

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Patricia Stefoni Fernandes

**A Separação de Poderes e a Efetividade do Estado Democrático de
Direito**

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

São Paulo

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Patricia Stefoni Fernandes

**A Separação de Poderes e a Efetividade do Estado Democrático de
Direito**

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada à Banca de
Qualificação da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de Mestre em
Direito Constitucional sob a orientação da
Professora Maria Garcia

São Paulo
2019

Patricia Stefoni Fernandes

A Separação de Poderes e a Efetividade do Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada à Banca de Qualificação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional sob a orientação da Professora Maria Garcia

Aprovada em: ___ de _____ de 2019

Banca Examinadora

Prof. Dra. Maria Garcia

Prof. Dra. Fabíola Marques

Prof. Dr. Alexandre Issa Kimura

Aos meus queridos pais, Waldir e Denizi,
por me ensinarem que o melhor caminho
para o sucesso é Deus;

Ao meu amado esposo, Cristiano, por todo
incentivo, toda parceria e por ter me
mostrado que eu conseguiria voar mais alto;

Ao meu filho, Lorenzo, por ser o meu
estímulo diário e a paz que preenche o meu
coração;

Ao meu sogro e à minha sogra, pela parceria
de sempre.

À querida Professora Maria Garcia, minha
orientadora, pelos ensinamentos técnicos e
de vida;

Minha enorme gratidão e imenso carinho.

RESUMO

FERNANDES, Patricia Stefoni. *A Separação de Poderes e a Efetividade do Estado Democrático de Direito*. 2019. p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudo Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo.

O presente estudo tem como objetivo explorar a Teoria da Separação de Poderes e entender até que ponto é possível que um Estado Democrático de Direito exista e se mantenha sem que ela seja verdadeiramente efetiva. A Separação de Poderes foi pensada e desenvolvida para conter a manifestação abusiva e desvirtuada do Poder pelos agentes políticos, mas não se limita à existência, por si só, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Vai muito além disso. Cada uma das funções estatais mereceu atenção especial de diversas Cartas Constitucionais em termos de limites e competências e todas elas, juntas, precisam atender a um fim maior. Diversos conceitos que se vinculam à Teoria, muitos institutos que com ela se entrelaçam foram analisados neste trabalho, a fim de buscar entender com clareza se há efetividade da Teoria da Separação de Poderes hoje e em que medida essa efetividade (ou sua ausência) reverbera na plenitude do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Separação de Poderes. Estado Democrático de Direito. Democracia. Poder.

ABSTRACT

FERNANDES, Patricia Stefoni. *A Separação de Poderes e a Efetividade do Estado Democrático de Direito*. 2019. p. Dissertation (Masters) – Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo.

The purpose of this study is to explore the Theory of Separation of Powers and to understand the extent to which it is possible for a Democratic Right State to exist and be maintained without it being truly effective. The separation of powers was conceived and developed to contain the abusive and distorted manifestation of power by political agents, but it is not limited to the existence of the Legislative, Executive and Judiciary branches. It goes far beyond that. Each of the state functions has received special attention from various Constitutional Letters in terms of limits and competencies, and all of them, together, need to serve a greater purpose. All the concepts that are linked to the Theory, all the institutes that intertwine with it were analyzed in this work, in order to seek to understand clearly if there is effectiveness of the Theory of Separation of Powers today and to what extent this effectiveness (or its absence) reverberates in the fullness of the democratic rule of law.

Keywords: Separation of Powers. Democratic State. Democracy. Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
I. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	
1.1. John Locke e a Teoria da Separação dos Poderes.....	11
1.2 Montesquieu e “O Espírito das Leis”.....	24
1.3 O Estado de Direito.....	29
II. A IMPRESCINDIBILIDADE DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	
2.1 Democracia.....	40
2.2 O Estado e os Poderes do Estado.....	52
2.3 O Estado Democrático de Direito.....	62
III. A SEPARAÇÃO DOS PODERES	
3.1 A Separação dos Poderes em Montesquieu.....	71
3.2 Crítica à Teoria.....	79
3.2.1 Teoria dos Freios e Contrapesos – <i>Checks and Balances</i>	84
3.3 A alternância dos Poderes no protagonismo da história.....	89
IV. A EFETIVIDADE ATUAL DA TEORIA	
4.1 A Constituição de 1988 e os Poderes do Estado	96
4.2 A crise entre os Poderes	108
4.3 Eu, Poder. O Poder Judiciário.....	111
4.4 Restauração da Teoria – Voltando a Montesquieu.....	117
CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

“Soubesse eu alguma coisa útil para mim, e prejudicial a minha família - eu a rejeitaria do meu espírito. Soubesse eu alguma coisa útil a minha família, mas não a minha Pátria - eu procuraria esquecê-la. Soubesse eu alguma coisa útil a minha Pátria, e prejudicial à Europa, ou então útil à Europa e prejudicial ao gênero humano - eu a consideraria um crime”.

Charles Louis de Secondat - Montesquieu

A Teoria da Separação de Poderes, conquanto melhor desenvolvida por Montesquieu, foi inicialmente pensada por John Locke em uma Inglaterra que lutava pela descentralização e despersonalização do Poder (era a Monarquia contra o Parlamento).

Na defesa da liberdade do indivíduo, Locke entendia que o Estado era resultante de um contrato, instrumento por meio do qual o homem abria mão do Poder de que era detentor, entregando-o ao ente soberano – o Estado.

Com a liberdade individual como ideia fulcral, John Locke sentiu a necessidade de tratar o Estado e o Poder sob uma ótica descentralizada, pensamento que serviu de alicerce para movimentos como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, por exemplo.

Diante desse cenário, concluiu que o Poder de criar leis e o Poder de executá-las não poderiam mais estar nas mãos de uma mesma figura (o Monarca), sendo imperiosa a alteração da competência para o exercício de criar e de executar as leis, conjuntamente com a criação de dois órgãos diferentes, nascendo aqui a ideia de Poder Legislativo e de Poder Executivo (para John Locke o mesmo órgão que executava as leis tinha a competência de punir os seus transgressores, por isso não falou explicitamente de um Poder Judiciário).

Toda essa cadeia de pensamento de John Locke se formou tendo como base os sentimentos de paz, conforto e segurança sociais. E a formação um corpo com Poder para agir como tal, visando aqueles sentimentos era, no pensamento de John Locke, o início de um governo legítimo.

É nesse momento que desponta a ideia de um Estado de Direito evidenciando a necessidade de imposição de regras e limites por meio de um órgão próprio. E a Teoria

da Separação de Poderes aparece como consequência, pois não pode o mesmo órgão de manifestação de Poder estatal criar as leis e executá-las, sob pena de monopolizar, novamente, o Poder.

Um tempo depois da difusão das ideias de John Locke, na França, Montesquieu aprimora o pensamento de necessidade de criação de órgãos estatais para manifestação de Poder. Escrevendo “O Espírito das Leis”, depois de 20 anos de estudo das mais diversas sociedades do velho mundo, demonstra a importância das leis na constituição dos grupos sociais.

Busca enunciar conceitos por meio dos quais se poderia garantir a primazia das leis para o governo da vida humana em sociedade. Para Montesquieu as leis surgem quando, organizados em sociedade, os homens passam a ter mais força do que individualmente considerados, o que gera um estado de guerra que só pode ser revertido pelas leis do Estado.

É com esse raciocínio que Montesquieu desenvolve a essência da Teoria da Separação de Poderes. As funções de legislar, executar e julgar, que antes se acumulavam nas mãos de um só, passam a ser sistematizadas e solidificadas de forma descentralizada.

Foi assim que Montesquieu marcou fortemente o pensamento jurídico e a estrutura institucional do Estado constitucional moderno. No entanto, antes de essa forma de estrutura estatal se alicerçar, a partir das ideias de John Locke e Montesquieu foi o Estado de Direito que ganhou traços e posteriormente evoluiu para o que hoje conhecemos como Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional.

Dessarte, o Estado de Direito se apresentou por meio de um processo, um pensamento evolutivo que foi marcado pela reformulação de valores e ideais já existentes. Essa noção de estrutura estatal tem como elemento caracterizador a habilitação jurídica do Poder Político com o fim de eliminar o uso arbitrário do Poder.

É pois notável o elo de ligação entre a formação do Estado Democrático de Direito e a Teoria da Separação dos Poderes, eis que ambos se prestam a um mesmo fim, qual seja, limitar e guiar a manifestação do Poder estatal para o atingimento do bem estar social.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito amplia o âmbito das liberdades individuais - porque limita o Poder estatal - e tem a lei como única fonte de obrigação, com previsibilidade e segurança jurídica, liberdade e igualdade entre todos os que estão à ela submetidos, e a busca incessante pela justiça social.

Assim, na solidificação do Estado Democrático de Direito, a colocação do Poder estatal se dá de acordo com as disposições das normas jurídicas e tem como finalidade assumir uma forma de governo legitimada pela soberania popular e guiada pelos axiomas valorativos de justiça social e dignidade da pessoa humana.

E não é só, no Estado Democrático de Direito a essência pública está na Constituição e funda-se na legalidade democrática. No Estado Democrático de Direito, então, a institucionalização do Poder é sedimentada nos campos constitucionais.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 foi a responsável por instituir um Estado Democrático de Direito¹ e estabelecer algumas diretrizes para que se pudesse atingir, de fato, a estrutura estatal almejada.

Ora, a opção constitucional de mencionar no art. 2º da Carta Maior a Teoria de Montesquieu, – *“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”* – tem sua razão de ser, então, diretamente vinculada à instituição e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Em um Estado em que prevalece a soberania constitucional e no qual se objetiva a liberdade, a justiça e a solidariedade sociais, o desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos, entre outros princípios, é de substancial importância que a Teoria da Separação dos Poderes seja fielmente aplicada.

Os Poderes estatais devem se manifestar de forma harmônica, simétrica, equilibrada e todos voltados àqueles objetivos constitucionais, na medida em que já previu o próprio Montesquieu que quando houvesse desequilíbrio entre as três funções de Poder, não haveria mais Democracia e sim a instalação de um Governo Despótico.

