

Entre a neutralidade política e a responsabilidade social: os dilemas de afirmação da independência judicial no Estado moderno¹

Élida Lauris*

Resumo: Neste artigo, recorre-se à filosofia política para retratar a evolução dos argumentos que têm orientado a discussão pública sobre o papel do Poder Judiciário, tendo em conta o acesso ao debate político, teórico e profissional sobre a afirmação do princípio de independência judicial. Faz-se um esforço analítico com o objetivo de complexificar o sentido e o alcance desse princípio. Com base na reflexão de sociologia da administração da justiça de Boaventura de Sousa Santos, o conceito de independência judicial é situado, por um lado, assumindo como referência a transição de paradigmas entre

¹ Este artigo integra a reflexão desenvolvida pela autora no âmbito do projeto de pesquisa *A sociedade civil organizada e os tribunais*: Lisboa, Luanda, Maputo e São Paulo, financiado pela Fundação para Ciência e Tecnologia, Portugal.

* Bacharel em Direito. Mestre em Direitos Humanos e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará e pesquisadora do Observatório Permanente da Justiça do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Doutoranda do Programa “Pós-Colonialismos e Cidadania Global” do Centro de Estudos Sociais e Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Tem experiência na área de Direito, com ênfase na Sociologia do Direito e da Administração da Justiça, atuando, principalmente, nos seguintes temas: acesso à justiça, independência judicial, reforma do Judiciário, administração e gestão dos tribunais e judicialização da política. E-mail: elidalauris@gmail.com.

Estado liberal, Estado social e crise das políticas sociais; e, por outro, reconhecendo as diferentes conjunturas das culturas políticas e jurídicas dos Estados de acordo com sua posição em face das relações capitalistas no sistema-mundo.

Palavras-chave: Independência judicial. Estado liberal. Montesquieu. Locke. Artigos federalistas.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo, procurou-se, com o auxílio dos autores clássicos da filosofia política, apresentar as referências iniciais do paradigma liberal de direito e de Estado. A necessidade de controle e limitação do poder político enquanto se constitui na outra metade da garantia da liberdade individual nas comunidades políticas repercutiu numa proposta organizacional própria do curso da teoria política moderna: a separação de poderes. A separação de poderes recebeu centralidade neste artigo não só por constituir um princípio organizativo fundamental das estruturas políticas contemporâneas, mas também pelas significativas mudanças que, tanto no âmbito da teoria quanto no âmbito político e social, impactaram o papel e a posição constitucional do poder judiciário nas estruturas de poder. Procurou-se captar os impasses de afirmação do poder judicial recorrendo analogicamente aos dilemas de um dos pressupostos centrais da afirmação do judiciário como poder autônomo: a independência judicial. Com base na reflexão de sociologia da administração da justiça feita por Boaventura de Sousa Santos, o conceito de independência judicial é situado, por um lado, assumindo como referência a transição de paradigmas entre Estado liberal, Estado social e crise das políticas sociais, e, por outro, reconhecendo as diferenças na cultura política e jurídica dos diferentes Estados.

2 AS ORIGENS DA DOUTRINA DE SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUSÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

No pensamento da Antiguidade clássica, mais importante que separar os poderes constituintes do Estado era assegurar a participação das classes sociais no exercício do poder. De ponto de vista da filosofia política, gregos e romanos apostaram na construção de um governo misto, e não na separação de poderes. Embora já se pudesse detectar nos escritos da época uma tendência a separar a atividade genérica de formular a lei da sua aplicação ao caso concreto, para os teóricos antigos, a estabilidade de um regime só poderia ser conseguida se os diferentes interesses da comunidade estivessem refletidos nos órgãos do governo, o que implicava a discussão sobre a distribuição do poder entre as várias classes e grupos sociais². Da evolução da ideia de acomodação das classes sociais no poder resultou a fórmula da constituição mista, em que o arquitetura constitucional distribuía-se entre rei, nobreza e representantes do povo. A monarquia constitucional mista, por sua vez, não investiu no impulso de separação orgânica do poder, concentrando-se no propósito de alcançar uma unidade política com a composição e a separação pessoal do poder entre

² Na Antiguidade clássica, a teoria política procurou dar solução aos conflitos sociais e à deterioração dos valores políticos que avançavam com o desenvolvimento das atividades mercantis. Nesse contexto, a fórmula da Constituição mista, por promover uma conciliação entre as classes sociais no regime político, aparecia como uma proposta estável e duradoura. No governo misto, fundiam-se as formas puras de governo de modo a propiciar a participação de todas as classes sociais em um sistema político pluralmente estruturado. (Cf. FIORAVANTI, M. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001. p. 15-25; e PIÇARRA, N. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo ao estudo de suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 30-36)

as ordens sociais³. Nessa proposta de governo misto assentaram-se as origens remotas da separação de poderes. Foi no processo de adaptação da teoria mista de governo à doutrina da separação que se consolidou a ideia de que diferentes funções deviam ser colocadas em mãos separadas para serem geridas por distintas pessoas ou grupo de pessoas.

Opondo-se à monarquia mista, a doutrina de separação de poderes autonomiza-se politicamente como pré-requisito para a realização do Estado de direito. Em sua pura forma, a separação envolvia somente a ideia de constituir poderes organicamente distintos, os variados tons que ilustram a teoria na atualidade (pluralismo político, equilíbrio entre os poderes) decorreram do impacto cruzado de outras teorias como o governo misto e a dinâmica de freios e contrapesos. A defesa da legalidade como fio condutor da atividade política esteve na base da oposição histórica ao absolutismo monárquico, com a disputa pela separação orgânica e pessoal das funções executiva e legislativa. O primeiro desafio para que a separação de poderes viesse a se constituir na doutrina política dominante do Estado constitucional de direito esteve em atacar a concentração de poderes na esfera de actuação do governo. O antigo regime assentava-se numa concepção jurisdicionalista de Estado, não estando difundido, portanto, o moderno entendimento de um executivo como poder autônomo cuja atuação se distinguisse da de criar o direito ou aplicá-lo por meio dos tribunais. Havia uma sinonímia entre executivo, legislativo e judiciário⁴. A justiça

³ Cf. PIÇARRA, 1989, p. 40-49; e VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 36-37.

⁴ Cf. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 30-33. No mesmo sentido, cf. HESPANHA, A. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 385: “Mas a justiça não era apenas uma das atividades do poder. Ela era – enquanto se manteve pura sua imagem tradicional – a primeira, se não a única actividade do poder.”

era a virtude primeira do príncipe e nela se fundiam as atividades, legislativas, judiciais e os atos de administração do Estado. Na noção de justiça incluíam-se não apenas a resolução de conflitos de direitos e atribuir a cada um o que é seu, como também a edição de leis e os atos de administração ativa, como o comando dos exércitos, a expropriação por utilidade pública, a imposição fiscal, dentre outros⁵. Enquanto perdurou a compreensão da lei como padrão fixo e imutável, costume de inspiração divina, ao homem era vedado qualquer interferência na sua criação, tampouco poder para impor-lhe alterações, cabendo-lhe apenas aplicá-la. O Poder legislativo era, assim, parte da administração da justiça. A proposta de um legislativo autônomo veio a par do processo de autonomização da ideia de lei. De resultado da inspiração divina, a lei passou a ser compreendida como resultado do engenho e do empreendimento humano; noutras palavras, o poder de legislar deixou de ser uma prerrogativa do monarca submetendo-se à vontade geral ou da maioria⁶.

Com a proposição de um legislativo autônomo, impulsionou-se a defesa de uma bipartição do poder entre as tarefas de criar a lei e executá-la. A disputa entre monarca e parlamento, com a necessidade de submeter o monarca a uma legalidade que não fosse a imposta por ele mesmo, criou a base política para a defesa de um legislativo independente, ao mesmo tempo em que estimulou a emergência de um poder executivo centrado na

⁵ Contudo, nem todo o campo de exercício do poder real era abrangido pela justiça. Distinguiu-se na figura do príncipe a pessoa pública da pessoa privada. Assim, fugiam à justiça todas as decisões que se circunscreviam no âmbito da casa do próprio príncipe: a gestão da casa real, do palácio, a administração do patrimônio régio. Do mesmo modo, o rei dispunha de prerrogativas que escapavam à justiça – por exemplo, o direito de castigar os clérigos. (Cf. HESPANHA, 1993, p. 389-393)

⁶ Cf. VILE, 1998, p. 26-35.

figura do rei e responsável por dar efetividade ao direito. Ainda não se cogitava na separação das funções executiva e judiciária, por certo período, a justiça ainda continuou a concentrar-se no âmbito das principais atividades do monarca. Na teoria política do século XVII, a distribuição de poder no regime político era bipartida entre legislativo e executivo. Desde o século XVI já se ouviam clamores pela independência do poder judiciário, contudo, somente no século XVIII aparece com força a ideia da tripartição de poderes. No pensamento de Locke, por exemplo, vê-se a ratificação da estrutura de poderes do Estado corrente no século XVII. Assim, a defesa que esse autor faz da necessidade de juízes independentes e imparciais não implica a autonomização do lugar do judiciário como poder⁷.

