

Repensando a separação de poderes: do liberalismo do século XVIII à jurisdição constitucional contemporânea

Rethinking the separation of powers: from the 18th century liberalism to the contemporary constitutional jurisdiction

Caio de Souza Borges

Resumo

O princípio da separação de poderes é comumente identificado como o pilar fundamental do sistema democrático. Durante séculos, a interpretação dominante da teoria de Montesquieu reservou um papel secundário e reservado ao Judiciário, em subordinação ao papel do Legislativo e ao seu principal produto, a lei. Nos dias atuais, o protagonismo do Judiciário em questões polêmicas e sensíveis tem revelado as dificuldades de perpetuação de concepções rígidas da separação de poderes. A jurisdição constitucional contemporânea exige de todos os poderes a concretização dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos das minorias historicamente excluídas do sistema político representativo. Pretende-se, com o presente trabalho, compreender de que maneira Montesquieu posicionou o Judiciário entre os demais poderes sob uma leitura não-tradicional e compreender de que maneira o princípio da separação de poderes pode conviver com a justiça constitucional contemporânea e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: separação de poderes; jurisdição constitucional; direitos fundamentais; neoconstitucionalismo; ativismo judicial.

Abstract

The principle of separation of powers is commonly referred as the main foundation of the democratic system. The mainstream interpretation of Montesquieu's theory on separation of powers has remained, throughout centuries, inclined towards a reserved and secondary role for the Judiciary, subordinated to the prominent role of the Legislative and its output, the legislation. The protagonist role of the Judiciary in current times in ruling on controversial and sensitive issues has unveiled the difficulties associated with perpetuation of rigid conceptions of the separation of powers. The contemporary constitutional jurisdiction requires that all the powers make fundamental rights effective, especially those of the minorities historically

excluded from the representative political system. The aim of this paper is to assess the stance on which Montesquieu placed the Judiciary under a non-conventional reading of his theory and to understand the possible means of coexistence between the separation of powers, the constitutional justice and the quest for the materialization of fundamental rights.

Key-words: separation of powers; constitutional jurisdiction; fundamental rights; neoconstitutionalism; judicial activism.

1. Introdução

Dentre as razões políticas e jurídicas mais utilizadas em sentido desfavorável à expansão do Poder Judiciário em uma sociedade politicamente organizada, a doutrina da separação de poderes ocupa posição de destaque pela consolidação, ao longo da história, de seu caráter dogmático e indissociável da existência do sistema democrático. A interdependência entre separação de poderes e o princípio democrático revestiu-se de caráter tão rígido nas democracias constitucionais contemporâneas que as dificuldades que surgem da dinâmica da vida política em sociedades altamente complexas têm provocado um estado constante de permanente tensão institucional e política.

A positivação da tripartição de poderes, como é o caso do art. 2º da Constituição Federal de 1988¹, ao invés de definir limites e gerar consenso quanto ao exercício das atribuições estatais por cada um dos poderes, torna ainda mais tormentosa a questão pelo simples fato de que nem uma constituição analítica, ou até mesmo casuística como a do Brasil, pode enumerar todas as situações de ingerência de um poder sobre o outro ou, ainda que o fizesse, não haveria como estabelecer abstratamente meios institucionais satisfatórios para a atenuação desses movimentos frontalmente colidentes.

Certo é que para se chegar até ao que se tem hoje como “princípio constitucional da separação de poderes”, a semente plantada por Locke e nutrida por Montesquieu, este a quem se credita diretamente a formulação de tal teoria, cresceu e sofreu radicais variações decorrentes da confluência de acontecimentos históricos e mudanças de paradigmas políticos, sendo um dos mais importantes o constitucionalismo contemporâneo. Entretanto, a formulação plástica da construção teórica da separação do poderes, tal qual se vê nos dias atuais, foi preponderantemente erigida por meio dos ideais da Revolução Francesa do século XVIII, que

¹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

conferiu ao Poder Legislativo e à lei passada pelo parlamento uma posição de preeminência explícita dentre os diversos arranjos normativos passíveis de exercer controle sobre uma sociedade.

Tendo ocupado, por um longo período histórico, uma posição invejável de estabilidade e permanência mesmo diante de outros dogmas e instituições, a onipotência da lei passou a ser duramente questionada e o legislador passou a enfrentar diversas formas de controle que lhe tolheram a discricionariedade, resultando assim em uma flexibilização da concepção legalista que vigeu durante séculos. Isso se deu especialmente após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo viu que a lei pode ser o fundamento lógico para formas absolutamente distante dos ideais do século XVIII, como os regimes totalitários do século XX.

Em paralelo, assistiu-se a uma ascensão do poder que, a princípio, deveria atuar “na sombra”, o Judiciário, que vem sendo conclamado a se posicionar diante de temas complexos e carregados de dissenso, como uniões homoafetivas, políticas e programas raciais, biotecnologia, etc. O papel da função judicial nos Estados democráticos, que muitos consideram como sendo obscura até os dias de hoje, é objeto de debates intensos que buscam dimensionar as consequências da judicialização de virtualmente qualquer interesse ou conflito que exista no seio social. Reunindo-se as preocupações mais frequentes, indaga-se, em termos gerais, qual a consequência, para a ordem constitucional, a democracia política e os cidadãos, dessa crescente ênfase de direitos fundamentais e aspirações políticas sob a definição e o entendimento de uma minúscula parcela da população, que são os juízes.

Na tentativa de identificar as interpretações – e por vezes, deturpações – a que a teoria da separação de poderes foi submetida, e de modo a reconciliar clamores por uma maior intervenção do sistema judicial na resolução de conflitos sensíveis das sociedades atuais com as conquistas liberais do século XVIII em diante, este estudo tem por objetivo reinterpretar o princípio da separação de poderes à luz da jurisdição constitucional e dos direitos fundamentais.

Para isso, será empreendida uma releitura da teoria da separação dos poderes levando-se em consideração o estágio da política liberal existente ao tempo do Espírito das Leis. Buscar-se-á extrair da prescrição normativa de Montesquieu sobre a distribuição de poderes em um Estado² elementos que possam acomodar, sem ruptura institucionais ou da ordem

² Não se busca nesta primeira parte deste estudo fazer uma análise pormenorizada do livro O Espírito das Leis. A referência bibliográfica para a primeira seção deste trabalho é: CARRESSE, Paul O. *The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone and the Rise of Judicial Activism*. Chicago University Press: Chicago, 2003. Adotou-se tal obra pela sua perspectiva diferenciada com relação à obra de Montesquieu, sem o enquadrar no estereótipo dos filósofos e juristas do liberalismo do século XVIII. Relativamente à obra de Montesquieu, apenas consideramos as passagens de alguns “livros” de O Lspirito das leis, principalmente o 11, 12, 26 e 29, que contêm alguns dos excertos mais escritos e discutidos e que, pela ampla reprodução nos espaços de debate, acabam por delimitar o

constitucional, uma reorganização entre os Poderes com o desempenho, pelo Judiciário, de funções antes reservadas apenas ao Executivo e Legislativo. Em seguida, será delineada a maneira pela qual a justiça constitucional tem instrumentalizado a lei para a concretização de direitos fundamentais por via do Tribunal Constitucional, apresentando-se, ainda, as principais características dessa nova forma de enxergar o papel judicial e a função legislativa à luz da Constituição.