É diante desse panorama que vê-se a necessidade de se entender profundamente a Teoria da Separação dos Poderes, os motivos que levaram Montesquieu ao seu desenvolvimento, sua contextualização aos tempos atuais e sua efetiva aplicação se, de fato, intenta-se a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

¹ *“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (PREÂMBULO da CF/88).*

1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1 John Locke e a Teoria da Separação dos Poderes

“ ... Todavia, quando, em tempos posteriores, a ambição e o luxo conservaram e aumentaram a posse do poder, sem que cumprissem as tarefas para as quais o tinham concedido e, por meio da adulação, tivessem ensinado os príncipes a terem direitos distintos e separados dos do povo, os homens sentiram a necessidade de examinar mais cuidadosamente a origem e os direitos do governo, e descobrir meios de coibir os exageros e impedir os abusos do poder que, confiado às mãos de outrem apenas para o bem de todos, verificaram estar sendo utilizado em seu prejuízo... ”.

John Locke

John Locke² nasceu em 1632 em Wrigton, no Reino Unido. Filho de uma família que apoiava fortemente o Parlamento, aos 10 anos viveu a Guerra Civil de 1642 que eclodiu em razão da oposição entre a Monarquia, liderada por Carlos I, e o Parlamento, representado na Revolução por Oliver Cromwell³.

Após referida Revolução, que levou à morte o rei Carlos I, uma premissa foi estabelecida para o novo governo: nenhum rei poderia governar sem o consentimento do Parlamento e de seus súditos.

A família Locke, marcadamente puritana e liberalista, apoiou o Parlamento durante a Guerra Civil e, não obstante a realidade trazida com o fim da Revolução não tenha sido duradoura, pode-se dizer que John Locke vivenciou aqui a experiência de uma ideia que viria a se mostrar embrionária da Teoria da Separação de Poderes, na medida em que se buscava por meio daqueles acontecimentos a descentralização do Poder, exercido unicamente pelo monarca.

² Ao tratar da Teoria Geral do Estado e da Separação de Poderes, em especial, Eduardo Bittar (2016, p. 216): *“A contribuição de Locke é importante no contexto pós-medieval, pois dessacraliza a ideia de poder, tornando-a um fato político sob o controle das ordens do mundo e dos fenômenos temporais e laicos ... Mais que isso, pode-se considerar, na esteira de Grondona, que Locke foi o primeiro grande renome do liberalismo político. Sua doutrina acena nesse sentido e fundamenta as condições teóricas para seu ulterior desenvolvimento nos Séculos XVIII e XIX”.*

³ *“Embora em regime nominalmente republicano, o próprio Cromwell se transformou em ditador absoluto, durante 10 anos, tendo dissolvido o Parlamento pela força policial. Em seguida, formou novo Parlamento, que também se opôs ao absolutismo e foi igualmente dissolvido. O terceiro Parlamento continuou a mesma luta do espírito liberal contra as pretensões absolutistas de Cromwell e dos seus sucessores”.* (Maluf, 2017, p. 155).

Por volta de 1660 foi anunciada à sociedade inglesa “A Restauração” - da Monarquia - época na qual Locke já havia se tornado um estudioso mas, a exemplo de sua nação, vivia dividido entre as compreensões monarquistas e puritanas. A ciência, no entanto, foi a sua válvula de escape, por basear-se na experiência e não na tradição, nem na convicção fervorosa.

Ao longo de sua relação com a ciência afastou-se de algumas ideias iniciais sobre o Estado, que haviam surgido como consequência da influência de Thomas Hobbes. Locke havia lido “O Leviatã”, obra em que Hobbes afirmava que sem governo “a vida do homem é solitária, sórdida, animalésca e curta” (Strathern, p.14) e que para superar essa natureza o próprio homem criara o Estado, um ente absoluto e que, portanto, não poderia ser desfeito.

No entanto, essas compreensões de Locke⁴ mais próximas de Hobbes foram abandonadas com o passar do tempo desenvolvendo-se, a partir dele, a noção de que o elemento vital em todos os problemas políticos é a natureza dos seres humanos, mas que não seria um ente absoluto (para Hobbes, o Estado) quem solucionaria estes problemas, já que a liberdade, ínsita a cada ser humano, não poderia ser aniquilada.

Locke sustentava que o homem no estado de natureza possuía razão e era conduzido por sentimentos de equidade, então, cada homem poderia, se quisesse, conservar a sua liberdade – o que, para Locke, não significa licença, mas obediência à lei natural, cujo princípio fundamental é não causar dano a si mesmo, nem a outrem. No entanto, na falta de autoridade capaz de garantir o exercício daquela liberdade, consentiu o homem em outorgar parte do seu Poder ao Estado.

Assim, para Locke, o mesmo homem que confiava o Poder ao soberano - o Estado - era capaz, por sua liberdade, de dizer quando o exercício deste Poder era abusivo. Nesta medida, a renúncia que o homem fez do Poder ao Estado, somente ocorreu porque era para o melhor exercício daquele Poder. Por isso, no seu entendimento, o Poder de governo e de legislatura constituída pelos homens no acordo social não poderiam ir além do requerido para as finalidades desejadas no contrato.

⁴“Da mesma maneira como Hobbes menciona as expressões estado de natureza e estado civil (social), Locke o faz, porém, entendendo essas expressões de modo diferente. Para Locke, o estado de natureza é um estado real e historicamente constitutivo do passado da humanidade e não é belicoso como o de Hobbes. O estado civil, o contrato social, surge como aperfeiçoamento do estado natural, e não como forma de se limitarem as liberdades infinitamente largas dos indivíduos. Todavia, ambos, tanto Locke quanto Hobbes possuem um ponto em comum, pois entendem que o estado de natureza não basta”. (Bittar, 2016, p. 217).

Defendia que o Estado era resultante de um contrato entre o Rei e o Povo, cujo o rompimento se daria na eventualidade de serem violadas cláusulas desse contrato. Os direitos naturais do homem são anteriores e superiores ao Estado e por isso uma das cláusulas principais do contrato é o respeito a esses direitos. Toda e qualquer forma de exercício do poder, então, deve obediência a essas convicções.

Essa ideia, inclusive, foi levantada como uma das bandeiras da Revolução Popular de 1789 na França. Entendia-se que o Estado é uma organização artificial, fruto da vontade do homem, resultado de um pacto nacional voluntário. Portanto o seu destino é servir ao homem.

De volta aos entornos da Universidade de Oxford, John Locke conheceu Lord Ashley - uma das figuras políticas mais poderosas da Inglaterra - de quem foi amigo muito próximo e conselheiro. Envolvendo-se, então, mais de perto com o governo do Estado inglês, escreveu uma obra-prima da filosofia política: “Dois Tratados Sobre o Governo Civil”, além dos reconhecidos “Ensaio Sobre a Tolerância”.

Tem-se, então, que John Locke deixou à humanidade o embrião da Teoria da Separação de Poderes, tendo a liberdade do indivíduo como uma ideia fulcral, que não poderia ser abalada. Esse pensamento, somado à vivência da Guerra Civil inglesa e a criação em uma família fortemente defensora do Parlamento, inclusive na revolução contra a Monarquia, deixa evidente a necessidade de Locke tratar o Estado e o Poder sob uma ótica descentralizada.

“As pregações racionalistas, porém, incutiram no espírito das populações sofredoras e escravizadas uma clara consciência da noção de liberdade, dos direitos intangíveis dos indivíduos, abalando profundamente a estrutura do monarquismo absolutista. Na formação dessa nova mentalidade se destacou a figura gigantesca de John Locke, que prega o antiabsolutismo, a limitação da autoridade real pela soberania do povo, a eliminação dos riscos da prepotência e do arbítrio ...”. (Maluf, 2017, p. 153)

Após algum período fora da Inglaterra - Locke precisou fugir das perseguições do rei, permanecendo um tempo em Haia - retornou em 1679, quando a nação se via em uma crise política. Era, novamente, o Parlamento contra a Monarquia, agora de Carlos II⁵.

⁵ No século XVII os ingleses tentaram se livrar da Monarquia, buscando instituir um governo democrático, mas a tentativa, à época, não teve êxito “ ... no século XVII ... despedaçados pelas facções e enfraquecidos pela guerra civil, os insulares foram vítimas desamparadas de uma sucessão de mudanças revolucionárias,

Fartos dos desmandos reais, os ingleses fizeram eclodir a Revolução Gloriosa vindo à Inglaterra para o seu governo, após a deposição de Carlos II, um príncipe holandês - Guilherme, de quem Locke ficara próximo na sua estada em Haia. Novamente, via-se envolvido com a política inglesa, resolvendo, então, publicar a obra “Dois Tratados Sobre o Governo Civil”, que havia escrito anos antes.

John Locke sempre deixou evidente seu entendimento de que não se aprende com a razão, mas sim com a experiência, e esta lição ele próprio teve em grande escala, pois viveu em um mundo que reconstruiu a forma de pensar (pós medieval). Seu pensamento político foi o alicerce para a Declaração da Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, que aconteceriam anos mais tarde. Sua experiência em uma Inglaterra que viveu a Guerra Civil de 1632, a Revolução Gloriosa e uma época em que surgia a noção de indivíduo (liberdade de pensamento e liberdade de ação) deu-lhe essa condição.

Tendo como premissa essas considerações a respeito de John Locke passa-se à análise do “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, de onde retira-se o espírito da Separação de Poderes, trabalhado mais adiante por Montesquieu.

Nessa obra Locke defende a limitação do Poder pelo Direito, a fim de proteger os direitos naturais imprescritíveis dos seres humanos, sobretudo a vida, a liberdade e a propriedade, fugindo, assim, da desordem e da discórdia.

