

DE PODER NULO A SUPERPODER: O JUDICIÁRIO DE MONTESQUIEU, REVISITADO

FROM NULL TO SUPER-POWER: MONTESQUIEU'S JUDICIARY REVIEWED

Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli*

RESUMO: O presente artigo trata do papel do poder judiciário na estrutura de separação de poderes, buscando dados históricos e políticos para explicar o surgimento do protagonismo judicial. O método adotado é o da revisão bibliográfica da literatura de ciência política contemporânea e de autores clássicos (século XVIII). Para tanto, propõe-se uma releitura da obra “Do Espírito das Leis” do Barão de Montesquieu inserindo-a no contexto do sistema jurídico do antigo regime francês para demonstrar que a solução proposta por Montesquieu no século XVIII correspondia ao contexto no qual o Judiciário era fonte de grande oposição ao poder político e legislativo. Descreve-se então como a obra foi recepcionada no sistema constitucional norte-americano, destacando que o regime presidencialista dos EUA flexibilizou a separação absoluta e colocou o Poder Judiciário em evidência como garantidor das liberdades individuais, em contraposição ao poder político das Assembleias estaduais. Em conclusão, defende-se que o crescente protagonismo judicial não se contrapõe à clássica teoria da tripartição de poderes.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Montesquieu. Poder Judiciário. Protagonismo judicial.

ABSTRACT: This article discusses the Judiciary within the doctrine of separation of powers, aiming to provide historical and political data that could explain judicial protagonism. This is achieved through book reviews of contemporary political science literature and classic authors from the 18th century. Therefore, it aims to examine in depth some chapters of Montesquieu's “Spirit of laws” classic book, expressing how its theory of judicial power was deeply linked with *ancient régime's* judicial system, in a context where 18th century French Judiciary Power was a great source of threat to both political and legislative powers. The paper addresses how the American Constitution bended the original theory, moving from an absolute separation of powers towards a super-powered Judiciary in defense of

* Doutorando em Direitos Humanos e Democracia da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professor de Direito Constitucional do Instituto Federal do Paraná (IFPR). Advogado. Curitiba – Paraná – Brasil.

individual liberties, acting as counterbalance to state assemblies and local political powers. In conclusion, it stands that Judicial Power protagonism doesn't violate the classic theory of separation of powers.

Keywords: Separation of Powers. Montesquieu. Judiciary Power. Judicial protagonism.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 MONTESQUIEU; 3 O JUDICIÁRIO COMO PODER NULO; 3.1 O JUDICIÁRIO NO *ANCIEN RÉGIME*; 3.2 A MAGISTRATURA COMO OBSTÁCULO À TRANSFORMAÇÃO; 3.3 O CAPÍTULO XI D'O ESPÍRITO DAS LEIS; 4 O JUDICIÁRIO COMO SUPERPODER; 4.1 O PROBLEMA DA DITADURA DA MAIORIA; 4.2 O JUDICIÁRIO PARA CONTER AS FACÇÕES POLÍTICAS; 4.3 A CONSTRUÇÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O tema do protagonismo judicial pertence a um intenso debate sobre o papel do Poder Judiciário e sua influência sobre os demais poderes da República. Dentre os argumentos empregados pelos críticos ao protagonismo judicial, é frequente a referência à teoria da separação de poderes de Montesquieu, pregando a moderação judicial e ignorando os refinamentos que praticamente três séculos de experiências institucionais variadas trouxeram à teoria.

Embora sejam fartas as citações à Montesquieu, são escassos os estudos que fazem uma leitura da fonte, um retorno ao texto original. Este trabalho destina-se a preencher esta lacuna, buscando contribuir para o debate sobre o balanço entre os poderes, retomando a leitura de Montesquieu com enfoque no papel do Poder judiciário.

A primeira parte deste estudo realiza uma pesquisa bibliográfica sobre o Judiciário na França no *Ancien Régime*, contextualizando historicamente as referências institucionais que Montesquieu criticava. Passa-se a uma leitura sistematizada do Livro XI do Espírito das Leis (“Das Leis que formam a liberdade política, quanto à sua relação com a constituição”). Ao final, propõe-se uma revisão da literatura sobre como o texto de Montesquieu foi apropriado no desenho institucional norte-americano, destinando ao Poder

Judiciário o controle sobre as assembleias legislativas estaduais e sua ascensão como protagonista em um refinado sistema de moderação entre os poderes políticos.

2 MONTESQUIEU

Muito já se escreveu sobre Montesquieu. Sua obra maior, “Do espírito das Leis”¹, publicado em 1748, é um colosso de 6 tomos e 31 livros que consolida a visão racionalista de que as normas jurídicas são resultado da ação humana e fruto das diferenças culturais e ambientais de cada povo².

No campo da sociologia e filosofia jurídicas, Montesquieu tem o mérito de distinguir e organizar as leis fruto da ação humana (ou políticas, como as nomeia), sem abandonar a existência de um ordenamento divino e natural. Assim, as leis de Deus e o jusnaturalismo convivem³ com o ordenamento político, este variável de acordo com o clima, o solo e os costumes de cada povo.

Entretanto, muito além da extenuante análise⁴ de direito comparado realizada por Montesquieu, o impacto intertemporal de sua obra pode ser sintetizado no que se convencionou chamar de doutrina (ou teoria) da

- 1 Cujo título original é mais longo e descritivo: “*De l'esprit des lois: ou Du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs le climat, la religion, le commerce, etc. ; à quoi l'auteur a ajouté. Des recherches nouvelles sur les loix romaines touchant les successions, sur les loix françoises, et sur les loix féodales*» (MONTESQUIEU, 1964).
- 2 Como exemplo, vale citar alguns títulos como “Das leis quanto à sua relação com a natureza do clima” (livro XIV), “Das leis quanto às suas relações com a natureza do solo” (livro XVIII), “Das leis quanto às suas relações com os princípios que formam o espírito geral, os costumes e as maneiras de um povo” (livro XIX), “Das leis em sua relação com o comércio” (livro XX), “Das leis em sua relação com o uso da moeda” (livro XXII) e ainda “Das leis quanto à sua relação com o número de habitantes” (livro XXIII).
- 3 É o que Montesquieu (2005, p. 17) afirma em seu capítulo introdutório, inaugurando a obra com a seguinte frase: “As leis, no seu significado mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis; a divindade tem suas leis, o mundo material tem suas leis, as inteligências superiores ao homem têm suas leis, o homem tem suas leis”.
- 4 Seus argumentos são ilustrados por leis e governos da antiguidade Romana, Grega e Persa, assim como exemplos da China e Turquia. Na Europa, além da Holanda e da França, analisa com profundidade o sistema de governo inglês, como veremos neste artigo.

“separação dos poderes”, extraída do livro XI d’O Espírito das Leis e sintetizado na seguinte frase: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos príncipes, ou dos nobres, ou do povo, exercessem esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as diferenças dos particulares”⁵.