Na última parte, será realizada uma reflexão de caráter conciliatório entre o papel do Judiciário, dos demais poderes e os ideais democráticos substanciais das atuais sociedades complexas e plurais.

2. Judiciário e julgamento segundo Montesquieu

A razão de existir do Poder Judiciário sob a perspectiva de Montesquieu nada mais é senão decorrência lógica de sua afeição ao Estado liberal em detrimento das formas de governo a que chamava de tiranas e que imperavam na maior parte da Europa de sua época. Isto porque, segundo ele, somente aquele pode assegurar tranquilidade dos cidadãos e a moderação do poder político³, os dois pilares da sua concepção de liberdade real⁴ dos cidadãos. Ele correlaciona moderação ao poder de julgar, uma vez que este está livre das “paixões da política” e do partidarismo que impregna os outros dois poderes, ou ao menos não possui, em um primeiro momento, as mesmas paixões e os mesmos defeitos dos poderes tradicionalmente afeitos à discussão política (CARRESE, 2003, p. 17).

A tranquilidade dos cidadãos é situação mais complexa. Montesquieu inicialmente considera o processo criminal para comparar a atuação judicial em uma República, no caso a romana, com a monarquia inglesa, sobre a qual se debruça nesta parte da obra, para concluir que em ambas o juiz (ou júri, no caso da Inglaterra) sentencia o acusado a uma pena imposta

escopo da ideia de Montesquieu e por consequência dificultam o seu estudo sob perspectivas críticas que se afastam do que recorrentemente é imputado ao autor, criando um obscuro senso comum a respeito da substância da separação de poderes.

³ Embora Montesquieu também trate de moderação como conduta de índole subjetiva, o que o aproxima de Maquiavel, ao seu Judiciário incumbe efetivamente moderar a política no sentido de “frear” os demais poderes, mesmo que seja pela simples atribuição do poder de julgar a um terceiro poder, já que, segundo seu estudo, tal atividade era arbítrio ou dos legisladores ou dos príncipes dos Estados da época.

⁴ O próprio Montesquieu admite, entretanto, o sentido polissêmico da palavra liberdade, e o que ele empresta à sua obra não foi escolhido ao acaso. Revela sua aderência aos direitos humanos individuais e sua visão histórica que orienta a reforma que pretende lançar sobre instituições políticas e sobre as leis. Observe-se que Montesquieu é representante do liberalismo da época da Revolução Francesa, sendo que, para os dias atuais, sua concepção de liberdade revela-se superada pela demanda de concretização de direitos fundamentais muito além da propriedade, segurança e honra individuais.

pela lei, e ao final aduz que, para isso, o julgador precisa “apenas de seus olhos”. (CARRESE, 2003, p. 38). Observa que, “*ao remover o poder discricionário dos juízes e tornando-os igualmente subordinados à lei, as repúblicas mantêm o espírito de igualdade e, ao impedir julgamentos arbitrários, protegem a segurança e liberdade*” (CARRESE, 2003, p. 38). Em uma de suas passagens mais reconhecidas e transcritas, assevera que, em uma república, não pode o intérprete moderar a lei nem contra nem a favor dos cidadãos.

A quase totalidade dos que se deparam com essas palavras, inclusive estudiosos (*scholars*) da obra de Montesquieu, não hesita em afirmar de imediato que o autor é representante típico do liberalismo do século XVIII, que culminou na Revolução Francesa de 1789 e que instaurou, em qualquer país que adote o sistema democrático, a divisão de poderes com preeminência explícita ao Legislativo e Executivo em detrimento do poder incumbido de julgar conflitos pela aplicação da lei aos casos concretos. Ocorre que o legado de Montesquieu não se resume à prescrição da correta técnica da subsunção legal do fato à norma, ocasionando o juiz como “boca da lei”. Tem mais a ver com a relação entre o poder julgador emergente e uma visão de constitucionalismo liberal que considera a força e a independência desse poder, como o próprio afirma, condição *sine qua non* à uma constituição moderada.

Sendo a preocupação central de Montesquieu a tranquilidade individual, como essência da liberdade, duas propostas centrais emergem, cada uma com dimensão política e filosófica distintas. A primeira proposta é a de abrandamento da severidade das leis penais, e a partir dessa visão humanista é que algumas de suas assertivas ganham seu verdadeiro sentido.

Sua aversão ao “ato de julgar”, que remonta ao episódio bíblico do dia do juízo final, ganha corpo nos tribunais populares instituídos ao longo da história (e especialmente durante a própria Revolução Francesa), que segundo ele eram elemento constante das raízes de poder dos países déspotas. Ao contrário do que normalmente é transcrito, jamais ele afirma que o “Judiciário é um poder terrível entre os homens”, mas sim que “o poder de julgar” é terrível entre os homens” (CARRESE, 2003, p. 48). Isso porque, ao constatar a arbitrariedade dos procedimentos penais, verificou que o julgamento de um indivíduo, à revelia de procedimentos e de um corpo especificamente estruturado para tal fim, é o meio mais rápido e comum para a perda da “vida, liberdade ou propriedade”, e por conseguinte, da “tranquilidade que surge do senso que alguém tem sobre sua segurança” (CARRESE, 2003, p. 48). Desta feita, apenas juízes “invisíveis e neutros” podem assegurar a moderação política, “*rule of law*” e a separação de poderes, que constituem a um só tempo a base e os fins de sua teoria política.

A segunda proposta é a materialização institucional dos órgãos necessários para a tranquilidade do indivíduo e da liberdade. Neste aspecto, Montesquieu tem muito mais a

oferecer que simplesmente um modelo rígido de separação de poderes. A defesa dos direitos individuais segundo seu modelo requer uma inevitável “judicialização da política”, seja para fazer frente aos rasgos emocionais ou puramente políticos dos outros poderes, seja para dotar o novo poder de força necessária à proteção concreta dos valores liberais clássicos (direitos civis de primeira dimensão). Sua fórmula é um tanto quanto complexa, pois mescla instituições monárquicas e republicanas para justificar sua dicotômica divisão de poder julgador entre a Câmara Alta do Parlamento e os júris populares. Àquela caberia julgar nobres, utilizando-se de um “vasto, amplo, largamente indefinido poder de equidade”, enquanto estes julgariam seus pares comuns, “privilégio do pior cidadão de um Estado livre” (CARRESE, 2003, p. 46). Ignorando propositalmente, neste momento, a afronta que isso representa ao princípio da igualdade tal como hoje se considera substancialmente democrática, ambos se destinam ao mesmo fim: blindar os juízes e o Judiciário e atenuar a sensação de intranquilidade inerente ao julgamento de um cidadão.

