

O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes

Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa

Raoni Bielschowsky

Sumário

Delimitação do plano de estudo. 1. Evolução histórica. 1.1. Realidade inglesa de Constituição mista. 1.2. A separação dos poderes em Montesquieu. 1.3. Separação dos poderes na Revolução Francesa. 1.4. Separação dos poderes na América. 1.5. Doutrina da separação dos poderes e atual estágio do Estado de Direito. 2. Papel do Poder Judiciário no esquema constitucional. 2.1. Princípio da separação dos poderes nas Constituições do Brasil. 2.2. Princípio da separação dos poderes nas Constituições de Portugal. 2.3. Princípios regentes do Poder Judiciário. 2.4. Particulares diferenças entre o tratamento constitucional do Poder Judiciário no Brasil e em Portugal. 3. Influência dos Poderes Legislativo e Executivo na estrutura do Poder Judiciário. 3.1. Influência do Poder Legislativo. 3.2. Influência do Poder Executivo. 4. Poder Judiciário e atuação sobre os demais poderes. 4.1. Eficácia dos direitos fundamentais e proteção das minorias. 4.2. Efetivação de direitos sociais. 4.3. Sentenças de caráter normativo. Conclusão.

Delimitação do plano de estudo

A história do desenvolvimento da forma do Estado em muito se confunde com a história do controle do poder na sociedade. A necessidade de limitação das forças estatais tanto do ponto de vista interno, como do ponto de vista externo, sempre foi uma questão de extrema relevância para a formulação do modelo de Estado moderno.

Raoni Bielschowsky é Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professor Substituto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Advogado.

Nessa esteira, o princípio da separação de poderes, junto ao Constitucionalismo e à prescrição de direitos fundamentais do cidadão, foi uma das formulações liberais que mais prestígio obteve ao longo da história do Estado moderno. Seu escopo de limitar o poder por meio da distinção entre as funções estatais e sua repartição em diversos órgãos/instituições encontra ainda hoje caríssimo apreço e proteção constitucional.

Sem prejuízo de várias outras formulações teóricas, a concepção consolidada por Montesquieu (2007) no décimo primeiro livro, capítulo VI do *Espírito das Leis*, baseada em uma divisão tríplice do poder estatal – Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário – foi aquela que encontrou maior difusão, aceitação e aplicação constitucional nos ordenamentos contemporâneos.

É bem verdade que a separação dos poderes é apenas um dos critérios possíveis da divisão do poder estatal, suscetível de ser feita por diversas formas e critérios. A identificação de várias funções inerentes ao Estado é tema recorrente desde a Antiguidade. Mas a grande peculiaridade que diferencia a separação dos poderes dos modelos de divisão do poder que o antecedeu é o fato de que a separação dos poderes em Locke (2008) e Montesquieu (2007) não propõe apenas a distinção de diferentes funções estatais, mas também a separação dessas funções entre distintas instituições. Destarte, é a ideia de especialização orgânico-funcional que faz especial a fórmula da separação dos poderes.

Além disso, apenas com a concepção da separação dos poderes é que surge a conexão desse sistema organizativo do Estado com a proteção aos direitos fundamentais. Assim sendo, a materialização desse esquema só ocorre no constitucionalismo, enquanto modelo organizatório do Estado de Direito (MIRANDA, 2008a, p. 374-375). Desse modo é imperativo reconhecer o quão indissociáveis são essas três estruturas do Estado liberal, e como elas só podem ser

analisadas e realmente entendidas conjuntamente¹.

Assim, uma das vertentes mais importantes da ideia de separação dos poderes é a de que só o poder pode limitar o poder, “pour qu’on ne puisse abuser du *pouvoir*, il faut que, par la disposition des choses, le *pouvoir arrête le pouvoir*”, e por isso, dividi-lo entre diferentes instituições é a forma mais adequada de impedir abusos.

Estabelecida essa divisão e separação do poder, gerou-se muita discussão acerca de quais as funções exatas a serem desempenhadas por cada um dos poderes do Estado, quais os limites de atuação de cada poder. Inicialmente, as maiores questões travaram-se no sentido de delimitar as fronteiras de competência e atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, por estarem primordialmente ligados à atividade política do Estado. Todavia, com o avanço do Estado de Direito, com o sistema de controle de constitucionalidade e, de forma ainda mais acentuada, após o reconhecimento dos direitos sociais (que, via de regra, exigem uma prestação positiva do Estado para sua efetivação), o Poder Judiciário ganha cada vez mais projeção no controle da atividade estatal, muitas vezes acabando por delinear os contornos do próprio modelo de Estado de Direito contemporâneo. Assim, a discussão quanto à colocação e papel do Poder Judiciário no clássico modelo de separação dos poderes ganha cada dia maiores dimensões.

Por isso, é necessária uma visão histórica, política e constitucional da construção do modelo de separação dos poderes para se entender seu real sentido, e, por conseguinte, entender qual o verdadeiro papel que o Poder Judiciário pode e deve assumir na atuação estatal. Além disso, é necessário dispor sobre a atual confi-

¹ Veja-se no artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como são tratados correlatamente estes três fenômenos: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

guração constitucional dada ao princípio da separação dos poderes, e ao Poder Judiciário, tendo em conta a evolução e as transformações que sofreu o Estado em sua forma e fins, desde o momento liberal até hoje.

Para uma melhor configuração do papel do Poder Judiciário na separação dos poderes, é necessária uma análise histórica desse postulado. Para tanto, neste trabalho, parte-se de uma análise da realidade do *rule of law* britânico e das formulações de separação do poder estatal feitas por Locke – momento imediatamente anterior à autonomização do Poder Judiciário no *Espírito das Leis*; a seguir trabalha-se a clássica formulação de separação de poderes de Montesquieu; e em seguida investigam-se as duas principais experiências históricas do conceito: a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Neste último ponto, cabe uma ressalva quanto à ordem cronológica seguida. Sem prejuízo do fato de que a Independência Americana (1776) tenha ocorrido treze anos antes da Revolução Francesa (1789), o principal marco histórico para a consolidação e configuração do Poder Judiciário nos Estados Unidos da América foi a criação/reconhecimento do controle de constitucionalidade que só viria a ocorrer em 1803 no caso *Marbury v. Madison*, julgado pelo *Chief Justice* John Marshall. Esse fato justifica que aqui seja antes tratada a Revolução Francesa e apenas depois se parta para o tratamento da realidade americana. E por fim, delineando essencialmente o papel do Poder Judiciário no atual estágio do Estado de Direito.

Em seguida abordar-se-á o tratamento constitucional dado ao Poder Judiciário nas Cartas de Brasil e Portugal ao longo da história, seguindo-se para uma abordagem da influência que o Poder Legislativo e o Poder Executivo exercem no Poder Judiciário. E por fim, tratar-se-á das principais projeções do Poder Judiciário sobre esses outros dois poderes do Estado.

1. Evolução histórica

1.1. Realidade inglesa de Constituição mista

Apesar de já na antiguidade, seja em Aristóteles², seja em Cícero, se encontrarem destacadas as funções do Estado, a história da separação dos poderes na modernidade tem seu berço na sociedade inglesa, especialmente nos séculos XVI e XVII. Mesmo que antes da modernidade, já com alguma recorrência, tenha sido identificada e destacada na atividade estatal uma série de funções³, foi no momento da construção do Estado liberal que ganhou força a ideia de distinção das funções do Estado e, mais que isso, da distribuição dessas tarefas nas mãos de mais de um titular/instituição, com o intuito de assim limitar o poder.

Na Inglaterra, o passado distante da separação dos poderes remonta à *Magna Carta* e tem seu ponto de chegada na *Glorious Revolution* e no *Bill of Rights* de 1688.

² “Hay teóricos de la política que pretenden haber encontrado en la *Política* de Aristóteles el núcleo de la moderna separación de poderes. El Estagirita distinguió tres partes o segmentos – el término griego es μοῖραι – en las funciones estatales – (...) (‘las deliberaciones sobre asuntos de interés común’); (...) (‘la organización de cargos o magistraturas’); y (...) (‘la función judicial’). No se puede dejar de admirar la modernidad del padre de la ciencia política, cuando AL principio de esta exposición declara que la diferencia entre las diversas constituciones – es decir, en expresión aristotélica de la diferencia entre estas categorías no puede equipararse con la exigencia actual de separación de funciones tal como se ha pretendido deducir Del texto en cuestión. De la exposición que sigue a las citas mencionadas, resulta que Aristóteles intento – lo cual ya es en sí mérito considerable – un análisis de las funciones estatales según su substancia. Nada permite deducir que Aristóteles obsebase empíricamente o desease teóricamente la atribución de estas tres funciones a diferentes órganos o personas. Y justamente en este punto yace la importancia ideológica de la doctrina de la separación de poderes Del liberalismo constitucional de la primera época. El constitucionalismo de la Antigüedad no se adscribió a la teoría de la separación de poderes” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 56, 57).

