

# **DIREITO E DEMOCRACIA NA TEORIA POLÍTICA OCIDENTAL: MONTESQUIEU**

## **LAW AND DEMOCRACY IN WESTERN POLITICAL THEORY: MONTESQUIEU**

Devisom C. de França Couto<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Este artigo tem como objeto o comentário dos principais aspectos do pensamento jurídico e político de Montesquieu e sua repercussão na atualidade. Sem deixar de visitar a biografia do Autor, seu foco é a Teoria da Separação de Poderes. Após uma abordagem tradicional da referida teoria a partir do clássico “L'Esprit des lois”, inclusive com a contribuição dos artigos *Federalistas*, explorar-se-á as novas questões a ela ligadas, tais como: a ascensão do Poder Judiciário, o chamado diálogo institucional ou constitucional entre os Poderes e os problemas do regime presidencialista, assinalados por Bruce Ackerman. Ao final, são elencadas outras idéias do Autor, que permitem tomar noção da vasta amplitude da sua visão política.

**Palavras-chave:** Separação de Poderes; Ascensão do Poder Judiciário; Judicialização da Política; Diálogo Institucional.

### **ABSTRACT**

This article aims to review key aspects of the legal and political thought of Montesquieu and its impact today. Besides visiting the biography of the author, the focus of this work is the Theory of Separation of Powers, from the classic "L'Esprit des lois," including the contribution of the Federalist papers, to the current issues related to it as the rise of the Judiciary, the so-called institutional or constitutional dialogue between the Branches and the problems of the presidential regime, marked by Bruce Ackerman. In the end, other ideas of Montesquieu are presented that will allow to see the vast extent of his political views.

**Keywords:** Separation of Powers; Rise of the Judiciary; Judicialization of Politics; Institutional Dialogue.

## **I. INTRODUÇÃO**

Imortalizado com sua célebre Teoria da Separação de Poderes, veiculada no capítulo 11 de “O Espírito das Leis”, Montesquieu repousa na posteridade como um dos mais influentes autores da Ciência Política.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Advogado do BNDES.

Inspirado no pensamento liberal de Locke e no que supôs ser a realidade constitucional inglesa, Montesquieu propôs, em defesa do direito de liberdade, um mecanismo de contenção do poder político a partir de uma específica organização estatal, na qual, o próprio poder político deteria a si mesmo (*le pouvoir arrête le pouvoir*).

Conforme salienta Paulo Bonavides<sup>2</sup>, o célebre livro de Locke sobre o governo civil<sup>3</sup> ficou muito aquém de alcançar a obra de Montesquieu em termos de limitação do poder político. Em Locke o poder se limita de maneira mais ou menos utópica, seja pelo consentimento, seja pelo direito natural ou, ainda, pela virtude do governante.

Em Montesquieu, ao revés, são propostas medidas concretas a fim de elevar a defesa do direito de liberdade. Tal característica deixa evidente a influência de Nicolau Maquiavel sobre Montesquieu, embora tal influência não se limite a isso.

Não resta dúvida que o modelo proposto por Montesquieu caiu como uma luva para os fins da burguesia que posteriormente viria emergir politicamente, conforme tão bem captou Karl Marx em “A Questão Judaica”<sup>4</sup>.

Todavia, também é inegável a contribuição da Teoria da Separação de Poderes para o constitucionalismo pós-revolucionário, tendo sua influência não se restringido aos limites territoriais da Europa e atravessado o Oceano Atlântico, conforme nos relatam Alexander Hamilton, James Madison e John Jay nos artigos federalistas<sup>5</sup> e a própria história do constitucionalismo brasileiro.

Montesquieu viveu o iluminismo, não foi apenas um filósofo, foi político e também escritor de sucesso. Foi um homem notável, um aristocrata de berço, mas um dedicado defensor da liberdade.

Por esse motivo, embora este artigo faça parte de uma obra que se destina a destacar os principais aspectos do pensamento político de alguns dos pensadores políticos de maior destaque no ocidente, o presente artigo não pode deixar de passar em revista à biografia do Autor (Seção II). Na Seção III, o foco é a Teoria da Separação de Poderes, explorando-se também questões atuais a ela ligadas como a ascensão do Poder Judiciário, o chamado diálogo institucional entre os Poderes e os problemas do regime presidencialista. Na Seção IV, serão elencadas outras ideias do Autor, que permitem tomar noção da vasta amplitude da sua visão política. Após, são apresentadas as Conclusões (V) e as Referências Bibliográficas (VI).

## II. INFORMAÇÕES BIOGRÁFICAS<sup>6</sup>

Nascido de família nobre francesa, em 18 de janeiro de 1689, Charles-Louis de Secondat, ou simplesmente Montesquieu, viveu até 10 de fevereiro de 1755.

---

<sup>2</sup> Paulo Bonavides. *Do Estado Liberal ao Estado Social*.

<sup>3</sup> John Locke. *Tratado sobre o governo civil*.

<sup>4</sup> Karl Marx. *A Questão Judaica*.

<sup>5</sup> Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. *O Federalista*.

<sup>6</sup> As informações biográficas foram obtidas no site [http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles\\_de\\_Montesquieu](http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_de_Montesquieu). Acesso em 12.03.2012.

Cedo teve formação iluminista com padres oratorianos e aos 16 anos entrou para a faculdade de Direito da Universidade de Bordeaux.

Em 1715, casou-se com a rica Jeanne de Lartigue. Um ano depois, com a morte de um tio, herdou sua fortuna, assumiu a presidência do parlamento de Bordeaux e foi nomeado Barão de Montesquieu.