Montesquieu apresenta sua proposta de liberdade individual calcada na monarquia constitucional, consolidando a separação de poderes e a moderação política apoiada em um poder blindado, a fim de se atingir uma política moderada e humana (CARRESE, 2003, p. 53). Não obstante, os ranços monárquicos do modelo proposto por Montesquieu colidem inclusive com os princípios da transformação da Inglaterra em Monarquia para uma República, a partir da abolição das “prerrogativas dos lordes, clérigo, nobreza e cidades”, removendo além disso “todos os poderes intermediários que formaram a sua monarquia” (CARRESE, 2003, p. 53). O seu apreço pelo “julgamento monárquico”, que é indissociável de sua concepção de moderação, a ponto de afirmar que sua perda transformaria o Estado inglês em um “estado popular ou um estado despótico”, indicam seu desprezo por governos puramente populares, por serem potencialmente despóticos.

Um estudo mais aprofundado dessa visão diz mais respeito à Ciência Política que ao direito, mas no que tange à distribuição de poderes e à investigação dos fundamentos jusfilosóficos do espaço reservado ao Judiciário no equilíbrio entre poderes estatais, as repercussões sobre a força deste poder não podem ser negligenciadas, ainda mais se uma das premissas do seu agigantamento é a sua transposição de fronteiras com o sistema político, inchando-o ou diminuindo-o.

A questão que se põe, neste momento, é encontrar indícios ou traços relevantes que apontem elementos da teoria de Montesquieu que justifiquem ou facilitem a compreensão da expansão do poder do Judiciário.

As impressões iniciais indicam que o Judiciário montesquiano jamais deveria ocupar posição de destaque no sistema de repartição de poderes. A utilização reiterada de palavras como “invisível, nulo e blindado” sugerem a interpretação restritiva do alcance da influência deste poder. Montesquieu intencionalmente evitava o uso de palavras como “corte” e “juízes” – no sentido profissional, burocrático – e utilizou ferramentas de “isolamento” do Judiciário, como os júris e a Câmara Alta, como órgãos invisíveis (CARRESE, 2003, pp. 48-49).

Por outro lado, outros elementos levam a crer que, se Montesquieu jamais previu ou sugeriu um Judiciário forte e central, tampouco desejou que fosse um “convidado de pedra” do ensaio dos poderes do Estado. Sua grande preocupação era, ao contrário dos extremos dos Estados de seu tempo, evitar o cometimento de injustiças contra indivíduos. Em uma passagem, cita a paródia de Glaucon, da República de Platão, para enaltecer a “invisibilidade” como incremento do uso do poder, mas, ao mencionar Herodotus, ressalta “as injustiças que os homens tendem a praticar quando ninguém está olhando”. Tais ideias não levam a outra conclusão senão de que a invisibilidade pretendida por Montesquieu não é necessária senão para que a atividade inexorável dos juízes de mitigarem a severidade da lei seja feita de maneira gradual e imperceptível, sem a carga de censurabilidade que o ato de julgar nos moldes bíblicos deduz (CARRESE, 2003, p. 49).

Algumas conclusões são necessárias, sob a vertente prática da relação entre a teoria de Montesquieu e a problemática posta.

Em primeiro lugar, o Judiciário de Montesquieu não era “blindado” com o fim único de propiciar tranquilidade de índole subjetiva ao acusado ou, em termos gerais, o jurisdicionado. Muito mais que este aspecto, se presta a garantir a sua própria independência e evitar abuso de poder pelo agente julgador. Nesta senda, nada difere o sentido de “neutralidade”, usado pelo autor, do que se utiliza nos dias atuais, no sentido genérico de imparcialidade, isenção e condenação de métodos obscuros de motivação e decisão. Isto revela, no mínimo, a força com que já nasce o Judiciário na teoria mais influente de separação de poderes, não só livre de influências políticas, mas também incumbido do dever de zelar pelo “jogo político”, pois se trata de etapa essencial da materialização da liberdade, seja pela aprovação de leis ou pela execução de seus comandos.

Adiante, temos que o “judicial review”, ou controle de constitucionalidade das leis, embora não previsto expressamente na obra de Montesquieu, pode ser extraído pela decorrência lógica de sua concepção inegavelmente contramajoritária do Judiciário, já que, se a este Poder cabe temperar as paixões políticas dos poderes clássicos, essa tarefa poderá ser usada contra eles próprios para derrubar restrições contra a liberdade individual. A palavra final, a quem

cabe decidir se a restrição é ou não justificável, não cabe a outro poder senão ao próprio Judiciário.

Por último, é imprescindível submeter a teoria da separação de poderes ao escrutínio da evolução histórica e da complexidade das sociedades contemporâneas, que demandam por prestações do Estado inimagináveis à época de sua formulação. A expansão do Judiciário é corolário do advento do Estado Social, e a trajetória desse movimento expansionista deu-se por meio de diversos embates sociopolíticos que transformaram o constitucionalismo e o liberalismo, muitas vezes por meio de avanços permeados por retrocessos, como a experiência prática demonstra no exemplo do Estado de Bem Estar Social, de existência identificável no tempo e no espaço e que representa bem o processo de modificação a que tiveram de se submeter os poderes do Estado para assegurarem sua influência sobre os demais.

Agrupamentos humanos de crescente complexidade requerem refinamento dos órgãos depositários do poder que essa sociedade difusamente exerce por meio deles. Elites políticas e econômicas exercem, sempre, considerável influência na tomada de decisões e nos procedimentos que desembocam nos consensos que governam a vida em sociedade. Desta maneira, determinados instrumentos são apreendidos por essas elites e alçados a categorias de elevada necessidade, exercendo a um só tempo a forma de instrumentos de controle imposto verticalmente e de canal necessário das camadas inferiores para lograrem seus intentos no cenário político.

A simplificação manipulada das ferramentas de controle, objetivando mimetizar determinada ideologia, é expediente recorrente na abordagem da teoria de Montesquieu, especialmente no que diz respeito à subordinação dos juízes à lei e à inconveniência democrática da interpretação do texto legal para revelar-lhe o espírito, sendo a técnica da subsunção a expressão pragmática do padrão da conduta correta a ser seguida pelo julgador e denotativa da influência da instância judiciária.

O incremento da função judiciária, das regras e das formalidades, não obstante a crítica de Montesquieu que, de tanto crescerem, tornaram o julgamento “uma arte de motivação em si mesma” (CARRESE, 2003, p. 36), deu a independência necessária à ciência jurídica, especialmente à hermenêutica e à jurisdição constitucional, para questionar o dogma legal e articular os seus próprios métodos racionais de julgamento e participação nos processos de decisão carregados de forte conteúdo político. A força normativa das constituições, que tem suas origens no período do pós-guerra, tornou periférica a lei e expôs ao centro os juízes e a constituição, ao ponto de chegarmos ao que Rawls definiu como sendo um “judge-centered

constitutionalism” (RAWLS, 1971), expressão que aponta perfeitamente a superação da identidade entre direito e lei.

