

A importância do Poder Judiciário na tradição liberal: Locke, Montesquieu e “O Federalista”

Paulo Joaquim da Silva Rodrigues¹

Resumo: As crescentes discussões acerca do papel do Poder Judiciário nas democracias modernas tem imposto à teoria política a necessidade de uma nova análise da separação dos poderes. Por vezes, argumenta-se que ocorre uma quebra institucional na separação entre os poderes, formulada pelos pilares teóricos da tradição liberal, quando se discute a relação entre Judiciário e Política. Todavia, qual seria o lugar institucional do Poder Judiciário na separação de poderes? Este artigo visa, por meio de uma análise bibliográfico-comparativa, identificar a alocação institucional do Poder Judiciário e suas relações com os demais poderes, nas teorias de Locke, Montesquieu e “O Federalista”. Assevera-se a origem política do Judiciário e a relevância do mesmo na separação de poderes proposta pelos autores cânones da tradição liberal. Ademais, é identificado esforço de neutralização política de tal poder, o que não significa um isolamento institucional do Poder Judiciário no sistema político.

Palavras-chave: Poder judiciário; separação de poderes; teoria política.

The importance of Judiciary in the liberal tradition: Locke, Montesquieu and “The Federalist”

Abstract: The rising discussions about the role of the judiciary in modern democracies have imposed on political theory a new analysis of the separation of powers. Sometimes it is argued that there is an institutional breakdown in the separation of powers, formulated by the theoretical pillars of the liberal tradition, when discussing the relationship between the Judiciary and Politics. However, what is the institutional place of the judiciary in the separation of powers? This work aims to identify the institutional allocation of the judiciary, and its relations with other powers, on the theories of Locke, Montesquieu and "The Federalist". Finally, it proposes the political origin of the judiciary and the political neutralization effort of it, which does not mean an institutional isolation of the political system the judiciary.

Keywords: judiciary; separation of powers; political theory.

¹ Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Ciência Política pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP/UERJ. Doutorando em Ciência Política no Programa de Pós-graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP/UERJ. Bolsista de doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Email: paulojoaquimcs@iesp.uerj.br

Introdução

Os novos papéis adotados pelo Poder Judiciário, bem como, a reorganização de suas atribuições em períodos posteriores a regimes autoritários, tem imposto a teoria política a necessidade de uma nova análise da separação dos poderes. Uma gama considerável de críticas acerca dessa “expansão judicial” reside na acepção de que haveria uma quebra na separação entre os poderes, separação esta fundada e desenvolvida no bojo da tradição liberal. Contudo, qual seria o lugar institucional do Poder Judiciário em tal separação? Como se daria a sua origem e relevância? De que forma os clássicos definiam sua função e limitariam seu poder? O presente artigo busca identificar a alocação institucional do Judiciário nos escritos de John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689 – 1755) e os escritos de “O Federalista”. A metodologia consiste em uma análise bibliográfica combinada com uma análise comparativa, tendo por objetivo a sistematização do Poder Judiciário nesses autores. Os autores são expostos por ordem cronológica de seus textos, sendo ressaltada a influência entre os mesmos. Ao final, apresentam-se as acepções em consonância identificadas nos textos, permitindo um breve retrato institucional do Poder Judiciário na tradição liberal.

John Locke: a origem da faculdade de julgar

Dentre os três autores que são o foco de nosso estudo, Locke (1632-1704), cronologicamente é o primeiro. A despeito da separação de poderes em Locke não ser descrita pela tríade clássica — Executivo, Legislativo e Judiciário —, seria incipiente argumentar a sua não existência, dado o importante papel de tal separação como princípio assegurador da propriedade privada — entendida em amplo aspecto como vida, liberdade e bens² —, frente ao exercício arbitrário do poder (LOCKE, 1994: 74-5).