Iniciou, na Academia de Bordeaux, estudos na área do direito romano, biologia, física e geologia. Com estes estudos, Montesquieu pode se aprofundar no estudo iluminista que tinha iniciado no Colégio Juilly, aliando as ciências naturais e as questões humanas. Em pouco tempo o autor publicou textos sobre o assunto, como *Les causes de l'écho*, *Les glandes rénales* e *La cause de la pesanteur des corps*.

Revelou-se um crítico severo e irônico da monarquia absolutista decadente, bem como do clero católico. Adquiriu sólidos conhecimentos humanísticos e jurídicos, mas também frequentou em Paris os círculos da boêmia literária. Em 1714, entrou para o tribunal provincial de Bordéus, que presidiu de 1716 a 1726.

Fez longas viagens pela Europa e, de 1729 a 1731, esteve na Inglaterra.

Proficiente escritor, concebeu livros importantes e influentes, como *Cartas Persas* (1721), *Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência* (1734) e *O Espírito das leis* (1748), a sua mais famosa obra. Contribuiu também para a célebre Enciclopédia, juntamente com Diderot e D'Alembert.

Depois do êxito alcançado com "Cartas Persas" foi admitido nos grandes círculos intelectuais de Paris. Aos 39 anos foi estudar na Academia Francesa e como parte dos estudos iniciou uma maratona de viagens pela Europa que proporcionaram a Montesquieu a oportunidade de conhecer obras importantes para sua formação como as do historiador Pietro Giannone (1676-1748) e do filósofo Vico (1668-1744).

Depois de passar pela Itália, Holanda e Alemanha terminou sua peregrinação na Inglaterra lugar onde concluiu sua formação intelectual.

Na ilha relacionou-se com os círculos políticos, entrou para a maçonaria e para a Academia Real. Neste período teve grande contato com a doutrina iluminista. Com a conclusão das viagens Montesquieu ficou recluso por dois anos, dedicando-se exclusivamente a escrever.

Montesquieu fascinado pelo progresso das Ciências Físicas/Naturais e de suas descobertas a respeito das leis que regiam o mundo físico, tratadas diversas vezes em seus ensaios propôs a partir daí que a realidade social, semelhantemente, também devia reger-se por leis. E, por conseguinte, trocou sua magistratura pelo estudo para desvendar as leis sociais.

Nesse período escreveu sua principal obra, "O Espírito das Leis" que se tornou referência mundial. A obra faz um vasto estudo nas áreas de direito, história, economia, geografia e teoria política que percorreu mais de dez anos até sua publicação em 1748.

Ele sofreu ao mesmo tempo uma avalanche de elogios e de represálias de todos os lados. Chegou a publicar posteriormente um livro resposta chamado "Defesa do Espírito das Leis".

### III. A TEORIA DA SEPERAÇÃO DE PODERES E QUESTÕES

#### ATUAIS

Ao lado da limitação do poder político, que após a centralização na pessoa do rei se tornou absoluto, o Estado liberal burguês emergiu também com o objetivo de extinguir por completo o modelo feudal de sociedade.

Baseado em uma visão de mundo organicista, o modelo feudal concebia a sociedade dividida em estamentos, cada qual formando uma parte do corpo social. Ali, a igualdade se dava no âmbito de cada estamento e a noção de honra possuía destacada importância na justificação dos privilégios da nobreza.

Ao organicismo substituiu o mecanicismo como concepção de mundo e as relações do indivíduo com o poder deixaram de ser concebidas *ex parte principis* e passaram a ser tomadas *ex parte populi*, isto é, deixaram de ser vistas a partir do olhar de quem governa e passaram a ser concebidas a partir do indivíduo. As teorias contratualistas de sociedade são manifestações dessa verdadeira revolução copernicana.

Quanto às relações entre os indivíduos, procurou o Estado liberal burguês acabar com os privilégios estamentais previstos na legislação invocando o ideal da igualdade. Igualdade aqui - como dizem os juristas - perante a lei e não igualdade na lei.

Contudo, conforme salienta Paulo Bonavides<sup>7</sup>, no Estado liberal burguês – que conviveu com o voto censitário – a liberdade foi muito mais vitoriosa que a igualdade.

Em “A Questão Judaica” Marx demonstra como esse modelo estatal foi concebido à feição da burguesia. Delineado para ocupar espaços mínimos - em reação ao Estado absoluto, o Estado liberal burguês foi direcionado a garantir a segurança pública, a proteção da propriedade e o cumprimento dos contratos. Não havia e nem devia haver qualquer preocupação com a igualdade em sentido material, a igualdade que interessava ao burguês era a igualdade formal - perante a lei – apta a viabilizar, em conjunto com a liberdade (de contratar), a celebração e o cumprimento dos mais diversos tipos de contratos de trabalho e comerciais.

Nesse diapasão, assentada que estava na preocupação com a garantia à liberdade, a proposta de Montesquieu foi formidável para os fins do Estado liberal burguês.

A inovação – pela qual até hoje o filósofo francês é reverenciado – consistiu em que a limitação do poder se verificaria pelo próprio poder, a partir de uma específica organização das funções e órgãos estatais.

Quanto às funções estatais, aos temores e ameaças à liberdade salientou Montesquieu:

---

<sup>7</sup> Paulo Bonavides. *Ob.Cit.*

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não pode haver liberdade porque pode temer-se que o monarca ou o Senado faça leis tirânicas para tiranicamente executá-las.

Em outra parte complementa:

Se o poder de julgar estivesse reunido ao Poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria legislador; e se o poder de julgar estivesse unido ao Executivo, o juiz poderia ter toda força de um opressor.