³ Comumente três, como se segue no modelo de Montesquieu (2007).

A *Magna Carta* imposta ao rei João sem Terra estabeleceu direitos e deveres recíprocos entre o rei e os barões. Esse documento previu um Grande Conselho que, composto pelos barões mais influentes, tinha a função de dirimir os litígios existentes entre o rei e seus vassalos, bem como autorizar a cobrança de tributos aos nobres e ao clero. Desse modo, apesar de não se poder afirmar que o Grande Conselho desempenhasse funções propriamente legislativas, seguramente o intuito de sua criação foi o de limitar o poder real.

Assim, especificamente na história inglesa, muito mais do que a necessidade de equilibrar o poder dentro do Estado, a divisão entre Rei e Parlamento objetivava o equilíbrio e estabilidade social entre as forças que compunham a sociedade estamental da época, ainda formada nos moldes medievais. Na história político-constitucional britânica, a origem do princípio da separação dos poderes relacionou-se à necessidade de limitação dos poderes da coroa, impondo barreiras ao arbítrio e o respeito às liberdades individuais.

Na ilha da Bretanha, diferentemente do que ocorreu no continente europeu, houve uma transição quase que direta do Estado estamental medieval para o Estado constitucional-representativo, sendo praticamente – mas não inteiramente – desconhecida uma fase de Estado absolutista. A monarquia constitucional inglesa formou-se a partir de um gradativo processo de transformação dos estamentos em órgãos do Estado (PIÇARRA, 1989, p. 42). E, por isso, já no século XV, a Constituição mista da Inglaterra repartia o poder entre rei, lordes e comuns, baseando-se em um sistema de *rule of law*, que *de per se*, já se apresentava como um instrumento limitativo do poder absolutista⁴. Consequentemente, a função

⁴ “Com a expressão *rule of law* designam-se os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da idéia de que o Direito

legiferante era atribuída a uma assembleia composta pelos três estratos da sociedade: o rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns. Diferentemente, à mesma época, a Europa continental via o avanço do regime absolutista e a concentração cada vez mais intensa do poder estatal nas mãos do monarca e seus subordinados.

A separação dos poderes na história político-constitucional britânica foi consequência direta da necessidade de cumprimento do *rule of law*, e essa, por sua vez, uma das questões fundamentais em jogo durante a Guerra Civil Inglesa (1642-1649). Para a concretização desse sistema jurídico, era imprescindível não se acumularem nas mãos de apenas um órgão, ou do monarca, as funções de criação e de execução das leis (na qual se incluía a função jurisdicional). Isso porque, apesar de no direito anglo-saxão viger o regime de *common law* – e por isso ser seu sistema jurídico primordialmente baseado em precedentes jurisprudenciais –, os atos normativos do Parlamento passaram a ganhar cada vez mais importância a partir do século XVII; e nesse tempo, ganharam caráter inovador de direito, deixando de ser considerados como atos meramente reconhecedores de um direito natural preexistente. Com isso, na Inglaterra, a lei solidificou sua condição de fonte do Direito (MIRANDA, 2003, p. 44).

A solidez da monarquia mista inglesa fica clara quando o rei Jaime I resiste em reconhecer sua sujeição à lei, intentando, como monarca abalizado por um direito divino, permanecer para além e acima da norma legal. Todavia, o sistema de *rule of law* e os juristas seiscentistas ingleses fundamentaram uma sólida construção jurídica de que todos, inclusive o rei, estariam sujeitos às prescrições legais. Essas, por sua vez, só poderiam ser criadas ou alteradas por um específico processo legislativo.

deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário do poder” (MIRANDA, 2003, p. 76, 77).

No entanto, com o reinado de Carlos I, a Inglaterra sofreu seus “Eleven years of Tyranny”, e assim, seu momento mais próximo de um modelo absolutista de Estado. Houve a dissolução do terceiro Parlamento, e dessa forma, ao menos momentaneamente, o princípio representativo ficou minimizado na sociedade inglesa. Sem prejuízo dessa constatação, houve – em razão da necessidade de lançamento de impostos – a convocação de um “Curto Parlamento” e, posteriormente, de um “Longo Parlamento”.

Foi justamente o “Longo Parlamento” que marcou severa oposição ao reinado de Carlos I e reavivou o confronto entre o poder do rei e o poder das assembleias. A partir de então, o abuso de poder, normalmente vinculado à figura do monarca, passou a ser também vinculado a atos abusivos dos órgãos parlamentares, conhecidos como *bill of attainder*, em que a assembleia impunha, por meio de atos legislativos, pena de morte sem a necessária observância do *due process*. É nessa época, por exemplo, que se intensificou o uso do instrumento do *impeachment* contra titulares de cargos públicos⁵. Ou seja, a realidade inglesa da separação dos poderes enquanto separação orgânico-pessoal das funções do Estado para a efetivação de um modelo de *rule of law* surgiu também, em grande parte, em razão dos abusos de uma assembleia onipotente, acumuladora dos poderes de legislar e de julgar. Ao contrário do que acontecerá na França, em cuja revolução liberal a importância da separação dos poderes se destaca primordialmente como forma de controlar o poder do monarca absoluto.

⁵ Esse instrumento já é a origem do instrumento republicano homônimo, cuja origem remonta a 1376. À época, tratava-se de processo proposto pela Câmara dos Comuns e julgado pela Câmara dos Lordes. Esse poder da assembleia de ao mesmo tempo editar as leis e julgar os casos foi, já na Inglaterra do século XVI, um dos fatores de maior importância para o reconhecimento da necessidade de separação dos poderes e sua posterior concretização (PIÇARRA, 1989, p. 48).

O que une ambas as realidades é a busca de um modelo que consagre a lei enquanto base da liberdade do indivíduo. Seja na Inglaterra, seja na França, a separação dos poderes e as tentativas de limitação do poder estatal vêm ao encontro do argumento liberal defendido por Locke – o da proteção da liberdade e esfera particular de cada indivíduo (COMPARATO, 2006, p. 70).

Diante dessa conjuntura, Locke (2008) identificou quatro funções do Estado e propôs uma divisão do poder entre duas instituições. Por isso, deve-se analisar sob três níveis o modelo de separação lockeano. São eles o aspecto funcional, o institucional e o socioestrutural. O autor inglês identificou quatro poderes/funções no Estado: a legislativa; a executiva (responsável pela execução das regras dentro de espaço nacional); a federativa (que abarcava as relações externas); e a prerrogativa (que consistia na tomada de decisões em casos de exceção à Constituição) (LOCKE, 2008, p. 163 et seq). Do ponto de vista institucional, havia de um lado o Parlamento, repartido em Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns, que juntas ao rei exerciam as funções legislativas; e, por outro lado, a Coroa, que exercia as outras três funções, inclusive o poder de julgamento (pois os tribunais eram vinculados ao rei). E na esfera socioestrutural, dividia-se o Povo, os Lordes e a Casa Real (CANOTILHO, 2003, p. 580).

Dessa forma, no modelo proposto por Locke, o Poder Judiciário não recebera tratamento autônomo, e sim fora vinculado ao Poder Executivo e, conseqüentemente, ao rei. Possivelmente esta, entre todas, era a mais significativa diferença entre o modelo de Montesquieu (2007) e o de Locke (2008).

1.2. A separação dos poderes em Montesquieu

É no Décimo-Primeiro Capítulo, mais especificamente no Livro VI, nomeado *Da constituição da Inglaterra*, que Montesquieu descreve seu modelo tripartidite de separação dos poderes. Pouco importa se esse

modelo de separação apresentado foi realmente original ou se apenas representou uma mera descrição da realidade inglesa, ou ainda, se ele já fora mais bem ou mais mal descrito por autores pretéritos – o fato é que a construção da separação dos poderes ali descrita é até hoje a base daquela adotada pelos Estados ocidentais. Como já foi dito, desde a antiguidade já se reconhecia a existência de diversas funções estatais, mas a não acumulação dessas funções na mão de apenas um governante/instituição não era preocupação recorrente na formação do Estado até a Guerra Civil Inglesa.

Nessa esteira, na formulação de Montesquieu (2007), também se identificam os três níveis – funcional, institucional e socioestrutural – encontrados no modelo de divisão do poder apresentado por Locke (2008). Todavia, a organização e critério de separação dentro desses três níveis apresentou significativas diferenças.