“Em sua obra ... baseada nos princípios liberais da teoria contratualista, prega a distinção entre os poderes Legislativo e Executivo, bem como o ‘direito de insurreição dos súditos’. Em caso de conflito entre o poder governante e o povo, deve prevalecer a vontade soberana da comunidade nacional, que é a fonte única do poder. A obra de Locke é a justificação doutrinária da revolução de 1688, e, ao mesmo tempo, o alicerce do magnífico sistema parlamentarista que vigora na Inglaterra desde 1695” (Maluf, 2017, p. 153).

Para essas defesas, Locke iniciou seu ensaio citando o “estado de natureza” , partindo de duas premissas: (i) todo governo é gerado apenas pela força e pela violência; (ii) os homens vivem juntos regidos pela regra dos animais, ou seja, o domínio do mais forte.

Para Locke essa é a origem de todo e qualquer Poder, inclusive do Poder político, cujo conceito, segundo seus ensinamentos é: “ ... o direito de elaborar as leis ...

as quais, findo o ciclo, acabaram por regressar à Monarquia que tinham abandonado”. (Lipson, 1966, p. 60).

no intuito de regular e conservar a propriedade, e de utilizar a força da comunidade para garantir a execução de tais leis e para protegê-la de ofensas externas. E tudo isso visando só ao bem da comunidade.” (Locke 2011, p. 13 e 14).

O processo que culmina no aparecimento do Governo Civil, de acordo com suas ideias, tem um desenvolvimento a partir do estado de natureza. Neste estado o homem é regido pela lei do mais forte, na medida em que na sua origem está em condição de total liberdade e igualdade (de ordenação, de regulação de posses, de convivência), obedecendo apenas aos limites da lei da natureza “... *sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem...*”.

Todavia, ensina Locke que, no estado de natureza, mesmo havendo liberdade total entre os homens, não significa que essa liberdade possa ser usada para o seu próprio prejuízo ou de outrem. Isso porque, no estado natural o homem tem em si uma lei - natural - para limitá-lo, e esta lei obriga a todos.

Ora, estando todos os homens obrigados por uma lei que os proíba de destruir a si e a outrem não invadindo os direitos alheios e não se molestando mutuamente, observando-se aquela lei da natureza - o que importa na paz e na preservação de toda a humanidade - não há como supor qualquer forma de subordinação entre os homens, cabendo a todos eles, de maneira igualitária, a execução das leis naturais que os guiam.

Quanto à execução das leis, esclarece Locke que, no estado de natureza, é por meio dela que um homem consegue Poder sobre o outro, em reação a uma ação que viole os limites naturais. Não havendo neste estado natural autoridade que não a dos próprios homens, na eventualidade de um indivíduo não agir guiado pelas leis naturais, violando direito de outrem, nasceria a possibilidade de punição deste indivíduo, pela própria vítima da ação abusiva.

E mais, não só o indivíduo diretamente prejudicado por aquela ação transgressora poderia reagir a ela, mas qualquer outro homem que dela tivesse ciência, na medida em que, em havendo uma transgressão todos teriam o direito de reagir tornando-se executores da lei na natureza:

“ ... para que seja observada a lei da natureza ... põe-se, naquele estado, a execução da lei da natureza nas mãos de todos os homens ... e assim ... um homem consegue poder sobre o outro ... todavia, não é poder absoluto ou arbitrário ... mas apenas para revidar, de acordo com os ditames da razão ponderada e da consciência, o que seja proporcional à transgressão ... e é assim que qualquer homem, no estado de natureza, tem o poder de matar um assassino, não só para

coibir outros a consumir semelhante delito ... mas também para defender os homens contra as tentativas de um criminoso que, abdicando da razão ... se tornou inimigo da Humanidade. ” (Locke 2011, p. 17).

Em resumo, o estado de natureza para John Locke é aquele em que todo homem se encontra originalmente guiado apenas e tão somente pelas leis naturais, não tendo autoridade a quem recorrer nos momentos de transgressão de tais leis. Os homens são juízes de si e de seus iguais.

A toda essa teoria, a respeito do estado de natureza, apresentaram-se objeções citadas pelo próprio Locke em sua obra. A essência delas baseia-se em não ser razoável que os homens sejam seus próprios juízes e de seus iguais, pois haveria neles parcialidade e paixões que levariam ao excesso na execução das leis. A solução para este problema, então, seria a delegação da execução das leis a um ente imparcial, o governo civil.

No entanto, lembrava Locke que o monarca absoluto - um governo civil da sua realidade - era somente um homem. Assim, ele sentia a necessidade da criação de um governo que fosse melhor que o autogoverno dos homens no seu estado de natureza, que não era o caso da Monarquia Absoluta:

“ ... desejo saber que espécie de governo deverá ser este, e quão melhor será que o estado de natureza, governo este em que um homem, à frente de muitos, tem a liberdade de ser juiz em seu próprio caso, impondo ao súditos tudo o que lhe aprouver, sem que ninguém tenha a liberdade de indagar aos executores de suas vontades ou de controlá-los, devendo todos a ele submeter-se, faça ele o que fizer, movido pela razão, pelo erro ou pela paixão ” (Locke 2011, p. 20).

Antes, contudo, de tratar especificamente de uma autoridade que se sobrepusesse aos homens em sociedade, Locke desenvolveu a ideia de *estado de guerra* que significa uma condição de inimizade e destruição entre os homens vivendo em sociedade, com a intenção ponderada e fria em relação à vida de outrem.

No estado de natureza, se um homem prejudica outrem, este passa a ter o direito de executar as leis naturais, revidando à ação transgressora. Diferentemente, no estado de guerra, agindo por meio da força e da violência, sem qualquer direito para tanto, o indivíduo age além das leis naturais que o guiam e se manifesta contra a vida, a liberdade ou a propriedade de outrem.

“ ... clara a diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra ... quando os homens convivem segundo a razão, sem uma autoridade superior comum no mundo que possa julgar entre eles, verifica-se

propriamente o estado de natureza. Todavia, o uso da força ou a sua intenção declarada, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer instância superior comum sobre a Terra para quem apelar, configura o estado de guerra; e o não ter a possibilidade de apelo dá ao homem o direito de guerra contra um agressor ... a falta de um juiz investido de autoridade sobre os homens, coloca-os em um estado de natureza; a força aplicada sem direito sobre uma pessoa, gera um estado de guerra ...” (Locke 2011, p. 24).

Dessa maneira, no estado de natureza, se guiados pelos limites das leis naturais, os homens vivem em paz e harmonia. Vivendo, contudo, em sociedade é possível que o estado de guerra se manifeste, havendo a necessidade da criação de limites por leis positivadas por mútuo consentimento da comunidade, a fim de se preservar a liberdade do indivíduo:

“ ... a liberdade do indivíduo na sociedade não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento na comunidade ... a liberdade dos homens sob governo, importa ... seguir a própria vontade em tudo o que não está prescrito pela lei ...” (Locke 2011, p. 27).

Por dois motivos específicos pode-se distinguir muito bem o estado de Eduardo Bittar (2016, p. 218) que por natureza e o estado de guerra: (i) a falta de um juiz quando todos vivem segundo a lei da razão; (ii) a violência é o fator que determina o estado de guerra. 0

“ ... “Para evitar este estado de guerra, quando não se pode recorrer senão ao Céu” é que “os homens formaram as sociedades e deixaram o estado de natureza”, diz Locke. Essa decisão de evitar a convivência sob estado de guerra e dar início à sociedade é constitutiva de um estado tal em que as pessoas submetem-se não mais a resolver pela guerra suas contendas, mas a submeter-se a uma autoridade comum, a um juiz que haverá de decidir pelos contendores”. (Eduardo Bittar, 2016, p. 218).

É assim que, segundo John Locke, nasce a sociedade civil ou política. Para ele todo homem possui forte necessidade de associar-se a outros homens para viver melhor. E mais, no estado de natureza, um indivíduo é senhor de suas liberdades, vida e propriedades tanto quanto os demais, e todos tão pouco equânimes e justos que se auto conduzem a uma condição de vida arriscada e insegura. Exemplo dessa necessidade de união são as sociedades conjugais, familiares e civis ou políticas, que nas palavras de Locke se resumem a:

“Sempre que, pois, certo número de indivíduos se reúne em sociedade, de tal modo que cada um abra mão do próprio poder de executar a lei

da natureza, transferido-o à comunidade, nesse caso, e somente nele, haverá uma sociedade civil ou política. E tal ocorre sempre que certo número de homens, no estado de natureza, se associa para constituir um povo, um corpo político sob um governo supremo ...” (Locke 2011, p. 62).

Ocorre que, deixando o homem o seu estado inicial de natureza e passando a viver em sociedade, é imprescindível que abra mão do direito de ser juiz de si e de seus iguais - como ocorre no estado de natureza - para entregar este Poder a alguém que de maneira imparcial e neutra exercerá essas tarefas sociais. Ou é assim, ou não se deixa o estado de natureza. Não há, portanto, sociedade civil em que o direito de criar leis e de ser juiz esteja nas mãos dos próprios homens.

A necessidade do homem, pois, de abandonar o estado de natureza e de associar-se a outros em um estado social de vida está, segundo as ideias de John Locke, (i) na falta de uma lei estabelecida, firmada, conhecida, recebida e aceita pelo consenso dos homens; (ii) na falta de um juiz equânime e imparcial como autoridade suficiente para ajuizar sobre as controvérsias, de acordo com aquelas leis estabelecidas; (iii) na falta de um Poder que sustente a justa sentença, garantindo-lhe execução.

Isso porque, quando o homem cria as leis que o guiam e tem o direito de punir quem transgredir as leis que ele mesmo criou, movido pelas paixões naturais de um ser humano e até pelo ímpeto de autodefesa, certamente agirá de maneira parcial e tendenciosa.

Ao contrário, quando o Poder de criar leis e de executá-las sai das mãos do homem e é entregue a uma autoridade competente para tanto, a oportunidade de aqueles sentimentos de parcialidade e tendência aflorarem diminui. Todavia, esta mudança de Poder das mãos de um para outro tem de ser descentralizada, sob pena de os males se manterem.