Com efeito, preconizou que cada uma dessas funções de cúpula fosse exercida por diferentes órgãos do Estado, a saber: os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

É bem verdade que a proposta de Montesquieu ainda não tinha a forma que posteriormente assumiria a separação de poderes.

O Legislativo deveria ser separado em duas casas: o corpo dos comuns, composto pelos representantes do povo; e o corpo dos nobres, formado por nobres, hereditário e com a faculdade de impedir (vetar) as decisões do corpo dos comuns. Essas duas casas teriam assembleias e deliberações separadas, assim como interesses e opiniões independentes.

Demonstrando sua preferência pela aristocracia em detrimento da democracia, defendeu que os nobres tivessem uma casa para suas questões e o direito de veto, pois, caso contrário, jamais contribuiriam para um regime republicano.

Para ele, o Executivo deveria ser exercido pelo monarca e para proteger sua independência teria o direito ao veto no processo legislativo e o Judiciário seria composto por pessoas do povo (temporários).

A independência de cada Poder no exercício das atribuições que lhe fossem conferidas pela Constituição estatal seria garantida pela impossibilidade de que algum Poder decidisse isoladamente sobre os vencimentos dos demais e nomeasse os membros dos outros Poderes, de modo que, assim estabelecendo, a Constituição afastaria a idéia de subordinação entre eles.

Ressalte-se que Montesquieu não concebeu a Teoria da Separação de Poderes revestida de uma separação absoluta entre os Poderes - como entenderam alguns. Interpretando seu pensamento se pode afirmar que cada Poder exerceria sua função típica e também algumas funções atípicas<sup>8</sup>. Tal leitura também é perfilhada em “O Federalista”<sup>9</sup>.

Em prol da liberdade, deveria cada Poder exercer a contenção dos demais Poderes através de mecanismos que hoje denomina-se como “sistema de freios e contrapesos” (*checks and balances*).

---

<sup>8</sup> José Frederico Marques utilizava a expressão “zonas de interferência funcional” para descrever tal situação.

<sup>9</sup> Alexander Hamilton James Madison e John Jay. *Ob.Cit.*

Alguns exemplos práticos auxiliam a bem visualizar algumas formas de concretização da Teoria de Montesquieu nas modernas constituições do Ocidente.

O primeiro exemplo é o poder conferido ao Executivo para vetar as deliberações do Legislativo, exigindo-se, normalmente, para o levantamento do veto presidencial, um elevado quorum de desaprovação.

Outrossim, embora o sigilo de alguns negócios de estado e a energia que se deve dotar o comando das forças militares indiquem que tais questões devam estar aos cuidados de um único indivíduo e não de uma assembleia, mecanismos há, que são deveras úteis, para a contenção do substancial poder conferido ao chefe do Executivo. Assim, conquanto caiba ao Executivo a negociação de tratados com nações estrangeiras, sua adoção, por eventualmente significar restrição à soberania da nação, deve ser aprovada pelo Legislativo. E a contrapartida ao poder do Executivo de comandar o exército, é que a declaração de guerra e paz deve ser realizada pelo Legislativo.

Outro exemplo de mecanismo do “sistema de freios e contrapesos” é a atribuição ao legislativo de competência para a acusação (Câmara dos Deputados) e julgamento (Senado) dos crimes de responsabilidade imputados ao chefe do Executivo.

O processo legislativo complexo, com a deliberação de cada Casa em separado, é um típico exemplo de contenção do Legislativo pelo próprio Legislativo.

Ainda nesse sentido, se pode mencionar o condicionamento da nomeação para determinados cargos pelo Executivo à prévia aprovação do escolhido, pelo Senado<sup>10</sup>. No caso dos juizes escolhidos pelo Executivo, com a aprovação do Legislativo, o mecanismo pelo qual se busca garantir a independência do Judiciário, em relação aos demais Poderes, é o da vitaliciedade.

Especificamente quanto ao judiciário, não se olvide do controle de constitucionalidade das leis, já admitido expressamente no Capítulo nº 78 de “O Federalista”<sup>11</sup>, mesmo antes do histórico *Marbury v. Madison*<sup>12</sup>, de 1803.

---

<sup>10</sup> Em “O Federalista” se ressalta também que com tal mecanismo, além de limitar o poder do Executivo, se realiza também uma tentativa de mitigar o risco de uma eventual tentativa de usurpação da liberdade pelas Casas do Legislativo em conjunto, aproximando uma delas do Poder Executivo.

<sup>11</sup> Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. *Ob. Cit.*

<sup>12</sup> O Caso "Marbury contra Madison" foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo considerado a principal referência para o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário. Na eleição presidencial dos EUA de 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams. Após a derrota, John Adams resolveu nomear vários juizes em cargos relevantes, para manter certo controle sobre o Estado. Entre eles se encontrava William Marbury, nomeado Juiz de Paz. O secretário de justiça de John Adams não entregou o diploma de nomeação a Marbury.

Já com Jefferson presidente, seu novo secretário de justiça James Madison, se negou a intitular Marbury.

Marbury apresentou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte Norte-Americana exigindo a entrega do diploma. O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, em 1803 e concluiu que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para

Um outro aspecto realçado pelos discípulos de Montesquieu como mecanismo de limitação do poder político se refere à forma de estado federativa. A idéia é que a descentralização do poder político gera nos membros da federação, naturalmente, uma permanente preocupação com ações destinadas à defesa de suas competências, mitigando, destarte, os riscos de usurpação de poder por qualquer outra entidade federativa.

Além do aspecto acima, a União exerce também um papel fundamental na garantia da liberdade e outros direitos fundamentais da população dos Estados federados em face de projetos autoritários de uma maioria regionalizada.