O livro XI, intitulado “Das leis que formam a liberdade política quanto à sua relação com a constituição” inspirou revolucionários franceses⁶ e norte-americanos⁷, servindo ainda hoje fonte de estudos jurídicos e da ciência política.

Como se pode ver nas afirmações abaixo, ao tratar da estrutura do Estado moderno, é inescapável encontrar referências à Montesquieu, como ilustram as palavras de Maria Tereza Sadek (2011, p. 11, grifo nosso):

Deve-se a Montesquieu a caracterização do Judiciário como a de um poder neutro, encarregado de aplicar a letra fria da lei. No século XVIII essa assertiva revolucionária se identificava com a institucionalização de garantias para a preservação da liberdade individual contra abusos do Estado. **A teoria da separação dos poderes orienta-se pelo rigoroso combate ao absolutismo.** A prevalência da lei é entendida como a solução mais adequada de defesa contra o arbítrio e contra os riscos inerentes à concentração do poder.

Para Sadek (2011, p. 11), é no exercício do poder modulado pela lei que distingue, na literatura do século 18, a república do governo despótico. A separação dos poderes e a supremacia da lei transformam a figura do juiz

5 Trad. livre do autor. No original: “*Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.*» (MONTESQUIEU, 1964, p. 360),

6 A influência direta de Montesquieu pode ser lida no art. XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual constava que «*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.*»

7 Como se pode perceber dos 85 artigos publicados anonimamente por John Jay, James Madison e Alexander Hamilton na imprensa de Nova York entre outubro de 1787 e agosto de 1788, conhecidos hoje como *Federalist Papers*.

em um personagem sem brilho, limitado a ser a ‘boca da lei’. “O poder de julgar, assegurava Montesquieu, é de algum modo nulo. A neutralidade implícita nas faculdades de julgar e de punir requer ‘seres inanimados’, sem paixões, distantes das mazelas do dia a dia”.

Entretanto, quando se prossegue a leitura até o capítulo final da obra de Montesquieu⁸, a aparente lei absoluta de distribuição dos três poderes não se mostra invariável ou rígida. O segundo trecho, este raramente citado, merece o mesmo destaque do livro XI:

Desejaria ter pesquisado, em todos os **governos moderados** que conhecemos, **qual a distribuição dos três poderes, e daí calcular o grau de liberdade dos quais cada um deles pode gozar**. Entretanto, nem sempre se deve deixar que se esgote o assunto a ponto de nada deixar para que o leitor também se esforce. Não se trata aqui de fazer ler, mas de fazer pensar⁹.

Desta forma, pode-se dizer que o essencial da obra de Montesquieu é a formulação do problema – de que a concentração do poder leva à perda da liberdade – e a estrutura lógica de seus argumentos.

3 O JUDICIÁRIO COMO PODER NULO

Os estudos de Montesquieu para “*O Espírito das Leis*” se estenderam por praticamente vinte anos, resultando em uma obra que abarca questões atualmente estudadas nos campos da política, do direito, da sociologia e da antropologia, bem como consolidando a ideia de que as instituições políticas e jurídicas são fruto das características geográficas e sociais de cada povo.

Publicado em 1748, o tratado de Montesquieu teve uma enorme influência como doutrina política, sendo citado tanto pelos “*Founding Fathers*”

8 Capítulo 20 do livro XI.

9 Tradução livre do original: “*Je voudrais rechercher, dans tous les gouvernements modérés que nous connaissons, quelle est la distribution des pouvoirs, et calculer par là les degrés de liberté dont chacun d’eux peut jouir. Mais il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet, qu’on ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s’agit pas de faire lire, mais de faire penser*” (MONTESQUIEU, 1964, p. 598, grifo nosso).

da Constituição Norte-Americana de 1787 quanto pelos revolucionários franceses de 1789.

Entretanto, para entender a concepção que Montesquieu fez das funções do poder estatal, especialmente do Poder Judiciário, é fundamental trazer à tona como este se estruturava em sua época para resgatar, em um exercício hipotético¹⁰, no que o estado das coisas influenciou as conclusões do autor.

3.1 O JUDICIÁRIO NO *ANCIEN RÉGIME*

No tempo de Montesquieu, a estrutura da justiça era objeto de grande desconfiança e muitas críticas. De acordo com um estudo histórico realizado por um grupo de cooperação internacional (publicado pelo Ministério da Justiça do Canadá), dentre as instituições do *Ancien Régime*, a Justiça constava como aquela que suscitava as críticas mais vívidas.

Como se lê no excerto abaixo, as críticas eram amplamente justificadas:

A justiça francesa sob o *Ancien Régime* era caracterizada pelo número elevado de jurisdições, o acavalamento de seus mecanismos, a lentidão e o custo dos processos, a severidade do processo criminal, a crueldade das punições e das penas para os menos abastados, severidade que contrastava com a extrema clemência que era concedida aos privilegiados. Juízes e procuradores eram, em geral, pouco amados, eis que defendiam um sistema favorável aos seus interesses, mas que a maioria da população rejeitava. Somente os advogados oriundos da média ou pequena burguesia admitiam a necessidade de uma reforma da justiça (CANADA, 2011, p. 12)¹¹.

10 Embora o estudo histórico do Poder Judiciário na França do século XVIII auxilie a compreensão da obra de Montesquieu, o autor não menciona, em seu livro, crítica direta à estrutura do judiciário francês.

11 Tradução livre do original: «*La justice française sous l'Ancien Régime était caractérisée par le nombre élevé des juridictions, l'enchevêtrement de leurs ressorts, la lenteur et le coût des procédures, la dureté de la procédure criminelle, la cruauté des châtiments et la sévérité des peines pour les petites gens, sévérité qui contrastait avec l'extrême clémence dont on faisait preuve envers les privilégiés. Juges et procureurs étaient, en général, peu aimés, du fait qu'ils défendaient un système favorable à leurs intérêts, mais que la majorité de la population*

Nesta senda, há dois aspectos centrais para abordar no Poder Judiciário francês da época de Montesquieu: o alto custo da justiça e a complexidade das jurisdições, com o conflito entre a autoridade real e os parlamentos regionais.

Com relação ao alto custo da justiça na França do século XVIII, grande parte deste custo estava relacionada à remuneração dos juizes. Como afirmam Guy Cabourdin e Georges Viard (1978) em seu “Léxico histórico da França no *Ancien Régime*”, os juizes eram funcionários que haviam comprado o cargo, tornado hereditário.

Essa forma de delegação do serviço público, por meio da compra da “charge” (cargo ou encargo) se assemelha ao sistema de cartórios e registros públicos brasileiro anterior à Constituição de 1988, na qual o particular que desejasse prestar o serviço obteria do poder público a outorga, em exclusividade, das atribuições e o encargo de fazê-lo às suas expensas, empregando funcionários e recursos dos quais buscaria reembolso pela cobrança de taxas pelo serviço.