3 JOHN LOCKE: A SUPREMACIA DO LEGISLATIVO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em Locke, os poderes legislativo e executivo têm sua origem no próprio Estado de natureza. Isso porque, antes de optar pelo ingresso na sociedade civil, o homem desfrutava de dois poderes originários, sustentados de acordo com uma máxima de autopreservação: a) o de fazer tudo quanto julgasse conveniente para a própria sobrevivência e a de terceiros, dentro da lei da natureza; e b) o de castigar os crimes cometidos contra a lei da natureza. Com o objetivo de preservar a propriedade, os homens concordam em abrir mão de sua liberdade e igualdade naturais para evitar a insegurança de permanecer em um Estado

⁷ Cf. GOUGH, J. W. A separação de poderes e a soberania. In: QUIRINO, C. G.; SOUZA, M. T. SADEK, R. (Org.). O pensamento político clássico: Maquiavel, Locke, Montesquieu e Rousseau. São Paulo: T. A. Queiroz, 1980. p. 186.

em que cada um é juiz em causa própria⁸. Esse trânsito implica o abandono e alienação do poder de autopreservação, de um lado, submetendo-se a leis feitas pela sociedade e, de outro, delegando o poder de castigar.

A transferência dos poderes originários para o âmbito do Estado civil esteve cercada de vantagens para os homens interessados em salvaguardar sua vida, liberdade e bens dos temores e ameaças imperativas do Estado de natureza. Primeiro, haveria uma lei estabelecida, conhecida e aceita por todos como padrão do justo e do injusto na resolução de controvérsias. Em segundo lugar, a resolução dos conflitos e a aplicação da lei contariam com um juiz conhecido e imparcial. Da mesma maneira, uma terceira vantagem seria observada na comunidade política, na qual surgiria um poder para apoiar e sustentar as decisões, dando-lhe execução. No âmbito dessa estrutura, a liberdade estaria assegurada não somente por meio da previsão dos poderes legislativo e executivo⁹ como também pela separação e distinção

⁸ “Se o homem no estado de natureza é tão livre, conforme dissemos, se é senhor absoluto de sua própria pessoa e posses, igual ao maior e a ninguém sujeito, por que abrirá ele mão dessa liberdade, por que abandonará o seu império e sujeitar-se-á ao domínio e controle de qualquer outro poder? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza tenha tal direito, a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente exposta à invasão de terceiros porque, sendo todos reis tanto quanto ele, todo homem igual a ele, e na maior parte pouco observadores da equidade e da justiça, a fruição da propriedade que possui nesse estado é muito insegura, muito arriscada.” [LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 88 (Coleção Os Pensadores)]

⁹ Ao distinguir a atividade de elaboração da lei de sua aplicação, Locke ainda identificou um conjunto de tarefas que não podiam ser consideradas executivas ou legislativas e diziam respeito aos interesses externos do Estado. Para dar conta dessa atividade, estabeleceu mais um poder no esquema de separação: o poder federativo. O poder federativo incluía o poder de guerra e paz, de ligas e alianças e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade; entretanto, embora fosse distinto da atividade executiva (que envolvia a aplicação das leis no âmbito interno), como exigia igualmente a força pública para seu exercício, reunia-se à competência do titular do poder executivo. (LOCKE, 1973, p. 97-98)

dos níveis de intervenção desses poderes. Em Locke, a separação entre legislativo e executivo constituía uma característica dos governos moderados e bem constituídos¹⁰. De maneira geral, a separação entre os poderes deveria ser mantida para que a elaboração e a aplicação da lei visassem a todos indistintamente e não fossem corrompidas por interesses particulares. Se as mesmas pessoas criassem e aplicassem as leis, facilmente se depreenderia que poderiam vir a empregar essa possibilidade em proveito próprio, excluindo-se da obediência às leis ou beneficiando-se no momento da sua elaboração. Por razões de eficiência econômica e eficácia da administração pública, verificar-se-ia, com igual desembaraço, a necessidade de se manterem separados executivo e legislativo. De um lado, o processo legislativo, quando confrontado com as leis, feitas para serem constantes e duráveis, caracterizava-se por ser relativamente breve. O exercício da função legislativa tenderia, assim, a ser mais curto que o da função executiva. Nesse sentido, se o poder legislativo não se impusera como um órgão permanente, o mesmo não poderia ser dito do executivo, que tinha por função colocar em prática as leis proferidas. De outro lado, o legislativo, por ser um corpo formado por uma pluralidade de titulares, não poderia atuar com a instantaneidade que se espera da atividade executiva, o que conduziria à necessidade de deslocar

¹⁰ Conforme observado por Fioravanti, em Locke, a distinção entre um poder absoluto e um poder moderado residia na existência ou não de uma orgânica de separação entre legislativo e executivo. De acordo com o autor, *la verdadera relevancia de Locke en la historia del constitucionalismo está en esto: en haber sido el primero en formular de manera clara y firme, en el ámbito de la constitución de los modernos, la fundamental distinción entre poder absoluto y poder moderado. El primero es aquel en que un único sujeto, sea el rey o la asamblea, tiene el poder legislativo y el ejecutivo, el segundo es aquel en que los dos poderes son distintos y pertenecen a dos sujetos distintos. En suma, la primera y fundamental máxima del constitucionalismo es precisamente ésta, según la cual quien tiene el formidable poder de hacer la ley no puede ni debe disponer de los recursos y de los medios de gobierno.* (FIORAVANTI, 2001, p. 93)

essa função para um órgão de decisão mais expedito, ou seja, restrito e singular¹¹.

No esquema de separação de poderes que prevê, Locke destaca a defesa da supremacia do legislativo. Nos escritos desse autor, a primeira lei positiva e fundamental à sociedade civil é estabelecer o poder legislativo, isso porque as leis constituem o principal meio de garantir a fruição da propriedade em paz e segurança. À primeira vista, a defesa enfática da supremacia de um poder pode minar o ideal de separação, contudo a supremacia do legislativo em Locke não determina a completa subordinação do executivo. Na verdade, o legislativo é supremo por ser prévio e anteceder o desempenho do executivo. O poder executivo está naturalmente subordinado à elaboração legislativa, já que depende da edição de leis para atuar e o exercício de suas funções deve obedecer à prescrição legal. O legislativo é supremo, mas não ilimitado. Locke aponta restrições à atuação legislativa: 1. não pode governar por meio de decretos arbitrários e extemporâneos; 2. as leis não podem variar para casos particulares; 3. a produção legislativa não pode considerar outro fim que não o bem do povo; 4. não devem lançar impostos sobre a propriedade do povo sem consentimento; e 5. não pode transferir o poder de elaborar leis a quem quer que seja, ou colocá-lo em outro lugar que não o indicado pelo povo¹². O poder executivo, por sua vez, desfruta de elementos

¹¹ Cf. PIÇARRA, 1989, p. 72.

¹² “Todavia, embora os homens quando entram em sociedade abandonem a igualdade, a liberdade e o poder executivo que tinham no estado de natureza nas mãos da sociedade, para que disponha deles por meio do poder legislativo conforme o exigir o bem dela mesma, entretanto, fazendo-o cada um apenas com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade – eis que criatura racional alguma pode supor-se que troque sua condição para pior –, o poder da sociedade ou o legislativo por ela constituído não se pode nunca supor se estenda mais além do que o bem comum, mas fica na obrigação de assegurar a propriedade de cada um. [...]”. (LOCKE, 1973, p. 89-90)

que lhe asseguram uma margem de autonomia, como é o caso da prerrogativa, uma margem de discricionariedade entregue ao seu titular para atuar naqueles casos que não estão cobertos pela lei, uma vez que os legisladores não são capazes de prover ou prever todas as situações em prol do bem da comunidade¹³.

Locke escreve no contexto de disputa entre o monarca e o parlamento. Sua contribuição mais influente esteve em afirmar a supremacia do legislativo na defesa de direitos fundamentais (propriedade, vida, liberdade e igualdade) e com isso fracionar a concepção de governo como unidade política. Contudo, o esquema institucional de Locke não prevê a existência de um poder judiciário autônomo, tampouco desenvolve sobre a dinâmica de forças e equilíbrio entre os poderes do Estado. A partir de Montesquieu, a ideia de tripartição de poderes consolida-se na literatura política, chamando a atenção ainda para princípios de intervenção positiva e mútua entre os poderes.

4 MONTESQUIEU: O PRIMADO DA LEI E A NEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO PODER DE JULGAR

Montesquieu tem como ponto de partida uma conceituação de lei como a relação necessária que deriva da natureza das coisas. Ao defender a lei como conceito científico, de um lado, liberta-se das noções anteriores que a associavam à providência divina ou à ordem natural das coisas e, de outro, afasta-se das noções mais modernas de lei como prescrição e expressão de uma autoridade. Montesquieu objetiva a ideia de lei demonstrando que, como se observa nas relações dos corpos físicos uniformidades e constâncias, é possível verificar regularidades nas formas como os

¹³ Cf. LOCKE, 1973, p. 104.

homens se organizam em sociedade, o que, por sua vez, permite esclarecer quem exerce o poder e como o poder deve ser exercido; em outras palavras, a natureza e o princípio de cada governo¹⁴.

Considerando que a natureza dos governos se referia à dimensão do ser – quem exerce o poder –, enquanto o princípio dos governos representava a dimensão do fazer – como o poder é exercido –, Montesquieu organizou três formas de governo observáveis nas dinâmicas políticas e sociais do seu tempo: a república, a monarquia e o despotismo.

QUADRO 1 – Formas de governo de Montesquieu

GOVERNO	NATUREZA	
REPUBLICANO	Todo o povo (democracia) ou parte do povo (aristocracia) detém o poder soberano	
MONÁRQUICO	Uma só pessoa governa por meio de leis fixas e estabelecidas	
DESPÓTICO	Uma só pessoa, sem lei e sem regra, tudo conduz, por sua vontade e por seu capricho	

GOVERNO	PRINCÍPIO	
REPUBLICANO	Democracia	Virtude
	Aristocracia	Grande Virtude ou Moderação
MONÁRQUICO	Honra	
DESPÓTICO	Temor	

Fonte: do autor.