Um detalhe também merece menção. Inicialmente Montesquieu afirmou que um regime democrático somente seria possível em estados dotados de pequeno território, posteriormente tenta propor uma alternativa – a forma federativa – para estender aos grandes Estados os benefícios daquele regime.

Embora um pouco extensas, as passagens a seguir, retiradas do Capítulo I do Livro IX<sup>13</sup>, permitem visualizar, claramente, o pensamento de Montesquieu:

Se uma república for pequena, ela será destruída por uma força estrangeira; se for grande, será destruída por um vício interior. Este duplo inconveniente infecta igualmente as democracias e as aristocracias, sejam elas boas ou más. O mal está na própria coisa; não há nenhuma forma que possa remediar. Assim, parecia muito provável que os homens fossem afinal obrigados a viver sob o governo de um só, se não tivessem imaginado uma forma de constituição que possui todas as vantagens internas do governo republicano e a força externa da monarquia. Estou referindo-me à república federativa.

Esta forma de governo é uma convenção segundo a qual vários Corpos políticos consentem em se tomar cidadãos de um Estado maior que pretendem formar. É uma sociedade de sociedades, que formam uma nova sociedade, que pode crescer com novos associados que se unirem a ela.

Em outro parágrafo do mesmo Capítulo prossegue:

---

emitir *mandamus* contrariava a Constituição Federal. Como a lei que dava competência a Suprema Corte era inconstitucional, não cabia à Suprema Corte decidir o pedido do *mandamus*.

A decisão tem muitas falhas, por exemplo:

- O Juiz John Marshall, que decidiu o julgado, tinha atuado como Secretário de John Adams e fora o responsável pela não titulação de Marbury;
- Marshall podia adotar várias soluções mais plausíveis, mas fez um raciocínio complexo no intuito de contrariar o Poder Executivo e confirmar o poder dos Tribunais em deixarem de aplicar leis federais inconstitucionais.

Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso\\_Marbury\\_contra\\_Madison](http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Marbury_contra_Madison). Acesso em 14.03.2012

<sup>13</sup> Charles Louis de Montesquieu. *O Espírito das Leis*.

Este tipo de república, capaz de resistir à força externa, pode manter-se em sua grandeza sem que o interior se corrompa: a forma desta sociedade previne todos os inconvenientes. Aquele que pretendesse usurpar não poderia ser igualmente aceito em todos os Estados confederados. Se se tornasse poderoso demais em um deles, alarmaria todos os outros; se subjugasse uma parte, aquela que ficasse livre ainda poderia resistir-lhe com forças independentes daquelas que ele teria usurpado e derrotá-lo antes que tivesse terminado de se estabelecer.

Se acontecer alguma sedição em um dos membros confederados, os outros podem pacificá-la. Se abusos se introduzirem em alguma parte, serão corrigidos pelas partes sãs. Este Estado pode perecer de um lado sem perecer de outro; a confederação pode ser dissolvida, e os confederados permanecer soberanos. Composto por repúblicas, goza da excelência do governo interior de cada uma; e, quanto ao exterior, possui, pela força da associação, todas as vantagens das grandes monarquias.

Por fim, nos subitens seguintes serão examinadas três questões atuais ligadas à Teoria da Separação de Poderes. A primeira, partindo da pouca ênfase conferida por Montesquieu ao Poder Judiciário – ao contrário dos seus discípulos norte-americanos – analisa a formidável ascensão institucional do Poder Judiciário no constitucionalismo do 2º pós-guerra. A segunda se refere ao chamado diálogo institucional entre os Poderes e a alguns problemas ligados ao regime presidencialista – que é baseado na idéia de separação de poderes.

### **III. 1. A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO APÓS A 2º GUERRA**

Montesquieu não via o Poder Judiciário como uma ameaça à liberdade. Para o mestre francês, os juízes eram apenas a boca que pronunciava as palavras da lei (*la bouche de la loi*) – expressão que mais tarde seria apropriada pelo formalismo jurídico.

Após a Revolução Francesa, a grande influência da noção de vontade geral (*volonté générale*) de Rousseau<sup>14</sup> fez nascer uma exagerada fé em uma razão libertadora da qual seria dotado o legislador. Passou então a lei a ocupar o centro do mundo jurídico (legicentrismo).

Além do legicentrismo e combinado com ele, a desconfiança da ligação da magistratura francesa com o Regime Antigo (*Ancien Regime*) contribuiu para que ao juiz fosse designado o papel de um mero aplicador do Direito, cujo procedimento se legitimava pela excelência do método subsuntivo<sup>15</sup>. Daí porque a expressão de Montesquieu caíra como uma luva para expressar a síntese da interpretação formalista do Direito.

---

<sup>14</sup> Jean-Jacques Rousseau. *Do Contrato Social*.

<sup>15</sup> A grande crítica ao formalismo jurídico é que ele oculta a existência de fatores que influenciam nas decisões dos juízes, tais como as pré-compreensões políticas e filosóficas do julgador. Mesmo antes da 2º Guerra, Hans Kelsen já assinalava que dentro da moldura da norma haveria margem para a subjetividade do julgador.



Aliás, essa fé exagerada no legislador foi fator fundamental para o delineamento do perfil do constitucionalismo francês, no qual, ao contrário do norte-americano, a Constituição não era tomada como norma jurídica e sim como uma mera exortação à atuação do legislador. Não era uma norma jurídica superior, era um documento de natureza política.

A catástrofe operada pela ascensão do nazismo, que culminou com a eclosão da 2ª Guerra Mundial, deixou claro que as maiorias parlamentares podem se acumpliciar<sup>16</sup> com projetos atentatórios à liberdade e à dignidade dos homens.