Ainda de acordo com Cabourdin e Viard (1978), os juizes do tempo de Montesquieu eram mal retribuídos pelas taxas ordinárias e buscavam se reembolsar sobre as partes, exigindo propinas¹² e fazendo durar indefinidamente o processo, com o objetivo de multiplicar os atos sujeitos a pagamento de taxas e emolumentos e maximizar seus rendimentos¹³.

Além destes obstáculos ao acesso à justiça, havia grande desigualdade de tratamento no sistema de acordo com a classe dos litigantes. A nobreza não era obrigada a percorrer todas as etapas da justiça real, podendo recorrer diretamente ao rei, fonte de toda a justiça, que podia conceder a justiça em pessoa no conselho de partes.

rejetait. Seuls les avocats recrutés dans la moyenne ou la petite bourgeoisie admettaient la nécessité d'une réforme de la justice.»

12 Chamadas de ‘épices’ (especiarias), como o dinheiro destinado ao supérfluo, na mesma lógica do cultural ‘dinheiro para o cafezinho’ no Brasil.

13 No original: «*Les juges sont des fonctionnaires qui ont acheté leur charge qui est devenue héréditaire. Mal rétribués pour le travail fait, ils se remboursent sur les justiciables en exigeant des «dessous de table» (les épices) et en faisant durer les procès afin de multiplier les actes qui sont payants*» (CABOURDIN; VIARD, 1978).

Com relação à complexidade das jurisdições, sob o *Ancien Régime* existiam vários tipos de justiça, com jurisdições sobrepostas. Ao lado da justiça real – a mais importante, em um processo de fortalecimento do poder realizado por Luís XIV – coexistem a justiça religiosa e a justiça senhorial. Esta última, realizada pela aristocracia local nos parlamentos regionais, é fonte de conflitos com a jurisdição real.

Como explica Audrey Guinchard (2001), desde a idade média na França existiam parlamentos regionais. Ao contrário do que o nome pode levar a crer, as atribuições principais não estavam na elaboração de leis, mas na sua aplicação, exercendo tais parlamentos as funções jurisdicionais locais.

Para entender o mecanismo, Guinchard (2001, p. 6) explica que embora no sistema monárquico o senhor feudal era considerado fonte de toda a justiça em seus domínios, desde a idade média os poderes de julgamento eram delegados a outros membros da nobreza que passaram a exercer a magistratura nos parlamentos, desafogando o suserano destas atribuições. Tome-se como exemplo o Parlamento de Paris, criado para desonerar o rei de suas funções de juiz senhorial em seu domínio. Da mesma forma, os grandes príncipes territoriais também haviam criado parlamentos, que foram mantidos quando da anexação de seus territórios ao domínio real.

Assim, entre outros, os parlamentos se ocupavam dos assuntos relacionados à ordem pública, à legislação real, às finanças e servem de tribunal de apelação ou julgam os grandes criminosos em primeira instância.

Outra atribuição – de especial importância para compreender o conflito entre o poder real e os parlamentos – estava no direito de *remontrance*¹⁴. Para que uma lei real (édito ou ordenação) tivesse eficácia, ela devia passar por um ato formal de registro em cada parlamento regional. O parlamento examinava se a nova lei não era contrária às leis existentes em sua região.

14 A partir dos séculos XIV e XV, o registro de uma lei, isto é, sua transcrição no registro do parlamento regional, é precedida de *remontrances* dirigidas ao Rei. Consistem em informar os defeitos técnicos do texto e de sua não conformidade eventual a alguns costumes locais.

Caso positivo, fazia-se a *remontrance* ao rei, indicando a necessidade de adequações na norma para que fosse aplicável¹⁵.

Progressivamente, alguns parlamentos passaram a utilizar o instituto como forma de oposição ao poder real, alterando ou até mesmo recusando a aplicação de algumas leis. Em 1771, a obstrução sistemática dos parlamentos às ordens reais havia levado o Chancelier Maupeou a criar conselhos superiores, absorvendo parte das atribuições jurisdicionais dos parlamentos e diminuindo assim sua importância. Embora tenha sido um passo importante para a moralização de um sistema judiciário mal visto e ineficiente, a reforma perdurou por apenas 3 anos.

Em 1774, desde sua subida ao trono, o rei Luís XVI restabelece todos os poderes dos parlamentos, cedendo a pressões das aristocracias regionais (GUINCHARD, 2001, p. 7). E tal ato contribuiu, em parte, para a sucessão de fatos que levaram o monarca à guilhotina vinte anos mais tarde, em 21 de janeiro de 1793.

3.2 A MAGISTRATURA COMO OBSTÁCULO À TRANSFORMAÇÃO

Conforme dados de Guinchard (2001, p. 7), na França de 1789 existiam **doze parlamentos regionais**. Quando das reformas intentadas por Luís XVI para frear os ímpetus revolucionários, os parlamentos se tornaram focos de oposição que levaram à ineficácia das medidas de modificação do sistema judiciário.

É nesse contexto de tensão entre o poder central e os parlamentos regionais que se pode entender as críticas à figura do magistrado, servindo de justificativa para a recusa de acordar ao juiz poderes de interpretação e

15 A confusão dos poderes era tamanha que chegava a suspender o curso da justiça. De fato, as verificações para elaborar as *remontrances* mobilizavam todos os magistrados de um parlamento, que interrompiam o exame dos litígios enquanto o texto não era registrado. A duração da interrupção, indefinida a princípio, passou a ser determinada por um édito real de 1629, que fixava em seis meses o prazo de registro, isto é, o tempo para as *remontrances* (GUINCHARD, 2001, p. 9).

fortalecendo a tese do “juiz boca da lei”. Para os revolucionários, a transformação social só poderá ser possível se o juiz for integralmente submisso à lei¹⁶.

Guinchard afirma que em meados do século XVIII houve uma crescente percepção popular de que **os juízes estavam governando no lugar do Rei**, que passam a contestar não somente as leis, mas também as ordens de prisão civil emanadas pelo Monarca (*lettres de cachet*). Guinchard (2001) destaca que “em termos de separação de poderes, eles [os magistrados] exercem portanto a função legislativa, discutindo a conveniência e adequação da política real”¹⁷.

Assim, é o medo do juiz – de que venha a impedir as transformações sociais operadas pelos revolucionários – que levou à necessidade de amordçar o corpo de magistrados ao texto da Lei, constringendo os juízes a operar como meros aplicadores da vontade legislativa, nas palavras de Guinchard (2001, p. 7, grifo nosso):

[O juiz boca da lei] é a expressão de um programa político ligado a um elemento subjetivo, o medo do juiz, e não um símbolo de uma reflexão abstrata sobre a função jurisdicional. **É sintomático que o argumento do juiz “boca da lei” seja proferido toda vez que se trata de limitar o poder judiciário com relação a um passado, isto é, cada vez que se trata de proibir ao juiz qualquer ambição política.** Embora façam de forma unânime o elogio de um poder judiciário com considerável influência, os constituintes deduzem sempre a importância de controlar, constringer “este poder terrível afim de que ele não prejudique nem a liberdade política, nem a liberdade civil”. Segue-se então a enumeração de todas as

16 No original: «*La justification généralement avancée pour ce refus d'accorder au juge le contrôle de conformité est toujours la thèse du « juge bouche de la loi ». Bien qu'un tel motif n'explique pas le système mis en place, ainsi que nous l'avons démontré, les Révolutionnaires ne cessent de répéter à l'envie que le juge doit être soumis à la loi*» (GUINCHARD, 2001, p. 6-7).

