



## ■ Divisão de Poderes: o Poder Judiciário como mediador para o equilíbrio das forças políticas e sociais

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

---

O mundo está em transe. Por todos os cantos deparamo-nos com as propostas de restrição de direitos fundamentais, em um claro sinal de que o sistema político liberal atravessa uma profunda crise, na medida em que não está conseguindo manter com segurança o Estado Democrático de Direito nem prover os meios mínimos necessários para que as pessoas possam viver em paz e com dignidade.

Ao contrário do que têm sustentado importantes expoentes do constitucionalismo contemporâneo – alguns inclusive com relevantes serviços

prestados na retomada da democracia no Brasil<sup>1</sup> –, já existe uma clara ruptura da ordem política. Isto porque em decorrência de interesses inerentes ao patrimonialismo permitiu-se, com passividade e cumplicidade das instituições políticas<sup>2</sup>, que fossem desferidos ataques diretos à Constituição, como observado no caso brasileiro, desde a aventura do processo político e jurídico que culminou no impedimento de Dilma Rousseff e seu consequente afastamento da Presidência da República, em maio de 2016.

A partir daí, ocorreu a ruptura nacional que conduziu ao enfraquecimento da democracia brasileira, com os sucessivos cortes de direitos sociais que se seguiram permitindo a ampliação das desigualdades sociais. Uma das vertentes dessa ruptura é representada pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016, apelidada de “Emenda da Morte” em razão de congelar por 20 anos os investimentos em direitos essenciais à vida, como saúde, educação, ciência e tecnologia e segurança.

No final de 2018, com o resultado das eleições, vimos que a grande maioria dos liberais (tanto os que se fizeram de indiferentes ou os que participaram, direta ou indiretamente, da trama retórica<sup>3</sup> que possibilitou, a partir de maio de 2016, o “desmanche da Constituição e das Instituições<sup>4</sup>”), foram varridos do cenário político<sup>5</sup> e os Poderes Legislativo e Judiciário tornaram-se enfraquecidos, diante da figura do misticismo que se tenta impor acima de tudo e de todos.

É importante para este ensaio o resgate da obra de Montesquieu (1799), não apenas por se tratar de um autor clássico das Ciências Sociais, mas especialmente por verificarmos cada vez mais a atualidade do seu pensamento, ao afirmar que só existe democracia onde há igualdade. Como demonstrou Montesquieu, sociedades desiguais abrem caminhos para a instalação de regimes despóticos e tiranos, que se alimentam do medo e do terror para se afirmarem.

O que se mais observa no mundo, na atualidade, é a desigualdade social decorrente da concentração brutal de riquezas e fontes de recursos. A falta de igualdade e de oportunidades conduz à desesperança e a uma situação de constante temor.

Em tais situações, a população, tomada de receios em relação ao futuro e paralisada pelo medo, decide entregar seu destino nas mãos de políticos que se apresentam como fortes e propõem a implantação de um Estado onde impera o discurso de violência, ódio e repressão, que conduz à tirania.

A tirania é uma forma de governo em que não existe o equilíbrio das forças políticas e sociais, base central do pensamento de Montesquieu. (1799). Este pensador afirma

---

1 “Nova Constituinte, somente em caso de ruptura nacional”, afirmou J. Bernardo Cabral, em seminário sobre os 30 anos da Constituição de 1998, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 08/11/2018.

2 Estamos nos referindo em particular aos Poderes Legislativo e Judiciário.

3 “Pedalada fiscal”.

4 FOLENA DE OLIVEIRA, 2018.

5 A referência é dirigida a parlamentares de tradicionais partidos políticos, como as siglas do velho MDB, PSDB, DEM (antes PFL) e PP, que não renovaram seus mandatos e foram vencidos por candidatos de “novas” siglas, antes inexistentes na política brasileira.

que para haver esse equilíbrio é essencial a manutenção de instituições políticas<sup>6</sup> capazes de garantir a existência de uma sociedade frugal, onde todos possam desfrutar das riquezas produzidas pelo conjunto da sociedade.

O objetivo do nosso trabalho é analisar a divisão de poderes, a partir de Montesquieu (1979), como instrumento capaz de assegurar o equilíbrio de forças políticas e sociais, com ênfase no papel de intermediação que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário, diante de governos que se apresentam com o rótulo do nacionalismo e forte apelo moralista, os quais, porém, abusam de princípios caros ao liberalismo, doutrina construída a partir da modernidade.

Nos dias atuais, governantes manifestam, sem nenhum receio de desagradar os cidadãos, a possibilidade de restringir liberdades individuais, como a liberdade de expressão; o direito de livre prática religiosa; a livre circulação de pessoas; o respeito à pluralidade de pensamento, gênero, raça, origem, opção sexual e convicção de ideologia.