O *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* centra-se na gênese, forma e objetivo último do governo civil. O texto descreve a passagem do Estado de Natureza para a sociedade civil, processo que se daria através do contrato social. No Estado de Natureza de Locke, o homem concentraria em si a capacidade de julgar — baseado no direito natural — e a capacidade de executar as respectivas punições em casos de agressão. Ao entrar em sociedade, os homens delegariam suas capacidades legislativas e executivas aos respectivos poderes, Legislativo e Executivo (*Op. Cit.*: 58). O autor inglês identifica na sociedade os

² Tudo isso evidencia que, embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, o homem, sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua própria pessoa e das ações de seu trabalho, tem ainda em si a justificação principal da propriedade; e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou para o sustento ou o conforto de sua existência, à medida que as invenções e as artes aperfeiçoaram as condições de vida, era absolutamente sua propriedade, não pertencendo em comum aos outros (*Op. Cit.*: 47).

poderes: Legislativo, Executivo e Federativo. Causa certo sobressalto a ausência do Poder Judiciário, algo que seria incomum, posto que pensadores anteriores a Locke já utilizassem tal noção³. Em análises como a de Armando Albuquerque, o Poder Judiciário em Locke não estaria distinguido do Legislativo.

Com relação ao poder judiciário, ele aparece como um poder que não se distingue do legislativo. Legisladores e juízes não têm funções distintas, mas a função de instaurarem uma lei positiva. No capítulo XI, onde trata da extensão do poder legislativo, Locke afirma no parágrafo 136 que: "[...]... *o poder legislativo ou poder supremo não pode chamar a si o poder de governar por meio de decretos extemporâneos e arbitrários, mas está na obrigação de dispensar justiça e decidir dos direitos dos súditos mediante leis promulgadas, fixas e por juízes autorizados, conhecidos*". (Id., Ibid., p. 330) Nesta passagem é possível deduzir que o legislativo não apenas formula leis ("dispensa justiça"), mas também cuida da sua aplicação ("decidir sobre os direitos dos súditos"). Logo, legislativo e judiciário apresentam-se como partes constitutivas sob aspectos distintos de um único poder que é o legislativo (ALBUQUERQUE, 2015: 4).

De maneira discrepante a de Albuquerque, Sousa (1995) não subsume o Poder Judiciário exclusivamente ao Poder Legislativo. O autor sustenta que o Poder Judiciário estaria presente nos aspectos fundacionais da sociedade política, a constituição desta seria impossível sem a elaboração de leis isonômicas e a escolha de juízes imparciais, dado que a característica básica do Estado de Natureza é a ausência destes elementos. Ademais, em seu aspecto prático, o Poder Judiciário estaria presente tanto no Poder Legislativo como no Poder Executivo. A despeito de não se confundir com nenhum destes, o Judiciário estaria adstrito aos mesmos.

Na medida em que o direito do estado de natureza, inerente ao indivíduo, não tem outro executor senão o próprio indivíduo, não podemos ter sociedade civil ou política. O estado de natureza subsiste com as ameaças de guerra civil que integra em razão da fragilidade da natureza humana, enquanto não se possa afirmar a competência jurisdicional do magistrado. Por conseguinte, o poder judiciário ou, mais propriamente, jurisdicional, não é um <<poder>> entre outros. Ele indica a juridicidade essencial do estado civil (§§ 88, 89 e 127), característica esta que nunca existe na sociedade natural, onde cada um, com espírito de vingança, está incumbido da execução do seu direito de natureza (§ 125). (...). No mínimo, podemos pois dizer que na sociedade civil de Locke a exigência jurisdicional e o poder judiciário que o executa são <<fundamentais>>: eles exprimem a condição *sine qua non* da sociedade política, situando-se muito para além de um simples <<poder autônomo>> do Estado (SOUSA, 1995: 16).

³ "Por um lado, Aristóteles (e os clássicos do pensamento político, em geral) havia colocado ao lado da assembleia deliberativa dos assuntos públicos e do corpo de magistrados das leis, não um poder <<federativo>>, mas sim um poder <<judiciário>>. Ora, LOCKE parece não integrar no seu <<sistema constitucional>> um *poder judiciário*" (SOUSA, 1995: 13).

As proposições desses dois comentadores lançam luz à problemática acerca da localização do Poder Judiciário na divisão de poderes da teoria lockeana. Nada obstante, ainda é muito parca a clareza sobre a dimensão institucional do mesmo em tal teoria. Se em certos pontos, Locke deixa claro a necessidade de “... leis promulgadas e juízes autorizados e conhecidos” (LOCKE, 1994: 72), não há intelecção sobre quem nomearia tais juízes e se seriam uma corporação autônoma ou ligada aos outros poderes. A omissão do autor inglês a respeito do Judiciário e a dificuldade contemporânea de entendê-la seria fruto da acepção de Locke do Estado de Natureza. Como assevera Morgado, em Locke, os poderes políticos derivam da capacidade de julgar e executar punições, que são concernentes aos indivíduos no Estado de Natureza.

