

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**FILOSOFIA DO DIREITO**

**ALEXANDRE BERNARDINO COSTA**

**ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI**

**LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Bernardino Costa; Leonardo Rabelo de Matos Silva; Rosângela Lunardelli Cavallazzi - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-454-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Pensamento jurídico. 3. Justiça Social.

XXVI Encontro Nacional  
do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## FILOSOFIA DO DIREITO

---

### **Apresentação**

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sob o tema “DIREITO E DESIGUALDADES: O PAPEL DO DIREITO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS” realizado em Brasília-DF entre os dias 19 e 21 de julho promoveu o intercâmbio entre instituições e pesquisadores, a apresentação de pesquisas realizadas, em andamento, de inovações na área do conhecimento e em construção interdisciplinar.

Nessa publicação veiculam-se valorosas contribuições teóricas das mais relevantes inserções na realidade brasileira, e no campo teórico, com a reflexão trazida pelos pesquisadores, mestres, doutores e estudantes de todo Brasil, na abordagem da Filosofia do Direito.

Assim, a divulgação da produção científica socializa o conhecimento, com critérios rígidos de divulgação, oferecendo à comunidade acadêmica nacional e internacional o papel irradiador do pensamento jurídico aferido nos vários centros de excelência científica que contribuíram na presente publicação, demonstrando o avanço nos critérios qualitativos do evento.

Os artigos apresentados demonstraram um excelente nível acadêmico, como se demonstra a seguir: o trabalho “A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA: DO JUIZ BOCA DA LEI AO JUIZ CRIATIVO” de Pablo Lemos Carlos Sant' Anna, delinea a compreensão dos marcos teóricos da filosofia do direito e de suas respectivas influências nas decisões judiciais, bem como a tentativa de elucidar o atual momento da teoria da decisão no Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Em “A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES À PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE”, de Larissa de Oliveira Elsner analisa como o princípio da fraternidade, em sua concepção política e com aplicação prática jurídica, pode contribuir na forma de atuação de cada cidadão enquanto agente ativo de mudança na busca de maior igualdade de oportunidades à pessoa com deficiência, como uma proposta de ação a reduzir os índices de desigualdades sociais referente a esses brasileiros. O texto “A PRAGMÁTICA CONTEXTUAL DE DOIS FILÓSOFOS ATUAIS E A DESCONSTRUÇÃO DO DISCURSO RACIONAL”, de Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi trata da questão da pragmática, da metodologia contextual utilizada e descrita por Bruno Latour e Marc Maeschalck, onde enquanto um visa o afastamento da questão científica para explicar os fatos, o outro enxerga uma necessidade de

agrupamento das teorias. Sandra Pio Viana e Mariana Tamara de Lima Oliveira apresentaram “A PRIVACIDADE, O PÚBLICO E O PRIVADO EM HANNAH ARENDT” defendendo que o direito à privacidade protege a intimidade, a vida privada, o domicílio, a correspondência, as comunicações e os dados pessoais de uma pessoa. Na atualidade da sociedade de informação intensifica-se o interesse tanto dos governos quanto da iniciativa privada na perspectiva de Hannah Arendt, demonstrando a originalidade da noção de espaço público e privado. “A SUPERACÃO DA FUNDAMENTAÇÃO KANTIANA DO DIREITO À DIGNIDADE NO PENSAMENTO CRÍTICO CONTEMPORÂNEO: PARA UMA COMPREENSÃO INTERCULTURAL DA IDEIA DE DIGNIDADE” de Diva Júlia Sousa Da Cunha Safe Coelho e Saulo De Oliveira Pinto Coelho, analisa criticamente a ideia de dignidade, partido da filosofia kantiana e passando por seu contraponto e complemento na filosofia hegeliana, para identificar, como problemática básica, suas insuficiências no formalismo criticista. O artigo “CONSIDERAÇÕES ANTROPOLÓGICAS SOBRE A TRIBUTAÇÃO: DO (NÃO) TRIBUTO NAS SOCIEDADES PRIMITIVAS À DEMOCRACIA GREGA, O REGRAMENTO NO DIREITO ROMANO E OS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO”, de Rafaela Barbosa de Brito e Juliana Cidrão Castelo Sales trata do surgimento do ente estatal nos moldes atualmente conhecidos, nas sociedades tidas como primitivas, utilizando-se do método dedutivo, buscando realizar uma abordagem crítica da evolução da ideia de tributação. José Marcos Miné Vanzella e Zeima da Costa Satim Mori apresentaram “DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO HUMANO, INSTITUIÇÕES E GLOBALIZAÇÃO NO PENSAMENTO DE AMARTYA SEN”, em uma proposta de metodologia hermenêutica filosófica, abordando a questão de como democracia pode contribuir para um desenvolvimento econômico mais humano em resposta a globalização a partir do pensamento de Amartya Sen. Em “DIREITO À INFORMAÇÃO E EXCLUSIVIDADE DO INTERESSE PRIVADO: UM DIÁLOGO ENTRE STEFANO RODOTÀ E HANNAH ARENDT”, Daniel Machado Gomes e Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha anotam o direito à informação comportando os dados que interessam para a construção da esfera social, salvaguardando-se a intimidade dos indivíduos. Indicam Rodotà em uma ligação entre a vida privada e o direito à informação, na medida em que entende a privacidade como o direito de autodeterminação informativa confrontando o direito à informação e os interesses privados do cidadão. Unindo o pensamento de Hannah com Rodotà, toma o princípio da exclusividade do interesse privado como critério para definir o conteúdo do direito à informação. Luciano Gomes Dos Santos apresentou o tema “DIREITO, JUSTIÇA SOCIAL E RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO: CONTRIBUIÇÕES ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUPERACÃO DAS PATOLOGIAS SOCIAIS”, analisando as relações entre direito, justiça social e reconhecimento intersubjetivo, investigando as contribuições às políticas públicas e superação das patologias sociais. O direito é apresentado como reconhecimento e libertação.

