

Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC N° 33/2011

Separation of powers and the constitutionality PEC N° 33/2011

Gilberto Bercovici*

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima**

Resumo

O artigo enfrenta a discussão sobre a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n° 33/2011, com trâmite na Câmara dos Deputados. A mencionada proposta trata da limitação ao poder decisório do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional. Ela atribui a este a possibilidade de revogação das decisões do Supremo que exorbitem sua competência. Sustentando a perfeita conformidade da PEC em relação à Constituição Federal de 1988, afirma-se tal posição com base na teoria da democracia, da atividade do Poder Legislativo e da análise política do constitucionalismo brasileiro.

Palavras-chave: PEC 33. Supremo Tribunal Federal. Congresso Nacional. Cláusula de derrogação.

Abstract

The article addresses the discussion on the Proposed Constitutional Amendment No. 33/2011 (PEC 33/2011), with processing of the House of Representative. The said proposal is limited to the decision-making power of the Federal Supreme Court by National Congress: the PEC 33/2011 assigns to National Congress the right to revoke the decisions of the Federal Supreme Court which exceed its jurisdiction. Sustaining the perfect conformity of PEC 33/2011 regarding the Federal Constitution of 1988, the authors reaffirm that position based on the

* Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo – SP – Brasil.
E-mail: gilberto.bercovici@gmail.com

** Professor titular da Universidade de Fortaleza e procurador do município de Fortaleza. Fortaleza – CE – Brasil. E-mail: barreto@unifor.br

theory of democracy, the legislative branch activity and policy analysis of the Brazilian constitutionalism.

Keywords: *PEC 33. Federal Supreme Court. National Congress. Derogation clause.*

Introdução

A semana de 21 a 27 de abril de 2013 movimentou as instituições constitucionais brasileiras. No dia 24, o ministro Gilmar Mendes deferiu uma medida liminar em mandado de segurança contra o Projeto de Lei nº 4.470/2012 do Senado Federal, o qual estabeleceria “que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”. A parte final da decisão entendeu que:

(i) a excepcionalidade do presente caso, confirmada pela extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei – em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional; (ii) a aparente tentativa casuística de alterar as regras para criação de partidos na corrente legislatura, em prejuízo de minorias políticas e, por conseguinte, da própria democracia; e (iii) a contradição entre a proposição em questão e o teor da Constituição Federal de 1988 e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430A aprovação do projeto de lei em exame significará, assim, o tratamento desigual de parlamentares e partidos políticos em uma mesma legislatura. Essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos. (BRASIL, 2013, *on-line*)

No mesmo dia, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011, a qual

altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. (BRASIL, 2011, *on-line*)

Parlamentares e ministros manifestaram-se publicamente. Sobre o primeiro caso – o Projeto de Lei nº 4.470/2012 –, o próprio presidente da Câmara dos Deputados não deixou dúvidas acerca de sua divergência em relação à decisão proferida pelo ministro relator no Supremo Tribunal Federal. Quanto ao segundo caso – a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011 – o mesmo presidente da Câmara defendeu a necessidade de estudos sobre o assunto.

1 Democracia e poderes Legislativo e Judiciário

É necessário esclarecer que democracia é conflito. A maturidade de uma democracia política é aferida exatamente pela capacidade de seu sistema constitucional em resolver os conflitos sem que tal resolução venha a seduzir setores da mesma sociedade a pensarem em alternativas fora da democracia, fora da disputa política legitimada pelo poder constituinte, como é o caso do Brasil e de sua constituição dirigente. Como não poderia deixar de ser, nossa Constituição Federal é provocadora e solucionadora dos conflitos. Portanto, assumimos a posição de que direito constitucional e jurisdição constitucional nada mais são do que direito político, portanto, qualquer questão de controle da constitucionalidade será sempre uma questão de poder constituinte, ou, em outras palavras, uma questão política – no Brasil e em qualquer país do mundo. A política a tentar esconder a política é que consiste numa atitude fora da democracia, devendo ser banida dos embates democráticos e republicanos.