Do ponto de vista funcional, na separação do autor francês, há a identificação das clássicas funções legislativa, executiva e judiciária; portanto, há a ideia de uma divisão tripartite do poder estatal que até hoje perdura como aquela mais difundida. No plano institucional, identificaram-se também três órgãos: o parlamento, o governo, e agora, autonomamente, os tribunais. Desse modo, Montesquieu (2007) descreveu um modelo em que as três funções essenciais do Estado estavam distribuídas em três instituições distintas e separadas. Diferentemente do que formulara Locke (2008), que, apesar de identificar quatro funções estatais, apenas as distribuiu entre duas instituições, o Parlamento e a Coroa. E ainda, do ponto de vista socioestrutural, continuou-se o mesmo substrato composto por povo, nobreza e Coroa, já base da Constituição mista inglesa e da formulação de separação dos poderes lockeana.

Desse modo, foi na formulação de Montesquieu que primeiro se reconheceu um Poder Judiciário funcional e institucionalmente autônomo, destacado do Poder

Executivo, incumbido então de julgar os crimes e conflitos entre os particulares (MIRANDA, 2004)⁶.

Para além disso, o Capítulo da VI do Décimo Primeiro Livro do *Espírito das leis* ainda apresenta outra importante formulação referente às formas de controle interpoderes, traduzindo a concepção dos *checks and balances*. É bem verdade que não se vê, no modelo de tripartição descrito no *Espírito das leis*, uma imiscuição de um poder sobre as funções do outro, tal qual é aquela exigida pelo atual estágio do Estado de Direito. Contudo, Montesquieu já previra a necessidade de mecanismos de controle interpoderes ao descrever a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) e faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*)⁷.

Desse modo, a concepção de uma forma de Estado dividido funcional e institucionalmente em três poderes – um com a competência de legislar, outro com a competência de administrar e outro encarregado de dirimir conflitos – foi consolidada. Igualmente, a ideia de interdependência ou harmonia entre esses poderes também ficara inicialmente delineada, com as ideias de faculdade de estatuir e faculdade de impedir⁸ – sem prejuízo, todavia, das profundas alterações que essa estrutura sofreria nos Estados Unidos da América em

⁶ “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU, 2007, p. 168).

⁷ “Chamo *faculdade de estatuir* ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo *faculdade de impedir* o direito de anular uma resolução tomada por outrem” (MONTESQUIEU, 2007, p. 172, 173).

⁸ Concepção essa mais profundamente trabalhada por Bolingbroke em diversos estudos esparsos, em que esse autor previa uma ideia de equilíbrio e controle recíproco dos poderes, empregando expressões como: freios recíprocos, controles recíprocos, retenções e reservas recíprocas, entre outras (SCHMITT, 2001, p. 187).

1803 com a implementação do controle de constitucionalidade.

1.3. *Separação dos poderes na Revolução Francesa*

A separação dos poderes em Montesquieu (2007) é peça importantíssima no ideário revolucionário francês. Isso porque a nova ordem a ser instaurada, o Estado de Direito liberal, contrapunha-se à ordem anterior, o Estado absolutista, e, portanto, a desconcentração do poder e sua consequente limitação foi um dos objetivos primordiais do movimento revolucionário.

No estágio despótico do Estado francês, o poder estava basicamente concentrado nas mãos do monarca e de seus funcionários delegados. A liberdade dos indivíduos estava à mercê de leis que correspondiam à própria vontade de quem as executava, ou seja, à vontade do rei. Essa fase é expressa maximamente pela famosa frase de Luís XIV, o Rei Sol: “L’État c’est moi”. O monarca era o soberano, o poder estatal estava em suas mãos e era exercido conforme sua consciência, já que a lei, na verdade, representava tão somente a vontade do rei formalizada. Enquanto isso, do ponto de vista da produção, o sistema de produção feudal evolui para o capitalismo comercial. E enquanto o poder político se mantivera nas mãos da nobreza, o poder econômico passou a ser detido pela burguesia.

Essa é a atmosfera da Revolução Francesa, que tem por base a questão da liberdade individual do cidadão sobre o poder estatal. Com Rousseau (2006), o soberano do poder nacional não mais é o seu agente (o príncipe), e sim o povo que o exerce por meio de seus representantes. Assim, a liberdade do príncipe enquanto ser escolhido para governar o povo cede lugar à vontade da lei, e o Estado, em vez de obedecer à vontade do agente do príncipe, deve executar normas jurídicas⁹.

⁹ “Em vez de tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei

Nesse ambiente, ascende a separação dos poderes como princípio caríssimo do Estado de Direito liberal. Isso porque é indissociável o sistema ambicionado pelos ideais revolucionários, baseado na legalidade e na segurança jurídica, do esquema de separação dos poderes.

Todavia, há de se ter em conta, que, se uma das principais razões do surgimento da separação dos poderes para a concretização do *rule of law* na Inglaterra fora limitar tanto o poder da Coroa, como também um poder por vezes abusivo das assembleias, na França a principal força a ser limitada era a do rei absolutista. Enquanto na Grã-Bretanha se vivia uma monarquia mista, representativa, na França a revolução liberal teve por objetivo justamente acabar com o sistema monárquico, que em seu caso não admitia a representatividade das demais camadas sociais em ascensão, nomeadamente a burguesia.

Além disso, a Revolução Francesa, em muito marcada pela obra de Rousseau (2006), que identificava no poder legislador um papel de primariedade, instituiu um regime parlamentar. Assim, o papel judiciário na estrutura estatal fora em boa medida diminuído e absorvido pelo poder do Parlamento. Mais ainda com o entendimento da exegese como método primordial de interpretação legal.

Por essa mesma razão, há de se identificar que na França houve uma separação menos rígida do que aquela ocorrida na Revolução Americana que adotara o sistema presidencialista.

como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a representação política” (MIRANDA, 2003, p. 45).

1.4. Separação dos poderes na América

Já na América, a separação de poderes ocorre de forma diversa daquela vista na Europa. As diferenças principais podem ser explicadas por basicamente dois fatores preponderantes. Primeiramente, as razões que motivaram a Revolução Francesa e aquelas que resultaram na independência das colônias inglesas na América do Norte foram distintas, em que pesem as raízes iluministas de ambas. E em segundo lugar, o sistema jurisdicional baseado em precedentes judiciais (*stare decisis*) típico do modelo de *common law*, adotado pelos anglo-americanos, em oposição ao sistema de *civil law* vigente em quase toda Europa continental, foi responsável em grande medida pelo desenvolvimento do controle de constitucionalidade.

Primeiramente, um dos objetivos políticos principais da Revolução Francesa foi a dissolução e contraposição ao antigo regime. Ou seja, a derrubada de um modelo em que o rei concentrava praticamente todo o poder estatal, e em resposta a isso, a revolução na França propunha que fosse instalada uma nova ordem, a do Estado liberal. Na América do Norte, por outro lado, o objetivo político primordial foi a emancipação das colônias inglesas americanas, até então massacradas política e, sobretudo, tributariamente pelo Parlamento da metrópole. Ou seja, enquanto os revolucionários franceses tinham como principal adversário o Rei da França, os colonos americanos tinham por oposição principal a política do Parlamento inglês. Assim, a separação dos poderes na Revolução Americana deu-se de forma mais acentuada, derivando para um modelo presidencialista que não coincidia com a responsabilidade política de um órgão perante os outros.

Ainda assim, não há que se falar em absoluto isolamento entre os três poderes na democracia americana. Isso fica claro na presença de institutos como o veto presidencial, ou a possibilidade de *impeachment*

do Presidente. Todavia, enquanto na França se viu, ao menos *a priori*, a força estranguladora do parlamento, nos EUA a figura executiva do Presidente sempre teve papel privilegiado dotado de grande autonomia e independência no desempenho das funções executivas e grande liberdade política.

O segundo ponto fundamental que diferencia o modelo americano de separação dos poderes é o sistema de *common law*, que, por ser baseado sobretudo em precedentes jurisprudenciais (*stare decisis*) – ainda que não exclusivamente –, deu maior possibilidade para o surgimento do controle de constitucionalidade.

Desde o reconhecimento da possibilidade do controle de constitucionalidade das normas e atos estatais pelo Poder Judiciário¹⁰, a verificação de adequação dos

¹⁰ Inicialmente consagrado no caso *Marbury v. Madison*, decidido pelo *Chief Justice* Marshall na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em que de forma lapidar decidiu pela possibilidade do controle de constitucionalidade. Ao menos um trecho da decisão vale ser transcrito: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. [5 U.S. 137, 178] So if a law be in opposition to the Constitution: if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law: the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the Constitution; and the Constitution is superior to any ordinary Act of the Legislature; the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those then who controvert the principle that the Constitution is to be considered, in Court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. It would declare that an act, which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare, that if the legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the legislature a practical and real omnipotence with the same breath

atos públicos deixou de ser meramente política, e passou a ser, primordialmente, da esfera jurídica.