Com efeito, fez-se necessário engendrar um meio de estabelecer limites às maiorias no parlamento. A solução foi a adoção de um constitucionalismo à moda norte-americana, mas não com uma Constituição sintética à semelhança daquela.

Após a 2ª Guerra, o constitucionalismo continental europeu concebeu uma Constituição escrita e dotada de normas com alta carga axiológica que, combinada com mecanismos de autodefesa e guarda, lhe conferiram o *status* de norma jurídica de cúpula.

Como se pode perceber, esse constitucionalismo abraçou o normativismo da teoria constitucional de Hans Kelsen<sup>17</sup>, mas não o seu formalismo. Não era a Constituição do pós-guerra apenas uma norma sobre o estabelecimento de normas (*norma normarum*); era, igualmente, parâmetro de controle material das normas inferiores.

Por outro lado, no que toca à guarda da Constituição, o constitucionalismo do pós-guerra deu ganho de causa à Kelsen em detrimento do seu adversário (Carl Schmitt)<sup>18</sup>. Assim, atribuiu ao Judiciário a relevante missão de guarda da Constituição.

Foi nessa nova realidade que aquele Poder que não causava preocupação à Montesquieu começou a assumir um papel cada vez mais importante no cenário político, levando a alguns autores da atualidade a falar em protagonismo do Poder Judiciário<sup>19</sup>.

Uma das razões para tal agigantamento, sem dúvida alguma, está ligada ao próprio veículo da norma jurídica. Além daquela ambiguidade já inerente à linguagem, tão bem destacada por H. L. A. Hart<sup>20</sup>, a entrada dos valores éticos na dimensão jurídica se faz, necessariamente, através de normas mais abertas, sejam princípios, sejam até mesmo regras, que não raro recorrem aos chamados conceitos jurídicos indeterminados.

---

<sup>16</sup> Daniel Sarmiento. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*.

<sup>17</sup> Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*.

<sup>18</sup> Para Carl Schmitt, norma constitucional, em sentido material, eram aquelas que veiculavam as decisões fundamentais do povo. Assim, o exercício do controle de constitucionalidade das leis não deveria ser conferido a juízes não eleitos, mas sim àquele que maior legitimidade possuísse perante o povo, sob pena de ocorrer uma judicialização da política, que teria, como contrapartida, uma politização da justiça, com prejuízo para ambas (a política e a justiça). O problema é que, de acordo com sua visão decisionista de Schmitt, tal controle cairia nas mãos de Adolf Hitler.

<sup>19</sup> Luis Roberto Barroso. *Ativismo judicial mobiliza Justiça e sociedade*.

<sup>20</sup> H. L. A. Hart. *O Conceito de Direito*.

Note-se, por relevante, que no constitucionalismo do pós-guerra os princípios são também dotados de normatividade. Ao lado das regras, são espécie do gênero norma jurídica<sup>21</sup>.

Uma outra razão para essa ascensão do Poder Judiciário, no Brasil e alhures, é o que a doutrina tem chamado de judicialização da política.

Nos Estados Unidos, por exemplo, diversas questões sociais<sup>22</sup> e políticas<sup>23</sup> foram resolvidas pela Suprema Corte e muitas vezes com um certo regozijo dos demais Poderes, que, dessa forma, conseguiam evitar o enfrentamento de questões que envolvem os chamados desacordos morais razoáveis (aborto etc.).

Além do que se disse acima, no Brasil, a judicialização das questões políticas, morais e sociais é algo inerente ao próprio desenho institucional do Estado brasileiro. Suas principais causas se reportam ao caráter analítico da Constituição – dotada de um catálogo repleto de direitos fundamentais<sup>24</sup> – e, principalmente, à adoção de um controle de constitucionalidade misto (difuso e concentrado).

A principal crítica que se faz em relação a esse agigantamento do Poder Judiciário, que passou a ocupar espaços até então ocupados pelos demais Poderes, diz respeito à chamada dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário (*counter-majoritarian difficulty*)<sup>25</sup>. É que não sendo eleitos e não estando sujeitos ao controle popular, a legitimação democrática dos juízes para decidir questões morais e anular atos emanados dos demais Poderes é, sem dúvida, questionável.

Uma outra crítica manejada contra a ascensão do Poder Judiciário, propagada a partir do trabalho de Cass Sunstein e Adrian Vermeule<sup>26</sup>, diz respeito à capacidade dos membros do Judiciário para decidir questões altamente complexas do ponto de vista técnico.

Tanto lá, como cá, a doutrina se divide quanto à postura a ser assumida pelo Poder Judiciário no exame dos chamados casos difíceis<sup>27</sup> (*hard cases*). As visões vão desde a posição extrema de Mark Tushnet defendendo a retirada da decisão das mãos do Judiciário<sup>28</sup>, passando pela visão dos procedimentalistas<sup>29</sup>, como Jurgen Habermas, e

---

<sup>21</sup> Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

<sup>22</sup> *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>23</sup> *Bush vs. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). [http://en.wikipedia.org/wiki/Brown\\_v.\\_Board\\_of\\_Education\\_-\\_cite\\_note-0#cite\\_note-0](http://en.wikipedia.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_-_cite_note-0#cite_note-0)

<sup>24</sup> O inflamento do catálogo de direitos fundamentais menospreza a tensão existente entre constitucionalismo e democracia. Além da previsão de direitos fundamentais meramente formais, por absoluta desconexão com o princípio da dignidade humana – que lhe dá materialidade, o próprio Supremo Tribunal Federal vem extraindo de direitos materialmente fundamentais, como a intimidade, outros que não o são, como o sigilos bancário e empresarial.