A razão para tal omissão encontra-se na doutrina lockeana do estado de natureza de onde decorrem todos os poderes políticos. Na verdade, os poderes constituídos na sociedade política são derivados da relação do indivíduo com os outros indivíduos, e com a lei natural, nesse estado de natureza que precede intelectualmente o Estado organizado. No estado de natureza, o indivíduo está submetido à lei natural, mas não existe nenhuma autoridade centralizada e reconhecida que aplique os seus preceitos. O poder de *executar* essa lei está entregue a cada um dos indivíduos. (...) Locke não separa o poder judicial do poder executivo porque na sua origem aqueles dois poderes não podem ser distintos (MORGADO, 2006: 77).

A interpretação de Morgado é consoante com a de Albuquerque, qual seja: “o poder de julgar, após o estabelecimento da sociedade política, é cedido ao todo da sociedade e, em termos constitucionais, é entregue ao poder legislativo (II §87-89)” (*Op. Cit.*: 78). Ressalta-se das argumentações dos comentadores que o Poder Judiciário em Locke teria origem política, todavia, não seria autônomo. O exercício da função judiciária se daria por meio de instituições políticas, embora o lugar institucional preciso não seja apontado pelo autor inglês.

O Poder Legislativo em Locke seria o poder supremo (LOCKE, 1994: 76), todavia, delegado. O poder supremo advém do povo que o delega a um homem ou um grupo de homens para exercer a função legislativa (*Op. Cit.*: 58). Como obstáculo ao exercício arbitrário do Poder Legislativo, Locke defende substituição — parcial ou integral — dos indivíduos que o ocupem cargos legislativo periodicamente (*Op. Cit.*: 73). As funções do Poder Legislativo consistem em: estabelecer leis permanentes e iguais para todos os indivíduos, sem distinções; essas leis devem ter como objetivo o bem comum do povo; assim como o objetivo último da sociedade civil, as leis formuladas pelo legislativo devem proteger

a propriedade privada; e, os depositários do poder legislativo não podem transferir o seu poder de legislar para outrem⁴.

O Poder Executivo na teoria lockeana teria a função de garantir a aplicabilidade da lei, assim como a capacidade coercitiva de executar as devidas sanções aos que infringi-las. Haveria a possibilidade de este poder estar outorgado a uma pessoa somente, pois, como observamos, tal poder encontra-se hierarquicamente abaixo do Poder Legislativo. As diferentes comunidades civis (Estados), todavia, encontrar-se-iam em situação análogas aos homens no Estado de Natureza, no que se refere às relações umas com as outras. Nestas relações, não haveria o julgo das leis particulares de cada comunidade, portanto, seria necessária a existência de um poder que se ocupe de defender a comunidade civil perante os entes externos. Este poder chama-se Federativo e deve ser, preferencialmente, exercido pelo mesmo depositário do Poder Executivo, em razão de que para ambas as funções é necessário o controle das forças coercitivas da comunidade civil, que em última instância, constituem-se da força individual de cada um de seus membros.

Embora, como eu disse, os poderes executivo e federativo de cada comunidade sejam realmente distintos em si, dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas; e como ambos requerem a força da sociedade para o seu exercício, é quase impraticável situar a força da comunidade civil em mãos distintas e sem elo hierárquico; ou que os poderes executivo e federativo sejam confiados a pessoas que possam agir separadamente; isto equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína (*Op. Cit.: 75-6*).

O Poder Legislativo não necessita de uma contínua existência, o trabalho de promulgar leis permanentes cessa de tempos em tempos. No entanto, é de extrema importância que a sua reunião seja frequente, previamente estipulada, ou em ocasiões que os depositários deste poder julguem necessário. O Poder Executivo e Federativo, por outro lado, necessitam de uma existência contínua, posto que, a observância do cumprimento das leis, as

⁴ "Eis os limites que impõe ao poder legislativo de toda sociedade civil, sob todas as formas de governo, a missão de confiança da qual ele foi encarregado pela sociedade e pela lei de Deus e da natureza. Primeiro: Ele deve governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, e se abster de modificá-las em casos particulares, a fim de que haja uma única regra para ricos e pobres, para o favorito da corte e o camponês que conduz o arado.