17 Tradução livre do original : «*(...) toutes les lois, au sens moderne du terme, subissent le même examen partial des Parlements dès lors que sont en cause leurs privilèges. En termes de séparation des pouvoirs, ils exercent donc la fonction législative en discutant du bien-fondé de la politique royale*» (GUINCHARD, 2001, p. 9).

questões a abordar afim de bem organizar o poder judiciário, isto é, com o objetivo de constranger o juiz¹⁸.

Desta forma, menos que uma reflexão abstrata sobre a função jurisdicional, a separação de funções proposta por Montesquieu é resultado deste contexto de desconfiança com relação aos magistrados. Com isso em mente, passamos à leitura de Montesquieu.

3.3 O CAPÍTULO XI D'O ESPÍRITO DAS LEIS

É no contexto do (mau) funcionamento dos órgãos jurisdicionais do *Ancien Régime* que se pode sistematizar a leitura do Livro XI do Espírito das Leis. Como afirma Montesquieu (1964, p. 62), “a experiência eterna demonstra que todo homem que tem o poder é levado a dele abusar; ele vai até encontrar limites”¹⁹.

No livro XI, “Das Leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”²⁰, Montesquieu aborda a organização de poderes existente na Inglaterra do século XVII e o governo moderado de Roma, da Antiguidade clássica.

Para lançar as bases da teoria do equilíbrio dos poderes, Montesquieu expõe primeiramente sua teoria sobre a liberdade. Em sua concepção de liberdade, “a liberdade se define como um direito de fazer tudo o que as leis permitem, e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não haveria

18 Tradução livre do original: «*Tout simplement comme l'expression d'un programme politique lié à un élément subjectif, la peur du juge, et non comme un symbole d'une réflexion abstraite sur la fonction juridictionnelle. Il est symptomatique que l'argument du juge « bouche de la loi » est avancé chaque fois qu'il s'agit de limiter le pouvoir judiciaire par référence à un passé, c'est-à-dire chaque fois qu'il s'agit d'interdire au juge toute ambition politique. S'ils font unanimement l'éloge d'un pouvoir judiciaire à l'influence considérable, les constituants en déduisent toujours l'importance de contraindre « ce terrible pouvoir afin qu'il ne nuise ni à la liberté politique, ni à la liberté civile ». Suit alors l'énumération de toutes les questions à aborder afin de bien organiser le pouvoir judiciaire, c'est-à-dire dans le but de contraindre le juge*». (GUINCHARD, 2001, p. 7).

19 Tradução livre do original: «*[...] c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites*» (MONTESQUIEU, 1964, p. 52).

20 No original: *Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution.*

mais liberdade porque os demais cidadãos teriam todos também esse poder” (MONTESQUIEU, 2005, p. 163).

Para Montesquieu, a liberdade de cada um deriva de ser enquadrada por um governo e por leis. Mas se o governo concentra tais poderes somente em suas mãos, a república (o Estado) tornar-se-ia autoritário, os cidadãos o temeriam e a liberdade política seria então inexistente.

A solução que Montesquieu (2005) propõe não é simplesmente separar os poderes, como sugere à p. 164, mas de fazer que eles não aterrissem nas mãos de um mesmo homem ou grupo de pessoas. Montesquieu propõe assim um **equilíbrio de poderes** para que estes funcionem em conjunto, sem entretanto estarem concentrados nas mãos de uma só instituição. Conforme Bergeron (1996), este é o sentido da separação orgânica, mas não funcional, que preconiza a teoria do equilíbrio.

Para Montesquieu, a concentração dos três poderes nas mãos de um só indivíduo conduz inevitavelmente ao despotismo. No primeiro parágrafo do texto, tais poderes são distinguidos como sendo “o poder de fazer as leis” (Poder Legislativo), “o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes” (Poder Executivo) e “o poder executivo daquelas que dependem do direito público” (Poder Judiciário).

Trata-se, como afirma Bergeron (1996), de uma análise dos governos mistos, servindo como modelo o equilíbrio que o sistema inglês teria alcançado com a contraposição da vontade dos aristocratas (câmara dos lordes) com àquela do restante da população (casa dos comuns). Montesquieu trata de tal forma de repartição de poder chamando-o de governos moderados.

Para que então “o poder limite o poder”, Montesquieu enuncia sua célebre teoria do equilíbrio dos poderes, preconizando uma separação orgânica, mas não funcional, destes poderes. A partilha dos poderes, segundo ele, deve levar ao estabelecimento de um governo moderado que seria seu grande desejo estabelecer (BERGERON, 1996).

Embora a teoria de Montesquieu seja principalmente inspirada em suas experiências inglesas, quando de sua estadia no país, onde pode constatar o nascimento do parlamentarismo e das primeiras tentativas de

separação dos poderes, é na Antiguidade clássica (e não do governo inglês) que Montesquieu teria encontrado inspiração.

Fábio Comparato (2003, p. 3) aponta que já 200 anos antes de Cristo o historiador grego Políbio atribuíam ao refinado mecanismo de freios e contrapesos entre Senado e Assembleia popular a grandeza e o poderio militar de Roma. Comparato (2003, p. 4) afirma que: “Foi esse ‘governo moderado’ da república romana, muito mais do que a Constituição (puramente idealizada) da Inglaterra, que inspirou de fato Montesquieu na composição do Livro XI de sua obra famosa”.

Montesquieu busca na Antiguidade clássica, na Grécia (capítulo XI – O pensamento de Aristóteles) e em Roma (capítulos XII a XIX – Do governo dos reis de Roma e como os três poderes eram distribuídos; Reflexões gerais sobre Roma após a expulsão dos reis; Como a distribuição dos três poderes começou a mudar após a expulsão dos reis; Como Roma perdeu repentinamente sua liberdade na florescente República; Do poder²¹ Legislativo na república romana; Do poder Executivo na mesma república; Do poder de julgar no governo de Roma; Do governo das províncias romanas) as bases para defender sua tese de que a distribuição dos poderes está diretamente relacionada ao grau de liberdade de que usufruem os cidadãos, com destaque para a perda desta liberdade na república e nas províncias romanas.

A busca de exemplos de governos que buscam o equilíbrio também pode ser observada no encerramento do capítulo V – que precede o capítulo VI intitulado “Da Constituição da Inglaterra” –, afirmando que tratará no capítulo seguinte de um exemplo de “nação que tem por objetivo direto de sua constituição a Liberdade Política” (MONTESQUIEU, 2005, p. 165).