Da mesma forma, há governos que se acham legitimados a cortar direitos sociais e deixar de efetivar investimentos em áreas de grande impacto humano, como saúde, educação, previdência e assistência social; que se consideram também com permissão para desprezar a proteção ao meio ambiente e liberar toda sorte de abusos contra a natureza e até para “abater” indivíduos de forma sumária e sem o devido processo legal, que constitui uma das primeiras conquistas do liberalismo. Tais comportamentos, característicos de governos que tentam se impor pela força e truculências física e moral devem ser repelidos e limitados pelo Poder Judiciário, o qual, nas palavras de Kelsen (1992, p. 274), é “uma espécie de contrapeso do poder legislativo e do executivo”.

## SÓ HÁ LIBERDADE QUANDO NÃO SE ABUSA DO PODER

No Estado contemporâneo, a divisão dos poderes é, segundo Hegel (2010, p. 254), “considerada como a garantia da liberdade pública”. Contudo, o poder estatal, apesar de aparentemente desconcentrado, constitui “um todo individual” (Hegel, 2010, p. 46), porque representa a totalidade dos interesses da sociedade civil-burguesa, que assumiu o controle do Estado e se vale da criação racional abstrata da Constituição para assegurar a unidade deste poder. Hegel (2010, p. 206), a partir de uma interpretação histórica do direito positivo (“o que é conforme a lei é a fonte do conhecimento do que é direito ou, propriamente, o que é de direito”), sustenta a formação de uma monarquia constitucional em que:

[...] o Estado político dirime-se, com isso, nas diferenças substanciais: a) poder de determinar e de fixar o universal – o Poder Legislativo; b) a subsunção das esferas particulares e dos casos singulares sob o universal – o poder governamental; c) a subjetividade como última decisão da vontade; o poder do príncipe – no qual os poderes distintos são reunidos em uma unidade individual, que é assim o ápice e o começo de tudo – a monarquia constitucional (HEGEL, 2010, p. 255).

<sup>6</sup> Governo, Parlamento e Judiciário.

Burke (2012, p. 221) afirma que “se a sociedade civil é fruto da convenção, essa convenção deve ser sua lei. Essa convenção deve limitar e modificar todas as categorias de constituição que se formam sob ela. Todo tipo de poder legislativo, judicial ou executivo, são suas criaturas”.

Para Montesquieu (1973, p. 156), somente existe liberdade política “quando não se abusa do poder”, e a liberdade, na sua concepção, “é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”. Assim, conforme seu estudo empírico, observou que a liberdade se encontra nos governos moderados, como ocorria na Inglaterra de seu tempo, quando a nobreza exercia o papel de moderação ou de “poder intermediário” frente ao monarca, pois “sem monarca não há nobreza, sem nobreza não há monarca” (MONTESQUIEU, 1973, p. 43).

Então, é mais pela capacidade de equilíbrio das forças políticas e sociais do que pela organização e distribuição administrativa das funções do Estado que a separação de poderes, observada por Montesquieu na monarquia inglesa, apresenta sua relevância.

Neste ponto, é importante compreender que a proposta de Montesquieu, em seu *Espírito das leis*, não foi estabelecer uma teoria do conhecimento, na medida em que, segundo Durkheim (2008, p. 30), “nunca passou por sua cabeça estabelecer regras válidas para todos os povos”, pois seu objetivo principal “é conhecer e explicar o que existe ou existiu, [sendo que] ele não está preocupado com a instituição de nova ordem política, mas com a definição de normas políticas” (DURKHEIM, 2008, p. 29)

Daí sua importância para as ciências sociais, pois partiu de uma descrição da realidade para interpretá-la, não a partir do racionalismo, mas, sobretudo, “de uma comparação das sociedades que conheceu com seus estudos de História, em relatos de viajantes ou em suas próprias viagens”, como esclarece Durkheim (2008, p. 36).

A repartição do trabalho observada nos regimes monárquicos, em que “todas as funções da vida pública, assim como as da vida privada, são divididas entre as diversas classes de cidadãos” (DURKHEIM, 2008, p. 39), possibilitou a Montesquieu acreditar que as classes ou órgãos sociais possam exercer o controle do poder político, de forma recíproca e entre si, sem que nenhum se sobreponha ao outro. Para este pensador:

Isto explica por que Montesquieu considera a liberdade política peculiar à monarquia. As classes – ou, para usar um termo contemporâneo, os órgãos – do corpo social limitam não apenas a autoridade do príncipe, mas também uns aos outros. Como cada um é impedido pelos outros de tornar-se demasiado poderoso e absorver todos os poderes do organismo, ele é livre para desenvolver sua natureza especial, mas com moderação. Estamos agora em posição de entender o papel representado pela famosa teoria da divisão de poderes no pensamento de Montesquieu. É simplesmente uma forma particular do princípio de que as diversas funções públicas devem ser realizadas por diferentes pessoas. Se Montesquieu atribui tanta importância à distribuição da autoridade, não é para eliminar toda discordância entre os diversos poderes, mas antes para forjar uma tal rivalidade que nenhum dentre eles possa ser capaz de erguer-se acima dos outros e reduzi-los à insignificância (DURKHEIM, 2008, p. 40, grifos nossos).