<sup>25</sup> BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of Politics*.

<sup>26</sup> Cass Sunstein e Adrian Vermeule. *Interpretation and Institutions*.

<sup>27</sup> Casos em que a abertura da norma ou a existência de um desacordo moral razoável levam o juiz a acabar de construir a norma quando da sua interpretação.

<sup>28</sup> Mark Tushnet. *Taking the Constitution away from de Courts*.

<sup>29</sup> Para os procedimentalistas, a legitimidade do judiciário será plena quando se tratar do exame de constitucionalidade das leis quanto às regras do jogo democrático e de alternância do poder, como o direito à liberdade de expressão.

chegando até às posições no sentido, diametralmente inverso, defendendo a supremacia do Judiciário, como fazem Frederick Schauer<sup>30</sup> e substancialistas<sup>31</sup> como Ronald Dworkin, embora por fundamentos diversos.

No Brasil, o STF vem atuando de forma bastante ativista, o mesmo se podendo dizer do Judiciário de um modo geral. A despeito da sua dificuldade contramajoritária e da falta de capacidade institucional para a decisão sobre determinadas matérias, o Judiciário brasileiro vem decidindo sobre assuntos eminentemente técnicos (uso do amianto), políticos (coligações e fidelidade partidárias) e questões que envolvem desacordos morais razoáveis (células-tronco e aborto de feto anencefálico).

Além disso, estranhamente, em alguns casos tem pretendido agir como verdadeiro legislador positivo, conforme se depreende, por exemplo, dos votos maximalistas na ação que decidiu sobre a inconstitucionalidade da cláusula de barreira, na decisão sobre Raposa Serra do Sol e na iniciativa quase que exclusiva do STF no que toca às súmulas vinculantes - algumas delas invocando precedentes que não atendem ao exigido pela Constituição.

Preocupada com as conseqüências que o ativismo judicial pode gerar na relação entre os Poderes, que possui na separação, harmônica e independente, penhor à liberdade dos indivíduos, a doutrina nacional e estrangeira vêm formulando alternativas para essa questão. A seguir será passada em revista uma das alternativas veiculadas pela doutrina moderna: o chamado diálogo institucional.

### **III. 2. O DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES<sup>32</sup>**

O chamado diálogo institucional ou constitucional vislumbra a Teoria da Separação de Poderes a partir de uma perspectiva diferente daquela adotada no Estado liberal burguês, isto é, sem partir da idéia de desconfiança entre os Poderes:

Tomar o negativo como ponto de partida e pôr, ademais, a desconfiança e o lado mau em primeiro plano, bem como utilizar, de modo solerte, impedimentos que, para se tornarem realidade, precisam apenas de impedimentos contrários, eis o que caracteriza aquela idéia, segundo a compreensão negativa, e o que também lhe distingue o caráter, consoante a opinião do vulgo.<sup>33</sup>

Segundo Paulo Bonavides, a separação de poderes a partir da visão negativa, acima criticada por Hegel, retira do Estado o sopro da unidade vital<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> A visão de Schauer é interessante porque admite o ativismo, mas liga a justificativa à ideia de uma Constituição sintética. Frederick Schauer. *Judicial Supremacy and the Modest Constitution*.

<sup>31</sup> O substancialismo se caracteriza por admitir que o Judiciário é legítimo não apenas para controlar a constitucionalidade em relação aos pressupostos da democracia mas também em relação a qualquer direito fundamental.

<sup>32</sup> Este subitem se beneficia do artigo de minha autoria, intitulado: A atual redação da Lei nº 9.868/99 permite a ampliação do papel da ação direta de inconstitucionalidade por omissão? Uma resposta a partir da Teoria da Separação de Poderes e em direção ao Diálogo Institucional.

<sup>33</sup> Georg W. F. Hegel *apud* BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 135.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 135.

Portanto, no presente contexto, o relacionamento entre os Poderes é concebido nos moldes do que Conrado Hübner Mendes denomina “desempenho deliberativo”:

Procuro aqui, o modelo de interação que é mais sensível, ao longo do tempo, “à força das boas razões”. Podemos pensar em dois tipos-ideais de interação, a partir da oposição entre duas atitudes puras: a deliberativa (que fala e escuta, com objetivo de persuasão), e a adversarial (que fala para se impor). O primeiro está mais exposto publicamente ao argumento, mais aberto ao reconhecimento do diálogo, e mais disposto ao desafio deliberativo<sup>35</sup>.

Hübner sustenta que a interação deliberativa entre os Poderes, ao contrário da adversarial, tem “maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo”.

Invocando Jeffrey Tullis, afirma que “nenhuma instituição democrática específica é suficiente para assegurar a consideração de todas as preocupações relevantes na sustentação da democracia” e afirma:

[...] a separação de poderes faz com que diferentes valores (como a vontade popular, a linguagem dos direitos, a pressão por eficiência etc.) entrem em tensão. Dá voz institucional a diferentes perspectivas. Essa tensão deliberativa entre instituições que competem pode ser funcional para a produção de bons resultados<sup>36</sup>. (Grifei)

Segundo o autor, não deve haver última palavra em questões constitucionais. Nesse novo arranjo da separação de poderes, deve haver um processo dialético ininterrupto, no qual cada partícipe terá, pela via argumentativa, a chance de provar o acerto da sua posição.

Haveria, então, uma permanente “tensão virtuosa” apta a gerar melhores resultados, tendo em vista o ônus argumentativo imposto a cada um dos Poderes<sup>37</sup>.