Relativamente ao controle da constitucionalidade, temos que registrar sem eufemismos: quem lida com ele conviverá sempre com

a real possibilidade de ultrapassar o texto constitucional, ou melhor, de ir além – ou aquém – do poder constituinte. O problema passa, então, a ser a qualidade democrática do controlador da constitucionalidade e, sobretudo, se sobre este paira algum instrumento de controle direto da parte da sociedade. Deve ser ressaltado desde já que a legitimidade do legislativo decorre diretamente do poder constituinte, já que todos os seus integrantes são eleitos diretamente pelo povo, enquanto a legitimidade do judiciário advém da Constituição. Trata-se de uma legitimidade indireta.

Caso seja aprovada a PEC nº 33/2011, ter-se-á conflito, e não crise. Não vemos como essa eventual aprovação possa desencadear uma crise, pois não se pode imaginar, com sinceridade, que todos os dias o Congresso Nacional esteja a reapreciar decisões do Supremo Tribunal Federal ou sejamos todos os brasileiros chamados a manifestar-nos, por meio de plebiscito, a respeito. Não há registro desse cenário na história constitucional brasileira, tampouco em outras sociedades.

Interessa-nos aqui a discussão em torno da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011. Entendemos que ela é absolutamente constitucional e, em nenhum instante de seus termos, na forma como aprovada pela Comissão de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados, viola dispositivos do § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Procuraremos sustentar nossa argumentação com base na filosofia política laica e reivindicadora da democracia, a consolidar-se a partir do século XVII, cujos postulados são detectados quase cem anos antes.

2 Filosofia e teoria da democracia

Baruch de Espinosa é considerado o grande formulador da defesa da liberdade, em toda a dimensão que o termo pode ensejar. Quando Espinosa (2003, p. 307) adverte-nos que homens bons e corretos podem subir ao cadafalso ou serem enviados ao exílio, também lembra que “é impossível tirar aos homens a liberdade de dizerem o que pensam”. Dessa observação de Espinosa descende a liberdade de manifestação

de pensamento, ardorosamente tomada como primeira reivindicação (ao lado da liberdade de ir e vir) do conceito de democracia do Iluminismo revolucionário.

Como Espinosa (2003, p. 224) não é um filósofo da teologia – quem faz da razão e da filosofia servas da fé com certeza “ensandecerá” – sua afirmação sobre a liberdade de manifestação de pensamento se assenta no elemento cotidiano da vida de uma república, mesmo que vícios sociais sejam praticados e não tenham como ser punidos, como a avidez e inveja.

Espinosa é também o pensador da tolerância, dado que sua condição judia o levou a ser perseguido pela Inquisição e obrigou sua família a ir para a Holanda. Como se vê, está em Espinosa e em seus autorizados intérpretes a rejeição da moral e do moralismo como instrumento mediador da construção da vida em comum do homem, com a mesma intensidade que está presente a política, e esta não deve cair nas “armadilhas da moral e da tradição jusnaturalista” (CHAUÍ, 2003, p. 129).

Constata-se, dessa forma, que Espinosa não nega a “possibilidade de que os conflitos permaneçam existindo após a fundação da Cidade” (GUIMARAENS, 2012, p. 186), por força da pluralidade da natureza humana. O que é reafirmado é o lugar das instituições, portanto, da política e de seus desdobramentos, como essenciais à construção da tranquilidade social. Essa tranquilidade em nada se relaciona com a ausência dos conflitos, já que as soluções destes se encaminham pela política, e não por um “voluntarismo moralista” (GUIMARAENS, 2012, p. 193).

Qual a relação dessa primeira reflexão com a PEC nº 33/2011? Ora, o parlamento tem o direito de manifestar-se como bem entender, até o final de sua competência constitucional, sem ser molestado por quem que seja. Propostas de emendas à Constituição, projetos de leis complementares e ordinárias, decretos legislativos nada mais são do que projetos, como bem os definem seus termos constitucionais. Não possuem eficácia nem vigência. Não estão no mundo. Pela nossa

Constituição, o controle judicial da constitucionalidade incide sobre uma espécie normativa; jamais sobre uma proposta que sequer concluiu todo o processo legislativo.