## ANÁLISE HISTÓRICA DO CONTROLE DE PODER

Ressalte-se que Montesquieu conseguiu vislumbrar na organização política inglesa, assentada na relação intermediária entre a monarquia e a nobreza, que seria possível evitar a tentação da arbitrariedade e dos abusos de poder, desde que observado que “o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1973, p. 156). Para isto, a nobreza teria um papel fundamental de corpo intermediário, freando os excessos do monarca, em uma relação de interdependência mútua.

Com efeito, Montesquieu, a partir de “uma análise histórica” (ARON, 2013, p. 9), procurou observar as formas de governo republicana, monárquica e despótica. Montesquieu (1973, p. 53) considera que se “a virtude é necessária numa república e a honra necessária numa monarquia, o medo é necessário num Governo despótico”.

Assim, pensamos que a sua grande preocupação recaía sobre o governo despótico, em que não existe liberdade, pois “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele” (MONTESQUIEU, 1973, p. 156)

Então, como destaca Aron (2013, p. 20), para Montesquieu “o que é mais decisivo é que a autoridade seja exercida de acordo com as leis e uma ordem, ou então, ao contrário, arbitrariamente, de forma violenta”.

## SEPARAÇÃO DE PODERES FUNCIONAL OU JURÍDICA

Vale salientar a preocupação de Locke (2014, p. 115) com “uma tentação enorme à fragilidade humana, sempre desejosa por poder”, ao propor a divisão política dos poderes do governo civil entre o Legislativo, o Executivo e o Federativo. Para Locke (2014, p. 115), os poderes da comunidade civil são o Legislativo, o Executivo e o Federativo, sendo este último investido do poder de “iniciar guerra ou selar a paz, conseguir união ou fazer alianças, e todas as transações com pessoas e comunidades fora da comunidade civil” (2014, p. 116), a exemplo do Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, que, de acordo com Montesquieu (1973, p. 157), é o poder que “faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões”. Porém, este encaminhamento residia mais na capacidade de descentralização administrativa da força política do que de um mecanismo de limitação de poder simultâneo e recíproco, a exemplo do constatado por Montesquieu, em que o equilíbrio das forças sociais é fundamental para a estabilidade política.

O poder controlando outro poder, por meio do sistema de freios e contrapesos, é um princípio diverso de poderes distintos que “possam agir separadamente, fazendo com que a força do povo fique perante comandos diferentes”, como proposto por Locke (2014, p. 117).

A esse respeito, Aron (2013, p. 23) esclarece que:

[...] entre Locke e Montesquieu, porém, há uma diferença fundamental de intenção. O objetivo de Locke é limitar o poder real, mostrar que se o monarca ultrapassa

certos limites ou desrespeita determinadas obrigações, o povo, fonte verdadeira da soberania, tem o direito de reagir. A ideia essencial de Montesquieu, porém, não é a separação de poderes no sentido jurídico, mas o que se poderia chamar de equilíbrio dos poderes sociais, condição da liberdade política (grifos nossos).

### EQUILÍBRIO DE FORÇAS SOCIAIS

O equilíbrio de forças sociais é a base da separação de poderes e não a limitação pura e simples de poder, como geralmente se entende nas interpretações jurídicas (ARON, 2013, p. 26).

Desta forma, a separação de poderes encontra a sua força no Parlamento, onde deve existir o autêntico equilíbrio das forças sociais diante dos interesses manifestados pela representação popular, sendo que “Montesquieu descobre na Inglaterra um Estado que tem como objeto próprio a liberdade política e também o fato e a ideia de representação política” (ARON, 2013, p. 21).

Na Inglaterra existia uma nobreza que atuava como “corpo intermediário” entre o monarca e o povo, que estava presente também no Parlamento ao lado da nobreza: “em toda a sua análise da Constituição inglesa, Montesquieu supõe a existência de uma nobreza e duas Câmaras, uma representando o povo, a outra a aristocracia” (ARON, 2013, p. 24).