Ou ainda pior, quando aquele Poder é entregue nas mãos de uma única figura, as mazelas tendem a aparecer ainda mais complexas, na medida em que esta pessoa, agora revestida de Poder pode se manifestar ainda mais corrompida pela lisonja e pela vingança.

A imperiosidade de alteração da competência para o exercício do Poder de criar leis e de punir os transgressores delas, deve acontecer de maneira conjunta com a criação de dois órgãos diferentes que venham a exercer tais funções. Nasce aqui a ideia de Poder Legislativo e Poder Executivo (o mesmo órgão que executava as leis tinha a competência de julgar os infratores).

Toda essa cadeia de pensamento de John Locke a respeito do nascimento das sociedades civis ou políticas e, conseqüentemente dos governos, foi construída sobre a busca real e incessante de todos os homens, desde sempre, de viverem em paz, conforto e segurança. É visando estes sentimentos, mantendo a sua liberdade, que o homem consente em formar laços com outros homens, obrigando-se todos mutuamente, na vida comum.

Formar um corpo com o Poder de agir como tal, sempre pela vontade e resolução da maioria é, no entendimento de John Locke, o início de um governo legítimo:

“Por isso, o que dá início e constitui de fato qualquer sociedade política é tão só o assentimento de certo número de homens livres, capazes de maioria para se unirem e incorporarem-se a tal sociedade. E isto, e somente isto, pode dar origem a qualquer governo legítimo no mundo”. (Locke 2011, p. 70).

Esse governo se forma com a finalidade de proteger a vida, a liberdade e a propriedade dos que o constituíram, proporcionando-lhes melhores condições do que aquelas às quais estariam expostos acaso se mantivessem no estado de natureza, por todas as razões consideradas.

Por esse motivo, quem tiver consigo o Poder de criar as leis e de executá-las tem a obrigação de fazê-lo sempre mediante as leis da natureza que não deixam de existir pela formação da sociedade.

Ora, a primeira tarefa de uma sociedade recém constituída é estabelecer o Legislativo, a fim de que o motivo pelo qual foi ela criada seja atendido. Importante que fique esclarecido que nas ideias de John Locke o Legislativo não seria um órgão dotado de Poder absoluto. Aliás, sempre deixou claro em seus escritos que Poder absoluto nem o próprio homem tinha no estado de natureza.

Assim, a função do Legislativo, segundo ele, consistia em preservar a sociedade, desde que de maneira compatível com o bem público. Sua tarefa de criação de leis não poderia ser realizada de maneira arbitrária sobre a vida dos súditos, tão somente porque o Poder deste órgão era exatamente na medida do Poder de que cada indivíduo abriu mão, formando o Poder do conjunto de todos os membros da sociedade, com limites restritos ao seu bem geral: *“ ... o poder do conjunto ... não poderá ser maior do que tais pessoas tinham no estado de natureza ... pois ninguém pode transferir a outrem mais poder do que possui”.* (Locke 2011, p. 91).

Neste ponto começa a ficar ainda mais cristalina a contribuição de John Locke para a criação do Estado de Direito e para a Teoria da Separação de Poderes. Isso porque, ele defende veementemente a necessidade de as leis a serem criadas por um órgão próprio - e não mais pela mesma figura que as executa e que julga os seus transgressores - serem explícitas, fixas, conhecidas pela comunidade e estarem acima, inclusive, do grupo de homens que formam o Legislativo.

O desenvolvimento de suas compreensões é óbvio. Deixando o homem a desordem criada no estado de natureza, passa a viver em sociedade e entrega o seu Poder a um órgão criado para o exercer, justamente para que haja ordem, limites e regras imparciais e neutras em uma vida melhor do que aquela originalmente natural. É por essas vantagens que o homem abandona a liberdade do estado de natureza:

“ ... seja qual for a forma de governo que rege a comunidade, o poder deve ser exercido mediante leis expressas e promulgadas, e não por decretos extemporâneos e resoluções indeterminadas ... filhos de pensamentos repentinos e vontades bizarras, até então desconhecidas, sem que haja regras fixadas que lhes guiem e justifiquem as ações ... e isso para que não só os cidadãos saibam o seu dever, achando garantia e segurança dentro dos limites da lei, como também para que os governantes, limitados pela lei, não sofram a tentação, pelo poder que têm nas mãos, de exercê-lo para fins e por meios que os homens não conheçam e nem aprovariam de boa vontade.” (Locke 2011, p. 94).

A ideia do Estado de Direito, então, está na necessidade que John Locke evidencia de imposição de limites e regras por meio de um órgão próprio e a da Teoria da Separação de Poderes vem como consequência, pois, não pode o mesmo órgão que cria tais regras executá-las, sob pena de - pela fraqueza humana - tomar conta do poder, concentrando-o e retornando ao caos. A elaboração de leis se concentra na mão do Legislativo e a responsabilidade de sua execução é entregue ao um outro Poder e assim, os Poderes Legislativo e Executivo são separados⁶.

Como a percepção de Locke sobre o Legislativo nasceu a partir, tanto de sua própria experiência com o abuso do Poder na Monarquia absoluta inglesa, como de seus estudos a respeito desta forma de governo em outras sociedades, suas ideias atribuem ao Legislativo uma parcela maior do poder.

⁶ John Locke idealizou, ainda, um terceiro poder, mas não era o Judiciário. Ele tinha em mente a necessidade de criação de um Poder - a que chamou de Poder Federativo - desvinculado dos outros para executar as tarefas que hoje atribuímos ao Direito Internacional: *“Há também outro poder ... aí está, pois, a base do poder de guerra e de paz, de fazer ou desfazer ligas e alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade; podemos chamar a isso de poder ‘federativo’, se quiserem.* (Locke 2011, p. 99).

Sua intenção era permitir que as leis fossem criadas e passassem a vigorar com força suficiente para incutir na comunidade o entendimento da necessidade de serem obedecidas: “ ... em qualquer caso, enquanto vigora um governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve fazer leis para os demais deve necessariamente ser-lhe superior ... ”. (Locke 2011, p. 101).

Logo, para John Locke todos os Poderes deveriam estar subordinados ao Poder Legislativo, na medida em que é ele a fonte das leis que imperam e conduzem o comportamento dos indivíduos, para que, a partir disso se pudesse definir as autoridades que deveriam executar e julgar aquelas mesmas leis (2016, p. 224).

Não obstante isso, entendia que acaso houvesse ações do Legislativo contrárias ao encargo que lhe havia sido confiado, o povo teria o Poder supremo de tolher-lhe as funções:

“ ... cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram ... todo poder concedido como encargo para se obter certo objetivo é limitado por esse mesmo objetivo, e sempre que este for desprezado ou claramente contrariado, perde-se necessariamente o direito a este poder, que retorna às mãos que o concederam, que poderão depositá-lo em quem julguem melhor para garantia e segurança próprias. ” (Locke 2011, p. 101).

Todavia, ainda que atribuindo ao Legislativo um Poder superior ao Poder do Executivo, John Locke ponderou suas percepções e de maneira maleável considerou que nem sempre a lei poderia prever as necessidades da sociedade e o rumo que ela tomaria. Sendo assim, entendia que caberia ao Executivo, lançando mão da sua parcela do poder, para o bem da sociedade, direcioná-la às melhores condutas.

“Quando o princípio da separação de poderes se institucionalizou, o parlamento na Europa se ergueu como o primeiro ramo do poder soberano, concentrando mais legitimidade que o executivo. Visto à luz do plano dialético era ele a ideia nova, figurava a participação dos governados no exercício do poder e abrigava enfim um valor em cujos fundamentos se lia o futuro da evolução política do Ocidente, seu irreprimível teor de idealismo e vocacionalidade para o governo do povo, pelo povo e para o povo ”. (Bonavides, 2015, p. 344).

Afinal, a sociedade política foi criada para regulamentar por meio de leis a vida dos que dela fazem parte, não podendo, em tempo algum, um indivíduo se encontrar sem direcionamento. Em não havendo lei criada pelo Legislativo, até que este aja, deveria o Executivo tomar as medidas necessárias ao melhor encaminhamento da comunidade.

Já aqui há um germinar do princípio da harmonia entre os Poderes. Ora, tendo o desenvolvimento da ideia da criação de Poderes do governo nascido com o fim de nortear a vida humana em sociedade, não é admissível que, pela colocação estanque destes Poderes, venha aquela sociedade, em algum momento, se encontrar sem referido norte. Afinal, se os Poderes, cujo exercício agora é entregue ao governo, são oriundos das mãos dos indivíduos, toda e qualquer função de tal governo, de uma ou de outra maneira, deve visar o bem daqueles indivíduos.

A esta condição, que inicialmente Locke atribuiu ao Executivo - e que mais adiante na história tem-se como a harmonia dos Poderes - de agir nos campos das funções do Legislativo, ele próprio chamou de “*prerrogativa*”, tratando-a como um benefício que não deve ser posto em discussão, se utilizado em prol da comunidade.

Entretanto, a *prerrogativa*, como tudo para John Locke, também tem seus limites, para que a regra continuasse sendo a de que as leis e as normas regentes da vida em comunidade fossem oriundas do Poder Legislativo, sob pena de todo o processo pensado por ele, que deu origem ao Estado de Direito e à Teoria da Separação dos Poderes se esvair no caos e na desordem sociais:

“ ... Mas quando a corrupção ou a lisonja dominaram príncipes fracos para que usassem esse poder em seu próprio favor e não para o bem público, o povo viu-se obrigado a determinar, por meios de leis explícitas, os limites da prerrogativa nos pontos em que lhe causava dano; por isso o povo sentiu necessidade de pôr limitações claras à prerrogativa ... ”. (Locke 2011, p. 109).

Tais limites deveriam estar na própria lei, como forma de concessão, pelo povo, ao Executivo (pessoa do governante) da possibilidade de realizar alguns atos de livre escolha sobre os quais a lei seja omissa.

Conforme tratado, John Locke em todo o desenvolvimento das ideias que deram origem ao Estado de Direito e à Teoria da Separação dos Poderes não tratou da criação do Poder Judiciário ou de algo que o equivalesse.