Esse foi o primeiro modelo de controle de constitucionalidade surgido em 1803 com o caso *Marbury v. Madison*, em que o Chief Justice Marshall reconheceu a cada tribunal ou juiz dos Estados Unidos da América o dever e o poder de julgar os casos diretamente de acordo com a Constituição americana, inclusive, se necessário para isso fosse, afastar a aplicação de uma lei que se mostrasse incoerente com a norma constitucional. Assim, desde então se vê que o Poder Judiciário, mais que vinculado à lei, encontra-se vinculado à norma hierarquicamente superior que se impõe ao legislador e ao administrador do Estado no exercício do poder.

Desse modo, o papel do Poder Judiciário, antes considerado praticamente nulo e limitado a ser simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, 2007, p. 172,175), passou a ter preponderante papel para a efetivação da ordem constitucional.

1.5. Doutrina da separação dos poderes e atual estágio do Estado de Direito

Em fins do século XIX e início do século XX, o Estado de Direito sofreu profundas alterações. O modelo liberal, com sua marca individualista, mostrava-se insuficiente para atender às demandas da sociedade e, por isso, a configuração do Estado de Direito e seus fins foi alvo de uma grande renovação.

Sobretudo após a Primeira Grande Guerra, várias alternativas surgiram em

which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure. That it thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions – a written constitution – would of itself be sufficient, in America where written constitutions have been viewed with so much reverence, for rejecting the construction. But the peculiar expressions of the Constitution of the United States furnish additional arguments in favour of its rejection”.

resposta ao fracasso do Estado liberal. Elas variaram desde modelos fora do Estado de Direito, como o fascismo e o nacional-socialismo na extrema direita, ou ainda o regime socialista marxista-leninista na extrema esquerda, até a reformulação desse modelo por meio do Estado Social.

Foi, primeiramente, na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, e, posteriormente, em uma série de Constituições subsequentes à Segunda Guerra Mundial, que se foi incorporando esse novo modelo do Estado Democrático de Direito. A partir de então é reconhecido ao Estado o dever de estruturar, planejar e modificar a sociedade em vista da promoção da justiça social e da persecução do interesse comum. Nesse passo, identifica-se a reconciliação entre sociedade e Estado, marcadamente divididos durante a época liberal. Assim, nas palavras do Professor Jorge Reis Novais (2004, p. 30 et seq.), “A expressão Estado social procura sintetizar o sentido desse processo concertado de estadualização da sociedade e de recíproca socialização do Estado”.

Com o Estado social, para além das garantias individuais e da limitação do poder – valores presentes já no ideário do Estado liberal –, cabe agora também ao aparato estatal garantir a igualdade material e assegurar os direitos sociais, que passam por um processo de reconhecimento de sua jusfundamentalidade. Esses “novos direitos fundamentais” não podem ser concretizados mediante uma abstenção do Estado; ao contrário, exigem da máquina estatal prestações positivas em favor do cidadão.

Todas essas alterações projetam particulares transformações na própria concepção da divisão dos poderes. Isso porque para além da segurança jurídica, princípio tão caro ao Estado liberal, ganha muita força a ideia de provimento de condições materiais para o adequado e livre desenvolvimento do indivíduo e da proteção de sua dignidade humana.

Assim, as relações entre os poderes do Estado sofrem profunda revisão. Vê-se, pois, uma relativização das fronteiras entre Legislativo e Executivo. A atividade normativa da Administração passa a ser cada vez mais comum, como, por exemplo, na ampliação de sua competência para iniciativa de leis – ainda que estejam sempre sujeitas à aprovação pelo Parlamento; e na esfera de competência do Poder Legislativo surge a figura de atos desvinculados do tradicional conceito de lei, geral e abstrata, como é o caso das leis-medidas.

No que diz respeito ao papel do Poder Judiciário, este ganha muito maior independência e projeção para o triunfo do Estado Democrático e Social de Direito. É também no início do século XX que começa a surgir o modelo europeu de controle de constitucionalidade¹¹, e, portanto, a difusão, para além da América, de mecanismos de controle da superioridade hierárquica da Constituição sobre as leis.

Com o Estado social, na atividade de fiscalização do adequado cumprimento constitucional, o controle dos atos da Administração ganha destaque no que diz respeito ao cumprimento de prestações essenciais à efetivação de direitos fundamentais (sobretudo dos direitos sociais). Além disso, hodiernamente, não apenas o controle sobre o Poder Executivo é presente na esfera de competência do Poder Judiciário, como também, o controle das ações e até mesmo omissões do Poder Legislativo, por intermédio de instrumentos como as sentenças aditivas e o mandado de injunção.

¹¹ O controle jurisdicional das leis firma-se em dois modelos historicamente reconhecidos no Estado de Direito ocidental. O primeiro é o americano, surgido no caso *Marbury v. Madison*. O segundo sistema surge em inícios do século XX, a partir da Constituição austríaca de 1920, sob os argumentos desenvolvidos por Hans Kelsen. Esse modelo fundamenta-se basicamente em um controle abstrato e concentrado das normas, feito por uma corte constitucional. Para esse controle, não há a necessidade de haver um caso concreto a se analisar, mas tão somente a viabilidade e conformidade da lei aos preceitos constitucionais.

2. Papel do Poder Judiciário no esquema constitucional

2.1. Princípio da separação dos poderes nas Constituições do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz expressamente no artigo 2º a concretização de um modelo de tripartição do Poder, tal qual o traçado por Montesquieu (2007)¹². Adota-se assim, uma classificação orgânico-formal, em que cada função do Estado se identifica propriamente com um órgão específico: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Para José Afonso da Silva (2007, 2008), a nomenclatura utilizada no artigo 2º da CRFB/1988 (“São Poderes da União independentes e harmônicos entre si”) é própria da divisão de poderes no Presidencialismo. Isso porque, segundo o doutrinador brasileiro, no regime Parlamentarista, tal cláusula não teria sentido com essa redação, por prevalecer o princípio da colaboração entre os poderes¹³.

Assim, por independência deve-se entender: a) uma maior rigidez entre a separação e individualização de competências de cada órgão; b) significa ainda que, após a investidura de determinado titular no órgão, sua permanência ocorre independentemente da confiança ou vontade de outro; c) que, no exercício das atribuições que sejam próprias dos órgãos que representam, seus titulares não necessitam de autorização, ou mesmo de consultar outros órgãos; d) e ainda, que na organização de seus respectivos serviços, cada um é livre, estando vinculado apenas às disposições legais e constitucionais (SILVA, 2007, p. 44).

¹² CRFB/1988 “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹³ Aqui deve-se fazer a ressalva de que a constituição portuguesa de 1911 trazia esta mesma “Independentes e harmônicos entre si”, ainda que não seguisse um regime presidencial.

E por “harmonia entre os poderes” compreendem-se as “normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”. Por mais rígida que possa ser a distinção das funções do poder e sua separação em diferentes órgãos no Presidencialismo, não há como se dizer que essa individualização e independência sejam absolutas. Sempre serão necessárias áreas de interferência e controle mútuos entre os Poderes, seja em consequência do modelo de freios e contrapesos (*checks and balances*), em nome do equilíbrio do poder dentro do Estado, ou ainda em decorrência da realidade de unicidade do Poder do Estado.

Essa linha de redação – “independentes e harmônicos entre si” – já fora adotada nas Constituições de 1896, 1946, 1964 e 1988.

Sem prejuízo de outros dispositivos que tratem especificamente de cada um dos poderes, na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 o artigo 36 trazia: “Art. 36 – São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. Em redação semelhante, também na Carta de 1967, que teve seu texto mantido pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969: “Art. 6º – São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Nos textos constitucionais de 1891 e de 1934, havia prescrição similar, mas com texto um pouco diferente: “Art. 15 – São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (1891), e “Art. 3º – São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si” (1934). Observe-se nesses dois artigos a utilização da expressão órgãos de soberania, ainda hoje utilizada na Constituição da República Portuguesa, mas desde 1934 abandonado na cultura constitucional brasileira.

É interessante notar que na Carta ditatorial de 1937, criada pelo Estado Novo

brasileiro, o texto constitucional, apenas esparsamente fazer alusão expressa aos termos Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, já que não traz qualquer artigo específico a respeito das relações entre os poderes do Estado, como sempre foi, e ainda é, praxe na história constitucional brasileira. Isso decorre essencialmente do momento ditatorial então vigente, seguindo uma linha semelhante à Constituição portuguesa de 1933.