2. A separação de poderes no constitucionalismo contemporâneo

2.1 A erosão do paradigma legal pelos direitos fundamentais

A moderação política foi a solução eficaz encontrada por Montesquieu para conter os abusos perpetrados pelos poderes Legislativo e Executivo, mas a atribuição de moderar o cenário político, por coerência lógica, ficaria a cargo de um terceiro poder, que deveria se manter afastado e independente o suficiente para não se deixar corromper pelos demais. Surge imediatamente dessa concepção o problema do controle dos abusos dos julgadores, já que não se tem por que afirmar peremptoriamente que, uma vez dotados de amplos poderes, os juízes jamais descambariam para a arbitrariedade tal qual fizeram os legisladores e os administradores no curso da história.

Montesquieu chegou a afirmar que “o império da lei só irá existir se o ato de julgar for separado das paixões do soberano e for guiado por um julgamento debaixo da lei” (CARRESE, 2003, p. 37). Ao exaltar a lei como o elemento norteador da atividade julgadora, Montesquieu forneceu aos exegetas do Estado Liberal as bases teóricas que necessitavam para construir a sua própria ideia de direito e justiça, calcada na premissa de que, sendo a lei instrumento de restrição da liberdade individual, deve ser produzida pela representação popular e, ao nascer após as formalidades necessárias, encerra comando que repele qualquer tentativa de interpretação que vise afastá-la do intento de seus criadores, os representantes do Legislativo.

Marinoni (2009, pp. 25-41) anota que o direito foi reduzido à lei, mas que é impossível igualar “*rule of law*”, tal qual Montesquieu usou, com a legalidade, pois aquela compreende ausência de poder arbitrário, igualdade perante a lei e o fato de que os princípios gerais da constituição constituem resultados do direito comum, enquanto esta representa a materialização do absolutismo burguês em detrimento do absolutismo do *ancien régime*, por considerar exclusivamente o procedimento formal para a validade da lei em desapego à sua substância, resultando em “leis obtusas, brutais e egoístas”⁵.

⁵ Em referência à obra de Hobbes.

Acrescenta, ainda, que o império da lei está intimamente ligado à ideologia de “certeza do direito” ou “plenitude do ordenamento jurídico” (MARINONI, 2009, p. 27), que regeu a hermenêutica e a atividade interpretativa dos profissionais do direito durante séculos, reduzindo-os a meros aplicadores mecânicos da norma aos fatos, de forma a negar-lhes acesso ao sistema constitucional de proteção dos direitos individuais (MARINONI, 2009, p. 30). A lei foi dotada de propriedades que lhe conferem validade, essencialmente a generalidade e abstração, que, sob o argumento da igualdade de todos sem distinção, impõe a edição de normas de caráter geral, sem considerar situações particulares, pois constituiria uma forma de discriminação entre pessoas “iguais”. Em suas palavras:

“A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia de liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. (...) O ideal da supremacia do legislativo era de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta. A lei era bastante e suficiente para que o juiz pudesse solucionar os conflitos, sem que precisasse recorrer às normas constitucionais” (MARINONI, 2009, pp. 27-28).

A fragilidade do positivismo jurídico, que reduz a atividade produtiva do direito à lei, não resistiu a outro fator que não a passagem do tempo. Uma sociedade minimamente dividida entre grupos sociais de interesses conflituosos jamais se sustenta tendo como premissa de convivência social pacífica a norma tomada por sua forma, e não pela sua substância. A “tirania do legislativo” aumentou o fosso entre os desiguais, por tentar cegamente tratá-los como iguais.

A vontade geral começou a ser contestada em sua forma e sua substância. Uma espécie de “realismo legislativo” logo demonstrou que a democracia representativa, exercida no âmbito das Casas Legislativas, nada mais é que a democracia dos grupos dominantes, denominados grupos de pressão e de *lobby*, que amesquinham a produção legislativa e é fonte inesgotável de injustiças (RIGAUX, 2003, p. 32). Rompe-se a ideia de lei como representação unívoca de um conjunto de interesses abstrata e homogeneamente concebidos para admitir-se que é ato permeado de interesses que estão em permanente conflito, sendo consequência inevitável dessa visão a convivência da codificação legal com processos autônomos de regulação (MARINONI, 2009, p. 42).

A supremacia da lei sofreu o golpe final após a Segunda Guerra Mundial, quando se percebeu que ela foi usada para sustentar e legitimar regimes totalitários, que vilipendiaram direitos fundamentais de grupos minoritários pelo sistema da maioria política (FALCONE,

2009, p. 53). A lei pode, a um só tempo, inviabilizar a realização dos direitos fundamentais, desrespeitá-los, suprimi-los ou, na sua ausência injustificada, impedir a efetividade desses direitos. Diante disso o paradigma constitucional se impõe, não como mera extensão ou *ratio* máxima da legalidade, em uma visão kelseniana de norma escalonada e piramidal, mas como sistema político-jurídico que contempla princípios e direitos fundamentais como necessários à realização da justiça.

Os direitos fundamentais remodelaram a concepção de direito ao suprimir a obrigatoriedade da etapa legislativa, intermediária entre juiz e constituição, para conferir àquele poder de invocá-los diretamente para a proteção de uma situação jurídica concreta, compreendendo a lei à luz dos princípios constitucionais. Sua eficácia jurídica passou de “norma programática” aos fins do Estado para direitos imediatamente aplicáveis de caráter normativo direto, sem necessidade da edição da lei para a sua fruição e proteção quando violados por Estado ou privados.

Com efeito, Marinoni confere aos direitos fundamentais as seguintes finalidades: “i) controle das atividades do Poder Público; ii) conferir à sociedade meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento (direito a prestações sociais); iii) proteger os direitos de um particular contra o outro; iv) estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos” (MARINONI, 2009, p. 63). Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais se transformam em direitos subjetivos oponíveis contra o Estado, pela provocação da jurisdição, a cargo exatamente do Poder Judiciário. Especialmente quando vinculados ao controle do Poder Público, os direitos fundamentais são entendidos em sua “dimensão objetiva”, que estabelece um dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado.

Esse dever de proteção, segundo Gilmar Mendes, relativiza “a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica” (MENDES, 2002, p. 209). Ao prescindir da participação do Legislativo para a sua realização, e estando o Estado obrigado a protegê-los sob pena de desrespeito à ordem constitucional, os direitos fundamentais reestruturam o direito e a jurisdição para dotar o Judiciário da atribuição de fiscalização e submissão de todos os poderes à supremacia da constituição, fazendo emergir uma realidade a que se denomina de jurisdição constitucional ou justiça constitucional.