Segundo: Estas leis só devem ter uma finalidade: o bem do povo.

Terceiro: O poder legislativo não deve impor impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, individualmente ou através de seus representantes. E isso diz respeito, estritamente falando, só àqueles governos em que o legislativo é permanente, ou pelo menos em que o povo não tenha reservado uma parte do legislativo a representantes que eles mesmos elegem periodicamente.

Quarto: O legislativo não deve nem pode transferir para outros o poder de legislar, e nem também depositá-lo em outras mãos que não aquelas a que o povo o confiou" (*Op. Cit.: 74*).

punições as transgressões as mesmas, e a vigilância sobre as ameaças externas não podem cessar nunca⁵.

Montesquieu: o temível aspecto do Poder Judiciário

A finalidade última do Estado em Montesquieu (1689 – 1755) seria a garantia da liberdade. Contudo, não seria essa a mesma liberdade do Estado de Natureza. A liberdade a ser assegurada é a liberdade política, qual seja a de fazer tudo o quanto a lei faculta e nada do que a mesma veda (MONTESQUIEU, 2012: 189). Em busca da intelecção de qual forma de governo mais garantiria a liberdade política, Montesquieu realiza uma observação empírica dos Estados que existiram e que existem. O autor conclui que a liberdade política é assegurada em governos *moderados* e a moderação só é obtida na medida em que os poderes do Estado e da sociedade encontram-se bem balanceados, de forma que um não possa submeter os demais.

Depois de tudo o que acabamos de dizer, parece que a natureza humana dever-se-ia revoltar incessantemente contra o governo despótico: mas, apesar do amor dos homens pela liberdade, apesar de seu ódio contra a violência, os povos, em sua maioria, acham-se quase todos a ele submetidos: e isto é fácil de compreender. Para formar um governo moderado, é preciso combinar os poderes, regulá-los, moderá-los, fazê-los agir; dar, por assim dizer, lastro a um deles, para colocá-lo em estado de legislação, que o acaso faz raramente, e que raramente deixa-se fazer à prudência (*Op. Cit.*: 93).

Como consequência desta exigência para a concretização da *moderação* em um governo, a separação de poderes em Montesquieu assume dois aspectos fundamentais: o primeiro é a tríade, consagrada pelo autor francês, e que perdura até hoje nas noções de Estado moderno, a saber, a separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; o segundo aspecto se refere à divisão dos poderes entre as classes sociais, posto que o domínio de uma única classe dos postos de poderes pode conduzir a uma desagregação do Estado e um inevitável retorno ao Estado de Natureza.

É importante asseverar que Montesquieu busca em seu trabalho identificar leis positivas que melhor garantiriam a moderação e seus aspectos fundamentais. É na Constituição Inglesa que o autor identifica a configuração de uma liberdade política presente

⁵ Mas como as leis que são feitas num instante e um tempo muito breve permanecem em vigor de maneira permanente e durável e é indispensável que se assegure sua execução sem descontinuidade, ou pelo menos que ela esteja pronta para ser executada, é necessário que haja um poder que tenha uma existência contínua e que garanta a execução das leis à medida em que são feitas e durante o tempo em que permanecerem em vigor. Por isso, frequentemente o poder legislativo e o executivo ficam separados (*Op. Cit.*: 75).

na lei positiva. Advirta-se que não é resultado lógico dizer que os ingleses são o povo mais livre do mundo, contudo, essa liberdade — política — estaria mais bem assegurada em sua Constituição (MONTESQUIEU, 2012: 203). A justificativa de tal juízo adviria em razão de existir na Constituição Inglesa, além do primeiro aspecto da separação dos poderes, também uma secção do Poder Legislativo em duas câmaras: uma sob controle da nobreza e outra sobre controle do povo, impedindo assim que houvesse predomínio do povo ou dos nobres.

Antes de definir as atribuições de cada poder, é importante ressaltar a necessidade última da separação e independência entre os mesmos. Dessarte, sem a separação a liberdade política estará ameaçada (*Op. Cit.*: 191). E sem a independência, ou seja, a capacidade de um poder resistir às ofensivas dos demais, a separação é impossível (*Op. Cit.*: 93 e 190). É patente e conhecida a influência da teoria lockeana no pensamento de Montesquieu. Por conseguinte, a origem dos poderes políticos em Montesquieu, assim como em Locke, advém dos poderes concernentes aos indivíduos no Estado de Natureza. Buscarei explicitar os poderes Legislativo e Executivo, para depois incorrer em uma análise mais profunda do Poder Judiciário, e o pernicioso efeito que a faculdade de julgar exerce na separação de poderes de Montesquieu.