O capítulo que abordaremos com maior profundidade é justamente o VI, principalmente por se tratar de uma análise contemporânea ao autor, isto é, pela importância que Montesquieu atribuiu ao governo da vizinha Inglaterra, na qual, conforme afirma, há condições para a existência de liberdade política – embora tenha o cuidado de afirmar que não se pode garantir

21 No original, os três poderes estão descritos como “potência” (*puissance*), e não “poder” (*pouvoir*). Entretanto, esta tradução livre levou em conta a nomenclatura convencional e mais adotada, eis que não se altera a substância ou compreensão do texto.

se os cidadãos efetivamente gozam desta liberdade (MONTESQUIEU, 2005, p. 175).

O foco, ao contrário do que se espera, não está na divisão de poderes entre legislativo, executivo e judiciário, mas sim em descrever o equilíbrio encontrado na Inglaterra entre os representantes do povo e os representantes da nobreza, com as duas câmaras legislativas.

Passemos então à leitura do capítulo VI, observando a sequência dos argumentos de Montesquieu (2005):

- Há em cada Estado três espécies de Poder (p. 165)
- “O poder de julgar [deve ser] exercido por pessoas extraídas da classe popular” (p. 167), o que é uma referência direta ao julgamento por júri popular.
- A vantagem da representação existe porque “é preciso que o povo exerça pelos seus representantes tudo o que não pode exercer por si mesmo” (p. 168).
- É igualmente importante que haja representantes da nobreza, caracterizados pelo nascimento, pelas riquezas, etc. O autor destaca a importância da *House of Lords* como contraponto e limite ao poder popular (p. 169).
- O Executivo (monarca) deve ser limitado pelo Legislativo (p. 170-171).
- Aqui, há uma aparente incongruência no argumento: “Eis, portanto, a constituição fundamental do governo do qual falamos”, na qual o autor se refere ao “corpo legislativo em duas partes” e ao “poder executivo” como “**esses três poderes**” (p. 173). Ora, os três poderes são, neste trecho, o legislativo bicameral e o executivo, sequer fazendo referência ao judiciário.
- Os ingleses tiraram a ideia do governo político “sobre os costumes dos germanos” (p. 175).

Com relação ao aparente conflito nos argumentos, nos quais a partir da página 173 os três poderes seriam compostos pela Câmara dos Comuns,

a Câmara dos Lordes e o Monarca, cumpre destacar a observação feita por Bergeron (1996).

Se, conforme afirma Montesquieu (1964, p. 169), “Dos três poderes [...] a de julgar é de certo modo nula”²², isto é, despido o Judiciário de força política ativa ou de iniciativa, surge a necessidade de uma terceira potência, reguladora, para temperar e mediar os conflitos entre executivo e legislativo. Na teoria dos governos mistos, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é destinada a recompor o equilíbrio, exercendo o papel de terceira potência política.

Sobre a forma de estruturação de seus argumentos no livro XI, de acordo com Bergeron (1996), trata-se de um texto demonstrativo estruturado, inscrito no melhor estilo do racionalismo do século das luzes:

- Nos parágrafos 1 e 2, distinção dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário);
- Nos parágrafos 3 e 4, Montesquieu apresenta o interesse (ou as vantagens) de se manter o equilíbrio entre esses três poderes (sua tese);
- Nos parágrafos 5, 6 e 7, Montesquieu se ocupa de justificar suas posições. Essa demonstração, situada no fim do texto, ela mesma composta de três partes, vem detalhar e ilustrar sua tese.

Quanto ao estilo, Bergeron (1996) indica que a análise do texto aponta para palavras cuidadosamente escolhidas. Montesquieu emprega frases curtas, despidas de ironia, na forma de um texto didático. Também busca ser comedido em suas proposições, buscando evitar a censura e a polêmica. Assim, nas palavras de Bergeron (1996): “Podemos imaginar que seu objetivo não é chocar, mas bem instruir o leitor”.

22 No original: «*Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque sorte nulle*» (MONTESQUIEU, 1964, p. 50).

Efetivamente, se este era o objetivo de Montesquieu, pode-se afirmar hoje, à luz dos séculos, que fez um bom trabalho, irradiando suas instruções para o outro lado do oceano atlântico.

4 O JUDICIÁRIO COMO SUPERPODER

A narrativa de Alexis de Tocqueville (2002), aristocrata francês que relata sua viagem pelos Estados Unidos da América em 1831, aponta claramente a atuação política dos magistrados naquele país:

Não creio que, até agora, alguma nação do mundo tenha constituído o Poder Judiciário da mesma maneira que os americanos. O mais difícil para um estrangeiro compreender nos EUA é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas.²³ (TOCQUEVILLE, 2002, p. 89).

Inaugurando um capítulo próprio para tratar da relevância do Poder Judiciário nos EUA, “tamanho sua importância política”,²⁴ Tocqueville (2002) descreve que os magistrados estado-unidenses têm a prerrogativa de fundamentar suas decisões na Constituição, em substituição às leis: “A causa reside neste simples fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na Constituição, em vez de nas leis²⁵. Em outras

23 Tradução livre. No original : «[...] je ne pense pas que, jusqu'à présent, aucune nation du monde ait constitué le pouvoir judiciaire de la même manière que les Américains. Ce qu'un étranger comprend avec le plus de peine, aux États-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a pour ainsi dire pas d'événement politique dans lequel il n'entende invoquer l'autorité du juge; et il en conclut naturellement qu'aux États-Unis le juge est une des premières puissances politiques.»

24 Tradução livre. No original: «J'ai cru devoir consacrer un chapitre à part au pouvoir judiciaire. Son importance politique est si grande qu'il m'a paru que ce serait la diminuer aux yeux des lecteurs que d'en parler en passant.». O capítulo é o VI, intitulado «Du pouvoir judiciaire aux États-Unis et de son action sur la société politique»

25 Tal possibilidade é a estrutura hoje conhecida como controle de constitucionalidade difuso.

palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecem inconstitucionais”²⁶ (TOCQUEVILLE, 2002, p. 90-91).

Em um trabalho de síntese explicativa para o Brasil, Maria Tereza Sadek (2011, p. 4) indica que tal cenário não se originou por mero acaso. Conforme aduz, a atuação de magistrados na arena pública norte-americana refletiu as determinações implícitas no modelo institucional²⁷.

Nesse contexto, o aumento da importância do Poder Judiciário seria inerente ao modelo presidencialista criado pela Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, eis que o Judiciário teria sido constituído como instituição com igual importância e peso ao conferido ao Executivo e ao Legislativo com sua possibilidade de exercer o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos. De acordo com Maria Tereza, tal possibilidade de controle foi “uma criação contramajoritária sem precedentes no mundo europeu”. (SADEK, 2011, p. 5).