Da natureza da república tem-se que, se o governo é exercido por todos, há uma democracia; se exercido por alguns, está-se

¹⁴ Cf. ALBUQUERQUE, J. A. G. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, F. (Org.) *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1995. p. 111-120.

diante de uma Aristocracia. No exercício da república, o povo é monarca e súdito ao mesmo tempo, o que requer leis regulamentando quem é o povo e quem o povo pode escolher (regras de sufrágio). Na aristocracia, o monarca é representado por um corpo de nobres e o resto do povo compõe os súditos. Aqui não se fala em eleição ou escolha de governantes, mantendo-se a hereditariedade como regra. A natureza da monarquia é marcada pela presença do rei como fonte de onde emana todo o poder, o que implica a necessidade de corpos intermediários e de um depósito de leis que possam frear o exercício do poder pelo soberano. O corpo intermediário natural nas monarquias é a nobreza. No Estado despótico, como o poder compete a um só, de um lado, o déspota encarregado dos assuntos do governo sozinho poderia revelar-se preguiçoso; de outro, o poder entregue a muitos poderia levar à competição. A regra fundamental em um Estado despótico é, portanto, a instituição de um vizir.

No que toca aos princípios, a democracia movimenta-se por meio da virtude. O termo é utilizado no sentido de espírito cívico, consideração da supremacia do bem público sobre o privado, aplicando-se indistintamente, pois todos são, ao mesmo tempo, súditos e monarcas. Na democracia, os crimes privados são públicos e a corrupção, se instalada no governo, leva o Estado à perdição. Na monarquia, não se encontra virtude. Recorrendo à história, Montesquieu chama a atenção para como são costumeiros os vícios nas cortes. Contudo, não é problema, nessa forma de governo, a ausência de virtude, porque a monarquia é guiada pela honra, compreendida como a paixão pela desigualdade e amor pelos privilégios da nobreza. Assim, o apego dos nobres às suas prerrogativas, longe de representar um empecilho ao governo monárquico, com ele colabora, estimulando a nobreza a exercer seu papel de corpo intermediário e moderador da utilização do poder pelo rei. O Estado despótico não apresenta cidadãos com virtude ou honra, pois nele todos os homens são iguais e escravos. O governo

é guiado pelos caprichos e vontades do soberano e orientado pelo temor incutido nos súditos. Desse modo, a república aparece como o governo dos homens, a monarquia como o governo das instituições e o despotismo como governo da paixão.

No esquema teórico de Montesquieu, apenas a monarquia apresenta a vantagem de um governo moderado em que as instituições controlam o exercício do poder. Enquanto a república depende exclusivamente da virtude dos homens e o despotismo se autodestrói por estar sujeito a rebeliões constantes, na monarquia, o poder do monarca é contrabalançado pela presença de corpos intermediários. Assim, ao procurar os elementos que podem conferir estabilidade e duração ao poder político, Montesquieu encontra resposta na forma monárquica de poder. Desenvolve uma defesa da monarquia moderada como um governo de instituições em que a presença de corpos intermediários, representados pela nobreza, controla o exercício do poder, preservando o regime. Contudo, nas monarquias moderadas, a nobreza estava ameaçada. A expansão dos negócios já trazia uma certa igualdade de riquezas, com ascensão da burguesia e prejuízo dos privilégios políticos nobiliários. Montesquieu aposta na criação de uma teoria da separação de poderes que pudesse substituir, na monarquia, o papel moderador da nobreza. Fundado em um pessimismo antropológico segundo o qual todo o homem que tem o poder nas mãos tende a cometer abusos, conclui que há a necessidade de se estabelecer um conjunto de mecanismos que, ao impedir a concentração de poderes nas mãos de um só, garanta a liberdade dos indivíduos¹⁵

¹⁵ A teoria de separação de poderes desenvolvida por Montesquieu está associada à ideia de liberdade. Apesar de admitir a existência de vários significados possíveis para a palavra liberdade, esse autor adota a ideia de liberdade política, o que significa, em um Estado com ordenamento jurídico, fazer tudo aquilo que as leis permitem. A liberdade só é possível de ser alcançada nos governos moderados, pois só neles se encontra a limitação do poder capaz de impedir que ele

e a preservação do poder político. A liberdade, contudo, não estaria assegurada com uma separação do poder apenas do ponto de vista orgânico-funcional. A separação de poderes constitui não somente um problema lógico-jurídico, como também um problema político-prático, o que exige uma arquitetura institucional que tenha em conta a organização social existente, isto é, a separação social do poder¹⁶.

4.1 A separação orgânico-funcional

Montesquieu não foi inovador ao estabelecer as formas de governo e a separação de poderes, tendo por inspiração autores ingleses e franceses (Locke, Bolingbroke e Bodin). A novidade da sua proposta residiu na intenção de fazer corresponder o esquema institucional de poderes do Estado à totalidade das suas funções¹⁷. A principal contribuição esteve em formular a existência de um terceiro poder responsável por punir crimes, solucionar as disputas entre o príncipe e os súditos e pacificar os conflitos individuais – o poder judiciário. Ao assentar sua proposta de separação de poderes numa divisão tripartite, Montesquieu ultrapassou a doutrina do século XVII, que defendia uma distinção bicéfala entre as atividades de elaborar a lei e aplicá-la – o legislativo e o executivo¹⁸. A clássica separação orgânica foi ainda remodelada para extrapolar a simples

descambe para uma forma despótica, transformando todos os homens em escravos. Assim, só a monarquia, como governo das instituições, é capaz de promover liberdade nas sociedades políticas. Entretanto, maior liberdade será encontrada se os corpos intermediários do governo monárquico fossem substituídos por uma forma mais objetiva e eficaz de controle de poder.

¹⁶ Cf. BLANCO VALDÉS, R. L. *El valor de la constitución*. Madrid: Alianza, 1998. p. 69-86.

¹⁷ Cf. PIÇARRA, 1989, p. 92.

¹⁸ Em Montesquieu, ainda não seria possível falar de poder executivo como o moderno racional-legal executivo-administrativo. Em *O espírito das leis*, o

especialização funcional. Cada ramo do poder foi previsto como responsável, concomitantemente, por um poder ativo e repressivo, de forma que, na dinâmica política, o abuso pudesse ser contido com o refreamento recíproco entre os poderes.

Visualizam-se três poderes. Um poder legislativo, pelo qual se promulgam leis para certo tempo ou para sempre; um poder executivo, que dispõe sobre a guerra e a paz, envia e recebe embaixadores, mantém a segurança e previne contra invasões. e um poder judiciário por meio do qual se julga a diferença entre particulares e se castiga os delitos¹⁹. Na coordenação entre os poderes, primeiramente, o legislativo é desmembrado em duas câmaras, entre um corpo de nobres e o povo, de tal modo que uma possa controlar a atuação da outra. Assim, aos nobres não é dado legislar sobre a arrecadação de impostos, mas devem vetar a legislação proposta pelos membros do povo²⁰. O executivo, por sua

executivo era responsável somente por assuntos de interesse externo e segurança interna (guerra e paz, atos diplomáticos, proteção contra invasões, etc.) e o judiciário estava confinado à resolução de disputas individuais. Sobrava um conjunto de atos de administração interna que não se referiam propriamente à solução de conflitos e que não estavam enquadrados na competência executiva ou judicial. Da mesma forma, o autor não deu atenção aos momentos em que a lei, não podendo regular exaustivamente a matéria, abriria um espaço para a discricionariedade dos seus executores, hipótese que levou Locke a instituir o poder de prerrogativa. (Cf. VILE, 1998, p. 95)

¹⁹ Montesquieu defende a ideia de tripartição, mas ainda se mostra apegado ao vocabulário do século XVII, em que o poder executivo reunia a função judicial. Dessa forma, também denomina o poder judiciário de “o poder executivo das coisas que dependem do direito civil”. [Cf. MONTESQUIEU, Ch. S. O espírito das leis. In: WEFFORT, F. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1995. p. 173]

²⁰ “Mas, como um poder hereditário poderia ser induzido a seguir seus interesses particulares e a se esquecer dos do povo, é preciso que nas coisas em que se tem muito interesse em corrompê-lo, como nas leis que concernem à arrecadação de dinheiro, ele só participe da legislação por sua faculdade de impedir, e não de estatuir.” (MONTESQUIEU, 1995, p. 177)

vez, interfere na própria existência material do poder legislativo ao ter competência para determinar o momento da reunião e duração das assembleias dos legisladores²¹. O segundo mecanismo de controle do executivo sobre o legislativo diz respeito ao poder de veto sobre as leis produzidas. O poder legislativo é o titular da faculdade de estatuir (direito de ordenar por si e corrigir o que está ordenado), mas tem de lidar com as limitações impostas pela faculdade de vetar (direito de anular uma resolução tomada por outro) entregue ao executivo e, em alguns momentos, a uma de suas câmaras. O poder legislativo não deve interferir na atividade do executivo, uma vez que já é responsável pela promulgação das leis com que este poder opera, o que faz que a atividade executiva seja naturalmente limitada; contudo, cabe aos legisladores o poder de fiscalização dos atos do outro poder.