Reside nisso o motivo pelo qual o Poder Judiciário pode controlar a constitucionalidade por inobservância do processo legislativo. Mas tudo isso após ser gerada a vida legislativa da espécie normativa; não antes de seu nascimento. Igualmente ancorada nesse motivo está a impossibilidade de serem expedidas medidas liminares. Não há danos políticos a serem temidos. Tão logo uma espécie normativa absolutamente inconstitucional – formal e/ou materialmente – ganhe “vida”, incidirá sobre ela o controle judicial da constitucionalidade. Até lá, nada se pode fazer, a exemplo de outras situações, para lembrarmos a lição de Paulo Brossard, quando ministro do Supremo Tribunal Federal, e de seus votos nos mandados de segurança contra atos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal¹. Está-se diante, na presidencialista separação de poderes, de questões políticas e, nelas, cada um decide na conformidade da disputa ocorrida nas eleições, defendendo seus interesses.

Um pensamento atrai o outro. Tem sido crença disseminada no chamado “neoconstitucionalismo” ou “normativismo constitucional” a certeza de que a efetivação constitucional ou as deficiências de nossa democracia residem na interpretação das normas; ou que todos os desafios poderiam ser resolvidos com a articulação interna

¹ “O Presidente pode violar imunidades parlamentares, usurpar funções legislativas, descumprir decisões judiciais; sob inspirações facciosas, entrar em conflito com outros Poderes ou com os Poderes constituídos dos Estados [...] Pode arruinar o crédito nacional e comprometer o bom nome do país pelo acintoso descaso com que desrespeita obrigações internacionais. Pode alienar bens nacionais, contrair empréstimos e emitir moeda, sem autorização legal. Pode o Presidente retardar dolosamente a publicação das leis, decretar o estado de sítio, estando reunido o Congresso, e, sem licença deste, ausentar-se do País. [...] Pode, enfim, provocar animosidade entre as Forças Armadas, com o premiar da indisciplina, galardoar a incompetência, fomentar o nepotismo, pode cometer atos de hostilidade contra nação estrangeira, expondo a República ao perigo da guerra, celebrar tratados e convenções humilhantes para a nação... [...] Este painel terrível pode ser o retrato do país e obra de um governante. [...] **Qual a solução jurídica para o caso esdrúxulo, uma vez que a competência do Senado, para exercer-se, supõe decreto acusatório da Câmara? Nenhuma solução legal existe.**” (BROSSARD, 1996)

dos dispositivos constitucionais. Em tais abordagens, o papel da política, com todos os seus atores, é praticamente desprezado. Não é necessário ir muito longe para enxergar a extrema fragilidade dessas teses e a pobreza de sua força explicativa para dar conta dos conflitos democráticos, como aqueles que enfrentamos nestes dias.

Há mais a autorizar, do ponto de vista da teoria da democracia moderna, a constitucionalidade da PEC nº 33/11. E, mais uma vez, Espinosa oferece-nos a indicação do bom caminho a ser seguido. “Políticos e profetas e doutores da Igreja” ocupam centralidade nas formulações filosóficas políticas de Espinosa (CHAUÍ, 2003, p. 37). A disputa será sempre – entre todos estes ou entre uns e outros – pela tentativa de fundação e manutenção da república, na perspectiva de superação do medo, da barbárie e da tirania que poderá acometer qualquer sociedade. Porém, seriam os profetas e os doutores, ao procurarem, por meio de suas leituras e interpretações da Sagrada Escritura, com a consequente extensão dessa revelação particular à sociedade, os responsáveis pela construção e manutenção do poder político.

Nesse compasso, somente a lei revelada é que seria divina, pois originada do debate de poucos, dos particulares. “O mais extraordinário para Espinosa é a demonstração de que a lei divina só será lei se não divina e só será divina se não for lei” (CHAUÍ, 2003, p. 127). Tais elementos estão internos à sociedade, e não externos a ela. “Se uma das teses fundamentais da política espinozana é a de que o inimigo do corpo político é interno a ele e encarna-se nos particulares que enquanto particulares desejam apossar-se do poder, compreende-se que o caráter privado do poder eclesiástico apareça como um dos inimigos políticos principais porque se torna poder teológico-político” (CHAUÍ, 2003, p. 45). O aprisionamento do saber num só corpo consiste, para Espinosa (2003, p. 89-90), ao contrário de Hobbes, na possível fonte de instabilidade política. Se se objetiva a estabilidade da política, devem ser ouvidos diferentes atores, de modo que seja improvável a corrupção da maioria por poucos: “Com efeito, o que determina a vontade de uma assembleia suficientemente numerosa é mais a razão do que a paixão”

(CHAUÍ, 2003, p. 294). Eis aqui o temor de Hobbes, que vem a ser o destemor espinoseano.