Entendia que o Poder de dizer se o Legislativo e o Executivo estavam ou não prejudicando o povo, ou seja, o Poder de julgar se as leis criadas estavam sendo aplicadas a todos indistintamente (inclusive aos governantes), era atribuível ao próprio homem em casos mais simples e somente a Deus quando o caso assim exigisse, na medida em que o Poder do próprio homem não era absoluto a ponto de ser entregue a algum órgão superior, tampouco de desprezar a sua própria preservação.

Dessarte, embora não tenha dado vazão ao conceito de Poder Judiciário, John Locke chegou a tratar do que viria ser depois a ideia central desta função estatal:

“ ... O povo será o juiz, porque quem poderá julgar se o depositário da confiança ou o deputado age bem e consoante ao encargo a ele confiado senão aquele que o elege, e a quem cabe por isso mesmo o poder de afastá-lo se não agir bem dentro do combinado? ... nos outros casos em que não há juiz sobre a terra, só resta ao povo apelar para o céu; porque os governantes exercem em tais casos um poder que o povo jamais lhe confiou - fazem o que não têm o direito de fazer. E quando o povo como um todo, ou algum indivíduo isolado, é privado do seu direito ou subjugado por um poder sem direito contra o qual não exista apelação na terra, têm então a liberdade de apelar para o céu, sempre que a causa parecer bastante importante ... Na verdade, Ele somente é juiz do que é direito. Mas todo homem é juiz para si, como em todos os outros casos também neste, quer alguém se lhe tenha posto em estado de guerra, quer que apele para o Supremo Juiz, conforme o fez Jefá”. (Locke 2011, p. 112 e 154).

Por fim, John Locke evidencia que se um dos dois Poderes (Legislativo ou Executivo) é exercido de maneira contrária à intenção que o criou tornando a si mesmo senhor ou árbitro da vida dos indivíduos, ou seja, agindo arbitrária e abusivamente no exercício das suas funções, pode levar o governo à ruína.

A finalidade para a qual se dá autoridade ao um Legislativo e um Executivo é possibilitar a existência de leis e regras que protejam a comunidade como um corpo e cada um de seus indivíduos unicamente considerados. Assim, sempre que esta finalidade deixar de ser buscada por qualquer um dos Poderes, movido por *“cobiça, medo loucura ou corrupção”* se coloca ele em estado de guerra contra o povo.

E o âmago da relação entre governantes e governados, que em verdade foi peça propulsora das ideias de John Locke resume-se bem nestas palavras que nos levam a pensar:

“ ... Se as desordens tiveram origem mais vezes no povo irrequieto e no seu capricho de rejeitar a autoridade legítima dos governantes, ou na prepotência e na ganância destes em alcançar poder arbitrário sobre o povo - ou seja, se foi a opressão ou a desobediência quem fez surgir primeiro a desordem, deixo que a imparcialidade da História decida. Todavia, tenho esta certeza: aquele que, seja governante ou simples cidadão, se dispõe a violar os direitos do príncipe ou do povo, e prepara a derrocada da constituição e ruína da estrutura de qualquer governo legítimo, é diretamente responsável pelo maior crime de que alguém se possa manchar - devendo responder por todos os malefícios de sangue, rapinagem e miséria que a destruição do governo traz ao país. Este deve, com justiça, ser considerado inimigo público e praga dos homens, devendo ser tratado como tal.” (Locke 2011, p. 145).

Evidentemente que todas essas questões mostram as ideias de Locke e a contribuição delas para o desenvolvimento de teorias que foram aperfeiçoadas e posteriormente adequadas a cada sociedade que lhes aplica.

Hoje, não vemos o Legislativo como um Poder supremo ou superior aos demais. Temos solidificado um terceiro Poder, o Judiciário. As noções de Direito Internacional são atribuições do Poder Executivo e não mais de um órgão próprio. E tantas outras questões que foram contextualizadas. Mas, a essência, tanto do Estado de Direito, quanto de Teoria da Separação de Poderes, fica evidente em suas percepções.

1.2 Montesquieu e o “O Espírito das Leis”

“ ... precisa combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir...”

Montesquieu

Charles Louis de Secondat - conhecido como Barão de La Brède e de Montesquieu, teve grande parte de sua influência teórica construída em uma França iluminista, pré-revolução do século XVIII. A exemplo de John Locke, dedicou-se a diversas áreas de estudo como filosofia, ciências naturais, saúde e religião.

Viveu por alguns anos na Inglaterra e quando voltou à França, agora em Paris, lançou-se à missão a que havia se proposto, a de estudar as leis, sempre com a finalidade de ajudar a humanidade.

Instalado em Paris, por volta dos 39 anos de idade passou a dedicar-se, quase que exclusivamente, ao estudo das leis às quais acreditava que, naturalmente, o ser humano se sujeitava. Nesta sua missão de vida, Montesquieu visitou diversos países da Europa (Áustria, Hungria, Itália, Suíça, Alemanha e Holanda) procedendo a um levantamento político da humanidade, inventariando instituições, leis e costumes dos povos antigos e de sua época.

“ ... ‘Em cada país’ - escreve J. P. Mayer - ‘Montesquieu se esforça por compreender os caracteres nacionais e sobretudo as instituições e as tradições políticas’ ... ” (Mota, 2017, p. 6). Sobre os povos antigos, leu livros e documentos, todos os que estavam a seu alcance.

“Suas viagens de Sula a Norte, da Itália à Inglaterra, configuram a peregrinação de um sábio político que pleiteia para sua obra a autenticidade do testemunho físico, a insubstituível visão das áreas onde se desenrolou o drama das principais civilizações que agonizaram na Antiguidade ou onde se armou o palco à representação do moderno conceito de liberdade política”. (Bonavides, 2015, p. 276).

Dessa maneira, teve a oportunidade conhecer problemas sociais e econômicos da Europa e de alguns países antigos (Pérsia, China, Macedônia, entre outros). A exemplo do que ensinou John Locke, Montesquieu aprendeu e desenvolveu suas obras, não unicamente com a razão, mas com a experiência.

Tem-se, então, que o desenvolvimento de suas ideias é rigorosamente científico e inovador no estudo da Política e do Direito Constitucional. Aplicou, em seus estudos, o método indutivo⁷:

“ ... ‘De começo, examinei os homens, e concluí que eles, naquela infinita diversidade de leis e costumes, não eram conduzidos unicamente pela fantasia ... Os meus princípios, não os tirei de meus preconceitos, mas da natureza das coisas’ ... Ele, por entregar-se à pesquisa social com dedicação e escrúpulos religiosos, fundou suas conclusões em rigorosas induções. Seus ensinamentos são científico” (Mota, 2017, p.8).

A partir deste método e do intuito de ajudar a humanidade, Montesquieu pensou a Teoria da Separação dos Poderes, desenvolvendo-a em “O Espírito das Leis”, obra que influenciou diretamente o movimento de declaração de independência dos Estados Unidos⁸, a Revolução Francesa (que culminou nas Constituições⁹ inspiradas na máxima do Liberalismo), e de maneira indireta, portanto, o nosso ordenamento jurídico atual.

“com Montesquieu, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e

⁷ Na lógica, método indutivo ou indução é o raciocínio que, após considerar um número suficiente de casos particulares, conclui uma verdade geral. A indução, ao contrário da dedução, parte de dados particulares da experiência sensível. De acordo com o indutivista, a ciência começa com a observação. (Wikipédia)

⁸ *“Reafirmaram os constitucionalistas norte-americanos - Hamilton, Madison e Jay - de modo categórico, que a concentração dos três poderes num só órgão de governo representa a verdadeira definição de tirania: ‘Quando na mesma pessoa ou corporação, o poder legislativo se confunde com o executivo, não há mais liberdade. Os três poderes devem ser independentes entre si, para que se fiscalizem mutuamente, coibam os próprios excessos e impeçam a usurpação dos direitos naturais inerentes aos governados. O Parlamento faz as leis, cumpre-as o executivo e julga as infrações delas o tribunal. Em última análise, os três poderes são os serventários da norma jurídica emanada da soberania nacional’.”* (Maluf, 2017, p. 242).

⁹ A Constituição de 1791 na parte relativa à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, traz em seu artigo 16 que *“toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes, não possui constituição”*.

um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições”. (Dallari, 2014, p. 216).

Foi uma obra que buscou, em meio a um contexto em que a razão imperava, demonstrar a importância das leis na constituição da sociedade. Buscava enunciar os princípios, as regras e as maneiras por meio das quais se poderia garantir a primazia das leis para o governo das coisas humanas.

Assim, “O Espírito das Leis” é:

“um tratado de notória capacidade de síntese entre o passado, o presente e o futuro, que sistematiza a temática da legislação, de seus fundamentos e de suas origens, para conferir-lhe luzes suficientes para seu esclarecimento temático” (2016, p. 231).

“O livro, ‘tanto figura na toilette das toilette das damas como na escrivaninha dos sábios’. Houve quem afirmasse que depois da criação do sol, o estudo de Montesquieu era o mais poderoso foco de luz que clareava o universo”. (Bonavides, 2015, p. 277).

O legado de Montesquieu por meio de “O Espírito das Leis” foi evidenciado por Bruce Ackerman, um atual crítico de sua teoria, que ao analisá-la confessa: “ ... Nenhum outro campo de pesquisa acadêmica é tão intensamente dominado por um único pensador, quiçá um pensador do século XVIII. Apesar de sua grandeza ... ” (Ackerman 2004, pg. 14).