Nas relações entre legislativo e judiciário, esse último também sofre a natural interferência do legislativo, já que deve aplicar rigorosamente as leis emanadas do parlamento²². Contudo, ainda são previstos por Montesquieu três casos que justificam maior intervenção do legislador na atividade judicial: 1. os nobres

²¹ “O corpo legislativo não deve promover a própria reunião; pois não se considera que um corpo tenha vontade senão quando está reunido; e, se não se reunisse por unanimidade, não se saberia dizer qual parte dele seria na verdade o corpo legislativo: a que estivesse reunida, ou a que não estivesse. Pois tendo ele o direito de convocar sua próxima sessão, poderia acontecer que jamais o fizesse; o que seria perigoso no caso de querer ele atentar contra o executivo. Além disso, há momentos mais convenientes do que outros para a reunião do corpo legislativo: é preciso, portanto, que seja o poder executivo que regule o momento de reunião e a duração dessas assembleias, em relação às circunstâncias que ele conhece” (MONTESQUIEU, 1995, p. 178-179). Em contrapartida, o legislativo é responsável pelo ponto mais importante da legislação, a arrecadação da receita pública, o que deve fazer anualmente para que o executivo dependa dele e seja forçado a convocá-lo.

²² “Porém, se os tribunais não devem ser permanentes, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei.” (MONTESQUIEU, 1995, p. 175)

devem ser levados a julgamento pelo corpo legislativo que os representa; 2. nos casos em que a lei é rigorosa demais, parte do corpo legislativo deve formar um corpo necessário que se pronuncie sobre o abrandamento da lei (indulto); e 3. no caso de algum cidadão violar os direitos do povo cometendo algum crime que nenhum juiz quisesse ou soubesse punir, deve ser acusado pela parte legislativa do povo perante a parte legislativa dos nobres (delitos políticos). Na proposta de Montesquieu, o problema da separação de poderes não estava resolvido com uma simples distribuição de competências. Deveriam estar coordenados os poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário), os órgãos do Estado (parlamento, coroa e juízes) e os poderes sociais existentes (povo, nobreza e rei)²³.

4.2 A separação social do poder

Ao apreciar as relações necessárias que surgem da natureza das coisas em sua teoria política, Montesquieu teve de planejar um modelo de estabilidade para os regimes políticos que incluísse a distribuição social vigente (rei, povo e nobreza). A teoria de separação dos poderes é fundida com a teoria das formas de governo e, desse modo, o executivo é confiado à monarquia; parte do legislativo e judiciário, à aristocracia; e à democracia, o restante do poder legislativo²⁴. Assim, defende que o poder executivo, por exigir respostas instantâneas e resoluções ativas,

²³ Cf. BLANCO VALDÉS, 1998, p. 82-86.

²⁴ “Além disso, o princípio de Montesquieu da separação das funções do legislativo, do executivo e do judiciário estava associado em sua teoria política como outro princípio – a combinação das três formas de governo: monarquia, aristocracia, e democracia. O mérito peculiar do governo parlamentar inglês, como ele o via no século XVIII, estava na feliz fusão destes dois princípios.” (GOUGH, 1980, p. 184)

deve ser entregue a uma só pessoa: ao monarca. O legislativo, por se ocupar de questões de política geral que amalgamam os vários interesses sociais existentes, deve ser conduzido por um colegiado. No âmbito do legislativo, Montesquieu elabora uma forma de garantir o equilíbrio aos poderes sociais, repartindo esse poder em duas câmaras: a dos nobres e a dos representantes do povo. Povo e nobreza são absorvidos pelo regime e recolocados no legislativo como estamentos que equilibrariam a produção de leis contrapondo seus interesses antagônicos. A engenharia institucional planejada por Montesquieu é uma grande contribuição, uma vez que, ao distribuir as funções entre órgãos com poderes sociais distintos e prevendo o controle recíproco entre eles, impede que o poder seja exercido de outra forma senão que por meio da atividade coordenada de todos os grupos.

Para realizar essa proposta, um passo importante foi a neutralização política do judiciário, que não foi caracterizado como autêntico poder. Desse modo, entre os poderes da separação, o de julgar não foi entregue a uma força social específica; deveria ser exercido por pessoas extraídas do corpo do povo em certos períodos do ano, quando a necessidade requeresse²⁵. Para Montesquieu, a atividade judicial, por deter um poder que se exerce sobre o particular, não poderia ser personificado em grupos ou magistrados permanentes e, ao mesmo tempo, deveria zelar pela estabilidade das relações e previsibilidade das soluções de conflitos, pelo que se exigiria objetividade na aplicação da lei, sem espaço para a criatividade. O juiz seria a boca que pronuncia as palavras da

²⁵ “Quanto ao poder judicial, já se viu que deve ficar à margem do equilíbrio entre os estamentos ou não deve ficar ligado a nenhum deles. Por isso, não só funcionalmente, mas também político-socialmente, não há de ser poder *a proprio sensu*, há de ser invisível e nulo. Nem tem autonomia decisória em relação à lei nem representa nenhuma potência ou fator de poder, pelo que não tem existência política própria. O poder judicial fica, pois, fora da separação social de poderes.” (PIÇARRA, 1989, p. 110)

lei. Nesse contexto, é fundamental a preliminar exposição de Montesquieu sobre o conceito de lei, isso porque, em *O espírito das leis*, a lei é apresentada com conteúdo institucional; mais que uma prescrição ou um comando, a lei conforma o exercício do poder, o seu titular e a forma como ele é exercido. Outra consequência desse raciocínio é a natural proeminência que o poder legislativo ganha sobre os outros poderes, como em Locke, em que o processo de elaboração da lei, por anteceder sua aplicação, acaba amoldando a atuação dos demais poderes.

A despeito da sua contribuição para a ideia de distribuição tripartite do poder, Montesquieu, de um lado, no âmbito da separação orgânica, não entregou ao judiciário nenhuma prerrogativa de controle ou intervenção sobre os outros dois poderes; de outro lado, no âmbito da separação social, não associou a nenhum estamento o poder de julgar. O resultado dessa equação foi a previsão de um poder judiciário autônomo mas politicamente nulo. Consequentemente, a concepção de independência judicial ficou circunscrita aos limites internos da função de julgar. A intenção era distanciar a atuação judicial do conjunto dos interesses conflitantes no Estado²⁶, afunilando-a nos contornos do preciso dever de aplicar as palavras da lei. A independência do poder judiciário afirmava-se, assim, num sentido passivo, como imparcialidade resultante da neutralidade política e axiológica do julgador e da aplicação silogística da lei.

O pensamento de Montesquieu será um dos pontos de partida para a liberal compreensão de desempenho judicial, baseada na supremacia do legislativo e na neutralização política do judiciário. Contudo, a evolução do papel do Estado alterou a relação de equilíbrio entre os poderes, remodelando os marcos de atuação judicial. No campo da teoria da separação de poderes, a destinação

²⁶ Cf. VILE, 1998, p. 96-98.

de maior destaque para o papel desempenhado pelo judiciário pode ser visto na obra dos federalistas.

5 OS FEDERALISTAS: JUDICIAL REVIEW E A PROTEÇÃO CONTRA AS MAIORIAS LEGISLATIVAS

Nas colônias americanas, o colonialismo inglês foi sentido com o peso da tirania. Daí que a tarefa de elaborar outra estrutura institucional naquele país foi exercitada como oposição ao ideal da constituição mista que inspirava a organização política da Inglaterra no período. Ao contrário dos teóricos europeus, os americanos não tinham que compor forças e realidades sociais para montar institucionalmente seu modelo de Estado. Ao elaborar uma nova ordem, encararam o desafio, por um lado, de unir os estados por meio do vínculo federal e, por outro, assentar sua arquitetura constitucional em uma sociedade relativamente homogênea. Conseqüentemente, o poder constituinte constrói uma carta máxima baseada no princípio da soberania popular²⁷. A partir da revolução norte-americana, emerge um novo esquema político-social que concilia a noção de limitação do poder ao governo popular. Até então, a tradição teórica afirmava a impossibilidade de se alcançar em governos populares a estabilidade mediante a limitação do poder. A teoria política era elitista, baseando-se em premissas como a defendida por Montesquieu, que considerava a democracia, por depender exclusivamente da virtude do povo, um terreno infértil para se cultivar um mecanismo eficaz de separação de poder²⁸. A relativa homogeneidade da sociedade

²⁷ FIORAVANTI, 2001, p. 105-107.

²⁸ LIMONGI, F. P. “O federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, F. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1995, p. 243-255.

americana (comerciantes, profissionais liberais e proprietários de terra) liberta os fundadores da nova república de compor uma Constituição mista e buscar equilíbrio entre as prerrogativas sociais dos diversos estamentos; ao mesmo tempo, foi possível tirar vantagem da tradição inglesa no que toca às dinâmicas de equilíbrio e contrapesos e equilíbrio entre os poderes.