Montesquieu propõe que a faculdade de estatuir deve ser confiada a um corpo de magistratura, no entanto, como já argumentou-se a composição do mesmo não pode incorrer no domínio de uma classe, ou seja, “o poder legislativo será confiado, conjuntamente, à corporação dos nobres e à corporação que for escolhida para representar o povo” (*Op. Cit.*: 195-6), a corporação de nobres deverá ser hereditária, como característica intrínseca de sua classe (*Ibidem*). Não é necessário que o corpo de representantes, depositários do Poder Legislativo, se mantenha indefinidamente reunido (*Op. Cit.*: 197). A convocação destes representantes consiste em uma prerrogativa do Poder Executivo, contudo: “Se o corpo legislativo se conservasse durante um longo tempo sem se reunir, não existiria mais liberdade” (*Ibidem*).

O Poder Executivo em um primeiro momento é identificado em união com o Judiciário, assim como em Locke esta união é axiomática no Estado de Natureza. Seria “o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (*Op. Cit.*: 190-1). Posteriormente, Montesquieu divide essas funções deixando a última a cargo do Judiciário. A primeira delas encontra-se em consonância com o Poder Federativo lockeano, portanto, seria um poder que “determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, evita as invasões” (*Ibidem*). Nota-se que a divisão que se procede é relativa à capacidade de julgar, que então passa ao

cargo do Judiciário, não obstante a execução da pena, a manutenção das leis civis e a garantia da ordem, continuam pertencentes ao Poder Executivo, sendo o depositário do mesmo a figura do monarca (MONTESQUIEU, 2012:196). Por último, a despeito do Poder Executivo não ter a capacidade de legislar, o mesmo tem a “faculdade de impedir; sem o que ele ficaria em breve despojado de suas prerrogativas” (*Op. Cit.*: 200), deste modo podendo vetar legislações as quais não assinta.

A teoria de Montesquieu, em uma acepção apriorística, poderia nos conduzir de forma desmedida à compreensão de que “o judiciário é de algum modo nulo” (*Ibidem*). No entanto, esta interpretação é temerária. A capacidade de julgar, que no Estado de Natureza estaria subsumida ao Poder Executivo, assume no Estado político uma dimensão demasiada perigosa. É manifesta a preocupação do autor francês com relação a tal capacidade, dado as enfáticas recomendações de que o Poder Judiciário não deve ser confiado a um corpo permanente e os indivíduos só devem ser julgados por seus iguais (*Op. Cit.*: 193).

A reflexão de Miguel Morgado (2006) nos permite entender como Montesquieu temia a alocação deste poder. É concernente ao Poder Judiciário o expediente de direcionar as forças coercitivas do Estado para uma ação individual. Ou seja, de todos os poderes políticos — não se perde de vista que a origem do Judiciário é inevitavelmente política — o poder de julgar é o único capaz de incidir concretamente sobre os indivíduos, em dimensão particular não generalizável, enquanto o executivo e o legislativo parecem agir em uma extensão mais abstrata, muito menos concreta e necessariamente generalizável.

Num Estado, o poder político, na sua vertente mais decisiva, e, porventura, mais coerciva ou violenta, aproxima-se do cidadão no grau mais intrusivo possível precisamente enquanto poder judicial. Daí que o poder de julgar seja, no dizer de Montesquieu, “tão terrível entre os homens” (XI,6). É “tão terrível” porque a sua proximidade é total, a sua intrusão é radical, e a sua violência (ou coerção) é extraordinária (MORGADO, 2006: 79).

O Poder Judiciário em Montesquieu, portanto, não é nulo, ele deve ser nulo. Ele também não é apolítico, mas deve neutralizado neste aspecto (*Op. Cit.*: 80). Entende-se desta forma, o reforço que Montesquieu dá a instituição de júris não permanentes e formados por indivíduos da mesma classe do réu, porquanto, desta maneira, “o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não se achando ligado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão, tornar-se-á, por assim dizer, invisível e nulo”(MONTESQUIEU, 2012: 191). Apesar dos condicionantes postos aos componentes dos júris ou tribunais, não fica claramente especificado quem escolheria seus membros. Contudo, indicações parecem nos sugerir que

em razão da origem do Poder Judiciário estar no Poder Executivo, esta escolha ficaria a cargo do chefe do Executivo, como a seguinte passagem parece indicar: “Não se havia ainda descoberto que a verdadeira função do príncipe era a de estabelecer juízes, e não a de julgar por si próprio” (MONTESQUIEU, 2012: 207).