Para fundamentar sua afirmação, Sadek (2011) faz uma análise histórica do papel dos juízes na teoria da separação de poderes de Montesquieu, para então demonstrar a forma específica que se desenvolveu no sistema presidencialista, nos EUA:

Deve-se a Montesquieu a caracterização do Judiciário como a de um poder neutro, encarregado de aplicar a letra fria da lei. No século XVIII essa assertiva revolucionária se identificava com a institucionalização de garantias para a preservação da liberdade individual contra abusos do Estado. **A teoria da separação dos poderes orienta-se pelo rigoroso combate ao absolutismo.** A prevalência da lei é entendida como a solução mais adequada de defesa contra o arbítrio e contra os riscos inerentes à concentração do poder. O exercício do

26 Tradução livre. No original : «*La cause en est dans ce seul fait: les Américains ont reconnu aux juges le droit de fonder leurs arrêts sur la constitution plutôt que sur les lois. En d'autres termes, ils leur ont permis de ne point appliquer les lois qui leur paraîtraient inconstitutionnelles.*»

27 Sua exposição passa pelas origens históricas dos modelos parlamentarista e presidencialista, demonstrando que a posição institucional do Poder Judiciário se relaciona com o liberalismo e sua preocupação em combater o arbítrio.

poder segundo os ditames das leis distinguiria a república do governo despótico (SADEK, 2011, p. 11, grifo nosso).

Ainda de acordo com a autora, a separação dos poderes e a supremacia da lei implicam a ascensão da figura do juiz. Entretanto, nessa acepção tradicional, o juiz seria um personagem sem brilho: “na definição clássica, não é senão a ‘boca da lei’. [...] A neutralidade implícita nas faculdades de julgar e de punir requer ‘seres inanimados’, sem paixões, distantes das mazelas do dia a dia” (SADEK, 2011, p. 11).

O modelo clássico da supremacia da lei implicava em um juiz neutro, apolítico. Entretanto, conforme ensina Sadek (2011), o sistema presidencialista americano veio a inverter essa lógica, eis que o ingresso de magistrados na arena política passa a ser atributo definidor da estrutura de poder.

4.1 O PROBLEMA DA DITADURA DA MAIORIA

É no trabalho de Ernani Carvalho (2007), que trata da gênese e desenvolvimento da Revisão Judicial, que encontramos explicações políticas para a origem da Suprema Corte e o controle de constitucionalidade nos EUA.

Ao abordar o surgimento do Tribunal Constitucional, Carvalho afirma que a fórmula institucional da Constituição norte-americana de 1787 tratou-o como órgão político, que ao lado do Senado e do aumento do poder de veto do Poder Executivo, “constituíram-se nos mais eficientes mecanismos institucionais de freios e contrapesos ao poder da maioria”. (CARVALHO, 2007, p. 164).

Essa busca institucional de se contrapor ao poder da maioria pode ser situada historicamente na necessidade de um poder central que pudesse mitigar a liberdade das Assembleias Estaduais, fortemente independentes.

Ernani Carvalho ainda narra que na América pós-revolucionária “existia um entusiasmo excessivamente ardoroso em prol da liberdade que foi facilmente revertido em autonomia pelas ex-colônias”:

Um dos casos mais famosos, constante da bibliografia histórica da época, demonstra claramente como o radicalismo empunhado por algumas Assembleias Legislativas no pós-revolução acelerou a discussão sobre a criação de uma federação. O caso do estado *Rhode Island* foi exemplar. A Assembleia Legislativa desse estado, além de não enviar nenhum delegado para a convenção continental de 1787, **também não concordou em transferir para o Congresso interestadual 5% das taxas alfandegárias sobre produtos industrializados.** A estrutura institucional da confederação norte-americana atentava, basicamente, para dois princípios: o poder era descentralizado e estava na periferia. Este poder concentrava-se, sobretudo, nos legislativos populares (CARVALHO, 2007, p. 163-164, grifo nosso).

Carvalho (2007) destaca que após a Revolução Americana de 1776, as Assembleias estaduais se firmaram como grandes representantes das aspirações populares locais, com intensa participação política. Entretanto, ocorria paralelamente um processo de crise econômica que levou boa parte dos comerciantes e produtores rurais ao endividamento. Estes formavam a “classe dos devedores” e pressionavam as Assembleias Legislativas por meio das Assembleias comunais em busca de meios para solver seus débitos.

Nesse período (1780-1790), como consequência política desse quadro de instabilidade econômica, houve a adesão de várias Assembleias Legislativas estaduais em prol dos devedores. Uma vez no poder, a “classe de devedores” tinha como objetivo legislar em causa própria, perdendo dívidas, abolindo tributos e tornando ineficaz a cobrança judicial dos credores.

Para ilustrar com precisão o fato histórico, Carvalho transcreve trechos da obra do jurista argentino Roberto Gargarella que narra a eleição de Jonathan Hazard ao governo do Estado de *Rhode Island*, em 1786. O recém-eleito governador estabeleceu como programa de governo o perdão das dívidas particulares naquele estado, realizando a emissão de moeda própria de circulação e aceitação obrigatórias e instigando o poder judiciário estadual a forçar os credores a aceitar as nova forma de pagamento, sob pena de cancelamento das dívidas. (GARGARELLA, 1996, p. 23, apud CARVALHO, 2007, p. 164).

Os devedores e seus representantes formaram maioria política que passou a ocupar espaço político, transformando a arena decisória dos legislativos estaduais em câmaras de obstáculos às execuções judiciais. A tentativa dos devedores de fugir às obrigações pecuniárias gerou uma forte reação por parte dos credores, mas que nada podiam fazer em face do poder político local.

4.2 O JUDICIÁRIO PARA CONTER AS FACÇÕES POLÍTICAS

O cenário político das assembleias estaduais – e suas leis – a serviço dos devedores gerou uma descrença no sistema institucional vigente, principalmente entre os credores e elevou o temor em torno da possibilidade de um despotismo legislativo. De acordo com Carvalho (2007, p. 165), foi nesse ambiente de conturbação institucional que as teses federalistas ganharam peso e extensão. Em 27 de outubro de 1787 foi publicado o primeiro artigo federalista no *Independent Journal* de Nova York. Nele, os autores James Madison, Alexander Hamilton e John Jay mantiveram o anonimato, assinando com o pseudônimo de *Publius*.

Para os federalistas, a União deveria ser dotada de força suficiente para controlar os efeitos das facções. Tais facções eram compostas por grupos autointeressados, defendendo ideias em oposição aos interesses coletivos da comunidade, como destaca Ernani Carvalho transcrevendo James Madison: “Entendo como facção 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 comunidade” (MADISON apud CARVALHO, 2007, p. 164).

A estabilidade institucional (governabilidade) era a grande preocupação de Madison, e o crescente temor das decisões tomadas pelas assembleias estaduais teria intensificado tais preocupações.

Como remédio contra tal maioria irracional, a estrutura institucional idealizada nos artigos federalistas aperfeiçoava os ensinamentos de Montesquieu, propondo instrumentos de controle mútuo entre os poderes.

A ideia central era que as inovações propostas gerassem uma maior centralização do poder, fortalecendo a “supremacia constitucional em detrimento da supremacia parlamentar que à época reinava” (CARVALHO, 2007, p. 165). Do ponto de vista prático, a intenção era que as instituições de veto (Tribunal Constitucional, veto presidencial e o Senado) estabelecidas no Congresso de Filadélfia atuassem como barreiras de contenção ao ímpeto do facciosismo e a uma possível ditadura da maioria.