2.2 A justiça constitucional contemporânea

O constitucionalismo contemporâneo é antes de tudo uma mudança de comportamento e de visão do direito. Se positivismo engessou a atividade de juízes, intérpretes, advogados e da comunidade jurídica em geral, para relegar à lei toda a função criadora e criativa do direito, a jurisdição constitucional pressupõe a ação conjunta de legisladores, juízes e intérpretes para desenvolvimento do direito sob o paradigma da concretização dos direitos fundamentais (FALCONE, 2009, p. 56).

O princípio majoritário encontra fundamento somente à luz do princípio da constitucionalidade, que condiciona a validade da codificação e decisão da maioria ao respeito ao sistema de justiça constitucional. A fiscalização desse sistema, exercida, em regra e *a posteriori*, pelo Judiciário, objetiva verificar tanto a substância da decisão majoritária como a adesão aos procedimentos de discussão de dissensos na esfera pública, para garantir a sustentação da própria justiça constitucional (FALCONE, 2009, p. 56).

A justiça constitucional, ao abrir as portas para a interpretação da lei à luz da constituição, que por sua vez condensa uma “carta de direitos” diretamente dirigida aos cidadãos, facilita o acesso popular à esfera de discussão pública, aproximando os sistemas político e jurídico. Esse modelo tende a atenuar a radical separação entre as expectativas depositadas no processo legislativo e a aplicação concreta de direitos que, pelo “output” da via representativa, estão muitas vezes dissociados das legítimas pretensões de determinados grupos sociais desfavorecidos.

A fragmentação de limites do texto constitucional é condição crucial para que a justiça constitucional suporte a avalanche de demandas que surgem de sua intrincada comunicação com a esfera política, e a fim de se evitar conflitos com base na questão textual da norma, o sistema também estabelece alguns elementos fortificantes tais quais o liberalismo fez com a lei. A interpretação da constituição se dá em um ambiente dominado por enunciados vagos e imprecisos transversalmente ligados a princípios constitucionais de força jurídica e normativa.

A justiça constitucional estabelece uma fiscalização da lei sem precedentes na história do direito, especialmente se levada em consideração a visão positivista que dominou boa parte do direito do século XIV (MARINONI, 2009, p. 44). A missão de controlar a constitucionalidade da produção legislativa encontra justificativas que vão desde a contenção dos impulsos casuístas do legislador, em celebração aos ditames da generalidade e abstração do positivismo, ao resgate da responsabilidade e dignidade da tarefa de construção do direito e até mesmo à garantia de sobrevivência do sistema constitucional (MARINONI, 2009, p. 46).

2.3 Interpretação da lei à luz da Constituição e neoconstitucionalismo

A ação jurisdicional expansiva alterou o modo pelo qual se encara a compreensão constitucional, renovando sobremaneira a atividade interpretativa dos juízes. Dentre os principais fenômenos, cite-se o neoconstitucionalismo, que combina textos fundamentais dotados de forte conteúdo valorativo com as novas práticas jurisprudenciais que deem espaço a técnicas interpretativas próprias aos princípios constitucionais, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade e a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais (VALLE, 2008). Para LIMA (2007, p. 68), o novo constitucionalismo teria entre seus pontos mais relevantes a legitimação da atuação do Poder Judiciário, a partir do parâmetro constitucional. Isto se daria porque enquanto os outros poderes são justificados pelos processos eleitorais, o Judiciário extrairia sua legitimidade da realização dos fins prescritos nas constituições.

Os princípios assumem a o papel de parâmetro para a conformação da lei à constituição, para dirimir dúvida interpretativa e preencher a lacuna legal. Mas, como adverte Marinoni, citando Alexy, não se limitam a esse papel subsidiário (MARINONI, 2009, p. 48). A força dos princípios encontra-se justamente na sua conexão com a realidade e sua apreensão de valores sociais, servindo de fundamento para normas específicas que orientam concretamente as ações positivas ou negativas do Estado (MARINONI, 2009, p. 57). Impõem assim, uma revolução na margem discricionária legislativa, por demandar tanto uma produção que antes se considerava espaço privativo do voluntarismo do legislador, quanto para tolher-lhe o âmbito de atuação e de regulação da vida social, que não mais se dará em afronta aos valores atribuídos aos direitos pelos princípios.

A jurisdição constitucional contemporânea, prestada através da conformação da lei à constituição, após delineado o caso concreto, ao fim de uma sequência lógico-jurídica de verificação da sua constitucionalidade, é iluminada pela força normativa dos princípios de justiça, que hoje adquiriram status de normas jurídicas, mesmo os não explícitos (MARINONI, 2009, p. 45).

O juiz, ao longo do percurso compreendido entre a provocação jurisdicional e a decisão de mérito, submeterá a substância da lei ao texto constitucional, podendo neste interregno declarar a sua inconstitucionalidade, afastar interpretações que conduzam à sua inconstitucionalidade (declaração parcial de nulidade sem redução do texto), declarar uma interpretação conforme que dê ao texto sentido viável diante do paradigma constitucional ou,

no caso de omissão legislativa, declarar a inconstitucionalidade por omissão, emitindo declaração de ausência de norma jurídica necessária a exercício de liberdades individuais ou emitindo comando de dimensão individual e restrita às partes (MARINONI, 2009, pp. 45-55).

Diversos críticos apontaram a alta carga de subjetividade e imprevisibilidade da submissão da regra, que a princípio é clara por ter no mínimo a essência textual, a valores insculpidos em princípios que nem sequer podem estar positivados na ordem jurídica.

Ocorre que os princípios reportam-se diretamente a aspirações sociais e direitos fundamentais de uma sociedade plural, e desta maneira não podem ser considerados meros valores subjetiva e arbitrariamente positivados, como se em nada diferissem, ao menos qualitativamente, das regras infraconstitucionais e ex-cânones do liberalismo clássico. Por seu caráter aberto e por demandar alta carga de razão e motivação no curso de uma ponderação ou declaração de supremacia com relação à lei, os princípios não estão isolados na margem política do sistema constitucional, seja porque sua força normativa lhes dota de eficácia jurídica, seja porque o órgão escolhido para dar a palavra final é a Corte ou Tribunal Constitucional, cujos procedimentos não têm a mesma identidade da discussão política da seara legislativa ou executiva.

2.4 O Tribunal Constitucional e a fiscalização das leis

A defesa da Constituição pressupõe, em diversos momentos da vida política, a luta contra a vontade dos grupos majoritários. O mecanismo de controle da vontade da maioria é crucial para a concretização de direitos fundamentais de grupos minoritários, e mesmo em uma situação de deferência ao grupo dominante, a interpretação constitucional empreendida pela Corte Constitucional, aplicada ao caso concreto, dá sentido e alcance aos enunciados dos direitos individuais, dotando os julgamentos de impacto político e a Corte de função interlocutória na definição de justiça social. FALCONE (2009, p. 58) destaca o papel integrador da Corte no exercício dessa função como o principal mecanismo de contenção da ditadura das maiorias e o sistema de justiça constitucional como um instrumento de limitação do poder e elemento de integração político-social.