Exemplifica o desempenho deliberativo, através do diálogo entre os Poderes, afirmando que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei apenas se refere àquela lei, nada impedindo que, vislumbrando um erro do Judiciário, o Poder Legislativo possa elaborar nova legislação, idêntica ou com pequenos ajustes, que, por sua vez, poderia ser também apreciada pelo Judiciário e assim sucessivamente. O intercâmbio de argumentos possibilitaria maiores chances de acerto.

Com efeito, na visão dos defensores do aludido diálogo institucional, a organização estatal não sendo um fim em si mesma deve estar a serviço da maximização dos benefícios do regime democrático para o povo. Assim, partindo dessa noção, a

---

<sup>35</sup> Conrado Hübner Mendes. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. (2008). Disponível em: <<http://ebookbrowse.com/tese-conrado-hubner-mendes-pdf-d75450537>>. Acesso em: 15/07/2011, p. 211.

<sup>36</sup> Conrado Hübner Mendes, 2008, p. 191.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

separação de poderes nos moldes propostos por Montesquieu não permitiria por si só a maximização de tais benefícios.

Trabalhando com idéias como a de desenhos institucionais abertos, de falibilidade dos Poderes, capacidades institucionais etc. o chamado diálogo institucional se propõe a ser uma evolução da estimada Teoria do mestre francês.

A seguir, uma questão interessante ligada à forma de governo decorrente da separação de poderes.

### **III. 3. O PRESIDENCIALISMO E A SEPARAÇÃO DE PODERES<sup>38</sup>**

Em “A Nova Separação de Poderes”<sup>39</sup>, o constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman expõe com clareza como o modelo de separação de poderes adotado lá e aqui pode ser problemático. Saliencia o referido autor que, em sistemas presidencialistas como o nosso, o partido vencedor para o Executivo pode governar sob dois modos: (i) impasse, se não detém a maioria nas Casas do Congresso; e (ii) autoridade plena, se detém a maioria nas referidas Casas.

Segundo Ackerman, no modo impasse, três situações podem se apresentar: (a) o sonho Madisoniano; (b) o pesadelo Linziano; e (c) a crise de governabilidade.

Na primeira, cuja denominação homenageia um dos autores dos artigos federalistas, Executivo e Legislativo teriam uma relação construtiva, pois, não querendo se desgastar perante o eleitorado, o Legislativo irá apoiar as iniciativas do Executivo fazendo uma ou outra barganha com resultados bastante positivos para os cidadãos; na segunda, cujo nome homenageia jurista estudioso das crises constitucionais da América Latina, o Executivo, cansado das ações da oposição no Congresso, acaba por fechá-lo e instala um regime autoritário; no terceiro, embora não tenha força/apoio para derrubar o Congresso, o Executivo começa a governar por Medidas Provisórias e Decretos ou promovendo acordos com os congressistas, não raro com prejuízo ao interesse público.

Embora as três situações sejam possíveis de ter lugar, a realização do sonho Madisoniano se afigura mais remota. À exceção do sonho Madisoniano, as outras duas situações importam em afronta ao ideal democrático de autogoverno.

Na América Latina, todos os países que adotaram a separação de poderes nos moldes norte-americanos acabaram por cair em regimes autoritários (atualmente o Brasil se encontra na terceira situação: crise de governabilidade).

Se no modo impasse o quadro não é animador, veja-se o modo autoridade plena. Embora possua apoio da maioria no Congresso, assim como um Primeiro Ministro no parlamentarismo, um Presidente com autoridade plena irá governar de forma bastante diferente de um Primeiro Ministro. A seguir apenas um exemplo ilustrativo de quão complicado é o quadro sem que a maior parte dos cidadãos sequer se dê conta disto.

---

<sup>38</sup> Este subitem se beneficia do artigo de minha autoria, intitulado: Reforma Política. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jan-28/escandalos-politicos-comprovam-necessidade-evolucao-leis>. Acesso em 17.03.2012.

<sup>39</sup> Bruce Ackerman. *A Nova Separação de Poderes*.

No sistema presidencialista, o Executivo, antevendo a derrota na eleição seguinte e a possibilidade de a oposição vitoriosa ter que governar no modo impasse, procurará encher o ordenamento jurídico com leis identificadas com sua linha ideológica tais que, caso venha de fato a perder a próxima eleição, levarão anos para serem retiradas do ordenamento jurídico, causando embaraços na implantação do novo programa de governo e impondo grandes negociações com os diversos partidos no Congresso. Bruce Ackerman denomina tal prática de “entrincheiramento”.

Por outro lado, no sistema parlamentarista um novo gabinete formado por partido que veio da oposição não experimentará restrições decorrentes de leis aprovadas na gestão anterior, já que, sempre detendo a maioria no parlamento, poderá revogá-las imediatamente.

Ainda no tocante às diferenças entre o parlamentarismo e o presidencialismo merece destaque o fato de existir responsabilidade política no primeiro, mas não no segundo. Assim, se o Primeiro Ministro é envolvido em evento que abale sua reputação, na esfera criminal ou não, perderá a confiança do parlamento e deixará o cargo em curto prazo; no presidencialismo, só haverá responsabilidade nos chamados crimes de responsabilidade, e mesmo assim um complexo processo de impeachment deverá ser instaurado e se estenderá por um bom tempo com boas possibilidades de ao final não dar em nada. Tanto o que exerceu seu mandato com respeito à *res publica* quanto o que traiu a confiança dos representados, provavelmente, deixarão o cargo no mesmo dia, quando o ideal é que o correto continuasse enquanto legitimado - como ocorre no parlamentarismo - e que o desleal fosse afastado o quanto antes.