O Federalista: a institucionalização do Poder Judiciário

As circunstâncias peculiares de independência e criação dos Estados Unidos exigiram aos defensores da Constituição de 1787 uma teoria política que possibilitasse a harmonização de elementos tidos como destabilizadores: um país de imensa extensão e, um governo que fosse eleito e composto pelo povo. Inúmeras críticas eram tecidas ao projeto: desconfiava-se da forma de governo, posto que, pela teoria política existente até então, repúblicas só se mantinham estáveis pela *virtude* de seus cidadãos; a separação de poderes inscrita no projeto era acusada de imiscuir os poderes e não separá-los efetivamente; a União era alvo de desconfiança pelo efeito redutor da autonomia e liberdade dos Estados membros. Em resposta as críticas e em defesa da Constituição, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay escreveram vários artigos, que posteriormente foram reunidos sobre o título “O Federalista”.

A defesa da forma republicana de governo iniciava-se pelo distanciamento teórico das democracias da Antiguidade. Até então, a teoria política remetia-se a tais democracias, como a Grega, para asseverar a necessidade de cidadãos virtuosos para manter a estabilidade de governos populares. O mecanismo da representação é introduzido na república norte-americana como meio estabilizador dos efeitos facciosos (MADISON, MADISON, JAY, 1979: 98). Os representantes eleitos pelo voto popular e pelos legislativos estaduais garantiriam a representatividade do povo e dos Estados. A estabilidade seria atingida, por conseguinte, na anulação mútua das facções, dado a grande quantidade das mesmas em um território tão extenso e populoso como os Estados Unidos. Os escritores federalistas partiriam de uma visão realista da natureza humana, destarte, enxergavam a ambição como uma característica inerente aos indivíduos. O cálculo e a contraposição das ambições gerariam o efeito de nulidade mútua, condição básica para a estabilidade do governo.

Assim como os artigos federalistas, alguns críticos da Constituição também escreveram textos apontando as falhas da mesma. Estes autores ficaram conhecidos como “anti-federalistas”. Acerca da separação de poderes, tais autores fizeram uso sistemático da teoria de Montesquieu. Em respostas aos mesmos, Madison argumenta que na Constituição Inglesa — inspiração e referência para teoria de Montesquieu —, os poderes eram dispostos

parcialmente juntos, assim como, em muitas constituições dos estados norte-americanos. Ademais, a teoria do autor francês buscaria minar a concentração integral de poderes em um único corpo ou indivíduo, não havendo problemática em parciais uniões esporádicas.

Portanto, visto que estes fatos foram o norte para Montesquieu para estabelecer o princípio de que se trata, podemos concluir que, quando ele estabeleceu “que não há liberdade todas as vezes que a mesma pessoa ou a mesma corporação legisla e executa ao mesmo tempo, ou por outras palavras, quando o poder de julgar não está bem distinto e separado do Legislativo e Executivo”, não quis proscrever toda *ação parcial*, ou toda *influência*, dos diferentes poderes uns sobre os outros: o que quis fazer, segundo se colige das suas expressões, e ainda melhor dos exemplos que lhe serviram de regra, foi que, quando dois poderes, em toda a sua *plenitude*, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos (MADISON, MADISON, JAY, 1979: 125).

A separação dos poderes nos Federalistas parte da mesma tríade de Montesquieu, a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário. Notoriamente, o preenchimento destes poderes percorreria meios distintos do autor francês, não obstante a justificativa a separação é a mesma, o acúmulo de poderes distintos no mesmo corpo de indivíduos ou indivíduo é o maior risco à liberdade. Entre os poderes sempre haveria uma distribuição hierárquica na qual o Legislativo figuraria como o mais poderoso e, portanto, o que mais oferece riscos a liberdade. Para garantir o mínimo de equilíbrio frente a essa desigualdade de poder, variados mecanismos são estipulados, com o intuito de enfraquecer o Poder Legislativo — o mais forte poder e o mais perigoso à liberdade na república — e, fortalecer os demais poderes.