Aron (2013, p. 22) diz ainda que “esse tipo de Governo, que tem por objeto a liberdade, e no qual o povo é representado por assembleias, tem como característica principal o que se denominou separação dos poderes, doutrina que permanece atual”.

Portanto, pode-se afirmar que a separação de poderes pressupõe a existência de um Parlamento livre, em que os diversos grupos sociais, de forma equilibrada, podem representar seus interesses frente à figura do administrador (Poder Executivo).

Segundo Aron (2013, p. 24), Montesquieu, a partir de sua análise da Constituição inglesa, “procurou reencontrar a diferenciação social, a distinção das classes e das hierarquias sociais, de acordo com a essência da monarquia, tal como ele define, e que é indispensável à moderação”.

Nesse ponto, Edmund Burke, comparando a experiência inglesa em relação à introduzida pela Revolução Francesa, manifesta que:

Entre nós (ingleses), quando elegemos representantes populares, nós os mandamos a um conselho, no qual cada homem individualmente é um súdito, e submisso a um governo, completo em todas as funções comuns. Entre os senhores (franceses), a assembleia eletiva é soberana, e a única soberana: todos os membros são, portanto, partes integrais dessa única soberania. Mas entre nós (ingleses) é totalmente diferente. Aqui (na Inglaterra), o representante, separado das outras partes, não pode ter nem ação nem existência. O governo é ponto de referência dos diversos membros e distritos de nossa representação. Esse é o centro de nossa unidade. **Esse governo de referência é um depositário em confiança para o todo, e não para as partes.** Assim também é o outro ramo de nosso conselho público; refiro-me à Câmara dos Lordes. Entre nós (ingleses), o rei e os lords são seguranças diversas e unidas para a igual-

dade de cada distrito, cada província, cada cidade. Quando foi que se ouviu falar de alguma província da Grã-Bretanha sofrendo de desigualdade em sua representação: de algum distrito não tendo nenhuma representação? **Não só nossa monarquia e nossa nobreza garante a igualdade de que nossa unidade depende, como são os espíritos da própria Câmara dos Comuns.** [...] A nova constituição dos senhores (franceses) é o exato inverso da nossa em seu princípio; e estou atônito de ver como algumas pessoas puderam sonhar em apresentar alguma coisa feita nela como um exemplo para a Grã-Bretanha. **Entre os senhores (franceses) existe pouca, ou então nenhuma ligação entre o último representante e o primeiro constituinte.** O membro que vai para a Assembleia Nacional não é escolhido pelo povo, nem responsável perante ele. Há três eleições antes de ser ele escolhido: dois grupos de magistraturas intervêm entre ele e a assembleia primária, de forma a fazer dele, como eu disse, um embaixador de um Estado, e não o representante do povo de um Estado. (BURKE, 2012, p. 394-395, grifos nossos).

Nas palavras de Aron (2013, p. 24-25):

[...] comentando Montesquieu, eu diria que um Estado é livre quando nele o poder limita o poder. [...] O que interessa é a rivalidade entre as classes. Essa competição é condição do regime moderado, porque as diversas classes sociais são capazes de se equilibrar [...] a ideia de consenso social é de um equilíbrio de forças, ou da paz estabelecida pela ação e reação dos grupos sociais.

Aron (2013, p. 27) afirma ainda “que Montesquieu, lutando pela nobreza e contra o monarca, trabalhou, na realidade, em favor do movimento popular democrático”. Este autor esclarece que:

[...] a ideia de equilíbrio dos poderes sociais supõe a existência de uma nobreza; ela serviu de justificativa aos corpos intermediários do século XVIII no momento em que estes estavam a ponto de desaparecer. Desse ponto de vista, Montesquieu é um representante da aristocracia, o qual luta contra o poder monárquico, em nome de sua classe, que é uma classe condenada. Vítima do ardid da história, ele se levanta contra o rei, pretendendo agir em favor da nobreza, mas sua polêmica só favorecerá de fato a causa do povo (ARON, 2013, p. 26).

Conclui que “Montesquieu elaborou o princípio segundo o qual a condição para o respeito às leis e para a segurança dos cidadãos é a de que nenhum poder seja ilimitado. Este é o tema essencial de sua sociologia política” (ARON, 2013, p. 28).

A esse respeito, Madison (HAMILTON; MADISON; JAY, 1973, p. 133), analisando a separação de poderes de Montesquieu, ratifica que “tudo que ele [Montesquieu] exige é que um dos poderes não exercite completamente as atribuições do outro”; ou seja, no equilíbrio das forças políticas deve-se evitar que um poder se sobreponha ao outro de forma ilimitada, sendo admitido o controle de um poder sobre o outro, como ocorre no veto às leis apresentadas pelo Poder Executivo; na aprovação orçamentária das despesas da administração pelo Legislativo; e a declaração de inconstitucionalidade de leis realizada pelo Poder Judiciário.