Para fechar o ciclo de Constituições brasileiras, resta a Constituição imperial outorgada em 1824, que, seguindo a formulação de Benjamin Constant, excepcionalmente trazia um quarto poder do Estado, também confiado ao imperador, o poder moderador: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

2.2. Princípio da separação dos poderes nas Constituições de Portugal

Enquanto isso, historicamente as Constituições portuguesas, à exceção da Constituição ditatorial de 1933, sempre trouxeram expressamente dispositivos referentes à separação dos poderes no Estado (MIRANDA, 2004, p. 17 et seq.).

Também sem detrimento de demais dispositivos constitucionais a respeito dos contidos nas cartas históricas, no texto da Constituição de 1822 vê-se: “artigo 29. O Governo da Nação Portuguesa é a Monarquia constitucional hereditária, com leis fundamentais, que regulem o exercício dos três poderes políticos”; “artigo 30. Estes poderes são legislativo, executivo, e judicial. O primeiro reside nas Cortes com dependência da sanção do Rei (art. 110, 111 e 112). O segundo está no Rei e nos Secretários de Estado, que o exercitam debaixo da autoridade do mesmo Rei. O terceiro está nos Juizes. Cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro”.

Já na Constituição de 1826, vê-se a mesma estrutura elaborada por Benjamin Constant, com a presença do Poder Moderador. Assim como a Constituição de 1824 do Brasil, essa carta portuguesa também fora outorgada por Dom Pedro IV (Pedro I, do Brasil): “Artigo 10. A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efectivas as garantias, que a Constituição oferece”; “Artigo 11. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Reino de Portugal são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

Na Constituição portuguesa de 1838 delineou-se da seguinte forma: “Artigo 33. A Soberania reside essencialmente em a Nação, da qual emanam todos os poderes políticos”; “Artigo 34. Os poderes políticos são o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário. § 1º - O Poder Legislativo compete às Cortes com a Sanção do Rei. § 2º - O Executivo ao Rei, que o exerce pelos Ministros e Secretários de Estado. § 3º - O Judiciário aos Juizes e Jurados na conformidade da Lei”; “Artigo 35. Os poderes políticos são essencialmente independentes: nenhum pode arrogar as atribuições do outro”.

E ainda na Constituição de 1911: “Artigo 6º São órgãos da Soberania Nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial, independentes e harmônicos entre si”. Nessa passagem é interessante observar a utilização da terminologia independentes e hamônicos entre si, assim como até hoje, via de regra, ocorreu nas Constituições brasileiras (ARQNET, [s.d.]).

Inicialmente, a Constituição da República Portuguesa de 1976 optou por não utilizar terminologia “poderes do Estado”, encontrando-se em seu lugar a identificação dos órgãos de soberania (nos artigos 110º e 111º, n. 1⁴). A opção em boa parte

foi tida em apreço à ideia de unicidade do Poder estatal. Todavia, desde a reforma constitucional de 1997, a redação do artigo 2º dispõe:

“Artigo 2º (Estado de direito democrático) A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na *separação e interdependência de poderes*, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.” [grifo acrescido]

Portanto, não há como negar que a Constituição portuguesa também preze o modelo de separação dos poderes, ainda que prefira tratar das relações entre os órgãos de soberania, em vez de, utilizar a nomenclatura “poderes do Estado”.

2.3. Princípios regentes do Poder Judiciário

Ao Poder Judiciário é confiada a função jurisdicional do Estado exercida pelos tribunais e juizes singulares. Portanto, sua atividade, muito mais que política, tem caráter essencialmente técnico. Nesse sentido, o Professor Gomes Canotilho chega a expor que “organizatória e funcionalmente, o poder judicial é, portanto, ‘separado’ dos outros poderes” (CANOTILHO, 2003, p. 657).

Essa separação dos tribunais tem por finalidade, basicamente, garantir a independência dos agentes que desempenham essa função, e ainda garantir a liberdade na sociedade e para os cidadãos.

A característica de não ter esse poder um caráter de representatividade, no sentido de seus membros não serem eleitos pelo

¹⁴ Artigo 110º (Órgãos de soberania) 1. São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os tribunais. 2. A formação, a composição, a competência e o funcionamento dos

órgãos de soberania são os definidos na Constituição. Artigo 111º (Separação e interdependência) 1. Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição.

povo – ao menos na imensa maioria dos Estados de Direito ocidentais – não o reduz a uma posição de subordinação aos demais Poderes (órgãos de soberania) do Estado. Assim, os tribunais não exercem direção política no Estado, e no desempenho da função jurisdicional, seu papel, por muitas das vezes, consiste em tomar decisões de caráter contramajoritário, para somente assim poderem efetivamente garantir a concretização da Constituição, da lei e dos direitos fundamentais (DWORKIN, 2007, p. 220 et seq).

Diante disso, é possível estabelecer como princípios estruturantes do Poder Judiciário, de modo que todos guardem íntima relação com o modelo de separação dos poderes: o princípio da independência (o qual pode ser desmembrado em outros princípios); o princípio da exclusividade da função de julgar; o princípio da imparcialidade; o princípio da irresponsabilidade dos magistrados; o princípio da autoadministração; e o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

O princípio da independência dos tribunais e magistrados é constitucionalmente consagrado tanto na Constituição de Portugal (artigo 203º) como na do Brasil (sobretudo, arts. 2º, 96 e 99). Este princípio se apresenta em diversas dimensões. A primeira delas a ser elencada é independência funcional, que em muito abarca o conteúdo central do princípio da independência, pois consiste na vinculação do juiz unicamente às fontes de direito constitucionalmente asseguradas. Em um segundo momento, há que se falar na independência pessoal dos juízes, que para tanto é conexa a determinadas garantias naturais a esses agentes, tais como a inamovibilidade e a de autonomia no exercício da função jurisdicional. Há ainda uma dimensão referente a uma independência coletiva dos magistrados enquanto corporação. Por fim, há uma dimensão de independência interna e externa. Externamente, os juízes são independentes frente a qualquer órgão externo ao Poder Judiciário,

e ainda internamente, são autônomos, não estando subordinados a qualquer comando hierárquico quando no exercício da função jurisdicional.

Quanto ao princípio da exclusividade da função de julgar, é também inerente à separação dos poderes a especificidade orgânico-institucional do Poder Judiciário de exercê-la. Essa reserva de jurisdição é importante, sobretudo para estabelecer limites à atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Princípio caríssimo também é o da imparcialidade dos juízes, do qual se desmembram os institutos do impedimento e da suspeição processual, além de algumas vedações constitucionais aos agentes do Poder Judiciário (artigo 216º da CRP e art. 95, parágrafo único da CRFB). A título exemplificativo, pode-se levantar, como vedações constantes de forma semelhante nos ordenamentos constitucionais de Portugal e Brasil, o fato de os juízes em exercício não poderem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo a de magistério. Constante no ordenamento constitucional português no artigo 216º, 2, e na Constituição brasileira sob a insígnia do art. 95, I (ao tratar da vitaliciedade), confere-se aos juízes irresponsabilidade por suas decisões tomadas no desempenho da função jurisdicional. O fato de no Brasil ser possível o *impeachment* de Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Senado Federal não compromete a consagração desse princípio pelo ordenamento brasileiro. Isso porque esse instrumento republicano só poderá ser utilizado quando do cometimento de crime de responsabilidade, e jamais em razão de sua atuação como magistrado.

O Poder Judiciário ainda é regido pelo princípio da autoadministração. Isso quer dizer que ele tem autonomia de gestão interna. A principal forma pela qual se realiza essa autoadministração é por meio dos órgãos colegiados basicamente formados por próprios juízes. No Brasil, com a Emenda Constitucional nº 45, foi criado o

Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B), e em Portugal existe com esse fim o Conselho Superior da Magistratura (artigo 218^o), o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (artigo 217^o), o Conselho Superior do Ministério Público (artigo 220^o/2). Esses Conselhos, tanto no Brasil como em Portugal, são majoritariamente compostos por juizes (variando a forma de composição, naturalmente) e compete-lhes basicamente o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes.

Por fim, há ainda o princípio da fundamentação das decisões. Esse princípio adquire grande relevância dentro do Estado Democrático de Direito, principalmente pelo fato de os membros do Poder Judiciário não gozarem de representatividade, por não serem eleitos diretamente pelo povo. Assim, é por intermédio da fundamentação que se pode aferir a legalidade, imparcialidade e correição das decisões.