A justiça social é o reconhecimento da dignidade humana e sua participação nos bens da sociedade. “DITADURAS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DA DEMOCRACIA OCIDENTAL MODERNA, À LUZ DA TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO DE GIORGIO AGAMBEN” de Anna Laura Maneschy Fadel e Thiago Augusto Galeão De Azevedo apresentam o estudo entre o conceito de Estado de Exceção, relativo ao filósofo Giorgio Agamben, e a Democracia Ocidental. Em um segundo momento, analisou-se a figura do Homo Sacer, correlacionando-a, posteriormente, com o conceito de Estado de Exceção. O trabalho “INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA POLÍTICA E NO DIREITO: ANÁLISES FILOSÓFICO-JURÍDICAS” de Juan Esteban Sanchez Cifuentes e Catalina Maria Gutierrez Gongora, mestrandos colombianos em intercâmbio na Brasil, refletem sobre a influência dos meios de comunicação na política e no direito, sob um viés filosófico-jurídico. Sob o entendimento de que a liberdade é condicionada, de uma forma muito considerável, pelos diferentes meios de comunicação, tanto os de massa como a Internet, podem-se gerar cenários que não têm sido muito estudados até o momento. “O PAPEL DO ESTADO NO CONCEITO DE THOMAS HOBBS, O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA ARISTÓTELES E O LIBERALISMO HODIERNO” de Rodrigo Marcos Bedran propõe a abordar o papel do estado defendido por Thomas Hobbes e fazer um paralelo com o modelo Liberal, além de abordar o conceito de justiça social na ótica de Aristóteles e sob o prisma do modelo Liberal brasileiro nas demissões coletivas, bem como a democracia, que está em constante transformação. “O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE E A CIÊNCIA JURÍDICA: CONSIDERAÇÕES E POSSIBILIDADES SOBRE ASSIMILAÇÃO TEÓRICA” de Luiz Mesquita de Almeida Neto aborda a relação entre o paradigma da complexidade e a Ciência Jurídica, traçando parâmetros de possibilidades de interação e assimilação, verificando a possibilidade de compatibilidade entre o paradigma epistemológico da complexidade e a ciência jurídica. A apresentação de “PLURALIDADE ÉTICA, MORAL E JURÍDICA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE É. DURKHEIM” de Geraldo Ribeiro De Sá, traz a pluralidade de princípios éticos e de práticas morais e jurídicas está presente no passado e presente. Ela está na raiz da compreensão, reconhecimento e convivência pacífica ou conflituosa entre etnias, religiões, nações, línguas, costumes, Estados e povos diferentes. Resgata temas como a moralidade e a imoralidade, a ordem e a desordem, crises e sua superação, o conflito e a colaboração entre capital e trabalho, a igualdade de valores entre culturas e civilizações distintas. O trabalho “PRUDENCIA E RAZOABILIDADE NO CONHECIMENTO DOS DIREITOS NATURAIS: A PROPOSTA DE JAVIER HERVADA” de autoria de Antonio Jorge Pereira Júnior e Lucas Silva Machado, coloca uma problemática focada na compreensão do fenômeno jurídico, especificamente no que diz respeito aos direitos naturais. No esteio de Javier Hervada propõe que a ordem jurídica é composta por duas partes: uma natural e outra positiva. A percepção de cada uma dessas ordens se dá de forma distinta, precisamente por