Assim, na separação de poderes, é normal que um poder possa fiscalizar e controlar o outro. Mas deve ser evitada a concentração de todas as atividades políticas nas mãos de

um único poder, porque poderá conduzir à tirania e, por conseguinte, ao desequilíbrio das forças sociais. Para Montesquieu (1973, p. 156-157) e também para Locke, como acima mencionado, “há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder civil das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil”.

### PODER JUDICIÁRIO PARA EVITAR ABUSOS DE PODER

O que interessa para o nosso trabalho é o poder do Estado de realizar julgamentos, os quais, segundo Montesquieu (1973, p. 157), são efetivados pelo Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil, que “pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos”, onde estão inseridos o “poder de julgar” e o “poder executivo do Estado”.

Vê-se, assim, que o “poder de julgar” estaria inserido no Poder Executivo, sendo que não existe, no *Espírito das Leis*, de Montesquieu, um Poder Judiciário, estruturado e independente, como o existente nas democracias atuais, apesar de Montesquieu (1973, p. 157) dizer que “não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo”.

Nesse sentido, também Hegel (2010, p. 272) insere o Poder Judiciário no âmbito da burocracia administrativa inerente ao poder governamental, ao dizer que “o poder governamental, no qual, igualmente, estão concebidos os poderes judiciário e de administração pública”, tem o papel de fazer valer o interesse universal manifestado pelo Parlamento. Segundo Marx (2013, p. 66), Hegel conseguiu:

[...] coordenar o poder governamental em si, no qual estão, do mesmo modo, compreendidos os poderes judiciário e policial, enquanto geralmente os poderes administrativos e judiciário são tratados como poderes opostos.

O Poder Judiciário, estruturado nos padrões democráticos atuais, com independência e autonomia, tem sua origem histórica na fundação dos Estados Unidos da América do Norte, na medida em que foi dado ao juiz daquele país o poder de, quando provocado pela sociedade, julgar uma lei inconstitucional (TOCQUEVILLE, 1998, p. 82). Este poder político, decorrente da Constituição norte-americana, jamais tinha sido visto, até então, nos outros Estados ocidentais, uma vez que o Judiciário estava limitado a atuar meramente como árbitro de questões particulares e administrativas, levadas à sua apreciação para uma solução no âmbito do governo.

Nesta parte, é importante realçar a preocupação dos federalistas, que interpretaram a separação de poderes de Montesquieu mais sob o enfoque de se evitar o perigo da “tirania”; como expõe Madison, “a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1973, p. 131). Com efeito, além de buscar um equilíbrio de forças sociais, a divisão de poderes para os norte-americanos apresenta-se como uma necessidade para evitar



o acúmulo de poder nas mãos de uma instituição política, que, controlada por uma maioria de Estados membros, poderia impor uma situação de tirania para a minoria dos Estados federados:

[...] se em lugar do número de Estados que atualmente existem, reunidos numa só Confederação, se organizassem três ou quatro confederações, ou Estados mais circunscritos, com mais facilidade poderiam ter lugar combinações opressivas da maioria, diminuindo na mesma proporção a segurança que a forma republicana oferece para os direitos das diferentes classes de cidadãos; inconveniente que só poderia remediar-se dando a algum dos membros do Governo maior estabilidade e independência (HAMILTON; MADISON; JAY, 1973, p. 139).

Mesmo considerando esta preocupação, observa-se que a separação de poderes, no caso norte-americano, tem por objetivo também buscar o equilíbrio de forças políticas na federação instituída.

Assim, os Estados Unidos concederam aos juízes o poder político para declarar nulas as leis, editadas pelo Parlamento, que estivessem em desacordo com a Constituição do país<sup>7</sup>; sendo que, no comentário de Hamilton, “o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem para atacá-la” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1973, p. 167).

Tal situação levou Tocqueville (1998, p. 82) a manifestar que:

Já houve outras confederações fora da América; já se viram repúblicas noutras partes que não as terras do Novo Mundo; o sistema representativo é adotado em vários Estados da Europa; **mas não creio que, até o presente, tenha alguma nação do mundo constituído o poder judiciário da mesma maneira que os americanos. [...] o juiz, é nos Estados Unidos, uma das principais forças políticas** (grifos nossos).

E prossegue Tocqueville (1998, p. 83) expondo que o juiz norte-americano é “revestido de um imenso poder político” porque “os americanos reconheceram o direito de fundarem os juízes as suas decisões na Constituição, antes que nas leis. Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais”.