Ao ser promulgada a Emenda Constitucional 45/2004, reafirmou-se não somente a súmula vinculante como a pretensão do Supremo Tribunal Federal de revestir-se na condição de soberano, como se fosse o único corpo político a deter a última palavra sobre quase tudo. O ativismo judicial disseminado em todas as instâncias do judiciário nacional confirmam nossas palavras, mesmo a qualquer olhar desatento. Cotidianamente, presencia-se um verdadeiro esvaziamento (*Ausräumung*) da política e dos políticos pelo Poder Judiciário. Surpreende – no Brasil e mesmo nas democracias europeias ou dos Estados Unidos – que pouco enfrentamento tenha tal cenário desencadeado da parte da sociedade e de outros poderes políticos.

Na verdade, a discussão a envolver a constitucionalidade do efeito vinculante no Brasil após 1988 tinha sido concluída com o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade nº 1, cuja relatoria coube ao ministro Moreira Alves. Como preliminar sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/1993, foi possível ao relator aprovar a astuta tese de que o direito à ampla defesa “com os meios e recursos a ela inerentes”, previsto pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal, somente se aplica aos processos subjetivos “para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegido”, e não aos processos objetivos, como os de controle concentrado da constitucionalidade (MENDES; ALVES, 2000, p. 275).

Apesar de a Constituição da República não impor esse limite – de os direitos e garantias individuais serem cláusula pétrea, e de o rol de direitos e garantias individuais do art. 5º poder ser alterado somente “para mais” –, inexistiu impedimento para que o Supremo Tribunal Federal realizasse a autêntica revelação do poder constituinte, trazendo para si o controle da política, o que acabou por se confirmar de 1993 aos nossos dias. Há mais: como único ator institucional a ter o poder de decisão para reforma das próprias súmulas vinculantes, o STF desvincula-se de si próprio, procurando ratificar sua soberania sobre o poder constituinte.

O desafio quanto à PEC nº 33/2011 é que ela propõe o retorno à situação de destaque do Poder Legislativo. A rediscussão sobre os limites da jurisdição constitucional nada tem fora do contexto democrático de 1988. Afinal, em todo o mundo, intelectuais sempre se dedicaram a esse tema², não desencadeando nenhuma reação que pudesse ser, de longe, qualificada de “morte ao tribunal”, contribuindo, ao contrário, com a maturidade dos conflitos democráticos. Somente soluções fora da democracia é que poderiam estranhar a supremacia do Poder Legislativo ao longo do pensamento político moderno. Na sua *Metafísica dos Costumes*, Immanuel Kant não deixa dúvidas quanto à preponderância do Legislativo sobre o Judiciário. Pertence a Kant (1983, p. 431-432) a seguinte afirmação:

Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (trias política): o poder soberano (a soberania), que reside no poder legislativo; o poder executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder judiciário, (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz [...]. (Grifo nosso)

Uma interpretação segura a respeito do postulado de Kant está na obra de Bobbio (2000, p. 227), quando este, recorrendo à *Metafísica dos Costumes*, entende que

Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva.

Antes de Kant, Rousseau (1981, p. 96) também defendeu a supremacia do Legislativo:

² Os exemplos mais significativos são Ingeborg Maus, na Alemanha; Javier Perez Royo, na Espanha; e Mark Tushnet, nos Estados Unidos da América. Para não mencionar a ausência de controle concentrado à constitucionalidade na França, Inglaterra e Suécia até os dias de hoje.

O poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo é o cérebro, que dá o movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia e o indivíduo prosseguir vivendo. Um homem fica imbecil e vive, mas assim que o coração cessa suas funções, o animal está morto. Não é pela lei que o Estado subsiste, mas pelo poder legislativo.