Tem-se que muito embora escrito há quase três séculos “O Espírito das Leis” mostra-se profundamente atualizado:

“ ... oxalá o Brasil também leia - Montesquieu - aprenda; e pense. Montesquieu, observou-se desde os seus contemporâneos, não só pensa, mas faz pensar. E ele viveu a sua época, uma época como a nossa, de acelerada mutação sócio-política ... a obra atualizada recupera toda a sua potencialidade pedagógica, volta à plenitude do seu destino de beneficiar a humanidade, o ideal do próprio autor ... Servimos duplamente. À Nação - agora, ao seu alcance o livro de que precisa. E a Montesquieu - a obra, atualizada, recupera toda a sua pontencialidade pedagógica, volta à plenitude do seu destino de beneficiar a humanidade, o ideal do próprio autor ... Ele viveu para elas, elas foram como uma prática religiosa. Montesquieu percebera, sentira que os povos devem estar sujeitos a leis naturais tal como a natureza física, e, naquela sua elevação espiritual, concebeu o ideal de desvendar tais leis. Desvendá-las não para si, por vaidade, por simples curiosidade, ou para vantagem sua. Desvendá-las para ensiná-las; para o bem da humanidade; para que os povos não prosseguissem, no terreno político, a errar sem rumo, ao sabor das circunstâncias. Para que os povos aprendessem. Soubessem governar-se ... É o que ele mesmo resumiu naquela prece: ‘Deus imortal! O gênero humano é a vossa mais digna

obra. Amá-lo é vos amar, e, ao findar a minha vida, eu vos dedico este amor' ...” (Mota, 2007, p. 4, 69 e 71).

Montesquieu esclareceu que as leis não se originavam sem causa. Para ele, de fato, os homens vivendo individualmente não tinham leis positivas. Essas surgiriam quando organizado em sociedade o homem que passaria a ter mais força do que isoladamente considerado. Isso, para Montesquieu, fazia gerar um estado de guerra entre as sociedades, de onde surgiam as leis com o fim de regulamentação recíproca entre as nações.

Sobre o título da obra, *espírito* significa

“porção material ou imortal” ... “princípio animador e vital que dá vida aos organismos físicos e transcende a matéria; sopro vital. Em termos religiosos, seria o “ente supremo; Deus: Deus é o espírito que criou todos os seres” (Dicionário Michaelis - versão “on line”).

Seja qual for o sentido que Montesquieu pretendeu atribuir àquele termo no título de sua obra - e acredita-se que um misto deles seja o caminho mais correto - é evidente que quis demonstrar a ligação do seu conteúdo com a importância que se deve aos assuntos não materiais.

Ao nomear os seus escritos, deixou a lição de que para um Estado bem atender aos fins para os quais foi criado, seu Governo deve atentar-se às normas que transcendem a matéria e seus governantes devem atender em suas condutas às diretrizes morais e éticas refletidas na lei.

Foi nesse contexto que Montesquieu desenvolveu a Teoria completa da divisão das funções estatais e difundiu-a por toda a Europa que vivia o receio de restrição da liberdade do indivíduo, dado o momento do Absolutismo Monárquico.

“De Locke a Montesquieu e de Montesquieu a Rousseau, o liberalismo aristocrático descreve uma trajetória que principia onde o absolutismo expira como ... Doutrinariamente, a tese de Montesquieu é a mesma de Locke: a salvaguarda da liberdade, o extermínio da tirania. Os dois se completam por eixo do mesmo pensamento político que intenta regenerar a monarquia com o prestígio e os predicados da nobreza. A Europa fatigada dos excessos do absolutismo responderá agora ao apelo e à impaciência das classes que impetram participação mais responsável na direção da máquina governativa. Montesquieu é todo ele um sistema de ideias, um protesto, uma atitude mental que se levanta, um pêndulo que se inclina para a admoestação de verdades incômodas.” (Bonavides, 2015, p. 272).

Naquela época, como se sabe, não havia, em regra, divisão funcional do Poder de governar. As funções de legislar, executar e julgar acumulavam-se nas mãos do monarca - ou das assembleias populares, no caso das velhas Repúblicas - o que levou Montesquieu a sistematizar e solidificar o princípio que outrora havia sido pensado por Platão, Aristóteles e John Locke.

Enfim, sua Teoria repercutiu na filosofia política e nas Constituições do final do século XVIII tornando-se um fundamento da ciência constitucional para abrir ao homem um caminho que o levasse à democracia e a um mundo novo e melhor. Afinal, *“Uma Constituição que não contenha este princípio - A divisão do Poder de Estado em três órgãos distintos - não é uma Constituição, como afirmaram os teóricos do liberalismo”* (Maluf, 2017, p. 241).

E mais:

“O Espírito das Leis era, então, o evangelho político dos povos. Montesquieu triunfava em toda linha ... Os escriptores politicos e os philosophos da França no seculo XVIII eram todos uns desquilibrados. Só a razão calma e superior de Montesquieu podia legar ensinamentos e conselhos, de que efficazmente se aproveitasse o legislador.” (Lessa 1900, p. 162).

Por meio de sua obra Montesquieu marcou fortemente o pensamento jurídico e a estrutura institucional do Estado constitucional moderno. Propôs uma classificação tríplice dos governos (Monarquia, Despotismo e República) preocupando-se em demonstrar como cada uma das três formas se sustentava e em qual delas se podia verificar a Teoria que vinha desenvolvendo.

Ensinou que, pensando a liberdade política as regras que viessem a ser criadas deveriam cuidar da sua proteção. Mas, se os responsáveis por criar as leis fossem os mesmos responsáveis por executá-las e julgá-las a liberdade do cidadão não estaria garantida. Daí toda a preocupação de Montesquieu com a dimensão da divisão de áreas de atuação e competências para a o exercício dos Poderes por órgãos estatais.

Em suma, *“O Espírito das Leis”* foi um legado que se deixou não só para os Estados modernos, mas para toda a humanidade fazendo pensar, assim como pretendia o seu autor, e solidificando conceitos que haveriam de se transformar em dogmas jurídicos.

1.3 O Estado de Direito

Entre os séculos XVII e XVIII nasce a ideia de deslocamento do homem para o centro do pensamento político. Fatores espirituais, culturais e econômicos levam ao início de uma lenta mudança de mentalidade que culmina nos Estados Modernos. Barreiras medievais foram rompidas e paradigmas foram substituídos. Esse processo foi lento e durou séculos.

Nessa mudança, viu-se que a necessidade de limitação do Poder exercido por uma única figura era legado antigo na história da humanidade. A premência social de o exercício do Poder ser legitimado por um instituto que não fosse a pura vontade de alguns poucos sempre esteve presente nas sociedades políticas. Afinal, a consolidação de um Poder político soberano do Estado serviria para o estabelecimento de políticas ordenadas e de garantia da paz.

Hannah Arendt bem explica essa urgência quando ensina sobre o que é política mencionado que “ *... os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças*” (1998, p. 6), deixando evidente a necessidade de uma sociedade politicamente organizada para abandonar ou evitar o caos.

É diante deste cenário que se apresenta o Estado de Direito, não como uma ideia que surge em um repente, mas como um pensamento evolutivo, que se caracteriza pela reformulação de valores e ideais já existentes e:

“ ... introduz novos elementos expressando-se em fórmulas inéditas para perpetuar ou reviver ideologias de velha data.” ... “A ideia de Estado de Direito resulta de uma sedimentação de mais de dois mil anos. Os conceitos de ‘dike’ (processo), ‘themis’ (direito) e ‘nomos’ (lei) na filosofia grega já apontavam para a limitação racional dos poderes do Estado em vista da evidência do papel da lei na luta contra o poder despótico. É o que se nota tanto nas obras de Platão quanto nas de Aristóteles ... Para o primeiro, em A República, a distinção entre formas boas e más de governo reside, basicamente, em dois critérios: violência e consenso; legalidade e ilegalidade. Na célebre formulação das seis formas de governos de Aristóteles (A política), os critérios são quem governa e como governa; o primeiro diz respeito ao número de pessoas que exercem o poder, o segundo, ao modo como se exerce o poder, sendo poder legítimo apenas aquele que resulta do consentimento expresso da lei.” (Ranieri, 2018, p. 207 e 219).

O elemento que caracteriza o Estado de Direito é a “*habilitação jurídica do poder político*”, com a finalidade de eliminar as possibilidades do uso arbitrário do Poder,

na medida em que transforma-o em “ ... *competência outorgada, instituída e regulada pelo Direito ...* ” (Ranieri, 2018, p. 204).

Em outras palavras, no Estado de Direito tem-se o Direito habilitando o Poder político. E, frise-se, quando se fala em Poder político está-se falando no exercício das três funções estatais. Ora, a vida na sociedade estabelecida em um Estado de Direito é regida pelo exercício do Poder entregue pelo seu titular ao Estado em três partes, todas elas exercendo o Poder político.

Afinal, “... *a política baseia-se na pluralidade dos homens ... trata da convivência entre diferentes ... o homem é a-político. A política surge no ‘entre-homens’ ... no ‘intra-espaço’, e se estabelece como relação*” (Arendt, 1998, p. 8). E o Poder político, então, é habilitado juridicamente no conceito de Estado de Direito.

Sobre a competência do direito para habilitar o Poder político, importante esclarecer que surge claramente, se considerarmos o teor da CF/88, a intersecção entre o Estado de Direito e a Democracia, de onde surge o Estado Democrático de Direito.

Isso porque, pela norma do Parágrafo Único do art. 1º, o Poder (habilitado juridicamente no Estado de Direito) é uno e emana do povo, no entanto, seu exercício é legitimamente outorgado, de maneira partida, às três funções estatais ou aos três Poderes Constituídos - como preferiu o texto constitucional - para que haja referida *habilitação jurídica*.

Assim, Estado de Direito é:

“o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja - mais tarde - a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de ação dos governantes” (Miranda, 2019 p. 41).

Ainda:

“ ... o percurso que o Estado de Direito atravessa ao longo da modernidade ... O desprendimento do direito de sua justificação metafísico-natural do período medieval, sua recepção como direito racional ao longo da afirmação da modernidade e a resultante desacoplagem entre direito e moral, por meio do positivismo são etapas que determinam a passagem de uma ordem tradicional a uma ordem funcionalmente diferenciada” (Bittar, 2016, p. 25).