Neste sentido, a Suprema Corte Americana, em 1803, no julgamento de *Marbury versus Madison*, por meio do voto de John Marshall, entendeu ser possível o controle de constitucionalidade das leis diante da Constituição, e, assim, o Poder Judiciário passou a fazer o controle dos atos dos demais poderes.

Tocqueville (1998, p. 85) considera o poder político atribuído aos juízes norte-americanos “de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade das leis uma das barreiras mais poderosas que jamais se elevaram contra a tirania das assembleias políticas”.

Ocorre, porém, que, na atualidade, o monopólio do Poder Judiciário para interpretar a Constituição e declarar inconstitucional a lei tem gerado constantes conflitos entre os poderes constituídos, porque muitas decisões judiciais têm ultrapassado a aplicação

<sup>7</sup> Hamilton expõe que os tribunais de justiça têm o dever de “declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1979, p. 168).

de direitos reconhecidos explicitamente nas constituições e nas leis, o que interfere diretamente no processo político e faz surgir um grave estado de tensão entre os poderes constituídos e as diversas forças sociais representadas no Parlamento e as que atuam nos governos.

Portanto, no exame desse possível conflito entre os poderes, é fundamental verificar o controle de poder segundo Montesquieu (1973, p. 156), o qual entende que “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

### JUDICIÁRIO COMO PODER INTERMEDIÁRIO

A partir da observação de Montesquieu, na qual “o poder de julgar, tão terrível entre os homens, se torna, por assim dizer, invisível e nulo”, Aron (2013, p. 22) concluiu que tal pensamento:

[...] parece indicar que, como o poder judiciário é essencialmente o intérprete das leis, deve ter o mínimo possível de iniciativa e personalidade. Não é um poder de pessoas, mas o poder das leis; ‘o que se teme é a magistratura, não os magistrados’.

Todavia, o período histórico liberal-burguês é marcado pela centralização do poder político nas mãos do Legislativo, que, segundo Locke (2014, p. 108), “é o poder supremo”. Porém, este poder supremo, que é o Legislativo, “não pode transferir o poder de fazer as leis para outras mãos. Por ser um poder que lhe foi delegado pelo povo, aqueles que compõem o Legislativo não podem passá-lo a outras pessoas” (LOCKE, 2014, p. 113).

Contudo, apesar de não poder transferir suas competências, o Poder Legislativo, em consequência de certas conveniências patrimonialistas (e para não sofrer desgaste público diante de temas complexos e polêmicos), tem se omitido em legislar e cumprir com sua missão histórica, outorgada pela soberania popular.

Também o Poder Executivo tem deixado de executar as leis aprovadas pelo Parlamento – sua principal atividade política –, da mesma maneira que não tem implementado políticas públicas de sua competência exclusiva, principalmente as relacionadas a direitos sociais, reconhecidos constitucionalmente e de aplicação imediata. Tudo isto tem gerado impasses políticos diretos com a população.

Assim, diante da mora do Legislativo – que reiteradamente deixa de estabelecer as normas relativas às matérias de sua competência específica, e também do Poder Executivo – que não implementa políticas públicas referente a direitos sociais previstos na Constituição, o Poder Judiciário tem sido acionado pela sociedade, por meio da judicialização da política, para coibir, segundo as regras constitucionais, os abusos do Parlamento em não legislar, e dos governos, quando deixam de assegurar os direitos reconhecidos em favor da população.

A propósito, Teixeira da Silva (2013b, p. 67) comenta que:

[...] mesmo no Brasil, partidos de esquerda, como o PT ou PC do B veem-se impossibilitados de assumir uma plataforma socialmente avançada em virtude da presença

de fortes quadros ‘cristãos’ (católicos e evangélicos) em seu interior, paralisando e esvaziando o debate político no interior dos partidos e mesmo no Parlamento. Assim, temas como aborto ou união civil de gays foram bloqueados no interior do PT, visando garantir a unidade partidária, e seu debate migrou para o Supremo Tribunal Federal, reafirmando o fenômeno da judicialização da política e inexpressividade da vida partidária (grifos nossos).

Entretanto, o Poder Judiciário não pode substituir os partidos políticos, o Parlamento ou o governo, nem determinar o que estes devem ou não fazer. Conforme o registro de Hamilton “pouco valeria objetar que os tribunais de judicatura, com o pretexto de contradição, poderão substituir a sua vontade às instituições constitucionais da legislatura” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1973, p. 170).