Os escritos federalistas, ao conciliarem o princípio democrático e a separação de poderes, apresentam outra problemática à teoria constitucional: a relação entre a maioria e a minoria na administração do Estado²⁹ ou como preservar os direitos das minorias diante da possibilidade de a maioria política se perpetuar no poder. Verifica-se uma viragem de orientação política e epistemológica: a teoria do Estado tem que se preocupar em demonstrar a importância democrática de uma república assentar-se em grandes territórios e ainda comprovar que mecanismos (freios e contrapesos) podem ser criados para encorajar as virtudes nos homens e inibir-lhes os vícios, garantindo o bom funcionamento do governo contra a tirania da maioria. Nesse sentido, a soberania popular não pode estar ameaçada pela existência de facções; nelas, as ambições e os interesses particulares ameaçam a virtude dos cidadãos, pois os desigalam colocando-os em disputa, provocando o risco de um grupo majoritário apropriar-se do poder, prejudicando os demais. No artigo federalista nº 10, Madison defende que as facções não ameaçam o governo do povo, bastando simplesmente controlar-lhes os efeitos, o que faz propondo uma

²⁹ “Quando a maioria integra uma facção, a forma do governo popular, por sua vez, a habilita a sacrificar à sua paixão pelo poder e a seus interesses tanto o bem público como os direitos dos outros cidadãos. Resguardar esse bem público e estes direitos individuais contra os perigos de tal facção e, ao mesmo tempo, preservar o espírito e a forma do governo popular é justamente o grande objetivo para cuja consecução nossas pesquisas estão orientadas.” (MADISON, J. Artigo federalista n 10. In: HAMILTON, A.; JAY, J.; _____. *Os federalistas*. Brasília: Ed. UnB, 1984a. p. 150). Cf., também, BLANCO VALDÉS, 1998, p. 82-86.

forma de governo específica: a república fundada em um grande território³⁰.

5.1 A república e a existência de facções

No artigo federalista n. 10, Madison pretendeu demonstrar que uma república bem constituída representa um obstáculo às facções que tanto ameaçam a estabilidade e permanência dos governos democráticos. As facções são apresentadas como um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade³¹. As facções estão enraizadas na natureza do homem, na existência natural de diversidades, pontos de vistas divergentes, ambições e interesses particulares, animosidades mútuas. A divisão desigual da propriedade, entretanto, é a causa mais comum e duradoura das facções, apartando proprietários e não proprietários. A sociedade é sempre hierarquizada e dividida entre as classes sociais de interesses conflitantes. Nas democracias puras (sociedade que reúne um pequeno número de cidadãos que se reúnem e administram o governo pessoalmente), a ameaça das facções é um mal que destrói o governo, pois nela uma paixão ou interesse comum que domine a maioria não poderá evitar o sacrifício dos mais fracos. A tarefa da legislação moderna é coordenar os interesses diferentes sem sacrificá-los. Há duas maneiras de controlar as facções: a) eliminando-lhes a causa e b) minorando-lhes os efeitos. Destruir as causas das facções implicaria eliminar a própria liberdade humana; a saída, então, estaria em controlar seus efeitos.

³⁰ Cf. MADISON, 1984a.

³¹ Cf. MADISON, 1984a, p. 148.

A cura para o mal das facções estaria, então, na constituição de uma república (governo no qual o esquema de representação tem lugar). A república difere da democracia por abrigar um pequeno número de cidadãos delegados para exercer o governo e poder abranger uma área e maior número de cidadãos. Para controlar os efeitos das facções, uma república grande é preferível a uma república pequena, uma vez que ampliando a diversidade e a variedade de pontos de vista dentro de um mesmo território será fácil filtrar os interesses diversos, impedindo que uma facção imponha-se sobre a outra. Além disso, o fato de um pequeno número de cidadãos exercerem o governo representa que os indivíduos eleitos terão mais méritos e melhor consciência do bem comum. Quanto menor o território e o número de cidadãos da sociedade política, mais fácil será para que a maioria, utilizando a existência de interesse comuns, usurpe os direitos da minoria. O regime republicano apresenta ainda outras características esboçadas por Madison no artigo federalista n. 39: a) todo poder deriva direta ou indiretamente da grande massa do povo (é essencial que provenha de uma grande porção da sociedade) e b) o governo é exercido voluntariamente e por tempo determinado (o tempo de mandato deve ser cumprido)³². Noutro extremo, devem ser pensados, ainda, a previsão de mecanismos que impeçam o controle tirânico da maioria quando esta chegar ao poder. Nesse âmbito, emerge o esquema divisão de poderes com um sistema de controlo recíproco de freios e contrapesos. A qualidade da decisão política é assegurada à medida que aqueles que ocupam um dos ramos do poder, ao decidirem, tenham de considerar os interesses opostos presentes nos outros polos da arquitetura institucional.

³² MADISON, J. Artigo federalista n. 39. In: HAMILTON, A.; JAY, J.; _____. *Os federalistas*. Brasília: Ed. UnB, 1984b. p. 329-334.

5.2 Os freios e contrapesos

Salientando que o poder unitário é a outra face do poder totalitário e tirano, os artigos federalistas se inspirariam em Montesquieu para reafirmar a centralidade da separação de poderes numa estrutura política. Ainda que afiliados às linhas gerais da doutrina de separação de poderes (um poder não deve exercer a atividade específica do outro ou ter influência dominante sobre a actividade dos demais poderes), defenderiam que não seria suficiente apenas a distinção do conteúdo funcional de cada poder e seus respectivos limites, ainda que esse exercício fosse feito com a máxima precisão. A este propósito, importa especialmente a defesa que fizeram da separação como coparticipação entre os poderes. A proposta de governo republicano federalista teve como vantagem pôr a descoberto a evidência de que a relação entre os diferentes poderes do Estado foi sempre desequilibrada. A repartição de competências não seria, por si, equitativa, resultando na constituição de poderes mais fortes que não se furtariam de usurpar outras funções quando necessário. Tal constatação impunha a necessidade de previsão de uma defesa suplementar para que os poderes mais fracos se prevenissem, no caso de invasão de suas competências. Corroboraria esse argumento a demonstração de uma natural supremacia do legislativo. De acordo com os artigos federalistas, o poder legislativo se sobreporia aos outros poderes por algumas razões: a) estaria credenciado pelo povo para exercer suas funções; b) deteria competências mais abrangentes e menos suscetíveis de limitação; e c) controlaria o acesso aos cofres do povo e à remuneração dos funcionários públicos. Noutra dimensão, o reconhecimento dessa dinâmica não equitativa do protagonismo assumido pelos diferentes poderes implicaria, no âmbito da república federativa, o cuidado adicional de manter estreitos limites ao raio de ação do poder executivo, incluindo no que tocava à duração do mandato do governante.

Em face do desequilíbrio entre as possibilidades de intervenção dos diferentes poderes, o esquema de separação convocaria um sistema de garantias internas, com medidas de defesa compatíveis às ameaças de ataque de cada poder. Não sendo possível fornecer a alguns ramos do poder iguais possibilidades de defesa, a proposta de separação de poderes federalista procuraria garantir um grau de controle recíproco em que o poder mais fraco pudesse, pelo menos, salvaguardar-se das tentativas de intromissão por parte do poderes mais fortes. Assim, diante da supremacia do legislativo, uma dinâmica de maior equilíbrio seria alcançada por meio dos seguintes freios e contrapesos: 1. repartição do legislativo em dois corpos, com eleições diferenciadas e princípios de ação distintos e 2. instituição da prerrogativa de veto absoluto do executivo sobre o resultado do processo legislativo. O judiciário era caracterizado como o menos perigoso dos poderes. Para além de não deter a chave do cofre, o poder judiciário ainda dependeria do executivo para assegurar a eficácia das suas decisões. Nas relações entre judiciário e executivo, a dinâmica de freios e contrapesos previa que a indicação dos juizes pelo executivo, fosse contrabalançada com a garantia de vitaliciedade dos magistrados.

Na proposta federalista, os tribunais assumiriam um importante papel contramajoritário. Constitucionalmente encarregados da defesa dos direitos das minorias poderiam neutralizar os efeitos das facções e as tentativas de imposição da vontade da maioria por meio do controle de constitucionalidade³³. A defesa

³³ “Ao qualificar uma constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas á autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confisco, leis ‘ex-post-facto’ e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através da cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulo todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios e concessões particulares serão inúteis.” (HAMILTON, A. Artigo federalista n. 78. In: _____; JAY, J.; MADISON, J. *Os federalistas*. Brasília: Ed. UnB, 1984. p. 577)

do controle de constitucionalidade foi feita por Hamilton no artigo federalista n. 78³⁴. Hamilton defendeu a necessidade de existir uma barreira que seria interposta pelo judiciário contra os excessos do legislativo, atendendo tanto a uma finalidade jurídica (proteção do texto da constituição, superior às outras normas do ordenamento jurídico) quanto a uma finalidade política (proteção dos direitos das minorias assegurados na constituição). Certo da existência de argumentos sobre a ilegitimidade democrática dos tribunais em face de uma produção legislativa democraticamente credenciada por meio das eleições dos parlamentares, Hamilton argumentava, de um lado, que o controle de constitucionalidade decorreria do poder geral do judiciário de interpretar as leis, tarefa executada de acordo com os parâmetros estabelecidos pela constituição, norma soberana do ordenamento jurídico. De outro lado, defendia que o judiciário constituía um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, tendo por finalidade manter esta última nos limites constitucionais. Não se trataria, portanto, de uma defesa da supremacia do judiciário ou do governo dos juízes, incorporando, antes, uma defesa da soberania do povo e da sua vontade expressa na Constituição, que, por sua vez submete e conforma os poderes do Estado³⁵.

Para desenvolver sua proposta de separação orgânico-funcional dos poderes, os artigos federalistas expressariam uma concepção de poder legislativo diferente daquela adotada por outros autores da teoria de separação de poderes. Na França e entre republicanos ingleses, partilhava-se a ideia de lei associada ao interesse de todos ou à vontade geral. Essa noção, desenvolvida em profundidade por Rousseau, tinha como pressuposto a intangibilidade da lei como resultado da soberania popular e da supremacia da vontade geral. Na proposta de república federalista,

³⁴ Cf. HAMILTON, 1984.