O retorno da palavra final ao Poder Legislativo em casos excepcionais, como deseja a PEC 33/2011, apenas reorienta o que já se conhece. Se a Constituição Federal manifesta-se como democrática, é óbvio que não tem como ela escapar da tradição democrática em cuja história estão inseridas sua origem e suas disputas a darem sentido concreto na vida da sociedade. Como poderia cogitar-se o comprometimento da cláusula de separação de poderes se o poder constituinte é que dará o último sinal? Não fosse assim, qual o sentido de referir-se a PEC nº 33/2011 à forma plebiscitária?

3 Constitucionalismo brasileiro

O ponto principal aqui é a polêmica travada sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, vista por seus opositores como grave ameaça à autonomia e independência do Poder Judiciário, o que comprometeria, inclusive, o regime democrático e o princípio da “separação de poderes”.

Em nossa opinião, trata-se de um debate equivocados. Em primeiro lugar, porque os opositores da PEC estão confundindo a posição institucional do Poder Judiciário no regime constitucional. Falta, pelo visto, relembrar a velha e célebre distinção criada por Sieyès (1789), ainda em 1789, entre *poder constituinte* e *poderes constituídos*. Em segundo lugar, a separação de poderes não é ameaçada pelo maior controle do Poder Judiciário por parte do Poder Legislativo; pelo contrário.

Para os opositores da PEC nº 33/2011, o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário não poderiam ser controlados, pois perderiam sua

independência, autonomia e capacidade de fiscalizar livremente as demais instituições republicanas. Esse discurso, na realidade, confunde a posição constitucional do Judiciário e do STF. De poderes constituídos que efetivamente são, portanto, submetidos aos limites da Constituição e da lei, passariam a verdadeiros soberanos, sem nenhuma espécie de controle. O soberano é absoluto, não necessariamente totalitário ou autoritário (BEAUD, 1993).

Essa visão “absolutista” do papel do Judiciário nas democracias contemporâneas é mais comum do que costumamos imaginar, especialmente no que diz respeito à atuação das Cortes Constitucionais. Faz parte de um fenômeno denominado por García (1998, p. 85-86), entre outros, de positivismo jurisprudencial. Os órgãos de controle de constitucionalidade, assim, são convertidos em taumaturgos, esquecendo-se da função transformadora da Constituição, deixada de lado por ser “política”, e não “jurídica”.

O risco existente é o de supremacia do poder dos juízes, poder não eleito, diga-se de passagem, em detrimento do Executivo e do Legislativo (VERDÚ, 1994). Portanto, a questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do “positivismo jurisprudencial”) é a da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia? (SOARES, 1969; BÖCKENFÖRDE, 1992).

A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “*cume da soberania*”, da qual disporiam para decidir em última instância, com caráter vinculante. Dessa forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano (BÖCKENFÖRDE, 1992; MAUS, 2000). A consequência disto é salientada por Verdú (1994, p. 75-76):

[...] o monopólio do conceito e da prática da Constituição pelos Tribunais Constitucionais, conduz, às vezes, a que estes não se limitem a defender e a interpretar, como

instância máxima, a Lei Fundamental, mas a assenhorear-se dela. Expressando em termos alemães: não se limitam a ser o Hüter da Constituição, mas o Herr da mesma³

A visão “absolutista” do Poder Judiciário não é, de maneira alguma, adequada ao Estado constitucional. Dentro deste, segundo Beaud (1993), não pode haver um soberano. O soberano está acima da Constituição, pois tem o poder de fazê-la e desfazê-la, ou seja, é o titular do poder constituinte. Soberano, acima do Estado constitucional, só pode ser o povo.

O Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal, não são, apesar dos adeptos do “positivismo jurisprudencial”, detentores do poder constituinte. Não são soberanos. São poderes constituídos, portanto, submetidos à Constituição e às leis (BEAUD, 1993). Desse modo, não só podem como devem ser controlados, para que não abusem de suas funções, não usurpem funções constitucionais de outros poderes constituídos ou, ainda, tentem usurpar o próprio poder constituinte, colocando-se acima da própria Constituição e da soberania popular, que os criaram e os mantêm.