conta de suas peculiaridades. Carlos Augusto Lima Campos apresenta “REVISITANDO O JUDICIÁRIO DE MONTESQUIEU” abordando o papel do judiciário na estrutura de separação de poderes, compreendendo o surgimento de seu protagonismo. Propõe-se uma releitura da obra “Do Espírito das Leis” de Montesquieu inserindo-a no contexto do sistema jurídico do antigo regime francês para demonstrar que a solução proposta no século XVIII correspondia ao contexto no qual o Judiciário era fonte de oposição ao poder político e legislativo. Em conclusão, tem-se que o atual protagonismo judicial não se opõe à clássica teoria da tripartição de poderes.

A Coordenação fez uma avaliação absolutamente positiva dos trabalhos, cuja relevância das atividades desenvolvidas no âmbito do GT está cristalizada no qualificado debate com abordagem interdisciplinar e sobre as múltiplas questões. As metas estabelecidas pelos pesquisadores, já consolidada nos vários Encontros e Congresso do CONPEDI, no sentido proporcionar um locus de debate acadêmico, e de ampliar a difusão do conhecimento foram , sem dúvida, alcançadas. O encontro interinstitucional transcorreu de forma ampla viabilizando também futuros diálogos. Os coordenadores agradecem a oportunidade da produtiva reunião acadêmica ressaltando a imprescindível e valiosa contribuição teórica de todos os pesquisadores participantes.

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa - Universidade de Brasília - UNB

Prof. Dr. Leonardo Rabelo, de Matos Silva - Universidade Veiga de Almeida – UVA/RJ

Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ / Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ

## REVISITANDO O JUDICIÁRIO DE MONTESQUIEU REVISITING THE JUDICIARY OF MONTESQUIEU

Carlos Augusto Lima Campos <sup>1</sup>

### Resumo

O artigo aborda o papel do judiciário na estrutura de separação de poderes, compreendendo o surgimento de seu protagonismo. O método utilizado é o da revisão bibliográfica da literatura contemporânea e de autores do século XVIII. Propõe-se uma releitura da obra “Do Espírito das Leis” de Montesquieu inserindo-a no contexto do sistema jurídico do antigo regime francês para demonstrar que a solução proposta no século XVIII correspondia ao contexto no qual o Judiciário era fonte de oposição ao poder político e legislativo. Em conclusão, tem-se que o atual protagonismo judicial não se opõe à clássica teoria da tripartição de poderes.

**Palavras-chave:** Separação de poderes, Montesquieu, Poder judiciário, Protagonismo judicial, Nova leitura

### Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the Judiciary within the doctrine of separation of powers, aiming to explain judicial protagonism. This is achieved through book reviews of contemporary and authors from the 18th century. Therefore, it aims to examine in depth some chapters of Montesquieu’s “Spirit of laws”, 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. In conclusion, it stands that Judicial Power protagonism doesn’t violate the classic theory of separation of powers.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Montesquieu, Further reading, Judicial protagonism, Judiciary power, Separation of powers

---

<sup>1</sup> Mestre - UEPA

## **Introdução**

O protagonismo judicial está imerso em um complexo debate acerca do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, bem como a sua influência sobre os demais poderes da República. Não são poucas as críticas desferidas contra esse protagonismo, sendo bastante frequente a referência à teoria da separação de poderes de Montesquieu enquanto alicerce justificador de uma espécie de moderação judicial que acaba por desconsiderar o que cerca de três séculos de diversificadas experiências institucionais promoveram à teoria.

A despeito de não serem poucas as referências à Montesquieu, os estudos que se dispõem a fazerem uma leitura da fonte, isto é, uma digressão ao texto original, são insuficientes. O presente artigo se dispõe a contribuir com o debate acerca da relação havida entre os poderes – mormente o Judiciário – revisitando a obra “O Espírito das Leis”, de Charles-Louis de Secondat, imortalizado como Barão de La Brède e de Montesquieu.