³⁵ Cf. BLANCO VALDÉS, 1998, p. 158-159.

a ideia de intangibilidade da lei não resistiu à preocupação com a possível tirania de uma maioria legislativa³⁶. Para contornar essa possibilidade, de um lado, propôs-se o reforço da independência do poder executivo, concedendo-lhe poder de veto, que, por sua vez, foi concebido para além dos limites de uma faculdade de impedir, constituindo uma participação do executivo na função legislativa. De outro lado, defendeu-se o dever do judiciário de proteção da constituição contra a lei.

A possibilidade de controle judicial de constitucionalidade é a maior contribuição dos federalistas para a teoria da separação de poderes. O judiciário passa, finalmente, a integrar o sistema de freios e contrapesos, obtendo um poder de intervenção ativa sobre a atividade dos demais órgãos. Até a exposição de Hamilton, no artigo n. 78, o sistema de controle mútuo dos poderes do Estado só envolvia executivo e legislativo. Para além de apontarem para uma concepção de lei como possível instrumento de injustiça, ainda inovam quanto à concepção de poder judiciário, considerado detentor não somente de um poder de interpretação das normas, como também de um poder de ponderação entre os diferentes níveis de dispositivos jurídicos. Concede-se aos tribunais um papel constitutivo e criador do direito³⁷. O incremento da atuação judicial por meio do controle de constitucionalidade proposto pelos federalistas, ainda no século XVIII, não significou proeminência do poder judiciário sobre os demais poderes, não representando igualmente um imediato protagonismo judicial na política norteamericana. Os federalistas forneceram base teórica para uma prática que veio a ser inaugurada nos Estados Unidos, em 1803,

³⁶ Cf. PIÇARRA, 1989, p. 200-202.

³⁷ “Interessa, sobretudo, reter não só que o poder judicial é um poder efetivo, ao contrário do poder de alguma maneira nulo de Montesquieu, mas também que a própria função judicial não é encarada como função estritamente subalterna, derivada ou não criadora do Direito.” (Cf. PIÇARRA, 1989, p. 204)

com a decisão do caso *Madison vs Marbury*, e, em 1920, na Europa, com a criação do Tribunal Constitucional austríaco, tornando-se corrente apenas no século XX. A expansão do poder judiciário nos Estados Unidos está associada ao avanço da proteção judicial dos direitos humanos e à atuação de grupos de interesse em promover campanhas para persuadir os tribunais a transformar em política pública a recusa ou inação por parte do legislativo e do executivo, o que passou a assumir uma importância singular a partir de meados do século passado³⁸.

6 OS DIFERENTES PARADIGMAS DE INCORPORAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

6.1 O paradigma liberal de direito e justiça

Nesse âmbito, o direito desempenha o papel de controlar o poder político e a sociedade de forma segura e previsível, o que implica a supremacia do legislativo na divisão de poderes e o primado do princípio da legalidade. No ideário liberal, o princípio teleológico estava em proteger os direitos subjetivos da intervenção estatal e consagrar a liberdade individual com a separação entre Estado e sociedade. Para tanto, a supremacia da lei foi utilizada como instrumento de proteção das liberdades e forma de limitação do executivo, colocando o legislativo no centro do sistema político. A lei ganha destaque por representar a vontade de todos, saída do parlamento, onde a burguesia estava representada. O executivo, por sua vez, encarrega-se de colocar a lei em efeito, subordinando-se à

³⁸ O caso paradigmático, nesse novo contexto, é *Brown vs Broad Education*. (Cf. SHAPIRO, M. *The United States*. In: TATE, C. N. VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 45-47)

atividade legislativa. Esse paradigma ainda implica a neutralização política do poder judiciário, responsável por resolver as disputas em torno dos direitos individuais, conferindo maior segurança jurídica quanto mais a decisão judicial fosse fiel aos ditames da lei, sem provocar interferências na esfera privada ou sofrer influências do sistema político e ainda sem trazer à tona responsabilidade política e social dos magistrados³⁹.

A supremacia da lei se justifica, uma vez que, ao criar categorias abstratas para enquadrar os fatos sociais sob a lógica da igualdade formal, o princípio da legalidade garantiria o controle da heterogeneidade socioeconômica absorvendo as tensões e contradições existentes nos valores superiores da ordem jurídica⁴⁰. De igual maneira, o legislativo é o poder que, por meio do mecanismo de representação política, pode converter os interesses particulares e contraditórios em interesses gerais, tendo, portanto, politicamente legitimada sua predominância sobre os demais poderes do Estado.

Para cumprir os objetivos da concepção liberal de direito, o ordenamento jurídico, se pretende controlar a sociedade e administrar suas tensões, deve ser completo e sem contradições; da mesma forma, deve reforçar entre os cidadãos um sentimento ideológico de legalidade, capaz de levá-los à obediência e à aceitação acrítica das normas⁴¹. O princípio da legalidade não vincula o legislador a nenhum conteúdo. Está-se no campo da

³⁹ Cf. CAMPILONOGO, C. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 27-42.

⁴⁰ José Eduardo Faria utiliza o exemplo da expressão sujeito de direito que, empregada no ordenamento, pretende nivelar formalmente todos os indivíduos ocultando suas diferenças, como os desníveis econômicos existentes. [Cf. FARIA, J. E. O modelo liberal de direito e estado. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 19-35]

⁴¹ Cf. FARIA, J. E. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 11-44.

democracia procedimental, em que a legitimidade não se apresenta no consenso em relação a um conteúdo, mas na aceitação unânime dos procedimentos formais que definem as regras do jogo; em outras palavras, o primado da legalidade e do legislativo no modelo liberal de Estado implica a aceitação dos imperativos da democracia representativa e da regra de maioria⁴².

Em face da supremacia da maioria, em um ordenamento unívoco e preestabelecido visando à segurança jurídica e à administração previsível dos conflitos, os tribunais têm seu desempenho funcional bem delimitado. Cumpre-lhes dar eficácia aos direitos individuais com o mínimo de interferência na esfera da sociedade civil, por essa razão, operam reativa e retroativamente e suas decisões são dotadas de feitos apenas entre as partes. Como atuam em uma ordem jurídica pré-constituída e com pretensões de completude, os tribunais trabalham retroativamente para reparar a ordem violada e em um contexto de litígios individualizados; ou seja, ocorrem entre indivíduos, apresentam contornos claramente definidos de relevância jurídica e os efeitos da decisão judicial valem apenas entre as partes. O desempenho do poder judiciário é ainda reativo, pois dependem da solicitação de uma das partes ou de setores do Estado e as cortes não devem tomar iniciativa para influenciar o nível e os tipos de demandas que recebem. O objetivo da intervenção judicial é garantir a segurança jurídica para o que se lança mão de expedientes que garantam a segurança durante o processo (regras procedimentais) e no seu desfecho (a coisa julgada)⁴³. Em respeito à coisa julgada, no modelo do

⁴² Cf. ANDRES IBAÑEZ, P. *Derecho y justicia en el siglo XXI mas difícil todavía*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO, 21. Coimbra, 2003. p. 3. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/PerfectoAndresIbanez.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

⁴³ Cf. SANTOS, B. S. *et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996, p. 25-27.

Estado liberal, não se cogita em responsabilidade dos magistrados por suas decisões, isso porque, se uma sentença puder ser desconstituída por irresponsabilidade judicial, perde-se a segurança nas respostas do sistema. Assim, as garantias de imunidade e independência do juiz são imprescindíveis para a regularidade do processo e credibilidade do seu resultado⁴⁴.

A despeito das pretensões imaginadas na concepção liberal, as tensões e contradições existentes de fato nas sociedades não puderam ser absorvidas pelas fórmulas generalizantes do ordenamento jurídico, especialmente em face do acirramento das desigualdades sociais provocadas pelas distorções do sistema capitalista. Daí que, com o desenvolvimento da economia capitalista e o aparecimento da questão social (criminalidade, prostituição, insalubridade, habitação), associados às lutas políticas em torno de direitos, ao desafiar a lógica formalista do Estado, a coerência do ordenamento jurídico e os mecanismos tradicionais de representação política vieram reivindicar a formação de um novo arranjo institucional entre os poderes do Estado⁴⁵. Não sendo possível disseminar o sentimento de legalidade e acatamento das normas entre os indivíduos, o executivo passa a interferir na esfera da sociedade civil, assumindo maiores competências regulamentares, de forma a não deixar para autorregulação social a solução de conflitos que passam a ter um desdobramento coletivo e já não se conformam com a promulgação de fórmulas genéricas e universalistas. As mudanças sociais também conduziram à reconfiguração do papel institucional do judiciário, que passou a constituir um palco privilegiado para a discussão dos direitos reclamados pelos novos grupos sociais em ação.

⁴⁴ CAMPILONOGO, 2002, p. 27-42.

⁴⁵ Cf. SANTOS, 1996, p. 25-27.