É de suma importância ter em mente, então, que a formação do Estado de Direito inova na limitação do poder¹⁰ por um órgão legitimado para tanto. Essa nova fórmula de prescrição da estrutura do Estado traz a ideia de que é o indivíduo quem faz o Estado e não o contrário. Por ele tem-se convicção na capacidade do direito positivo de dominar o Poder político. E, garante-se a inversão da relação entre governantes e governados.

O Estado de Direito teve de conquistar sua legitimidade não mais em questões unicamente religiosas e morais, mas a partir do estatuto de legalidade, ou seja, a partir da consolidação de direitos naturais agora codificados em regras que determinam as condições de exercício de um Poder limitado. A legitimação racional, assim, ganha campo.

Dessa forma, o Estado de Direito surge para satisfazer a necessidade de criação de um Poder estatal homogêneo, forte o suficiente para garantir a paz jurídica e prevenir o abuso no exercício do Poder, impondo-lhe limites.

Ele surge, inicialmente, a partir das patologias de um Estado Absolutista, criando-se um Estado Liberal, fundado na ideia de liberdade e, por essa liberdade, se empenha em limitar o Poder político tanto internamente, pela Teoria da Separação dos Poderes, como externamente, pela redução ao mínimo das suas funções diante da sociedade.

Em sua origem, o Estado de Direito adotou um conceito fortemente liberal, com características marcantes nesse sentido, o que serviu de apoio aos direitos do homem tornado em cidadão livre. As características apontadas por ele são:

“ ... a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes legislativo, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais” (Silva, 1988, p. 16).

¹⁰ “ ... as limitações de natureza religiosa, ética ou jusnaturalista, observadas desde a Antiguidade Clássica, não levaram à institucionalização de um Estado de Direito. Não há Estado de Direito nas cidades gregas, tampouco nos reinos ou nas comunas medievais, muito embora o poder do governante se encontrasse limitado por uma série de relações jurídicas estamentais além de foros e franquias garantidos à vassalagem. Da mesma forma, ainda que, no auge do absolutismo, o poder do monarca se encontrasse limitado por regras morais e religiosas, inexistiu o Estado de Direito.” (Ranieri, 2018, páginas 204/205).

Esse cenário, contudo, provocou imensas injustiças que conduziram o Estado à sua forma Social. Era o Estado de Direito apresentando-se como Estado Social, com ênfase em direitos sociais dos cidadãos.

Passou-se a ter consciência da necessidade de se buscar uma justiça social e o Estado, então, deixou de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em Estado de Direito material.

Nessa perspectiva, no processo de alicerçamento do Estado de Direito, buscou-se administrar a tensão entre liberdade e igualdade como pontos opostos e necessários de convivência, uma vez que inelimináveis da vida em sociedade. O propósito passou a ser o de compatibilizar, em um mesmo sistema, dois elementos: o capitalismo como meio de produção e a consecução do bem estar social geral - *Welfare State*.

Sobre a origem o Estado de Direito:

“Dois eventos em particular ilustram a consistência do sentido do Rule of Law no início do século XVII: a defesa do direito como condição da liberdade e a afirmação de que todo homem tem direito à proteção do Parlamento e do Judiciário” (Ranieri, 2018, p. 226).

Em um momento de tentativa de se pensar algum sistema jurídico que se sobrepusesse ao Poder absoluto do Rei, na defesa da liberdade de seus súditos, surgem traços marcante na sociedade inglesa:

“Ao reagirem contra as tentativas de importação de modelos juspositivos continentais para a Inglaterra, como forma de consolidar o poder absoluto do monarca os whigs¹¹ conferiram elaboração teórica ao “commom law”, elevando-o de técnica de solução de conflitos a eixo da organização constitucional. De fato, a intenção dos whigs, como o comprovam estudos historiográficos, foi instituir um sistema de governo sob o império da lei, no qual os direitos de todos os cidadãos (“born free englishmen”) tinham uma efetiva tutela, assim como a afirmação definitiva do direito como valor dominante da sociedade inglesa no século XVIII” (Ranieri, 2018, p. 226).

Ora, a transformação dos Estados Absolutistas para o Estado de Direito está fundada em revoluções liberais que se voltam a uma organização do Poder que arrasta e que é arrastada por uma nova organização da sociedade. É o destaque para as liberdades políticas do indivíduo e a absolutização da propriedade privada que ganham campo.

¹¹ “O termo “whig” é atribuído à facção política inglesa que se contrapôs aos “tories” (conservadores) na luta pela transferência dos poderes do rei ao parlamento durante o século XVII (2018, p. 227).

Foi no início do século XVIII, contudo, que houve a sedimentação das ideias que deram origem ao Estado de Direito, com a chamada Monarquia de Direito Legal e seus princípios como: a Separação de Poderes, o sistema de representação, a importância da opinião nacional e a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem (Maluf, 2017, p. 156).

É o Estado Iluminista do século XVIII que inaugura as ideias mais marcantes para o Estado de Direito, embora não tenha deixado de ter fortes traços de um Estado Absolutista.

Essa ideia não é nova, ao contrário, já se mostrava desde a época do *Rule of Law*¹² britânico que é uma das fontes do Estado de Direito e que tinha como uma de suas características a Separação dos Poderes, não como a que hoje conhecemos, mas como uma forma de organização e regulação da ação harmonizada do Rei, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns na elaboração das leis.

Importante reafirmar, que esta apresentação inglesa do Estado de Direito surgiu para limitar o Poder do Parlamento, que ganhou força no contratualismo de John Locke pensado para descentralizar o Poder, tirando parte dele das mãos do monarca e regulando-o por meio do direito.

Em suas ideias, portanto, ainda antes da disseminação da concepção do *Rule of Law*, já se tinha um embrião da Separação de Poderes (bipartição entre Legislativo e Executivo) como eixo central do Estado de Direito.

Na filosofia de John Locke o Direito preexiste ao Estado, delimitando-o em suas funções e ações. Defendia que a liberdade natural do indivíduo deveria ser garantida legalmente, por meio da análise de órgão competente e legítimo.

Na Teoria do *Rule of Law*, propriamente dita, há três ideias centrais que remetem claramente à Separação dos Poderes, senão como hoje conhecemos, ao menos como um embrião dela: (i) nenhum cidadão pode ser punido por um ato que não seja previamente estabelecido por lei - Legislativo - como ilícito e sem que seja julgado por

¹²“O sistema de separação de poderes britânico distingue-se claramente tanto do sistema americano como do francês, muito embora tenha influenciado a ambos. No caso americano - como o demonstram a Constituição de Massachusetts de 1780 e a Constituição de 1787, pioneiras na adoção da separação dos poderes como técnica de limitação - não há poder soberano por si só: todos atuam sob controles mútuos e recíprocos a partir de freios e contrapesos, de modo a impedir a consolidação de um poder absoluto. Já no sistema francês estruturado pela Constituição de 1793, todos os poderes são soberanos, traduzindo o verdadeiro poder - o da nação - , que só poder ser exercido por delegação. Assim, o poder do Legislativo é delegado à Assembleia Nacional, o do Executivo ao rei e o do Judiciário aos juízes, temporariamente eleitos pelo povo. (Ranieri, 2018, p. 223).

um órgão competente - Judiciário; (ii) todo e qualquer cidadão está submetido às leis criadas pelo Parlamento; (iii) “*as liberdades e os direitos individuais no sistema jurídico inglês, representam uma construção histórica e social*” (Robl Filho, 2012 p. 52).

Ora, desde o sistema inglês que fortemente influenciou o que se chama modernamente de Estado de Direito houve um eficaz reconhecimento dos direitos dos cidadãos pelo Judiciário e posteriormente pelo Legislativo. O Executivo desde os primórdios das sociedades já se mostrava presente na figura dos reis, dos imperadores, da igreja, etc. E é por meio da descentralização desse Poder - antes unicamente exercido pelo Executivo - que se passa a falar, então, em três funções estatais.

Montesquieu, por sua vez, em uma semente do Estado de Direito, defende que o Direito é dotado de superioridade, na medida em que todas as leis derivam de uma mesma raiz natural. O legislador, então, tem a função de escolher, entre vários princípios, aquele que melhor se adapta ao grupo a ser regido pelas leis.

Das ideias de Locke e Montesquieu, que influenciaram fortemente o Estado de Direito, tem-se em comum que esta forma de prescrição estrutural do Estado é forjada na ideia de um direito natural, que deve, pois, ser resguardado pelo próprio Estado.

Já no Século XIX, a história da evolução dos modelos prescritivos de organização social do Estado ganhou uma nova figura, qual seja, o modelo alemão *Rechtsstaat* - literalmente traduzido como “Estado de Direito” - que, embora apresente peculiaridades em relação ao *Rule of Law*, com ele se assemelha no tocante à premissa da Separação de Poderes apresentando um pré estabelecimento de regras que definem a Separação de Poderes e a tutela dos direitos fundamentais como método jurídico básico do sistema¹³.

Essa forma de organização estatal - *Estado de Direito* - ganhou força na Alemanha no período pós Segunda Guerra Mundial pela premência social de cidadãos, instituições religiosas, sociedade civil e o próprio Estado estarem, todos, submetidos à lei, com relações recíprocas reguladas pelas mesmas normas. Legalidade, liberdade e igualdade novamente se mostram conceitos contíguos e indissociáveis em um Estado que pretende se constituir “de Direito”.

¹³ Ranieri, Nina. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Nina Ranieri, 2º ed. Manole, 2019. (Minha Biblioteca).

Oportuno fazer menção ao fato de que foi neste momento da história - Século XIX - que o termo Estado de Direito surge a partir das ideias de Kant e de seus seguidores, como a escola do “Estado de Direito”:

“Em Kant, para que o indivíduo exerça sua liberdade com responsabilidade, torna-se necessário que o Estado garanta um instrumental jurídico. A igualdade e a liberdade não eram postas pelo Estado, pois se constituem em ditames racionais. O Estado deveria, por sua vez, estabelecer leis, tutelando a liberdade e a igualdade para que esses valores imperassem”. (Robl Filho, 2013, p.45).