Para cada forma de governo, haverá um poder necessariamente mais forte, de onde partem as maiores ameaças à liberdade. Em uma monarquia, tais ameaças partem do executivo, enquanto para as repúblicas, o legislativo se constitui na maior ameaça à liberdade, já que é origem de todos os poderes e, em tese, pode alterar as leis que regem o comportamento dos outros ramos de poder (LIMONGI, 2001: 251).

O Poder Executivo federal seria confiado à figura do presidente, sua eleição ocorreria de forma direta e indireta, viabilizando desta forma o voto do cidadão e dos Estados como corpos políticos⁶. Além da capacidade de execução, o Poder Executivo deveria estar dotado veto absoluto das legislações feitas pelo Legislativo, que “...é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda...” (HAMILTON,

⁶ A origem do Poder Executivo é mista. A eleição imediata do presidente é resultado do voto dos Estados, considerados como corpos políticos independentes; porém a eleição primária é composta. Em parte votam os Estados como corpos iguais e independentes; em parte como membros desiguais da mesma sociedade (HAMILTON, MADISON, JAY, 1979: 121).

MADISON, JAY, 1979: 131) a possíveis arbitrariedades do Legislativo e garantir a sua independência. Estaria a cargo do presidente a escolha dos membros da Suprema Corte, os quais deveriam ser referendados pelo Senado. Soma-se ao Executivo federal as funções descritas pelo Poder Federativo em Locke, e ao poder relativo aos direitos das gentes em Montesquieu, ou seja, as relações com as demais nações.

Como a energia do Poder Executivo é um dos principais caracteres de uma boa Constituição — como esta circunstância é tão essencial à segurança da sociedade contra os ataques estrangeiros à firme administração das leis, à proteção da propriedade contra as tentativas dos poderosos para transformar o curso ordinário da Justiça —, como, finalmente, o vigor do Poder Executivo é que mantém e segura a liberdade contra o furor das facções e contra os projetos da ambição, é muito de desejar para os amigos das formas republicanas que esta ideia seja sem fundamento; porque, sem que os seus próprios princípios padeçam condenação irremissível, não é possível admiti-la (HAMILTON, MADISON, JAY, 1979: 156).

O Poder Legislativo federal teria a função legiferante, no que se refere às questões nacionais e seria dividido em duas câmaras, no entanto, ao contrário da formulação de Montesquieu, estas câmaras não representariam classes distintas. A Câmara dos Representantes seria eleita pelo voto direto dos cidadãos, com o número de cadeiras por estado calculado de forma proporcional a população do mesmo. O Senado seria composto por representantes eleitos pelos legislativos estaduais e cada estado possuiria o mesmo número de cadeiras no Senado (*Op. Cit.*: 119). Tal divisão é um dos mecanismos para redução do Poder Legislativo e a garantia de certa autonomia aos Estados, sendo eles também representados como corpos políticos.

Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o Poder Legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em dividir a legislatura em muitas frações e em desligá-las umas das outras, já pela diferente maneira de Elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permitem a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade (*Op. Cit.*: 131).

O Poder Judiciário é dos poderes o mais fraco, posto que, não goza de iniciativa e, portanto é o que menos oferece risco à liberdade⁷. Os mecanismos criados para que o Judiciário possa manter-se independente e resistir a pressão dos demais poderes são: a inamovibilidade dos juízes; a vitaliciedade do cargo; e a interpretação última e “guarda” da

⁷ Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la (*Op. Cit.*: 161).

Constituição — controle de constitucionalidade. Os magistrados do Poder Judiciário não podem ser removidos seus âmbitos de atuação. A escolha dos mesmos não poderá ser periódica, uma vez feita, os juízes permanecerão em seus cargos enquanto tiverem uma conduta digna. É prerrogativa dos tribunais e, em última instância da Suprema Corte, a definição da correta interpretação da Constituição.

A independência rigorosa dos tribunais de Justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada; quero dizer, numa Constituição que limita a alguns respeito a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar *biils of attender* (decretos de proscricão), leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática senão por meio dos tribunais de Justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição. Sem isto, ficariam absolutamente sem efeito quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares (HAMILTON, MADISON, JAY, 1979: 162).