Para tanto, foi empreendida investigação bibliográfica sobre o Judiciário na França, no Antigo Regime, situando historicamente as instituições que Montesquieu criticava. Em seguida, é realizada uma análise sistematizada do Livro XI, do Espírito das Leis, intitulado Das Leis que formam a liberdade política, quanto à sua relação com a constituição. Derradeiramente é proposta uma resignificação sobre como o texto de Montesquieu foi apropriado no cenário estadunidense, destinando ao Poder Judiciário o controle sobre as assembleias legislativas estaduais, culminando na sua ascensão como protagonista em um apurado organismo de moderação entre os poderes políticos.

## **Montesquieu**

A obra mais famosa de Montesquieu, “Do espírito das Leis”, foi originariamente publicada em 1748, consolidando um prisma racionalista de que as normas jurídicas são resultado da ação humana e fruto das diferenças culturais e ambientais de cada povo. No campo da filosofia e da sociologia jurídicas, Montesquieu distinguiu e organizou as leis como sendo fruto da ação humana (ou política, como as nomeia), sem, contudo, prescindir da existência de um ordenamento divino e natural. Dessa forma, as leis de Deus e o jusnaturalismo conviveriam com o ordenamento político, que por sua vez seria mutável, variando de acordo com as peculiaridades de cada povo.

Todavia, muito além da exaustiva apreciação de direito comparado empreendida por Montesquieu, o impacto intertemporal de sua obra pode ser traduzido no que se convencionou chamar de teoria (ou doutrina) da “separação dos poderes”, oriunda do livro XI da obra em análise, ressaltada no seguinte trecho:



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).

Ao se abordar os alicerces do Estado Moderno, referências à Montesquieu são muito recorrentes. Nas palavras de Maria Tereza Sadek (2011, p. 11, **grifo pessoal**):

**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.

É de se pontuar que o governo despótico é distinguido da República, na literatura do século XVIII, por intermédio do exercício do poder modulado pela lei, de maneira que a supremacia legal, bem como a separação dos poderes, possuiriam o condão de transformar a figura do juiz em um personagem sem brilho, limitado a ser “mera 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 (SADEK, 2011, p. 11).

Todavia, ao se percorrer até o capítulo final da obra de Montesquieu, 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 pensar (MONTESQUIEU, 1964, p. 598, **grifo pessoal**).

Parece límpido que o essencial da obra de Montesquieu é a formulação do problema – de que a concentração do poder leva à perda da liberdade – bem como a estrutura lógica de seus argumentos.

## **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” 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 hipotético, no que o estado das coisas influenciou as conclusões do autor.

### **O Judiciário no Antigo Regime**

A estrutura da justiça, no período contemporâneo a Montesquieu, era objeto de grande desconfiança, além de ser passível de 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 Antigo Regime, a Justiça constava como aquela que suscitava as críticas mais vívidas.

Como é possível verificar no excerto abaixo, as críticas eram amplamente justificadas:

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 rejetait. Seuls les avocats recrutés dans la moyenne ou la petite bourgeoisie admettaient la nécessité d’une réforme de la justice (CANADA, 2011, p. 12).

Neste diapasão, 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 juízes. Como afirmam Guy Cabourdin e Georges Viard (1978) em seu “Léxico histórico da França no Ancien Régime”, os juízes 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 juízes do tempo de Montesquieu eram mal retribuídos pelas taxas ordinárias e buscavam se reembolsar sobre as partes, exigindo propinas e fazendo durar indefinidamente o processo, com o objetivo de multiplicar os atos sujeitos a pagamento de taxas e emolumentos e maximizar seus rendimentos.

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.

Com relação à complexidade das jurisdições, sob o Antigo Regime 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*<sup>1</sup>. Para que uma lei real (édito ou ordenação) tivesse eficácia, ela devia passar por um ato formal de registro em cada parlamento

---

<sup>1</sup> 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.

regional. O parlamento examinava se a nova lei não era contrária às leis existentes em sua região. Caso positivo, fazia-se a *remontrance* ao rei, indicando a necessidade de adequações na norma para que fosse aplicável. 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.

### **A Magistratura enquanto óbice à transformação**

De acordo com dados levantados por Guinchard (2001, p. 7), na França de 1789 existiam doze parlamentos regionais. Quando das reformas tentadas 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 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 lei:

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).

Guinchard afirma que em meados do século XVIII houve uma crescente percepção popular de que os juizes 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” (GUINCHARD, 2001, p. 9).

Assim, é o medo do juiz – de que venha a impedir as transformações sociais operadas pelos revolucionários – que levou à necessidade de amordaçar 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 pessoal**):

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.

Desta maneira, menos que uma reflexão abstrata sobre a função jurisdicional, a separação de funções proposta por Montesquieu se revela um resultado deste contexto de desconfiança com relação aos magistrados. Com tal perspectiva estabelecida, passar-se-á à leitura de Montesquieu.