Ou seja, é no momento em que o Legislativo e o Executivo se mostram omissos que a atuação do Poder Judiciário encontra correspondência na separação de poderes observada por Montesquieu (1973, p. 156), segundo a qual “o poder freia o poder”, com o objetivo de manter o equilíbrio das forças políticas e sociais. Assim, o Supremo Tribunal Federal estará atuando como um “poder intermediário” (MONTESQUIEU, 1973, p. 43) para manter o equilíbrio político necessário à democracia.

Neste ponto, pode-se afirmar que a atuação do Poder Judiciário encontra-se dentro dos limites impostos pela Constituição, inclusive dando resposta às solicitações feitas pela sociedade através das ações de exame de constitucionalidade, que estão dentro dos limites do jogo político, pois, no complicado conflito de poderes existente na atualidade no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem a função de defender a Constituição – e esta missão é política.

Contudo, os integrantes do Supremo Tribunal Federal devem ter a acuidade necessária para evitar o estado de tensão permanente, pois, como ressalta Hobbes (1979, p. 60), “a competição pela riqueza, a honra, o mando e outros poderes leva à luta, à inimizade e a guerra”, e esta conduz à desarmonia e ao desequilíbrio entre o Judiciário e os demais poderes constituídos (Legislativo e Executivo), o que contraria diretamente a democracia e a divisão de poderes, que se assenta no equilíbrio das forças sociais.

Desta forma, será necessário avaliar, segundo a divisão de poderes, o estado de tensão e os constantes conflitos entre os poderes constituídos que têm ocorrido no cenário político brasileiro. Entendemos que tais fenômenos podem ser prejudiciais à democracia e à essência da política como elemento de transformação e luta por parte da sociedade, pois ao se estabelecer o Poder Judiciário como protagonista político poderá materializar-se a preocupação manifestada por Montesquieu de que “teme-se a magistratura, mas não os magistrados” (1973, p. 157), sobre possível excesso a ser praticado por este poder, que “é sem questão alguma o mais fraco dos três” poderes. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1973, p. 168).

Contudo, como realçado pelo pensamento político relativo à fundação dos Estados Unidos da América, ao Poder Judiciário é dado o poder de “declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição” (Hamilton, 1973, p. 168).

Porém, este fato não pode tornar o Judiciário superior aos demais poderes. E, no que concerne ao equilíbrio das forças sociais, é possível dizer que “a Constituição quis colocar os tribunais judiciais entre o povo e a legislação, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições” (Hamilton, 1973, p. 169).

O Poder Judiciário não pode abusar de sua atribuição de declarar leis inconstitucionais nem pode considerar-se o senhor da Constituição, apesar de ter a capacidade para afirmar, por meio de interpretações jurídicas, a vontade dos fundadores da Constituição e o que esta representa em sua essência. Isto tem gerado uma série de conflitos com os demais poderes e tem sido confrontado com a separação de poderes.

Assim, o Poder Judiciário, “como ator de veto” (MADEIRA, 2014, p. 65) e supridor de omissões legislativas, pode vir a acreditar que está acima dos demais poderes e tentar sobrepor-se ao equilíbrio político e social necessários à manutenção da liberdade e da democracia. Porém, “os juizes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei” (MONTESQUIEU, 1973, p. 160) elaborada pelo Parlamento e sancionada pelo Poder Executivo, poderes constituídos nos quais residem o equilíbrio das forças sociais, que é o fundamento da divisão de poderes.

Nesse encaminhamento, pode-se verificar que, apesar das suas (muitas) omissões recentes e de ter contribuído para a instalação do quadro quase permanente de violação de garantias fundamentais, o Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda detém um papel fundamental de intermediação com as forças políticas e sociais, que urge ser exercitado a fim de restabelecer o necessário equilíbrio de forças, único caminho para impedir o esgarçamento total do tecido social. Ademais, o Poder Judiciário não pode fechar os olhos para a possibilidade de ruptura da ordem ora instituída, em consequência da atuação das novas forças emergentes, que não camuflam sua intenção de tornar supérfluas as instituições tais quais as conhecemos agora.

Mais do que nunca, a nação clama e o momento político exige que o Supremo Tribunal Federal – ainda que sob ameaças diretas ou veladas – deve agir de imediato e portar-se conforme exige seu papel constitucional: qual seja, o de ser a última fronteira de proteção da democracia, a fim de impedir as ameaças que atentem contra a liberdade, a exemplo do sucedido às vésperas do segundo turno da eleição presidencial de 2018, no Brasil, quando juizes eleitorais ordenaram que a polícia, em cumprimento de mandados de busca e apreensão, invadissem diversos campi universitários, nos quais os corpos docentes e/ou discentes estivessem a manifestar-se contra os perigos da ideologia do fascismo, que tenta mais uma vez tomar o mundo, ao custo de conduzi-lo a um novo holocausto, já em curso com a perseguição a imigrantes e a todos os que pensam de forma diversa.