Surge, como sempre em se tratando de concentração de poder por um órgão alheio ao sistema representativo democrático, a questão da legitimidade da justiça constitucional e da contenção de eventual abuso de poder dos juízes em revisar atos do Executivo e Legislativo

(LIMA, 2007, p. 69). O histórico do surgimento e da moldura do Tribunal Constitucional revela, no entanto, que esse risco já era previsto desde o início.

Hamilton, um dos mais influentes “framers” da Constituição dos EUA e defensor de uma Corte Suprema independente, trabalhando sobre a base teórica de Montesquieu, dotou o órgão do poder de controle de constitucionalidade das leis como uma ferramenta essencial à contenção do agigantamento do Poder Legislativo, tal qual ocorrera na Europa liberal. Para ele, não deveria haver questionamentos quanto ao papel da Corte em interpretar e dar significado à constituição e aos diplomas legais. Na mesma linha de Montesquieu, ele propunha uma atividade julgadora que se abstinhasse de revelar o “espírito da lei”, sendo mais inclinado ao julgamento de acordo com o seu texto.

Mas, ao contrário de Montesquieu, que proposadamente evitou enfrentar a questão dos mecanismos de controle dos próprios magistrados, Hamilton admitiu que “*uma vez concedido o poder independente de interpretar as leis, não há mecanismos para impedir os juízes de pronunciá-las segundo seu espírito*” (POWERS & ROTHMAN, 2002, p. 14). Hamilton, de certa forma, previu o nascimento de um Judiciário ambicioso e politicamente forte, mas preferiu acreditar que limites profissionais, institucionais e, acima de tudo, culturais, seriam suficientes para frear esse avanço de poder (POWERS & ROTHMAN, 2002, p. 14). Em sua célebre passagem no Federalista n. 81, argumentou que o Judiciário, “*the least dangerous branch*” (o poder menos perigoso), não seria capaz de usurpar o poder pela força, ainda que algumas “transgressões” estivessem “contabilizadas” e previstas desde a criação do novo poder.

Apesar das advertências dos vícios que poderiam acometer os juízes desde o momento em que a lei deixasse de ser identificada com o direito, eventos históricos, como a Segunda Guerra Mundial, e lutas políticas de segmentos sociais discriminados pelas maiorias políticas sedimentaram a justiça constitucional e abriram espaço para a retomada da criação do direito pela jurisprudência e pelas teses doutrinárias. O estabelecimento da constituição como “ordem fundamental de valores objetivamente compartilhados pela sociedade, com força normativa para assegurar os direitos fundamentais nela elencados – reunidos em torno do princípio axiomático da dignidade da pessoa humana” (SCHETTINO, 2008, p. 82), manifesta-se “na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais do Estado” (SCHETTINO, 2008, p. 83).

O Tribunal Constitucional é um órgão cujas atribuições variam em cada país, sendo que, no caso do Brasil, sequer podemos falar em um Tribunal cuja jurisdição é exclusivamente afeita à matéria constitucional. Em alguns ordenamentos jurídicos ela ocupa o ápice do Poder

Judiciário, em outros ela sequer faz parte desse poder, da mesma forma como o acesso dos magistrados se dá de maneira diferente conforme cada realidade jurídica específica. O consenso que se tem em torno do Tribunal Constitucional é que o mesmo utiliza critérios jurídicos para decidir sobre matérias de cunho político, com técnicas de interpretação e decisão que não se enquadram no velho conceito de subsunção fato-norma, mas por meio de métodos de aplicação e ponderação de princípios constitucionais que ora prevalecem ora cedem diante de outros no caso concreto.

Sem dúvidas a interpretação constitucional que se materializa na força normativa das decisões do Tribunal Constitucional fortalece o sistema de justiça constitucional. Até mesmo Kelsen⁶ teria reconhecido que o tribunal constitucional tem um caráter político bem maior do que outros tribunais, em virtude do significado materialmente político de suas decisões (SCHETTINO, 2008, p. 96). Pela própria natureza jurídico-política da constituição, torna-se possível ao Tribunal Constitucional ser ativo na concretização dos direitos fundamentais sem que se esteja usurpando a competência dos demais poderes.

Para isso deve-se compreender que a lógica da decisão à luz da jurisdição constitucional não é a mesma do positivismo jurídico, calcado nos frágeis conceitos de plenitude do ordenamento jurídico e de interpretação única da lei. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação (NOVECK, 2008, p. 420).

Sendo ou não parte da estrutura do Judiciário, o fato é que o fortalecimento do Tribunal Constitucional consolidou o poder de controle de constitucionalidade das leis e, a partir dele que se abriu caminho para que as cortes inferiores e juízes singulares pudessem utilizar-se de determinados conceitos e parâmetros de escrutínio da atividade legislativa e administrativa que, vistas em seu conjunto, revolucionaram o escopo de atuação e a postura do Judiciário em face dos demais poderes, fazendo surgir os indícios de ativismo que, com frequência, é acusado, não obstante o significado de ativismo judicial não faça parte do objeto de estudo deste trabalho.

2.5 O constitucionalismo e os sistemas político e jurídico

⁶ Ressalte-se que Kelsen admitiu o caráter político do Tribunal Constitucional para não ver sua teoria pura do direito ser desqualificada quando confrontada com a natureza do controle de constitucionalidade. Ocorre que o jurista lançou mão de uma lógica duramente criticada pela qual entre a sentença e a lei há diferença apenas quantitativa, e não qualitativa, já que ambas produziriam direito. Para um aprofundamento sobre a matéria, *cf.* MARINONI (2009).

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos de governo foi o primeiro passo do Judiciário no sentido de incrementar suas funções e ser parte do sistema político. Com o advento do constitucionalismo passou a enveredar por outras dimensões de controle do processo político, sendo a mais tradicional delas a que se destina a manter o “caráter democrático das regulações sociais”. Não obstante, no julgamento das questões que invocam os preceitos constitucionais, o Judiciário, além da simples tarefa de promover um “check” sobre os demais poderes, passou a emitir pronunciamentos que acabam por decidir sobre os próprios fundamentos da organização social (LIMA, 2007, p. 66).

Alguns fatores que explicam o fenômeno já foram trabalhados, como o monopólio da jurisdição constitucional e a judicialização das políticas públicas. Resta saber de que forma a justiça constitucional reorganizou as fronteiras entre os subsistemas político e jurídico para acomodar a expansão do Poder Judiciário sem a iminência de uma crise institucional ou a ameaça de destruição do próprio sistema constitucional.