2.4. Particulares diferenças entre o tratamento constitucional do Poder Judiciário no Brasil e em Portugal

Algumas diferenças têm de ser tratadas quando se fala nos poderes Judiciário de Portugal e Brasil. Primeiramente, o Brasil segue o princípio de unidade de jurisdição, visto que a função de julgar está concentrada em apenas uma organização judiciária. Em contrapartida, em Portugal as funções judiciais são divididas entre a magistratura ordinária, a magistratura administrativa e fiscal e a magistratura constitucional. Por isso mesmo, enquanto no Brasil há quatro tribunais superiores¹⁵, e apenas um tribunal supremo (Supremo Tribunal Federal), em Portugal há quatro tribunais supremos¹⁶,

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar.

¹⁶ Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Administrativo, Tribunal Constitucional e Tribunal de Contas.

por haver ao lado da magistratura ordinária uma magistratura administrativa e fiscal e uma magistratura constitucional independentes, dado o aspecto *sui generis* do Tribunal Constitucional e sua posição na estrutura no Estado português. Entende-se assim, em Portugal, Poder Judiciário como aquele correlato tão somente à magistratura ordinária, em face de sua competência geral para julgamento (CANOTILHO, 2003, p. 661 et seq.).

No Brasil, o Ministério Público é considerado instituição essencial à função jurisdicional, mas autônomo e apartado do Poder Judiciário, ao passo que em Portugal, o Ministério Público é considerado órgão do poder Judicial, ainda assim, é instituição dotada de autonomia, estando seus membros vinculados apenas a critérios de legalidade. O Ministério Público não exerce propriamente a função jurisdicional, mas auxilia os tribunais e juizes para o seu desempenho.

3. Influência dos Poderes Legislativo e Executivo na estrutura do Poder Judiciário

Como dito, é próprio do princípio da separação de poderes uma ideia de interdependência e harmonia entre os órgãos de soberania. Seja quando determinado órgão exerce função que não lhe é própria, seja quando um órgão desempenha determinada competência para atos de controle de determinadas atividades de um dos outros poderes do Estado.

3.1. Influência do Poder Legislativo

3.1.1. Brasil

No Brasil, a CRFB identifica, entre outras competências do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário as de: a) aprovar a nomeação de Ministros dos Tribunais Superiores e de juizes, nos casos estabelecidos na Constituição, nomeados pelo Presidente da República (art. 52, III, a e b); b) legislar sobre

organização judiciária (arts. 48, IV, 93, I, d, II, 124, parágrafo único, 121, 113); c) processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (arts. 51, I, 52, I e II); d) conceder anistia, apesar de decisão judicial com trânsito em julgado (art. 48, VIII); e) criar Comissões Parlamentares de Inquéritos com “poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas” (art. 58, § 3º); f) indicar um cidadão de notável saber jurídico e reputação ilibada para compor o Conselho Nacional de Justiça (103-B, XIII).

Há ainda na CRFB uma particularidade referente ao artigo 52, X, que prevê competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo é alvo de grandes discussões quanto a sua eficácia e sentido. Se, por um lado, há quem defenda que o Senado Federal tem discricionariedade para alargar os efeitos de declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por outro, há quem identifique absoluta vinculação daquela Câmara à decisão do Tribunal; e, ainda, há uma corrente que entende, sob o argumento de mutação constitucional, que esse artigo teria perdido sua eficácia (BROSSARD, 1976; JACQUES, 1976; MELLO FILHO, 1984; MENDES, 1999a, 1999b; MORAES, 2007b; TAVARES, 2001; VELOSO, 2000).

3.1.2. Portugal

Em Portugal, a influência exercida pelo Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário se observa, sobretudo, na competência da Assembleia da República de: a) eleger dez

dos treze juizes do Tribunal Constitucional; b) escolher o Provedor de Justiça; c) escolher sete vogais do Conselho Superior da Magistratura; c) promover o processo de acusação contra o Presidente da República por crimes praticados no exercício das suas funções e decidir sobre a suspensão de membros do Governo, no caso de crime de responsabilidade; d) eleger os membros do Conselho Superior do Ministério Público que lhe competir designar; e) em competência absoluta, legislar sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional; f) existe ainda a previsão concernente aos inquéritos legislativos, em que as Comissões Parlamentares de Inquérito “gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, apesar de que “o valor jurídico das *conclusões* do inquérito não é o mesmo da sentença judicial” (CANOTILHO, 2003, p. 636).

Além dessas prescrições constitucionais quanto à influência do Poder Legislativo na alçada do Poder Judiciário, há a proibição de ingerência do legislador na reserva de jurisdição, problema comum não apenas a Portugal e Brasil, mas também a todos os Estados Democráticos de Direito. Esse fenômeno consiste justamente em vedar ao Poder Legislativo o exercício da função jurisdicional e a prática dos atos reservados aos órgãos do Poder Judiciário. Essa preocupação tem origem justamente nos *bill attainder* ingleses já mencionados. Os maiores exemplos desse fenômeno são as leis interpretativas, leis-medida, as convalidações legislativas e as leis retroativas.

O que é comum a todas essas espécies legislativas é o fato de elas não apresentarem formalmente as características tradicionais de lei, abstração e generalidade¹⁷.

¹⁷ “o declínio do conceito clássico de lei: o legislador não se limita mais a editar comandos gerais e abstratos; a aparência da generalidade de uma lei é só uma questão de formulação lingüística – com isso, um comando concreto reveste a forma de norma geral” (GRAU, 2005, p. 255).

Quanto às leis interpretativas, a função de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico está inserida na função jurisdicional. Portanto, cabe aos tribunais e aos magistrados a interpretação legítima das leis e da Constituição. Quando leis interpretativas têm o intuito de induzir, ou mesmo, forçar os agentes do Poder Judiciário a um sentido da lei, e assim, “julgar por outros meios”, não há como admitir esses atos no esquema constitucional de Separação dos Poderes, por estarem eivados de inconstitucionalidade.

Apesar de o tema das leis-medidas estar muito relacionado à relação entre Poderes Legislativo e Executivo, há algumas situações em que ele se relaciona com a ingerência do Poder Legislativo na reserva da função jurisdicional. Isso ocorre, sobretudo, em dois casos: o de leis individuais expropriatórias e o de leis de anistia. Independentemente da situação, qualquer desses atos legislativos deve ter caráter de excepcionalidade estrita, para só assim não ferirem o princípio da reserva de jurisdição.

E, por fim, pode-se falar nas convalidações legislativas e nas leis retroativas. As primeiras têm o escopo de tornar válidos atos originalmente viciados, durante ou mesmo findos os processos que assim o declararam; as segundas o de alterar retroativamente a diligência da reserva jurisdicional, modificando “as regras do jogo” já durante o processo. Em todos esses casos, deve-se sempre observar o princípio da proporcionalidade tendo por objetivo manter o equilíbrio entre os Poderes no Estado de Direito (CANOTILHO, 2003, p. 674,675).

3.2. *Influência do Poder Executivo*

3.2.1. *Brasil*

O Poder Executivo também exerce sua influência sobre o Poder Judiciário. Entre as atividades mais importantes dessa ordem trazidas na CRFB, pode-se elencar: a) a escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101); b) a escolha e a nomeação

de Ministros dos Tribunais Superiores (art. 104); c) a escolha de magistrados nos termos da Constituição (art.107, 111-A); d) a concessão de indulto e a comutação de penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (art. 84, XII); e) a nomeação dos membros do Conselho Nacional de Justiça, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 103-B §2º).

3.2.2. *Portugal*

Considerando-se o sistema semi-presidencial português, aqui se tratará conjuntamente dos papéis do Presidente da República e do Governo, como Poder Executivo¹⁸. Assim, podem-se enumerar como principais influências desse poder no Poder Judiciário as competências do Presidente da República de: a) nomear e exonerar, sob proposta do Governo, o Presidente do Tribunal de Contas e o Procurador-Geral; b) nomear dois vogais do Conselho Superior da Magistratura; c) ouvido o Governo, indultar e comutar penas; d) requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de normas constantes de leis, decretos-leis e convenções internacionais; e) requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas ou, ainda, a da inconstitucionalidade por omissão.

4. *Poder Judiciário e atuação sobre demais poderes*

Hodiernamente, a atuação do Poder Judiciário sobre os demais poderes tem papel preponderante para a manutenção do equilíbrio no Estado Democrático de Direito. Mais que isso, por suas característi-

¹⁸ Sem desconsiderar a identidade dos órgãos de soberania, que são distintos em quatro, baseado em um formato de separação “funcional” e “competencial” do poder estatal. Todavia, essa opção do constituinte português de forma alguma poderia significar seu desprezo às dimensões fundamentais da clássica “divisão dos poderes” (MIRANDA, 2004, p. 19 et seq; CANOTILHO, 2003, p. 657).

cas de imparcialidade, e de relativo caráter apolítico, o Poder Judiciário adquiriu função imprescindível no controle dos abusos do poder estatal, seja aqueles cometidos por ações/omissões do Poder Executivo, seja os cometidos pelo Poder Legislativo.