Feita a crítica à visão “absolutista” do Poder Judiciário, passemos, brevemente, ao discurso da “separação de poderes”. A PEC nº 33/2011 seria inconstitucional por violar o artigo 60, §4º, III, segundo o qual não será apreciada emenda constitucional tendente a abolir a “separação de poderes”. Não discutiremos aqui questões ligadas às chamadas “cláusulas pétreas” ou ao significado da expressão “tendente a abolir”. Apenas nos limitaremos a demonstrar que a visão de “separação de poderes” defendida pelos opositores da PEC nº 33/2011 é mais ortodoxa que a do próprio Montesquieu.

³ Thomas Jefferson, em 1823, já fazia crítica semelhante: “A Constituição [...] significa que seus poderes coordenados devem ser limitados um pelo outro. Mas, a opinião que atribui aos juizes o direito de decidir quais leis são constitucionais e quais não são, não apenas para eles próprios, em sua esfera de atuação, mas para o Legislativo e para o Executivo em suas respectivas esferas, poderá tornar o Judiciário um poder despótico” in Carta de Thomas Jefferson a William Johnson (1823).

No célebre capítulo VI, do Livro XI, em *De L'Esprit des Loix* (1748), Montesquieu (1990) teria afirmado a “separação de poderes”. Na realidade, ele jamais afirmou que os poderes são separados de forma estanque. Esta interpretação, chamada por Eisenmann (1985, p. 38-50) de “*interpretação separatista*”, ignorou a intenção de Montesquieu, que, na tradição do chamado “governo misto”⁵, buscava a instituição de um governo moderado, controlado. A separação feita por ele diz respeito à não confusão, à não identidade, entre os componentes das várias funções estatais, portanto, não tem nada a ver com separação total e absoluta. Pelo contrário, Montesquieu exige que um poder controle o outro. O controle recíproco é essencial em seu sistema, para evitar o abuso de qualquer um dos poderes sobre os outros.

Os próprios norte-americanos entenderam que a “separação dos poderes” não exigiria que os Legislativo, Executivo e Judiciário fossem inteiramente desvinculados uns dos outros. Na realidade, o essencial era, inclusive, a sua vinculação e interpenetração, realizadas de maneira que cada um obtivesse o controle constitucional sobre os demais. A mera declaração escrita dos limites dos vários poderes não era suficiente (HAMILTON; MADISON, 1987). O mecanismo encontrado na Constituição norte-americana foi, em vez da separação total e absoluta dos poderes, a introdução do sistema de **freios e contrapesos** (*checks and balances*).

O célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789⁶, não propõe um modelo ideal para toda e qualquer Constituição, como muitos chegaram a interpretar. Nele, afirma-se que a França, naquele momento, estava sem Constituição, pois todo o poder estava concentrado nas mãos do rei e, portanto,

⁴ Vide também Troper (1980, p. 109-120).

⁵ Sobre a tradição do “governo misto” e da “constituição mista”, provenientes de Políbio e recorrentes na formação do constitucionalismo ocidental, especialmente na tradição inglesa, vide, por todos, Pocock (1975), especialmente capítulos IX e XI, p. 272-273, 277, 286, 297-300, 304-308, 315-316, 323-328, 364-371, 382 e 395.

⁶ Artigo 16: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação de poderes, não tem constituição”.

competia à Assembleia Nacional elaborar uma, a fim de garantir os direitos individuais e a separação de poderes novamente, evitando a concentração de todas as funções estatais nas mãos de uma mesma pessoa⁷.

O grande perigo nunca foi o controle de todos os poderes uns pelos outros. Pelo contrário, especialmente em relação ao Poder Judiciário, a ameaça sempre foi proveniente da sua falta de controle. Em 1823, Thomas Jefferson já alertava como um Poder Judiciário sem controle poderia se tornar uma efetiva ameaça à democracia constitucional:

No estabelecimento de nossa Constituição, os integrantes dos corpos judiciários eram tidos como os mais inofensivos dos membros do Estado. A experiência, no entanto, logo demonstrou os caminhos pelos quais eles se tornaram os mais perigosos: o de que a insuficiência de meios previstos para a sua remoção deu a eles liberdade e irresponsabilidade em seu ofício; o de que suas decisões, aparentemente dizendo respeito apenas aos litigantes individualmente, passam em silêncio e desapercibidas pelo público em geral; o de que essas decisões acabam se tornando lei por meio dos precedentes, subvertendo aos poucos as fundações da Constituição e promovendo sua mudança antes que alguém possa perceber que aquele invisível e inofensivo verme estava empregado ativamente, consumindo a sua substância⁸.