Primeiro é necessário entender que a referida expansão não se deu de maneira súbita ou desacompanhada de modificações sociais. O gradual alargamento do poder das cortes, conduzido por inúmeros episódios de avanços seguidos de retrocessos, foi conduzido no mesmo ritmo da crescente complexidade das sociedades e o rompimento com os princípios rígidos da igualdade, liberdade e propriedade calcados nas ideias liberais dos séculos XVIII e XIX. O fim da exclusividade dos órgãos legislativos e executivos nas questões de alçada política é antes fruto da extrema burocratização do Estado que da usurpação do Judiciário das funções dos órgãos políticos. O sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais – civis, coletivos e os de terceira dimensão – dotou o Judiciário do poder irrefutável de defender a Constituição, o que inevitavelmente alterou os fundamentos de relacionamento e coordenação entre os órgãos do Estado.

Para Karl Lowenstein (*apud* LIMA, 2007, p. 67), “*quando os tribunais proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem por direito próprio num detentor de poder semelhante, quando não superior, aos outros detentores do poder instituídos*”. Tal ideia inerente ao controle das leis não evitou que, desde os primórdios do delineamento das cortes constitucionais, alguns, como Schmitt, emitissem alertas de que a judicialização da política se transformasse em politização da justiça, o que obviamente não se realizou, tanto que praticamente todos os ordenamentos jurídicos preveem algum tipo de controle judicial das leis e dos atos governamentais (BARROSO, 2008, p. 14).

Carrese admite que seu enfoque diferenciado sobre a obra de Montesquieu, no qual sustenta que o célebre pensador defendia métodos genuinamente jurídicos para a moderação da política, pode parecer ingênuo nos dias atuais, especialmente nos Estados Unidos, onde impera o ceticismo jurídico. Para essa concepção do direito, os juízes são tão políticos quanto os legisladores e os administradores, sempre ativistas no sentido de promover sua visão moral e social, apesar de utilizarem métodos tradicionais de julgamento para disfarçar essa realidade dos leigos e para temperarem sua inequívoca vocação a programar políticas públicas (CARRESE, 2009, p. 13).

A concepção cética do direito é considerada por Barroso como nitidamente deturpada, o qual afirma categoricamente que *“direito não é política, muito embora não seja possível ignorar que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa”* (BARROSO, 2008, p. 13). Para o constitucionalista, os limites obscuros entre os dois sistemas impõem a sua diferenciação. Nessa senda, direito pode ser considerado política quando se considera que

(i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula (BARROSO, 2008, p. 13).

Marcone (2009, p. 108) concilia as tensões entre a política e o direito, a falta de legitimação da justiça constitucional, o fenômeno da politização da justiça, a questão do governo dos juízes e a criatividade de suas decisões como desnaturação e dissolução da jurisdição sustentando que a Constituição é o elo que se situa no acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Da mesma maneira, Barroso afirma que a Constituição faz a interface entre os dois sistemas, conferindo à interpretação constitucional uma dimensão inevitavelmente política, balizada pelas possibilidades oferecidas pelo ordenamento vigente (BARROSO, 2008, p. 14).

3. Repensando a separação de poderes

A visão tradicional da separação de poderes prevalece não só no Brasil, mas em vários outros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, mesmo com o advento da justiça constitucional e do constitucionalismo contemporâneo (VALLE, 2008, p. 98). O argumento de que o Judiciário estaria invadindo as competências do Legislativo e do Executivo ao dar andamento ao seu processo de expansão institucional e ao assumir papel de destaque na concretização de direitos é recorrente nos estudos sobre as tensões entre os princípios democráticos tradicionais, dentre os quais a própria separação de poderes, e os direitos fundamentais destinados a resguardar das vicissitudes políticas grupos situados à margem do processo político.

O princípio da separação de poderes, como anota Ana Paula de Barcellos (2002, p. 209), decorre da ideia básica existente entre diversos povos de que a distribuição de poder entre pessoas ou grupos, em vez de mantê-lo concentrado, assegura muito mais eficientemente a participação política plural e atende de forma mais adequada os interesses de todos. Assim como Montesquieu preconizava a separação do poder julgador como condição essencial para a moderação política e a segurança individual, que somadas constituíam a liberdade em sentido pleno, Kant acreditava que a separação de poderes, conjugada com o princípio da legalidade, dava conteúdo à fórmula capaz de garantir a liberdade individual (BARCELLOS, 2002, p. 211).

Para ambos, a liberdade do indivíduo é a finalidade precípua do Estado, ou seja, tanto para um ou outro pensador, a separação de poderes não é finalidade em si mesma, por isso possui caráter instrumental, negligenciado pelos que se posicionam contrariamente às novas compreensões do sentido de separação de poderes no âmbito do Estado Constitucional.

3.1 A instrumentalidade do dogma da separação de poderes

A separação de poderes passou de postulado do Estado Moderno, em oposição às arbitrariedades do absolutismo, a dogma indissociável do regime democrático, ainda que para isso tenha de fazer as vezes de obstáculo à concretização dos direitos fundamentais. Isto porque até hoje se acredita que o único modelo de separação possível é o que foi adotado pelos revolucionários franceses, caracterizado pela preeminência explícita ao Legislativo em detrimento dos demais poderes.

Barcellos (2002, p. 216) ao afirmar que não há um modelo absoluto de separação de poderes que deva ser dogmaticamente aceito por todos os países, sob pena de se estar violando o princípio da separação, observa que formato de separação, que conferia total preeminência ao

Legislativo, desempenhou um relevante papel histórico, mas que esse é um modelo que não atende mais às necessidades contemporâneas e necessita de reformulação.

A autora vai além para afirmar que a separação de poderes é meramente instrumental ao objetivo maior do Estado, que é a concretização dos direitos fundamentais, e mesmo sendo essencial à organização do Estado Moderno, não é um fim em si mesmo e, desta maneira, deve ser flexibilizado de acordo com as necessidades históricas de cada povo (BARCELLOS, 2002, pp. 216-218) As acusações de que o princípio da separação de poderes entrou em crise com a transferência de atribuições do Legislativo para o Executivo e o Judiciário ignoram o fato de que, na verdade, a crise não é da separação de poderes, que em sua essência permanece viva e absolutamente necessária ao Estado democrático, mas sim do próprio sistema representativo, ao que alguns se referem por síndrome da inefetividade legislativa. Há de se reconhecer que as casas legislativas são tomadas por grupos de interesse que não se encaixam em padrões homogêneos como do século XIX, bem como, no caso do Brasil em maior escala, não atendem aos anseios qualitativos e quantitativos de uma sociedade plural. Afirma-se, nesse sentido, que a crise é do parlamento e da lei, e não da separação de poderes (BARCELLOS, 2002, p. 216).

Entretanto, em que pesem as constantes objeções ao centralismo do Judiciário na decisão sobre a vida social e os direitos fundamentais, a atuação das cortes constitucionais ainda é pautada fortemente pela orientação da autocontenção judicial, pela qual a própria corte procura minimizar a interferência de suas decisões na esfera dos demais poderes. No caso do Brasil, especialmente em razão do modelo de ativismo processual ou jurisdicional adotado pelo STF,

embora o Judiciário venha causando algum impacto sobre o Legislativo e o governo, frequentemente através da concessão de liminares, “uma parcela diminuta dessas ações resultaram em decisões substantivas do mérito”, o que indica que o processo de judicialização da política ainda se encontra num estágio embrionário no país e, além disso, em sua maioria favorece as políticas governamentais. (CASTRO, 1997, p. 149).