Assim, tendo em conta os problemas acima elencados, Ackerman acaba por propor uma nova forma de separação de poderes a que ele chama de parlamentarismo de uma casa e meia. Em síntese, tendo em vista que o objeto desta obra é pensamento de Montesquieu, o modelo proposto pelo professor norte-americano mantém o modo de escolha do Primeiro Ministro no seio do parlamento, prevê Constituição escrita e uma Corte constitucional, confere ao povo o poder de emenda à Constituição e sugere dois novos Poderes: um dedicado à promoção dos direitos sociais e outro à fiscalização da atuação estatal.

#### **IV. O VISIONÁRIO MONTESQUIEU**

“O Espírito das leis” não cuida de leis em particular, mas das diversas relações das leis com diversos aspectos: a natureza de cada regime político, o princípio que informa cada regime, as forças defensiva e ofensiva do Estado, o clima, o solo, o comércio etc.

As três relações mais importantes da lei são:

- 1- com o tipo de regime político;
- 2- com o princípio que informa cada regime político; e
- 3- com o que o Autor denomina de liberdade política (que no livro pode ser entendida como previsibilidade ou segurança jurídica).

Apenas a título de exemplo abordar-se-á a relação das leis com o regime político.

Considerado o poder político como o poder de fazer as leis e impor sua observância, inclusive pela força, o Autor divide os regimes políticos em República (democracia e aristocracia), monarquia e despotismo.

Democrático é o regime em que tal poder se encontra nas mãos do povo. Para ele, existiriam leis que decorreriam necessariamente desse tipo de regime político.

Sendo certo que já naquela época o poder político – titularizado pelo povo - já não podia ser exercido em sua integridade diretamente pelo povo, caberia a este, em decorrência do regime democrático, estatuir quais questões ele decidiria diretamente e quais ele deveria delegar a seus representantes.

Em consequência disso, caberia ao povo criar leis dispondo sobre o modo de decidir as questões a si reservadas, leis definindo quem (entenda-se os três Poderes e os níveis da federação) e como decidiria as questões delegadas, quem ocuparia tais funções, quem elegeria e quem poderia ser eleito, as prerrogativas dos representantes para cumprir sua missão, os limites a que estariam sujeitos etc.

À guisa de exemplo consulte-se a Constituição brasileira de 1988 e veja-se como todos esses aspectos estão presentes nos diversos títulos – embora alguns outros não devessem ali estar.

Por fim, vale a pena destacar abaixo os diversos institutos - até hoje em voga - que são encontrados ao longo da obra-prima de Montesquieu:

- o formalismo jurídico;
- a representação política;
- o federalismo;
- a defesa do Estado e das Instituições democráticas (estado de defesa);
- o procedimento penal como garantia da liberdade;
- a proporcionalidade da pena;
- a tributação como preço da liberdade;
- a vedação de se tributar aquilo que garante as necessidades reais dos indivíduos;
- tipos de tributo: sobre a pessoa, sobre a propriedade e sobre o comércio;
- o voto regionalizado;
- o voto sem orientação específica do eleitor;
- a noção de guerra preventiva;
- comércio;
- moeda;
- câmbio etc.

## **V. CONCLUSÃO**

Neste trabalho, passou-se em revista ao pensamento de um dos pensadores políticos de maior destaque no ocidente. Examinou-se em especial:

- a Teoria da Separação de Poderes;
- a atual ascensão do Poder Judiciário;
- o diálogo institucional entre os Poderes;

- os problemas do regime presidencialista; e
- outras idéias do Autor, que permitem tomar noção da amplitude da sua visão política.

Como se viu, Montesquieu era um visionário; mas não um revolucionário. As convicções pessoais de Montesquieu refletiam sua classe e, portanto, o aproximavam dos ideais de uma aristocracia liberal. Ele repudiava toda forma de despotismo, mas não apreciava a ideia de o povo assumir o poder.

Todavia, a força dos argumentos e do modelo por ele articulados, ainda no século XVIII, foi tão formidável, que serviu e embalou o Estado liberal burguês, atravessou o Estado social e chegou às democracias sociais do século XXI sem que se possa avistar substituto algum à altura.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. Harvard Law Review, Boston, v.113, n. 3, p. 634/729, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos Fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. *O argumento das ‘Capacidades Institucionais’ entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, janeiro/junho de 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 171-211.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Ativismo judicial mobiliza Justiça e sociedade. Retrospectiva 2009*. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-15/retrospectiva-2009-ativismo-judicial-mobiliza-justica-sociedade>. Acesso em 17.03.2012.



BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven and London: Yale University Press, 1962.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COUTO, Devisom Carlos de França. *Reforma Política*. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2010-jan-28/escandalos-politicos-comprovam-necessidade-evolucao-leis>. Acesso em 17.03.2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2 vols., 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Seleccionados e editados do original por Roy Fairfield. [S.l., s.n.], 1981.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito* (tradução de A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of politics*. In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel & CALDEIA, Gregory A. (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York, Oxford University press, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6ª Ed., trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Editora, 2005.

MARX, Karl. *A Questão Judaica*. 4ª. ed. São Paulo: Centauro, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação* (2008). Disponível em: <<http://ebookbrowse.com/tese-conrado-hubner-mendes-pdf-d75450537>>. Acesso em: 15/07/2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das leis*. 4ª. ed. São Paulo: Martins Editora, 2003.

ROUSSEAU.,Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 1ª. ed. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 311-322.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Fonte: <http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>. Acesso em 16.03.2012.

SCHAUER, Frederick. *Judicial Supremacy and the Modest Constitution*. In: *California Law Review*, vol. 92, nº. 4 (Jul., 2004), pp. 1045-1067.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from de Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.