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neo-republicanismo. **Análise Social**, Lisboa, vol. XXXVI, 2001.
- PLATÃO. **A república**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s. d.
- PLATÃO. **Las leys o de la legislación**. México: Porrúa, 1991.
- PLATÃO. Político. In PLATÃO. **Diálogos**. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Coleção Os Pensadores).
- POCOCK, J. G. A. **El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica**. Madrid: Tecnos, 2002.
- POLÍBIO DE MEGALÓPOLIS. **Historia universal bajo la República Romana**. S. l.: Ediciones elaleph.com, s. d.
- POLÍBIO. **História**. Brasília: Editora da UnB, 1985.
- PORCHAT, Reynaldo. Direito romano. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 19, 1911.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?:** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao direito constitucional dos Estados Unidos da América.** Rio de Janeiro: Luman Juris, 2019.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **RPGE**, Porto Alegre, v. 36, n. 76, 2015.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal.** Tomo 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, s. d.

RODRIGUES. Itiberê de Oliveira. Atos políticos ou atos de governo. **Revista do Ministério Público** (Nova Fase), Porto Alegre, n. 36, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica.** São Paulo: Edusp, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice.** São Paulo: Cortez, 1997.

SCHMITT, Carl. **Defensor de la constitucion.** Madrid: Tecnos, 1995.

SCHMITT, Carl. **Legalidad y legitimidade.** Madrid: Aguilar, 1971.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político.** Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Campus, 1982.
- SCHWARTZMAN, Simon. **Notas sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea**. Disponível em <www.schwartzman.org.br/simon/patrimonialismo06.pdf>. Acesso em janeiro de 2007.
- SHAPIRO, Martin. Juridicalization of politics in the United States. **International Political Science Review**, Ottawa, v. 15, n. 2, 1994.
- SILVEIRA, Daniel Barile da. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro. **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. São Paulo: Editora da Unesp, 1999.
- SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Controle judicial do mérito administrativo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1994 (dissertação).
- STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- TÁCITO, Caio. A reforma da jurisdição administrativa na França. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 36, 1954.
- TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The**

- global expansion of judicial power.** New York: New York University Press, 1995.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of judicial power.** New York: New York University Press, 1995.
- TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF.** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2009 (dissertação).
- VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of judicial power.** New York: New York University Press, 1995.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4(2), 2008.
- VIEIRA, Paulo Rodrigues. O controle de constitucionalidade na França. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, 1989.
- VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- VOEGELIN, Eric. **Israel e a revelação.** São Paulo: Loyola, 2009.
- VOEGELIN, Eric. **Em busca da ordem.** São Paulo: Loyola, 2010.
- WOOD, Gordon S. **La revolución norteamericana.** Barcelona: Mondadori, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Madrid: Trotta, 2003.

EDITORA
UNIVERSITÁRIA
DA UFPI