Conclusão

Podemos concluir, portanto, que um maior “controle” do Poder Judiciário por parte do Poder Legislativo não fere a “separação de poderes”. Pelo contrário, o que se opõe a toda a tradição constitucionalista de “separação dos poderes” é justamente a falta de controle do Judiciário.

⁷ Vide Troper (1980, p. 157-160) e Rials (1988, p. 252-254).

⁸ Carta de Thomas Jefferson a A. Coray (1823).

A reação à ampliação do controle democrático sobre o Poder judiciário se torna mais bizarra e virulenta quando associada à repulsa a qualquer forma de ampliação da participação popular direta nas decisões políticas essenciais, como pretende a PEC nº 33/2011. A oposição aos instrumentos de participação direta do povo nas decisões políticas, com o argumento falacioso da “violação ao princípio da separação de poderes”, em suma, parece dar razão à afirmação de Leal (1955, p. 108), ex-ministro do STF, cassado pela ditadura militar:

Aí está, portanto, explicado o verdadeiro sentido sociológico da divisão de poderes. Era um sistema concebido menos para impedir as usurpações do executivo do que para obstar as reivindicações das massas populares (ainda em embrião, mas já carregadas de ameaça).

Talvez seja a hora de se prestar atenção menos nos integrantes do Supremo Tribunal Federal que apoiaram e sustentaram a ditadura militar – ou que a consideram, ainda hoje, um “mal necessário”, perpetuando, em uma decisão vergonhosa, a auto-anistia de 1979 aos torturadores e assassinos da ditadura (ADPF nº 153/DF) – e voltar a atenção para aqueles raríssimos integrantes da Corte que, como Victor Nunes Leal, Hermes Lima ou Evandro Lins e Silva, jamais tiveram qualquer dúvida sobre qual deveria ser o papel do STF enquanto um órgão inserido dentro da democracia, portanto, submetido aos limites da Constituição e à livre e soberana vontade do povo.

Referências

BEAUD, Olivier. **Le souverain**. Paris: PUF, 1993.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: *Verfassung Staat, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar em mandado de segurança 32.033**. Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_32033.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2013.

BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, 26 maio 2011. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD2MAI2011.pdf#page=212>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

CHAUÍ, Marilena. **Política em Espinosa**. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

EISENMANN, Charles. La pensée constitutionnelle de Montesquieu. In: **Cahiers de Philosophie Politique**. Bruxelas: Éditions Ousia, 1985. n. 2-3.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado teleológico-político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERREIMA, Gilmar; ALVES, Moreira. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

GARCIA, Pedro de Vega. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo Jurisprudencial em la doctrina constitucional. **Teoria y realidad constitucional**, n. 1, jan./jun. 1998.

GUIMARAENS, Francisco de. **Direito, ética e política em Spinoza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Johnson. **The federalist papers**. London/New York: Penguin Books, 1987.

KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**. Darmstadt: WBG, 1983.

LEAL, Victor Nunes. A divisão dos poderes no quadro político da burguesia. In: _____. **A intervenção do Estado**. Rio de Janeiro: Faculdade Getúlio Vargas, 1995.

MONTESQUIEU. **De L'esprit des in oeuvres complètes**. Paris: Éditions du Seuil, 1990.

POCOCK, J. G. A. **The machiavellian moment**: Florentine political thought and the atlantic republican tradition. Princeton: Princeton University Press, 1975.

RIALS, Stéphane. **La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Paris: Hachette, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Hemus, 1981.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers Etat?** Paris: PUF, 1989.

SOARES, Rogério Guimarães. **Direito público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântida, 1969.

SPNINOZA, Baruch de. **Tratado político**: Cap. 8º, §6º. São Paulo: Tecnoprint, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La constitución em la encrucijada**: Polignesia Iuris Politici. Madrid: Real Academia de Ciências Morales y Políticas, 1994.

TROPPER, Michel. **La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française**. Paris: L.G.D.J, 1980.

Recebido em: 03/10/13

Aprovado em: 05/12/13