Muito embora os argumentos de que os juízes estariam fazendo política e sobrepondo suas visões pessoais aos programas dos órgãos do governo, diversos autores anotam que as cortes constitucionais frequentemente entendem que contribuem de modo mais eficaz à democracia através da legitimação das decisões de outros órgãos do governo que praticando sistematicamente seu poder de *judicial review*.

Afora os casos em que o Judiciário legitima e ratifica a visão do Legislativo, no mais das vezes sua postura ativa frente aos órgãos governamentais tem buscado oferecer aos grupos

minoritários e excluídos do processo político possibilidades de escolhas sobre seus próprios destinos, exercendo seu poder moderador quando a legislatura vai além dos limites que marcam a sua discricionariedade (SATHE, 2003, p. 271).

4. Considerações finais

A compreensão dos novos matizes da separação de poderes tangencia inúmeras questões sensíveis à estabilidade dos arranjos jurídicos e político-institucionais prevalentes nas democracias constitucionais contemporâneas. Embora seja inegável que nos últimos tempos a reacomodação das atribuições e esferas de atuação dos três poderes tenha sofrido transformações profundas, as análises a respeito dessa evolução tendem a se situar nos extremos do debate.

Na visão de Cappelletti (1988), a estrita separação de poderes fragiliza o Judiciário, confinando-o em conflitos privados e gerando um Executivo e Legislativo demasiadamente fortes e não controlados. Desta maneira, faz-se necessário um Judiciário forte, para estabelecer um equilíbrio de forças e evitar-se concentração de poder, o que requer a superação de um rígido padrão de separação de poderes para dar lugar a controles recíprocos, incluindo-se nessa nova concepção o Judiciário como ingrediente necessário à proteção contra violações de direitos. Como afirma RIGAUX (2003, p.32), de nada valeriam as *“disposições substanciais de uma Constituição, e estas permaneceriam letra morta se, depois de ter sido cometida, uma violação não pudesse ser reparada”*.

Por outro lado, não são triviais as preocupações sobre a de legitimação da justiça constitucional, a democratização do acesso ao judiciário, o fenômeno da politização da justiça – e seu inverso, a judicialização da política – sendo que alguns chegam até mesmo a advertir que, mantida a atual tendência, estar-se-ia caminhando para um governo dos juízes ou uma “supremocracia” (VIEIRA, 2008).

É da Constituição, portanto, que se devem extrair os limites dentro dos quais os juízes podem decidir sem causarem rupturas nos sistemas e seus mecanismos de ligação. É sob o pálio do paradigma constitucional que Barroso afirma que, para se evitar um modelo juriscêntrico e elitista de justiça, os juízes (i) só devem agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) devem ser deferentes para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não devem perder de vista que, embora não eleitos, o poder que exercem é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome

deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível (BARROSO, 2008, p. 15).

É preciso, entretanto, conferir ao substrato social a devida importância no processo de judicialização dos temas da vida pública, que na maior parte dos casos se dá pelo simples descontentamento com as vias tradicionais de provocação do poder público, fazendo com que as massas migrem suas expectativas para órgãos e agências ao menos aparentemente mais comprometidos com a concretização dos ideais democráticos.

De suma importância, vale destacar que o motor dessa transformação muitas vezes não é o Judiciário, os juízes ou uma suposta conspiração contra a democracia em seu viés representativo, mas sim a própria Constituição, que preserva os direitos dos diversos grupos sociais fixando limites às maiorias momentâneas, com o fito de evitar a violação de direitos e a própria quebra da regra majoritária (BARCELLOS, 2002, p. 229). Como já mencionado, a fórmula da representação democrática pelo voto da maioria sofreu severas restrições de credibilidade e efetividade que terminou por mitigar a discricionariedade do Legislativo ou até mesmo vedar-lhe o acesso do Legislativo a determinadas matérias erigidas a cláusula pétrea.

A mera observação de realidades jurídicas consideravelmente distintas como a do Brasil, dos EUA, da Alemanha ou da Índia, país cujo judiciário é considerado altamente ativista, forçam a conclusão de que jamais houve ou haverá de existir separação de poderes em formato tão rígido como o que comumente – e de maneira deturpada – se extrai da obra de Montesquieu.

Se é que em algum momento histórico o tenha existido, a manutenção de um modelo de separação de poderes rígido revela-se impraticável. As constantes transformações da realidade social, econômica e política do Estado requerem uma harmonização contínua entre o Judiciário e os demais poderes, guiada sobretudo pelo respeito aos direitos fundamentais e à proteção das minorias independentemente da vontade majoritária prevalente em um determinado momento histórico.

5. Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. Adeus à Separação de Poderes? In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Juspodum: Salvador, 2009, pp. 283-292.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 12 ago 2012.

BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch. New Haven: Yale University Press, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CARRESE, Paul. Montesquieu, Blackstone and the Rise of Judicial Activism. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

CASTRO, M. F de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). A Democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 17-42.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie. Leituras Complementares de Processo Civil. Juspodivm: Salvador, 2009, pp. 205-237.

FALCONE, Marconi. Justiça Constitucional. São Paulo: Método, 2009.

GUERRA, Gustavo Rabay. A Expansão do Poder Judicial No Constitucionalismo Democrático: Distorção sistêmica ou necessidade contemporânea? Disponível em <http://www.escrevendodireito.com.br/downloads/artigos/gustavo.pdf>. Acesso em 18 ago 2009.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. A dimensão política do poder judiciário no novo constitucionalismo: notas acerca da legitimação democrática da sua atuação. In: Parahyba Judiciária. João Pessoa, a. 5, v. 6, pp. 65-74, jul. 2007.

MARINONI, Luís Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Revista Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.

MENDES, G. F. Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

NOVECK, Scott M. Is judicial review compatible with democracy? Cardozo Public Law, Policy & Ethics 6:401, 2008.

RAWLS, John. A Theory of Justice. Library of Congress, 1971.

RIGAUX, François. A lei dos juízes. Tradução de Edmir Missio. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PAULA, Daniel Giotti de. Intranquilidades, Positivismo Jurisprudencial e Ativismo Jurisdicional na Prática Constitucional Brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Juspodvm: Salvador, 2009, pp. 321-344.

POWERS, Stephen P., Rothman, Stanley. The Least Dangerous Breach? Consequences of Judicial Activism. Westport: Praeger, 2002.

SATHE, P. S. Judicial Activism in India: Transgressing Borders and Enforcing Limits (Law In India). New Delhi: OUP India, 2. ed., 2003.

SCHETTINO, José Gomes Riberto. Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro, PUC, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, 4(2), jul-dez 2008, pp. 441-464.