6.2 As novas dimensões do(s) direito(s)

Ultrapassadas as experiências totalitaristas do entre-guerras, há uma grande desconfiança em se entregar a regulação social tão somente à lei e à supremacia da maioria⁴⁶. A atuação dos regimes totalitários serviu para demonstrar que em um governo de maioria, em que a Constituição não passa de uma declaração de direitos, sem força normativa, não se confere qualidade democrática ao regime político, sobretudo em matéria de garantia de direitos fundamentais. A democracia passa a ser entendida, então, em termos substanciais, isto é, como um regime que se funda no consenso em torno de um conteúdo mínimo imutável assegurado nas constituições, cuja estrutura nuclear é a proteção dos direitos fundamentais. De outro modo, o crescimento do capitalismo agudiza as contradições sociais, tornando inevitável os conflitos sociais em torno dos meios de produção e por qualidade de vida. A harmonia prevista pelo modelo liberal em torno da igualdade formal e da justiça retributiva é colocada em questão com as contradições sociais que requerem igualdade substancial e justiça distributiva. Os direitos fundamentais, então, antes compreendidos como liberdades negativas, direitos individuais e políticos de não intervenção do Estado, passam a ser vistos como

⁴⁶ A supremacia do legislador foi substituída pela supremacia da Constituição, o que se deveu, também, às metamorfoses sofridas pelo princípio de maioria. Na maioria política já não se poderia depositar a crença de alcançar o interesse geral por meio da representação política. O arranjo governamental revela predomínio da maioria governamental nas relações de poder, destacando-se a importância de preservar os direitos das minorias não só políticas, como sociais, que se destacaram como veículos de promoção de direitos humanos. Daí a necessidade de erguer-se, acima das leis, a Constituição que cuidaria de limitar o poder da maioria organizando o poder político e protegendo os direitos fundamentais. (Nesse sentido, cf. MOREIRA, V. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: VVAA. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995)

liberdades positivas a serem prestadas pelo Estado, o que leva à constitucionalização de direitos econômicos e sociais e à ampliação dos campos do direito para além do domínio civil de defesa da livre disposição contratual, autonomia da vontade, pleno exercício dos direitos de propriedade e *pacta sunt servanta*. Surge, assim, domínios como o direito do trabalho, em que se tenta nivelar na aplicação do direito as desigualdades reais existentes entre as partes contratantes, e a expansão da titularidade dos direitos – antes individualizada, passa a ter um desdobramento coletivo. Impõem-se, assim, domínios jurídico-sociais, como o direito do trabalho, e a expansão da titularidade dos direitos para incluir direitos difusos, colectivos e individuais homogêneos.

A expansão das competências promocionais do Estado aumenta a demanda de legislação, o que não pôde ser efetuado pelo legislativo, por demais ocupado em questões de política geral e partidária, levando à predominância do executivo na separação de poderes e à sobrejuridificação da realidade social, que, por sua vez, provocam um distúrbio na coerência e na unidade do sistema jurídico⁴⁷. As atividades regulatórias do executivo ao eger o tipo de política pública a integrar sua agenda decisória utilizam a linguagem e o procedimento do direito. De outro modo, a necessidade de prever, decidir, regular e agir em conformidade com os processos econômico-sociais muda o tempo do direito do passado, para o presente e o futuro, o que traz para a decisão da norma a indeterminação e o recurso a cláusulas gerais, referências em branco e conceitos jurídicos indeterminados. Ademais, as sociedades desvelam sua complexidade assumindo um caráter fortemente pluralista, em que a resposta do legislador às demandas sociais passa a se dar em marcos abertos e flexíveis para não correr

⁴⁷ Cf., nesse sentido, SANTOS, 1996, p. 25-27; e FARIA, 1991, p. 11-44; 1989, p. 19-35.

o risco de reduzir o antagonismo das várias posições em conflito a uma resposta unilateral e imutável⁴⁸. Os tribunais colocam-se entre o direito e a sociedade para, de um lado, atuarem como instância protetora contra violações de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, consagrarem-se como a instituição mais aberta às novas necessidades da comunidade e mais flexível para responder às demandas inéditas emergentes com apreciação caso a caso dos interesses conflitantes. O judiciário é requisitado para o exercício desse novo papel, sobretudo porque é a única instância institucional especializada em interpretar normas e decidir sobre seu conteúdo e legalidade e, necessariamente, ganha maior liberdade no momento da decisão, principalmente quando se tratar de casos controversos⁴⁹.

Reivindica-se dos tribunais desempenho funcional distinto. Em primeiro lugar, a ampliação das esferas de atuação do direito também refletiu o alargamento dos campos de litigação e da procura judiciária com a conseqüente explosão de litigiosidade que os tribunais tiveram de administrar. Em segundo lugar, a constitucionalização dos direitos sociais, em sua maior parte não regulamentados e dependentes de políticas públicas, impulsionaram as cortes a interferir nas decisões sobre as condições de efetividade daqueles direitos. Em terceiro lugar, a ampliação da titularidade dos direitos e dos efeitos das decisões, agora de caráter coletivo, conduziu a uma atitude pró-ativa dos tribunais no controle do acesso à justiça e na solicitação da tutela de interesses coletivos e difusos⁵⁰. Por fim, a força normativa da Constituição e o caráter

⁴⁸ Cf. ANDRES IBAÑEZ, P. Derecho y justicia en el siglo XXI mas difícil todavía. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 27, t. 1, n. 85, p. 8-13, mar. 2002.

⁴⁹ Cf. VIANA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 20-21.

⁵⁰ Cf. SANTOS, 1996, p. 25-27.

substancial da democracia passaram a legitimar a existência de decisões, contrariando a lei ou complementando-a, o que estimulou a atuação do controle de constitucionalidade por ação e por omissão. A possibilidade de um julgamento *contra legem* trouxe insegurança ao dispensar a noção do sistema jurídico como harmônico, completo e certo, o que levou ao estreitamento dos elos entre direito ordinário e Constituição⁵¹ para legitimar a decisão contrária à lei no descumprimento da Constituição. Por um lado, a expansão da lide, a massificação dos conflitos e das exigências sociais, a imprecisão das normas e a consagração dos direitos sociais criam condições para uma atuação judicial mais dinâmica que avalia se a atividade estatal está alinhada aos programas prescritos na legislação social e converte a interpretação das leis em opção política. Esse contexto, ao contribuir para a expansão das responsabilidades processuais e substanciais dos tribunais, abre espaço para que se discuta a responsabilidade dos juízes por seus atos, implicando uma relativização de conceitos de inspiração absolutista e liberal como a noção de que o Estado não erra e a crença segundo a qual a coisa julgada sempre faz justiça⁵².

Com a ampliação da competência promocional do Estado e sua distribuição entre todos os órgãos e poderes, o poder judiciário foi chamado a sair da neutralidade e responder por uma

⁵¹ O estreitamento de laços entre o direito ordinário e a Constituição reforça o papel não somente do Tribunal Constitucional, como do Juiz Ordinário, como afirmou Perfecto Andres Ibañez: *La notable ampliación del área de la legalidad que implican las aludidas transformaciones conlleva un importante crecimiento del campo de 'lo justiciable' y, en consecuencia, también un reforzamiento del papel de la jurisdicción. Sobre ésta pesa ahora, en toda clase de procesos, la responsabilidad de valorar la constitucionalidad de la ley, antes de aplicarla. Que es por lo que, dice Prieto Sanchis 'la justicia constitucional verdaderamente indispensable no es la do Tribunal Constitucional, sino la jurisdicción ordinaria'*. (Cf. ANDRES IBAÑEZ, 2003, p. 8)

⁵² Cf. CAPPELLETTI, M. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 22-25.

quota de responsabilidade política, pelo que o desempenho da atuação judicial passou a ser avaliado, também, segundo critérios extrajudiciais, ou seja, de acordo com o resultado alcançado com a decisão. Ocorre que, ao assumirem responsabilidade promocional, os tribunais entram em choque com a atuação de outros poderes, colocando em risco a aceitação de sua independência, por exemplo, quando são levados a decidir sobre a efetividade de direitos sociais de determinados grupos, o que deveria ser objeto de políticas públicas por parte do executivo⁵³.

A relação de equilíbrio entre os poderes é variável de acordo com o paradigma do direito ou dos tribunais que se adota. As mudanças na ciência jurídica, na distribuição de direitos e na participação estatal na sociedade civil abriram espaço para que se começasse a falar em quota-parte de responsabilidade do judiciário pelo sistema político. Consequentemente, as exigências que se fazem para a independência judicial transformam-se. No paradigma liberal, a independência judicial é garantida com a subordinação dos tribunais à lei, o que implica a imposição de um raciocínio lógico-formalista no momento de decidir o caso concreto, de maneira que a aplicação das normas consiste na operação de subsumir o fato à lei. Se as cortes submetem-se ao princípio da legalidade, não podem decidir contra a lei e, assim, respeitam os ditames da maioria política. Assim, a independência judicial é garantida se o juiz não sofre interferências na condução do processo e no momento de decidir as leis aplicáveis, convivendo autonomamente com os outros poderes, mesmo dependendo: 1 da iniciativa, vontade e capacidade dos cidadãos de fazer funcionar a

⁵³ Cf. FARIA, J. E. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO, 21. Coimbra, 2003. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/PerfectoAndresIbanez.pdf>>, p. 3. Acesso em: 11 mar. 2011.

máquina judicial; 2. do executivo e do legislativo para determinar no orçamento os recursos humanos e materiais necessários ao desempenho judicial; e 3. dos ditames da lei para atuar seguindo estritamente o princípio da legalidade⁵⁴. Na matriz liberal de supremacia da lei e soberania do legislativo, desenvolve-se na Europa um modelo de organização jurisdicional bonapartiano, que assume as seguintes características:

- integração subordinada ao marco do executivo;
- governo da justiça a partir de um ministério;
- cooptação política da cúpula judicial;
- organização hierarquizada na “carreira” e dependência das expectativas de promoção do juiz de sua docilidade e aceitação acrítica dos critérios do vértice judicial-político;
- intensa interferência hierárquica do poder político no poder jurisdicional;
- seleção dos operadores com base em um critério-imediato ou mediaticamente-político;
- acentuada formação positivista dos operadores judiciais, que os faz verem a si próprios como puros técnicos em Direito, neutrais e assépticos⁵⁵.