Concluindo com os pressupostos básicos do desenho institucional inaugurado na Constituição norte-americana de 1787, Ernani sintetiza que no desenho institucional norte-americano foram criados mecanismos para conter as ações do lobby dos devedores. (CARVALHO, 2007, p. 165).

A mesma tese – da força contramajoritária do Poder Judiciário no desenho institucional norte-americano – pode ser encontrada na descrição feita por Alexis de Tocqueville em 1835, afirmando que o juiz americano é levado a se manifestar sobre questões políticas, pois “o poder concedido aos tribunais americanos de se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis forma ainda uma das maiores barreiras que jamais foram erguidas contra a tirania das Assembleias políticas”²⁸ (TOCQUEVILLE, 2002, p. 93).

4.3 A CONSTRUÇÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL

O papel do Judiciário como força política institucionalizada não se restringiu aos Estados Unidos. É o que sustenta Maria Tereza Sadek (2011, p. 12) afirmando que “todos os países que se inspiraram no arquétipo presidencialista, de alguma forma, importaram também o Judiciário como poder de Estado e a possibilidade de sua participação como instituição e de seus integrantes na arena pública”.

Mas se o protagonismo do Judiciário seria resultado do modelo presidencialista, como explicar por que a judicialização tem sido vista como um processo recente? Maria Tereza Sadek (2011, p. 12) propõe que apesar de os

28 Tradução livre. No original: «*Mais le juge américain est amené malgré lui sur le terrain de la politique [...]. Resserré dans ses limites, le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la tyrannie des Assemblées politiques.*»

países da América Latina terem adotado o presidencialismo, a instabilidade política ao longo de décadas no continente, conjugada à hipertrofia do Executivo, dificultaram a expressão do protagonismo judicial implícita nesse sistema de governo.

Explicitando seu argumento, Sadek afirma que tal protagonismo judicial é uma potencialidade da estrutura institucional, não um dado consolidado. Para exemplificar, indica que mesmo nos Estados Unidos “a força política do Judiciário não se revelou imediatamente após a promulgação do texto constitucional (1787). A transformação do virtual em real resultou de um processo de fortalecimento da instituição judicial, de uma conquista que foi sendo consolidada no jogo político” (SADEK, 2011, p. 13).

Sua afirmação pode ser confirmada com a leitura do *Federalist Paper* no. 78 (1788), de autoria atribuída a Alexander Hamilton (1961): “O Judiciário, ao contrário, não tem influência sobre a espada ou a bolsa; nenhuma direção sobre a força ou a riqueza da sociedade, e não pode tomar qualquer resolução ativa. Pode-se dizer que não exerce força nem vontade, mas somente julgamento”²⁹. Embora os federalistas tenham idealizado a existência de um Tribunal Constitucional como um freio contra as facções e uma possível ditadura da maioria, não consideravam o Judiciário como preponderante na relação com os demais poderes.

Assim, a preponderância do Poder Judiciário na arena pública não decorreu imediatamente do texto constitucional de 1787, mas foi resultado de uma construção jurisprudencial que se pode datar. Exatamente 16 anos se passaram do Congresso de Filadélfia até o julgamento do caso *Marbury versus Madison*,³⁰ em 1803:

29 Tradução livre do *Federalist Papers* nº 78: “*The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment [...].*” (HAMILTON, 1961).

30 Conforme explica Paulo Klautau Filho, o caso *Marbury versus Madison* envolveu uma grande controvérsia política acerca de nomeações feitas pelo então Presidente John Adams (mandato de 1797 a 1801), do Partido Federalista que, tendo perdido a campanha para a reeleição presidencial de 1801 para Thomas Jefferson, promulgou leis criando mais cargos para juízes federais e juízes de paz, nomeando e empossando praticamente todos no penúltimo dia do seu mandato. Contudo, assim que Thomas Jefferson assumiu a Presidência, ele se negou a empossar os juízes faltantes – integrantes do Partido de John

O primeiro grande êxito do Judiciário na direção de ocupar espaço na arena pública, preenchendo o papel de guardião da Constituição, foi dado em 1803 no caso *Marbury versus Madison*. A Suprema Corte era então presidida por Marshall. Depois da Guerra de Secessão, (1861-1863), com a vitória da União, a Suprema Corte passou de fato a controlar a constitucionalidade de leis, tanto federais como estaduais. Desde então, a participação de juízes na vida pública – uma possibilidade – converteu-se, cada vez mais, em fenômeno concreto (SADEK, 2011, p. 13).

Sobre a forma como se inaugurou o controle de constitucionalidade, Ernani Carvalho (2007, p. 164) afirma que a grande ironia é que o controle jurisdicional norte-americano não foi previsto constitucionalmente.

Ao invés de partir de uma delegação estrita ou incisiva do poder representativo, a instituição do controle jurisdicional foi instituída pela própria Suprema Corte norte-americana, e não pelos constituintes de Filadélfia (CARVALHO, 2007, p. 165).

A partir do caso *Marbury v. Madison* de 1803, o Poder Judiciário norte-americano inaugurou uma nova relação com os demais poderes institucionais. Um exame da história dos EUA revela de forma inquestionável que a Suprema Corte tem desempenhado um papel proeminente em eventos marcantes daquele país, sendo que o protagonismo judicial é um dado significativo na história norte-americana.

Maria Tereza Sadek (2011, p. 13) ilustra com exemplos a riqueza de situações nas quais o Poder Judiciário norte-americano foi chamado a influir na vida política do país:

Adams –, alegando que as nomeações eram nulas. Marbury, um dos juízes de paz nomeados que foi impedido de tomar posse, ajuizou ação contra James Madison, Secretário de Estado de Jefferson, perante a Suprema Corte. A conclusão da Corte foi no sentido de que ela era legitimada para invalidar a Lei de nomeação de Marbury. Na frase do Ministro da Suprema Corte John Marshall: “[...] a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é nula e que os Tribunais, assim como outros departamentos, são limitados por aquele instrumento. A norma deve ser considerada nula” (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 271).

Com efeito, magistrados participaram dos principais embates políticos. Bastaria recordar, apenas como ilustração, a disputa entre o presidente da república Abraham Lincoln e o presidente do tribunal Roger Taney, sobre os limites do poder do chefe do Executivo em tempos de guerra; o apoio à segregação racial, negando a cidadania para os negros na primeira metade do século XIX; a invalidação de leis sociais que objetivavam limitar a jornada de trabalho, em 1905³¹; a oposição ao *New Deal* do presidente Roosevelt; a permissão para crianças brancas e negras frequentarem a mesma sala de aula; a jurisprudência a favor de minorias, afirmando a igualdade entre os homens; as decisões a favor da pílula anticoncepcional e do aborto.