O mesmo Supremo Tribunal Federal, que, em casos anteriores, deixou uma evidente impressão de politização da justiça, finalmente manifestou sua voz no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 584, proposta pela Procuradoria-Geral da República. Segundo a ministra relatora, Carmen Lúcia, que teve a sua decisão liminar referendada pelo Tribunal, “a única força legitimada a invadir uma uni-

versidade é a das ideias livres e plurais. [...] Qualquer outra que ali ingresse sem causa jurídica válida é tirana, e tirania é o exato contrário da democracia”.

Sem dúvida, a resposta do Supremo Tribunal Federal veio em boa hora e deverá ser intensificada no julgamento de outros casos pendentes de julgamento naquele Tribunal (como a questão da ampla garantia da “presunção de inocência” para todos os cidadãos), de forma a se restabelecer o equilíbrio de forças e impedir abusos contra o sistema jurídico liberal, que tem na preservação ampla das liberdades individuais e coletivas, e também na proteção dos direitos sociais, a marca fundamental do período histórico, a ser assegurado por um Poder Judiciário que verdadeiramente exerça o papel de intermediário entre os demais poderes políticos e a sociedade, a fim de manter não apenas o equilíbrio de forças, mas a própria democracia.

## CONCLUSÃO

Acreditamos que o Supremo Tribunal Federal, por estar “entre o povo e a legislação”, tem um importante papel de mediação entre os demais poderes constituídos e a sociedade. A nosso juízo, sua atuação se revela mediante um ato superior ao resultado final de um processo judicial, com a sentença de declaração de constitucionalidade, ou não, de uma lei ou ato do governo.

Portanto, esta função de “poder intermediário” (que deve ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal) é fundamental para a manutenção do equilíbrio das forças políticas e sociais e visa a assegurar a preservação da democracia institucional, muito cara e necessária ao desenvolvimento da sociedade, nestes tempos difíceis em que a ideologia do fascismo leva os homens a destruir tudo o que se apresenta como diferente no mundo; mas de tal forma, porém, que eles deixam de mirar nos reais males do atraso civilizacional, que tem na concentração de capitais a mais maléfica causa das desigualdades sociais e das injustiças, como apontado por Montesquieu.

## REFERÊNCIAS

- ARON, R. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- CABRAL, J.B. *Nova Constituinte só em caso de ruptura nacional*. Disponível em: <<https://www.iabnacional.org.br/noticias/nova-constituente-somente-em-caso-de-ruptura-nacional-afirma-bernardo-cabral>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- DURKHEIM, E. *Montesquieu e Rousseau pioneiros da sociologia*. Trad. Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008.
- FOLENA DE OLIVEIRA, J.R. *O desmanche da Constituição e das instituições*, Revista Consultor Jurídico, 13 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-13/jorge-folema-desmanche-constituicao-instituicoes-politicas>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. *O federalista*. Trad. Francisco C. Weffort. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

- HEGEL, G.W.F. *Filosofia do direito*. Trad. Paulo Meneses, Agemir Bavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R.M. Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.
- HOBBS, T. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o Governo civil*. Trad. Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.
- MADEIRA, L.M. *STF como ator político no Brasil: o papel do tribunal no julgamento de ações de políticas sociais entre 2003 e 2013*, Revista Debates, Porto Alegre, v. 8, n. 3, set-dez. 2014.
- MARX, K. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderler e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Editora Abril, Os Pensadores, 1973.
- TEXEIRA DA SILVA, F.C. *Tradição e modernidade no agir político na América do Sul: a questão da crise de representatividade*. In: TEIXEIRA DA SILVA, F.C., LAPSKY, I, SCHURSTER, K. (Orgs.), *Instituições na América do Sul*. Rio de Janeiro: Mauad X/FINEP/Tempo, 2013.
- TOCQUEVILLE, A. *A democracia na América*. Trad. Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.
- TOCQUEVILLE, A. *Lembranças de 1848. As Jornadas revolucionárias em Paris*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Penguin e Companhia das Letras, 2011.



ARQUIVO PESSOAL

---

**Jorge Rubem Folena de Oliveira** é membro da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros. Pós-doutor em Ciências Sociais (CPDA/UFRRJ). Doutor em Ciência Política (IUPERJ). Mestre em Direito (UFRJ). Advogado militante. Autor dos livros: *Poder Judiciário e as ditaduras brasileiras* (ARC Editor, 2015), *Do conflito ao Equilíbrio: política, Judiciário e audiências Públicas* (Pachamama, 2016) e *Constituição Rasgada: anatomia do golpe* (Senge/RJ, 2016).