No modelo bonapartiano, a independência judicial é utilizada apenas como retórica, pois a jurisdição não passa de um serviço do Estado, integrada nos anéis burocráticos do executivo, organizada em uma estrutura piramidal, hierarquizada e governada no topo por um pequeno grupo de juízes notáveis ligados ao ministro da Justiça. O modelo é operado para fazer os juízes acreditarem que têm

⁵⁴ Cf. SANTOS, 1996, p. 22-24.

⁵⁵ Cf. ANDRES IBAÑEZ, P. *Poder judicial e democracia política: lições de um século*. *Revista Ajuris*, ano 27, n. 85, t. 1, p. 379, mar. 2002.

independência ao dirigir o processo e ao proferir suas decisões, ao mesmo tempo em que seus desejos de ascender profissionalmente levam-os a se adequarem às exigências de conduta profissional e extraprofissional vinda do vértice da pirâmide, que, assim, o controla administrativamente⁵⁶.

Com o fortalecimento da componente social do Estado, a independência judicial é colocada pela primeira vez como questão política, uma vez que os tribunais são chamados a aplicar princípios de justiça distributiva, interferindo nas decisões legislativas e executivas ao fiscalizar e exigir o cumprimento dos direitos fundamentais. Aos tribunais cabe, então, a árdua escolha: ou mantêm o padrão de desempenho clássico, reativo, voltado para a micro-litigação e têm sua independência reconhecida pelos outros poderes pacificamente, mas correndo o risco de se tornarem socialmente irrelevantes, ou assumem sua participação na ação promocional do Estado, cumprindo sua função social, mas arriscando-se a entrar em competição com os outros poderes e a sofrer pressões de controle externo; isto é, na nomeação dos juizes para os tribunais superiores, no controle dos órgãos do poder judiciário, na gestão orçamentária, etc.⁵⁷.

7 CONCLUSÃO

Neste artigo, recorri aos autores clássicos da filosofia política para apresentar as referências iniciais do paradigma liberal de direito e de Estado: a necessidade de controle do poder político

⁵⁶ Cf. ANDRES IBAÑEZ, 2003, p. 4.

⁵⁷ A escolha por uma das duas opções vai variar de país para país, sendo forte a opção pelo garantismo judicial e cumprimento da função social do judiciário em lugares em que os movimentos populares por luta de direitos apareceram com mais força. (Cf. SANTOS, 1996, p. 26)

como garantia à liberdade individual por meio da supremacia do legislativo, dos princípios de democracia representativa, regra da maioria e soberania popular. A separação de poderes é erigida como princípio organizativo fundamental sem o qual um Estado não pode ter Constituição. As propostas teóricas de Locke, Montesquieu e dos federalistas distanciam-se quando abordam o lugar constitucional do poder judiciário. Enquanto Locke nem sequer associa a função judicial a um poder autônomo, Montesquieu consolida a divisão tripartite do poder com a criação do poder judiciário. Contudo, apesar de estarem incluídos na divisão orgânico funcional prevista por Montesquieu, os tribunais são politicamente nulos. Ambos os autores reforçam a proeminência do legislativo e a neutralidade política da administração da justiça. Com a ampliação das competências promocionais do Estado, a reestruturação da relação entre governo e sociedade dá destaque às funções políticas dos tribunais e à atuação do judiciário como criador do direito; os tribunais passam a fazer uso corrente de uma das vantagens trazidas pelas propostas federalistas de freios e contrapesos no sistema político: o controle de constitucionalidade das leis.

A expansão do poder judiciário, embora se tenha tornado um fenômeno mundial, é variável de acordo com as características de cada sociedade. Nos países periféricos e semiperiféricos, a evolução do desempenho dos tribunais e de suas responsabilidades não segue uma linha crescente de interferência no sistema político na passagem do Estado liberal para o Estado social. Em primeiro lugar, porque nesses países as dimensões dos direitos não foram vivenciadas de forma gradual e linear; em segundo lugar, porque os regimes políticos nessas sociedades foram frequentemente abalados por momentos de instabilidade democrática. No período correspondente ao Estado liberal, muitos países da periferia do sistema capitalista ainda eram colônias ou estavam conquistando sua independência; de outro modo, o Estado de bem-estar social, se

foi implantado completamente, alcançou apenas os países centrais. Nas sociedades periféricas, os gritantes desequilíbrios sociais revelam a precária aplicação dos direitos sociais. De igual maneira, embora os fenômenos da globalização e da desregulamentação tenham se espalhado mundialmente, aos países periféricos chegaram tardiamente e ainda não provocaram a totalidade de seus efeitos. A convivência com períodos ditatoriais, por sua vez, prejudicou até mesmo a fruição de direitos de primeira dimensão, direitos civis e políticos. Recentemente, a tendência visível em alguns países de superação dos regimes autoritários, transição democrática e consolidação da democracia trouxe novas cores para esse quadro. A experiência de democratização, contudo, acontece paralelamente ao momento em que os países centrais vivenciam a crise do Estado social⁵⁸.

A independência dos tribunais também é vivenciada de forma diferente na periferia do sistema mundo. Como não houve um contexto linear de estabilidade política em que a relação de equilíbrio entre os poderes do Estado reconfigura-se de acordo com a dinâmica entre governo e sociedade, a imposição de regimes autoritários na história dos países periféricos e semiperiféricos conduziu o judiciário ao isolamento social e político, transformando a independência judicial de molde liberal no paradigma dominante da relação do poder judiciário com os cidadãos, grupos sociais e poderes políticos. Com a redemocratização, os sistemas políticos das sociedades periféricas são expostos a modelos mais avançados de independência. Ressalte-se um modelo de independência democrática que impulsiona a atuação dos tribunais na implementação do extenso catálogo de direitos consagrados constitucionalmente. Contudo, os tribunais têm demonstrado

⁵⁸ Cf. SANTOS, 1996, p. 35-40.

certa fraqueza em assumir essa cota-parte de responsabilidade política em face da ação promocional do Estado, uma vez que herdaram a convivência com uma cultura jurídica conservadora, voltada para a justiça retributiva e pacífica a constantes e maciças violações de direitos humanos, para além de terem que administrar as deficiências própria da organização judiciária, como o aumento exponencial da litigação e as carências técnicas, materiais, orçamentárias e de recursos humanos⁵⁹.

Between political neutrality and social responsibility:
the dilemma of the assertion of judicial independence in the
modern State

Abstract: In this article, political philosophy is used to portray the evolution of the arguments that have driven public discussion concerning the role of the judiciary, given the access to the political debate about the theoretical and professional affirmation of the principle of judicial independence. An analytical effort is made to complexify the meaning and scope of this principle. Based on a reflection of the sociology of justice administration as proposed by Boaventura de Sousa Santos, the concept of judicial independence is located, on one hand, taking as reference the transition of paradigms between the liberal State, social welfare State, and crisis of social policies, and on the other, recognizing the different circumstances of the legal and political cultures of States according to their position consequent upon the capitalist relations in the world system.

Keywords: Judicial independence. Liberal state. Montesquieu. Locke. The federalist papers.

⁵⁹ Cf. SANTOS, 1996, p. 35-40.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. A. G. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (Org.) *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1995. p. 111-120.

ANDRES IBAÑEZ, P. Derecho y justicia en el siglo XXI mas difícil todavía. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO, 21. Coimbra, 2003. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/PerfectoAndresIbanez.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

ANDRES IBAÑEZ, P. *Poder judicial e democracia política*: lições de um século. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 27, t. 1, n. 85, p. 376-389, mar. 2002.

BLANCO VALDÉS, R. L. *El valor de la constitución*. Madrid: Alianza, 1998, p. 69-86.

CAMPILONOGO, C. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, M. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

FARIA, J. E. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO, 21. Coimbra, 2003. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/PerfectoAndresIbanez.pdf>>, p. 3. Acesso em: 11 mar. 2011.

FARIA, J. E. *Justiça e conflito*: os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FARIA, J. E. O modelo liberal de direito e Estado. In: FARIA, J. E. (Org.) *Direito e justiça*: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 19-35.

FIORAVANTI, M. *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.

GOUGH, J. W. A separação de poderes e a soberania. In: QUIRINO, C. G.; SOUZA, M. T. SADEK R. (Org.). *O pensamento político clássico: Maquiavel, Locke, Montesquieu e Rousseau*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1980. p. 183-205.

HAMILTON, A. Artigo federalista n. 78. In: _____; JAY, J.; MADISON, J. *Os federalistas*. Brasília: Ed. UnB, 1984. p. 575-582.

HESPAÑA, A. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

LIMONGI, F. P. “O federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, F. (Org.) *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1995. p. 243-255.

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Coleção Os Pensadores).

MADISON, J. Artigo federalista n. 10. In: HAMILTON, A.; JAY, J.; _____. *Os federalistas*. Brasília: Ed. UnB, 1984a. p. 147-154.

MADISON, J. Artigo federalista n. 39. In: HAMILTON, A.; JAY, J.; _____. *Os federalistas*. Brasília: Ed. UnB, 1984b. p. 329-334.

MONTESQUIEU, Ch. S. O espírito das leis. In: WEFFORT, Francisco (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1995. p. 121-185.

MOREIRA, V. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: VVAA. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

PIÇARRA, N. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo ao estudo de suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

SANTOS, B. S. *et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

SHAPIRO, M. The United States. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 43-66.

ÉLIDA LAURIS

VIANA, L. W. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

Enviado em 15 de junho de 2011.

Aceito em 18 de agosto de 2011.