### **O capítulo XI da obra “O Espírito das Leis”**

É no contexto do aparente mau funcionamento dos órgãos jurisdicionais do Antigo Regime 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”.

No livro XI, “Das Leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”, 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 proibem, não haveria 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, 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 atribuíu 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 poder 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 atribui 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 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, de modo que a leitura do capítulo VI revela, então, a sequência dos argumentos de Montesquieu (2005): (A) Há em cada Estado três espécies de Poder (p. 165); (B) “O poder de julgar [deve ser] exercido por pessoas extraídas da classe popular” (p. 167), o que seria uma referência direta ao julgamento por júri popular; (C) 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); (D) 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); (E) O Executivo (monarca) deve ser limitado pelo Legislativo (p. 170-171), destacando que (F) os ingleses tiraram a ideia do governo político “sobre os costumes dos germanos” (p. 175).

É de se pontuar a aparente incongruência na argumentação: “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.

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”, 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: (A) Nos parágrafos 1 e 2, distinção dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário); (B) Nos parágrafos 3 e 4, Montesquieu apresenta o interesse (ou as vantagens) de se manter o equilíbrio entre esses três poderes (sua tese); (C) Nos parágrafos 5, 6 e 7, Montesquieu se ocupa de justificar suas posições. Essa demonstração, situada no fim do texto, 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”.

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

## **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. (TOCQUEVILLE, 2002, p. 89).

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



permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecem inconstitucionais” (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 institucional.

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

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.

### **A Problemática da ditadura da maioria**

É no trabalho de Ernani Carvalho (2007) – que trata da gênese e desenvolvimento da Revisão Judicial – que se torna possível apontar explicações políticas para a origem da Suprema Corte e o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América.

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 pessoal**).

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 comuns em busca de meios para solver seus débitos.

Nesse período (1780-1790), como consequência política do panorama 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 a 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.

### **O Judiciário como meio de contenção das 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 auto interessados, 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 contra majoritária 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” (TOCQUEVILLE, 2002, p. 93).

### **A construção do protagonismo do Poder Judiciário**

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 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):

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 [...].

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*, em 1803:

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:

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 1905; 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 constitucional, 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 político partidário foram instituídos em praticamente todos os países, 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 expansão do protagonismo judicial, Maria Tereza Sadek conclui que a universalização de seu protagonismo serve como indicador de que a concepção do juiz enquanto “mera boca que pronuncia as palavras da lei”, tal qual idealizado por Montesquieu, perdeu força e espaço, já que é perceptível que os magistrados ampliaram consideravelmente sua participação e se converteram em atores políticos (SADEK, 2011, p. 15).

## **Conclusão**

Neste artigo, propôs-se a realização de uma pesquisa sobre o Judiciário na França no Antigo Regime, contextualizando as referências de Montesquieu, para, só então, empreender uma leitura sistematizada do Livro XI de *O Espírito das Leis* e analisar a teoria da separação dos poderes, onde se evidenciava a pouca – ou quase inexistente – relevância e expressividade da figura do juiz.

Como se buscou 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 da República brasileira, observando o modelo do regime presidencialista nos EUA, colocou o Poder Judiciário em evidência para se contrapor ao poder político das assembleias e garantir as liberdades individuais.

Esse é o modelo herdado pelo Brasil, ao adotar o padrão 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\\_Montesquieu/tout\\_etait\\_dans\\_Montesquieu.html](http://classiques.uqac.ca/contemporains/bergeron_gerard/tout_etait_dans_Montesquieu/tout_etait_dans_Montesquieu.html)>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CABOURDIN, Guy; VIARD, Georges. **Lexique historique de la France d'Ancien Régime**. Armand Colin: Paris, 1978. Disponível em: <[http://fr.vikidia.org/wiki/Organisation\\_de\\_la\\_justice\\_en\\_France\\_sous\\_l'Ancien\\_R%C3%A9gime](http://fr.vikidia.org/wiki/Organisation_de_la_justice_en_France_sous_l'Ancien_R%C3%A9gime)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

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: 21 fev. 2017.

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.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_garantias.html)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

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: 19 mai. 2017.

HAMILTON, Alexander. **Federalist No. 78**. In The Federalist Papers, 1961. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

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](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed47.asp)>. Acesso em: 21 abr. 2017.

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 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. 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 Amérique 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](http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_tome1.html)>. Acesso em: 27 mai. 2017.