Muitos são os campos em que se pode identificar essa influência dos tribunais na atuação dos demais Poderes, e por vezes esse fenômeno também é conhecido como “Judicialização da Política”. Todavia, isso se dá em grande parte justamente pelo fato de a própria Constituição ter forte carga política, e desse modo, o controle de constitucionalidade de atos praticados pelos Poderes do Estado, inevitavelmente, terá alguma carga semelhantemente política. Ainda que os Poderes Executivo e Legislativo sejam peculiares em virtude de sua legitimidade fundamentada na representatividade, os tribunais têm sua legitimidade argumentativamente abalizada (GARCIA, 2005, p. 979). Assim, deve o Poder Judiciário fiscalizar a correta aplicação do ordenamento jurídico, das normas constitucionais e infraconstitucionais. Contudo, há uma margem de liberdade valorativa reservada ao exercício do poder político pelos agentes do Poder Executivo e Legislativo para a concretização dos dispositivos constitucionais que, portanto, não podem ser controlados pelos tribunais. Nessa linha limítrofe, travam-se as maiores discussões quanto ao campo de atuação do Poder Judiciário para a manutenção do equilíbrio no Estado de Direito.

Nessa esteira, a própria separação dos poderes deve ser encarada como um princípio do Estado de Direito, e por essa condição, sua aplicação não pode ser feita de forma negativa ou positiva. Não há que se falar em observância ou inobservância do princípio da separação dos poderes, e sim numa relativização de sua aplicação. Em alguns momentos estarão mais claros os limites de sua vinculação; em outros, distintos valores sobressair-se-ão quando da aplicação no caso concreto.

A própria possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma lei em controle abstrato por si só já demonstra essa assertiva. Nesse caso, o Poder Judiciário está invalidando um ato normativo típico do Poder Legislativo em nome de um direito insculpido na Carta Magna. Isso, sem detrimento de a lei eivada de inconstitucionalidade ter sido editada por legítimos representantes escolhidos pelo povo. Essa é a lógica no atual Estado Democrático de Direito, caracterizado em grande parte pela questão da Lógica Democrática vs. Lógica Constitucional.

Entre as situações em que se tem visto maior e mais marcante atuação judiciária, vale destacar: a situação da eficácia dos direitos fundamentais e proteção das minorias; a efetivação de Direitos Sociais que, via de regra, exige uma prestação positiva da Administração Pública; e o caso das sentenças de caráter normativo, tais como o mandado de injunção, as sentenças intermédias ou mesmo o instituto da súmula vinculante, em que a decisão jurisdicional revela peculiar característica normativa.

4.1. Eficácia dos direitos fundamentais e proteção das minorias

Os direitos fundamentais, principalmente os direitos, liberdades e garantias, são as maiores armas constitucionais contra o abuso das maiorias. Eles funcionam como trunfos contra o próprio poder do Estado e contra a própria comunidade que não pode restringi-los indiscriminadamente.

Assim, os direitos fundamentais consistem em limites ao próprio poder político, incluindo o legislador, que não pode dispor de seu núcleo irreduzível nem mesmo quando tal restrição poderia representar um benefício para a maioria da população. São interesses individuais oponíveis, inclusive ao interesse coletivo. De outro modo, se fossem os direitos fundamentais que tivessem de se adequar aos interesses das maiorias, sua prescrição constitucional seria inócua (NOVAIS, 2004, p. 602 et seq).

Nesse contexto, é imprescindível o papel do Poder Judiciário ao controlar o respeito a essa limitação pelo poder político. Esse balanceamento é intrínseco à própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

4.2. *Efetivação de direitos sociais*

Sobretudo no início do século XX, ocorreu uma mudança essencial do papel do Estado. Houve uma passagem de um momento liberal, em que Estado e sociedade se encontravam apartados, para um modelo de Estado de Direito Social, em que o coletivo ganha força sobre o particular. Ocorre nesse momento o reconhecimento de direitos sociais e o Poder Judiciário tem sua atuação sobre o Poder Executivo marcadamente alargado.

O modelo de Estado de Direito Liberal foi vastamente difundido desde as revoluções do século XVIII, principalmente, de forma mais genérica, durante todo o século XX. Principal questão na defesa dos direitos do cidadão era a contraposição entre Estado e sociedade, e por isso, era de grandíssima relevância o resguardo a direitos intimamente ligados às liberdades individuais, que, por sua vez, exigiam do Estado um dever muito mais de abstenção que um dever de prestação¹⁹. No início do século XX, muda-se o paradigma de atuação estatal, ocorrendo a conciliação entre Estado e Sociedade, e assim o reconhecimento dos ditos Direitos Sociais (PIÇARRA, 1989, p. 171 et seq). Nesse estágio do Estado Constitucional, a efetivação de Direitos Fundamentais não mais se resume a uma abstenção estatal, mas exige também prestações positivas. Nesse sentido, surge importante questão referente a definir quais as margens de discricionariedade do agente do Poder Executivo na opção pelos melhores caminhos

para a efetivação desses direitos, e em que passo a Constituição e a lei são impositivas de determinadas condutas judicialmente exigíveis.

Para uma melhor delimitação do espaço de atuação do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, é interessante a diferenciação entre os atos de governo e atos administrativos. Enquanto aos primeiros se vincula a ideia de manifestação do poder político, e por isso têm seu controle pelos tribunais reduzido, sendo mais intensamente alvo de controle político (basicamente controle parlamentar e eleitoral); os segundos estão adstritos essencialmente pela legalidade, e, assim mesmo, sujeitos a um controle jurisdicional mais intenso. Tal caracterização não exclui, absolutamente, a apreciação dos atos de governo pelos tribunais, no que diz respeito às suas formas e adequação constitucional, mas tão somente destaca que, na prática desses, a diferença da prática dos atos administrativos apresenta maior campo de liberdade política do agente, mas não pode jamais se desvirtuar de seu sentido e finalidade constitucional, ou seja, a promoção e a proteção da dignidade da pessoa humana e a persecução do bem comum.

4.3. *Sentenças de caráter normativo*

Para além da questão a respeito da influência do Poder Judicial no Poder Executivo no que concerne a efetivação de direitos sociais via sindicalização judicial, há de se destacar a questão referente a sentenças de caráter normativo, tais quais as sentenças aditivas (também nomeadas manipulativas e modificativas em Portugal) e o mandado de injunção no Brasil.

O juiz inequivocamente exerce uma “missão legislativa” (RIGAUX, 2000, p. 322), que é acentuada quanto mais alta é sua hierarquia jurisdicional. Isso porque, ao tentar superar os entraves da hermenêutica constitucional para deduzir uma liberdade não explicitada pelo agente legiferante, o julgador está a “preencher o silêncio do

¹⁹ Ainda que essa regra de forma alguma seja absoluta, pois por muitas vezes, é comum à defesa dessas liberdades a necessidade de uma conduta positiva Estatal.

legislador”. O mesmo ocorre quando o juiz está a confrontar normas de mesmo nível hierárquico.

Essa característica é ainda mais marcante quando da necessidade de a resposta judicial ampliar e, por vezes, até mesmo criar norma diante de uma inconstitucional inércia legislativa. Não se trata de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão; mais que isso, as sentenças de caráter normativo têm o intuito de contornar determinadas omissões do Parlamento mediante sentenças que ou “criam norma”, ou estendem os efeitos de determinado preceito normativo.

Considere-se o caso das sentenças aditivas em Portugal. No seu julgamento, o tribunal não avalia propriamente a constitucionalidade do texto normativo em tela quanto aos preceitos por ela prescritos, mas sim, quanto aos pontos em que a lei foi omissa de forma a não cumprir o imperativo constitucional. Desse modo, a sentença tem por escopo estender ou acrescentar o elemento que falta. Fundamentalmente, a argumentação basilar para essa prática está justamente no princípio da igualdade. Isso porque a intenção das sentenças aditivas é justamente de nivelar os indivíduos quando uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem, ou adstringir um dever ou um ônus, o faz sem fundamentar-se em um *discrímen* constitucional juridicamente relevante. Assim, invocando valores e interesses constitucionais que se projetam nessa situação, restabelecer a igualdade (MIRANDA, 2008b, p. 88 et seq). A legitimidade dessas sentenças é vinculada ao fato delas limitarem-se a “revelar ou a indicar um princípio, ou uma norma constitucional vocacionadas para o preenchimento de um vazio jurídico carente de integração imediata” (MORAIS, 2005, p. 241).