A escolha dos membros da Suprema Corte, como dito anteriormente, é prerrogativa do presidente e deve ser referendada pelo Senado. A secção das atribuições em planos estadual e nacional é uma forte distinção das teorias anteriores, aspecto consequencial da formação dos Estados Unidos. A neutralização política do Judiciário é intensa, contudo, admite-se que os juízes não deixam ser eleitos, ainda que de forma mais indireta e não periódica (*Op. Cit.*: 119). Os magistrados do Poder Judiciário assumem uma função mais burocrática nesta teoria.

O temível aspecto da capacidade de julgar, presente em Montesquieu, aparece nos Federalistas também, contudo, com menor intensidade. Não obstante, independência institucional do Judiciário é clara, diferentemente do que ocorre em Locke e em Montesquieu. Montesquieu preocupou-se com o risco do indivíduo ser interpelado, particularmente, pelo único poder que poder agir de forma não generalizável. Por outro lado, os autores federalistas preocupam-se com o dano que pode ocorrer à estabilidade e, por conseguinte, aos indivíduos, caso o Judiciário perca a sua independência institucional e seja absorvido pelos demais poderes.

Segue-se mais: que ainda que os tribunais de Justiça possam algumas vezes excitar algum ato de opressão individual, nunca podem pôr em perigo a liberdade geral, ao menos enquanto o Poder Judiciário estiver convenientemente separado dos outros dois; porque é preciso concordar com Montesquieu, que não pode haver liberdade onde o poder de julgar não estiver bem separado do de fazer leis e do de as executar. Segue-se, finalmente, que, como a liberdade nada tem que temer do partido judiciário sozinho, e tudo que recai da sua união com qualquer dos dois outros — como a dependência em que ele se achasse de um deles produziria todos os

efeitos de uma verdadeira união, apesar de uma separação, que em breve se tornaria ilusória e nominal —, como, pela sua fraqueza natural, o Poder Judiciário está sempre em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais — e como, finalmente, nada pode contribuir tanto para firmar a sua independência como a inamovibilidade dos juízes —, deve esta instituição ser considerada como um elemento indispensável da organização do Poder Judiciário e como a cidadela da Justiça e segurança pública (HAMILTON, MADISON, JAY, 1979: 162).

A associação do princípio da “guarda” da Constituição junto com a interpretação última da mesma, consolida o mecanismo de resistência e independência do Poder Judiciário aos demais poderes, em especial, ao Legislativo. Tal mecanismo consiste na declaração de constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, de toda atividade legiferante ulterior à constituição. Da mesma forma que o veto do Poder Executivo o protege de possíveis abusos do Legislativo, a interpretação constitucional garante um mínimo de controle do Judiciário sobre os avanços do Legislativo.

Considerações Finais

O Poder Judiciário poderia ser visto como o menos consensual nas teorias apresentadas. Em Locke a sua dimensão institucional não é explícita, em Montesquieu a capacidade de julgar seria tida como altamente perigosa, contudo, não há uma independência institucional do Judiciário. Tal independência é patente nos Federalistas. A origem política é inegável, fonte primária e última do poder, assim como, a necessidade de neutralização de possíveis ações políticas do Judiciário, como defendido em Montesquieu, e concluída institucionalmente nos Federalistas. Por conseguinte, nas teorias liberais de separação de poderes aqui analisadas, Judiciário e Política não são entes antagônicos, garantida a neutralidade judiciária, negar a origem política do mesmo seria negar seu status de poder.

Referências

ALBUQUERQUE, Armando. A Teoria Lockeana da Separação de Poderes. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acessado em: 01 de julho de 2015.

HAMILTON; MADISON; JAY. O Federalista. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Jefferson, Federalistas, Paine e Tocqueville**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. pp. 85-174.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu Rosseau, "O Federalista". São Paulo: Ática, 2001, pp. 243-256.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MELLO, Leonel Itassu Almeida. John Locke e o Individualismo Liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu Rosseau, "O Federalista". São Paulo: Ática, 2001, pp. 79-90.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Barão de. **Do Espírito das Leis**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

MORGADO, Miguel. O Poder Judicial na Sociedade Livre. **KatÁlysis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, 2006, pp.75-84.

SOUSA, António Francisco de. A Separação de Poderes em Locke. **Polis**: Revista de Estudos Jurídicos-Políticos, Lisboa, v. 4/5, 1995, pp.7-42.