Não seria por acaso que os primeiros estudos de natureza política sobre o Judiciário tenham surgido nos Estados Unidos, em uma literatura marcada pelo debate entre os favoráveis e os contrários ao protagonismo judicial.

Demonstrada a relevância do Poder Judiciário como fruto institucional do arranjo presidencialista, desde a segunda metade do século XX o aumento da participação e importância do Poder Judiciário passou a ser um movimento global, independentemente das distinções entre os sistemas de governo e o sistema jurídico.

Ainda mais relevante se torna a percepção de que o fenômeno não está restrito apenas às Repúblicas Presidencialistas, uma vez que os países Europeus, usualmente em regimes parlamentaristas, também criaram mecanismos de controle constitucional³², visando a proteger a democracia de forças políticas radicais, como a que ocorreu com a ascensão do nazismo na Alemanha dos anos 30. Tais Tribunais Constitucionais com claro acento

31 Caso de referência para a época é o *Lochner v. New York*, de 1905, no qual a corte invalidou a Lei nova-iorquina que limitava a jornada de trabalho dos padeiros em 10 horas diárias e 60 horas semanais, decidindo que a lei estava interferindo de maneira arbitrária no direito e na liberdade individual de contratar.

32 Afirma Sadek que “os modelos europeus são muito variados. O Conselho Constitucional francês, por exemplo, é formado por membros eleitos e com mandato fixo, exercendo o controle prévio da constitucionalidade apenas de projetos de lei e não de leis em vigor. Já na Itália o controle constitucional se dá, sobretudo, pela via incidental, e não por via principal ou por recursos de inconstitucionalidade” (SÁDEK, 2011, p. 14).

político partidário foram instituídos em praticamente todos os países³³, especialmente depois da 2ª Guerra (SADEK, 2011, p. 14).

Deste modo, o processo de protagonismo judicial acabou por se manifestar também em países parlamentaristas, embora, conforme destaca Sadek (2011, p. 15), “com menor vitalidade, no interior de distintos parâmetros e, conseqüentemente, com margem de manobra mais estreita.”

Sobre essa universalização do protagonismo judicial, Maria Tereza Sadek conclui que a universalização do protagonismo judicial serve como indicador de que a concepção do juiz ‘boca da lei’ perdeu força e espaço, eis que no presente os magistrados ampliaram consideravelmente sua participação e se converteram em atores políticos (SADEK, 2011, p. 15).

Diante disso, pode-se dizer que o juiz como boca da lei, tal qual o idealizado por Montesquieu, não é mais o que melhor descreve o papel dos magistrados atualmente.

5 CONCLUSÃO

Neste artigo, propusemos a realização de uma pesquisa sobre o Judiciário na França no *Ancien Régime*, contextualizando as referências de Montesquieu, para então realizar uma leitura sistematizada do Livro XI do Espírito das Leis e analisar sua teoria da separação dos poderes, onde percebemos a pouca – ou quase inexistente – relevância e expressividade da figura do juiz.

Como buscamos demonstrar, a solução proposta por Montesquieu no século XVIII correspondia ao contexto no qual o Judiciário era fonte de grande oposição ao poder político e legislativo. Hoje, em um contexto histórico diferente, tal oposição é salutar.

Assim, em harmonia com as orientações de Montesquieu, a interação entre as instituições de nossa República, observando o modelo do regime presidencialista nos EUA, colocou o Poder Judiciário em evidência para

33 Exceto Holanda e Luxemburgo, nos quais há o modelo de supremacia do Parlamento, sem qualquer modalidade de controle constitucional, como destaca a autora. O Reino Unido ingressou recentemente na lista de países com controle de constitucionalidade sobre atos do legislativo, criando sua suprema corte em 2009.

se contrapor ao poder político das assembleias e garantir as liberdades individuais.

Esse é o modelo que herdamos, no Brasil, ao adotar o modelo de divisão de poderes da constituição norte-americana, um judiciário inserido no contexto do balanço de poderes – e não o do juiz “boca-da-lei”. Nesse aspecto, parece ser um equívoco tomar formulação de Montesquieu literalmente. Vale sua leitura, não como um modelo de estrutura de Estado a ser adotado, mas sim para refinar instrumentos de análise das estruturas institucionais e instigar a reflexão crítica, aguçando o pensamento daqueles que buscam melhores instituições e a garantia da proteção da liberdade.

REFERÊNCIAS

BERGERON, Gérard. **Tout était dans Montesquieu**: une relecture de l'esprit des lois. Paris-Montréal: L'Harmattan. 1996. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/contemporains/bergeron_gerard/tout_etait_dans_Monstesquieu/tout_etait_dans_Monstesquieu.html>. Acesso em: 20 jul. 2015.

CABOURDIN, Guy; VIARD, Georges. **Lexique historique de la France d'Ancien Régime**. Armand Colin: Paris, 1978. Disponível em: <http://fr.wikidiana.org/wiki/Organisation_de_la_justice_en_France_sous_l'Ancien_R%C3%A9gime>. Acesso em: 20 fev. 2015.

CANADA. La Révolution française et l'organisation de la justice. **Groupe de la coopération internationale**. Ministère de la Justice du Canada, 2011. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/rev1/rev1.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão Judicial e Judicialização da Política no direito ocidental: Aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 28, p. 161-179, nov. 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207. Jan./abr., 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. As garantias institucionais dos Direitos Humanos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 5-13, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_garantias.html>. Acesso em: 10 jun. 2015.

GUINCHARD, Audrey. **La conception française de la séparation des pouvoirs**. Extrait de la thèse doctorale dirigée par M. le Professeur Yves MAYAUD et soutenue le 21 décembre 2001 à l'Université Jean Moulin Lyon 3. Disponível em: <<http://courses.essex.ac.uk/lw/lw107/ExtraitTheseAG.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 255-275, jul./dez. 2003.

HAMILTON, Alexander. Federalist No. 78. **In The Federalist Papers, 1961**. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

MADISON. James. Federalist No. 47. The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts. **In The Federalist Papers, 2008**. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed47.asp>. Acesso em: 12 fev. 2015.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **De l'esprit des lois**. Paris, Édition «l'Intégrale», Seuil, 1964. Disponível em: <<http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/montesquieu.html>>. Acesso em: 19 set. 2015.

_____. **O Espírito das Leis**. Trad. atribuída pelo editor a Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De La démocratie en Amerique I**. 13. ed. Publication em version numérique par Jean-Marie Tremblay. Chicoutimi, Canada: 2002. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_tome1.html>. Acesso em: 14 ago. 2015.

Correspondência | Correspondence:

Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli
Instituto Federal do Paraná, Campus Avançado em Coronel
Vivida, Rodovia PR 562, CEP 85.550-000. Coronel Vivida, PR, Brasil.
Fone: (46) 3232-2960.
Email: sandro.romanelli@ifpr.edu.br

Recebido: 22/09/2015.

Aprovado: 11/07/2016.

Nota referencial:

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. De poder nulo a superpoder: o judiciário de Montesquieu, revisitado. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 2, p. 219-249, maio/ago. 2016. Quadrimestral.