No Brasil, em sentido semelhante, há o instituto do mandado de injunção que terá lugar sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Assim, pode o Poder Judiciário emanar decisão com o caráter de determinar qual conduta deve regulamentar o exercício desses direitos enquanto permanecer omissivo o legislador²⁰.

Em ambos os casos, o que é comum nesse tipo de atuação do Poder Judiciário é o caráter normativo dessas sentenças e, por sua vez, o desempenho da função de elaboração de normas que é tipicamente exercida pelo Poder Legislativo. No entanto, tem de se ter em conta que, enquanto a separação dos poderes é a forma difundida de organização do poder estatal no Estado de Direito, ela não pode ser entendida fora do constitucionalismo.

Passado um momento liberal em que se depositava na lei – de forma quase absoluta – o poder inovador do ordenamento jurídico, estando o poder das assembleias limitado apenas por instrumentos de controle político como o veto presidencial na América, tem-se hoje que o maior e mais eficiente mecanismo de controle do poder dentro do Estado é a Constituição²¹.

Sendo a Constituição escrita o documento básico de ordenação do Estado e, ainda, o quadro dos direitos fundamentais de uma sociedade, não há que se falar em outro instrumento mais limitador de possíveis abusos do poder Estatal. O princípio

²⁰ Sem prejuízo de este instituto já ter sido alvo de diferentes formulações doutrinárias e jurisprudenciais no que diz respeito a sua forma e efeitos, variando entre uma Teoria não concretista, uma Teoria concretista geral, concretista intermediária e concretista individual. Hodiernamente o Supremo Tribunal Federal tem o compreendido no sentido de uma concretista geral, MI-670, 708 e 712. Para um apanhado da história dos efeitos do Mandado de Injunção e o entendimento no STF brasileiro (MORAES, 2007b, p. 169 et seq).

²¹ “con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar frenos que la sociedad desea imponer a los detentores del poder en forma de un sistema de reglas fijas – ‘la constitución’ – destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 149).

da separação dos poderes, consagrado nos textos constitucionais, acaba por ser mais um artifício para a garantia dessa ordem.

Pouco há a se acrescentar a respeito da superioridade hierárquica das normas constitucionais sobre lei e demais atos do Estado. Desde o reconhecimento da possibilidade do controle de constitucionalidade das normas e atos estatais pelo Poder Judiciário, a verificação de adequação dos atos públicos deixou de ser meramente política e passou a ser, primordialmente, da esfera jurídica.

Assim, o Poder Judiciário, antes considerado praticamente nulo e limitado a ser simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, 2007, p. 172, 175), hoje tem, para além de qualquer outro, o papel de fazer efetiva a ordem constitucional. Isso porque qualquer lei só pode existir conforme a Constituição, e qualquer omissão que funcione como empecilho para a efetivação da norma constitucional deverá também ser contornada.

Conclusão

Em face disso, conclui-se que a separação dos poderes surge no momento liberal como uma das alternativas de divisão do poder, e que junto com o constitucionalismo e com o reconhecimento dos direitos fundamentais, representa o maior e mais firme contributo para o modelo de Estado de Direito hoje existente.

Sem prejuízo de outras formulações da separação dos poderes, foi na Inglaterra, na separação proposta por Locke (2008), que primeiramente se viu a divisão do poder Estatal não somente sob uma ótica meramente funcional, mas também sob uma perspectiva orgânico-institucional, dividindo o poder entre o Parlamento e a Coroa. Entretanto, ainda não se vislumbrava a autonomização orgânica de um Poder Judiciário.

Todavia, a formulação nesse sentido que historicamente marcou e influenciou fortemente o formato atual da estrutura

da separação dos poderes do Estado, foi aquela descrita por Montesquieu (2007) em *O Espírito das leis*, que identificou a separação orgânico-funcional em três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Além da adoção de uma concepção tripartite, com o Poder Judiciário autonomamente solidificado, em *O Espírito das leis* vem a consolidar-se uma concepção que já ganhava força desde as revoluções inglesas, a do *checks and balances*, que em Montesquieu (2007) ganhou formas na faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) e na faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*).

Em seguida, na França, em razão da luta contra o antigo regime maximamente exposto pelo poder absoluto do rei, conjugado com o papel desempenhado pelos juízes na manutenção do antigo regime e da forte influência rousseauana sobre os revolucionários, o papel do Judiciário na estrutura estatal foi diminuído e em boa parte absorvido pelo poder do Parlamento e, mais ainda, com o entendimento da exegese como método primordial de interpretação legal.

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, a independência foi marcada primordialmente por uma separação do poder muito mais rígida, vista na implementação do modelo presidencialista. Mais que isso, o sistema jurisdicional baseado em precedentes judiciais, típico do modelo de *Common Law*, fomentou naquela cultura jurídica o desenvolvimento do controle de constitucionalidade.

Desde o reconhecimento da possibilidade do controle de constitucionalidade das normas e atos estatais pelo Poder Judiciário em 1803, a verificação de adequação dos atos públicos deixou de ser meramente política, e passou a ser, primordialmente, da esfera jurídica. Desse modo, o papel do Poder Judiciário passou a ter preponderante papel para a efetivação da ordem constitucional.

Em inícios do século XX, o modelo liberal de Estado mostra-se ineficiente

para atender às demandas dos cidadãos e da comunidade. Em resposta, surge uma série de modelos alternativos, entre eles o Estado Democrático e Social de Direito. Esse modelo reconhece direitos sociais, que são direitos fundamentais que, via de regra, exigem uma prestação estatal positiva. É também no início do século XX que surge na Áustria, o modelo europeu de controle de constitucionalidade de natureza abstrata e concentrada.

Tanto em Portugal quanto no Brasil, a histórica constitucional consagrou a separação dos poderes em seus textos constitucionais como um princípio estrutural da organização de seus Estados.

Assim, no desempenho de suas funções constitucionais, reconhece-se ao Poder Judiciário os seguintes princípios: o princípio da independência, o da exclusividade da função de julgar, o da imparcialidade, o da irresponsabilidade dos magistrados, o da autoadministração e o da fundamentação das decisões judiciais.

Por muito tempo, as principais questões sobre os conflitos referentes à separação dos poderes circularam entre as fronteiras dos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, diante das novas realidades e demandas da comunidade e do Estado, o papel do Poder Judiciário ganha mais destaque a cada dia, oferecendo inescusável contributo para o triunfo do modelo de Estado Democrático de Direito.

Os Poderes Legislativo e Executivo, justamente no sentido da teoria do *checks and balances*, exercem algumas influências sobre o Poder Judiciário, principalmente (ainda que não exclusivamente) no que diz respeito à nomeação e à responsabilização de seus membros.

Do mesmo modo, o Poder Judiciário também se projeta sobre os demais poderes constituídos. Essa atuação é absolutamente indispensável para a manutenção do equilíbrio do Estado Democrático de Direito, bem como para a efetivação e a eficácia normativa da Constituição.

É inevitável, portanto, reconhecer a evolução da importância do Poder Judiciário, concebido inicialmente por Montesquieu como um poder nulo, hoje projetado inequívoco papel na Estrutura do Estado, desempenhando importante papel no controle das atividades estatais, e no respeito à Constituição, e assim, tornando-se imprescindível para o triunfo do Estado Democrático de Direito.

Referências

ARQNET. Portal da história. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das Constituições. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Separação de Poderes e garantia de direitos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 fev. 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARCIA, Emerson. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática tensão dialética no controle de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008

_____. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 46, n. 2, p. 955-1003, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Champaign: Project Gutenberg, 1998. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa00.htm>> Acesso em: 20 jul. 2009.
- JACQUES, Paulino. O Senado como poder moderador. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 75-82, abr./jun. 1976.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. *A separação de poderes e a constituição do Estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu*. Revista Virtual da AGU, Brasília, ano VII, n. 63, abr. 2007. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80131&ordenacao=1&id_site=1115>. Acesso em: 15 jan. 2009.
- LOCKE, Jonh. *Segundo tratado do governo*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. reimp. Barcelona: Ariel, 1976.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999a.
- _____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999b.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Manual de direito constitucional tomo III: estrutura constitucional do Estado*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2008a.
- _____. *Manual de direito constitucional tomo V: atividade constitucional do Estado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2004.
- _____. *Manual de direito constitucional tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008b.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007a.
- _____. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007b.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo da suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental: lei no. 9,868/99 e Lei nº 9,882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.