E não é só:

“Mais especificamente, o Estado, para Kant, deveria garantir a liberdade de cada um, de acordo com a lei: o princípio fundamental de um Estado governado pelas leis da justiça é a liberdade de todo membro da sociedade, a igualdade entre todos os homens e a independência de cada membro como cidadão. Esse Estado deveria ser realizado por meio dos seus cidadãos, diretamente ou através de representantes, na feitura das leis às quais se submetem, de forma que estejam sujeitos tão somente àquelas que escolheram para si próprios. A finalidade do Estado não é a felicidade dos cidadãos, mas a garantia do acordo de liberdades de cada um com a lei universal.” (Ranieri, 2018, p. 243).

É importante deixar claro, quando falamos no *Rechtsstaat*, que o Estado de Direito, inclusive este seu viés alemão pensado no Século XIX, nunca foi uma fórmula perfeita de prescrição da organização estatal, no sentido de eliminar as arbitrariedades no exercício do Poder, mas foi pensado com fundamento na legalidade, para a proteção da liberdade e da igualdade do indivíduo, tão aviltadas em momentos anteriores.

Assim, o Poder que sai das mãos exclusivamente do Executivo é compartilhado com o Legislativo, ganhando mais limites e não podendo, diante da legalidade, atentar contra a igualdade e a liberdade. É a Separação do Poderes embrenhando-se no conceito de Estado de Direito.

Entretanto, o grande problema oriundo do Estado de Direito alemão do Século XIX é que não se consegue adequar a medida de Poder entregue ao Legislativo, ficando, também ele, ilimitado.

Tanto é assim, que o próprio *Rechtsstaat* ficou conhecido como o “Estado Legislativo”, na medida em que, ao mitigar as funções, sobretudo do Poder Executivo deu plenos poderes ao Legislativo para, sob o manto da legalidade, criar normas gerais e abstratas correspondentes à “vontade do Estado”, às quais, supostamente, todos os cidadãos aderiram incondicionalmente.

Não obstante, é imperioso reconhecer a importância desse pensamento alemão para o conceito de Estado de Direito que hoje conhecemos e de sua vinculação à Teoria da Separação de Poderes:

“... deve-se pontuar (a) a importância do formalismo jurídico para a construção da previsibilidade do direito e da limitação do Estado; (b) a necessidade de o Estado intervir para concretizar a liberdade e a igualdade social; (c) a necessidade de controle da administração pública pelo Judiciário; (d) a relevância da sociedade civil na influência e na contenção do Estado; e (e) a importância da autolimitação estatal.” (Robl Filho, 2013, p. 46).

É após esse momento, no primeiro pós Guerra, que é inserido na Constituição de Weimar - 1919 - o controle de constitucionalidade, com o fim de limitar o Poder do Parlamento, mas é apenas no segundo período pós Guerra que o Tribunal Constitucional Federal alemão é erigido à condição de “guardião da Constituição”.

Não é demais mencionar, quando se fala em Estado de Direito, uma sucinta ideia do *État de Droit*, que se apresenta como uma semente francesa do que hoje conhecemos sobre referido modelo de estrutura estatal.

Em oposição ao Estado Legal, em que se via um caráter nulo do Poder Judiciário, um Executivo condicionado pela estrita legalidade e um Legislativo tendente a reivindicar um Poder permanente de revisão, o Estado de Direito da doutrina francesa nasceu como um sistema concebido no interesse dos cidadãos, com um Parlamento igualmente sujeito à soberania do direito que passa a garantir a eles a tutela de liberdades e direitos, inclusive para se oporem à vontade do legislador.

Muito embora todo esse pensamento evolutivo seja uma herança dos tempos mais antigos da história, nas últimas décadas a essência do Estado de Direito vem se reafirmando “ *... como um ideal extremamente poderoso para todos aqueles que lutam contra o autoritarismo e o totalitarismo, transformando-se num dos principais pilares do regime democrático*” (Vieira, 2018, p.1).

Assim o princípio basilar do Estado de Direito é o fim do arbítrio na manifestação do Poder público e, conseqüentemente, a garantia de direitos individuais perante o Estado, deixando evidente que para este modelo prescritivo de organização social do Estado a vontade soberana será a *vontade do Direito*, e não mais a do governante.

Para que este princípio básico do Direito seja respeitado e o arbítrio no exercício das funções públicas seja eliminado, é necessário ter em mente que no Estado de Direito a lei (em sentido amplo) é soberana e caminha ombreada à liberdade que já desde o século XVIII vem ganhando força positiva, a exemplo do art. 5º da Declaração Francesa de 1789: *“A lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é defeso em lei não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena”*.

É assim que as ações dos governos não democráticos vão enfraquecendo, na medida em que a liberdade do real titular do Poder vai ganhando força de forma juridicamente regulada. Então, o Estado de Direito é, por excelência, um instrumento para assegurar juridicamente a liberdade.

Ora, se o povo entender que em razão da liberdade que cada cidadão goza dentro de um Estado de Direito entrega-se ao Estado a possibilidade de exercer o Poder do qual ele é titular (Teoria do Contratualismo), e que essa relação cidadão-governo tem como eixo central a lei, passa-se a entender que cabe buscar a máxima efetividade dos direitos que foram prometidos pela Carta Constitucional, ou seja, pela Lei Maior.

Fica evidente, então, a necessidade da efetividade da Teoria da Separação de Poderes - é por meio desta Teoria que o Poder do povo é exercido - na noção mais clássica do Estado de Direito, para que o exercício do Poder seja, de fato, um instrumento, por excelência, para assegurar a liberdade e não mais uma forma de opressão do Estado sobre os governados.

Nesse sentido, parece que as ideias de Estado, Direito, Democracia e Separação de Poderes, se aproximam em complementação uma da outra, formando um todo suficientemente disposto para o debate sobre a conveniência da manutenção do Estado de Direito, mas com a proximidade de alguns outros conceitos a serviço da transformação positiva e da emancipação social.

É assim, que se defende neste estudo a imperiosidade de se entender quais são exatamente as funções que cada parcela do Poder entregue ao Estado recebeu pela Constituição Federal de 1988. Apenas se houver o conhecimento e o entendimento da essência da Teoria da Separação dos Poderes - que é uma premissa básica para o funcionamento do Estado de Direito - e o que cada uma destas funções estatais tem como obrigação típica é que se pode alcançar a efetividade dos direitos constitucionais.

Afinal, a principal função de um sistema jurídico - e aqui rememore-se que o Estado de Direito se presta a habilitar juridicamente o Poder é servir de guia seguro para a ação humana e uma de suas premissas mais básicas é a:

“existência de uma separação entre aqueles que fazem as leis e aqueles com a competência para aplicá-las, sejam juízes ou administradores, para que as normas não fossem feitas com casos particulares em mente ... a legislação e a política deveriam ser também separadas.” (Vieira, 2018, p. 218).

Ora, todo sistema jurídico se cria e se mantém com a finalidade de proteger o homem, sob pena de perder a razão de ser. Isso é assim desde antes da concretização do Estado de Direito.

De tudo o que se expôs até aqui, resta evidente que o Estado de Direito nasce, então, com o intuito de controlar o Poder, que em verdade, em todos os momentos, nas mais diversas formas de sociedade estatal foi controlado por alguma entidade, mas em regra, sempre esteve nas mãos de poucos, e quase nunca dos cidadãos.

E foi diante desta necessidade de descentralização do exercício do Poder que a Teoria da Separação dos Poderes vinculou-se indissociavelmente com a essência do Estado de Direito, tornando-se premissa essencial para seu funcionamento.

“O Estado precisa intervir para trazer liberdade e igualdade materiais. De outro lado, as ações do Estado e em especial da administração pública devem ser influenciadas e controladas pelos cidadãos ... e por outros agentes estatais como o Judiciário ... Também, além de sofrer controles de outros agentes e do povo, é importante que os órgãos internos exerçam autolimitação...” (Robl Filho, 2013, p. 47).

Por fim, no Estado de Direito sobressaem-se o Poder amparado na força e o direito modelando o exercício dessa força:

“ ... podemos extrair alguns princípios da concepção dominante de Estado de Direito: a) princípio da supremacia da lei (rule of law), com a limitação do poder pelo direito positivo; b) princípio da legalidade, mediante o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei; c) princípio da irretroatividade da lei, para resguardo dos direitos adquiridos; d) princípio da igualdade jurídica ou isonomia, pelo qual a lei vale para todos e, portanto, a todos deve ser aplicada; e) princípio da independência funcional dos magistrados, consolidado pelas garantias inerentes ao Judiciário (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos). A tais princípios acrescentem-se as garantias constitucionais de direitos, v. g., habeas corpus e mandado de segurança, e a responsabilidade dos agentes públicos quanto a prejuízos causados aos particulares.” (Acquaviva, 2010, p. 20):

Tudo isso, tendo-se em mente o tripé principiológico básico e norteador do Estado de Direito, (i) o princípio da legalidade, que preconiza que é lícito ao homem fazer tudo aquilo que a lei não defina como proibido; (ii) o princípio da igualdade que, classicamente, se define como a possibilidade de se quinhoar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades; e, (iii) o princípio da não discriminação, que é bem entendido pela própria nomenclatura.

O Estado de Direito é essencial, então, para o debate sobre a justiça. Isso porque, na Modernidade, passou a assumir a responsabilidade de produzir condições de justiça em sociedade. Há poucas formas institucionais capazes de assumir essa tarefa, como o Estado de Direito:

“O equilíbrio interno da dinâmica de funcionamento do Estado de Direito reclama que se pense antes na relação tensa existente entre validade e facticidade, bem como na tentativa de sopesar, em igual medida, a importância da soberania popular ao lado da cultura dos direitos humanos, duas faces da lógica de funcionamento do Estado Democrático de Direito” (Bittar, 2016, p. 56).

Nessa medida, e diante de tudo o que se expôs até aqui, fica evidente que quando o Estado de Direito e, conseqüentemente a Separação de Poderes, se solidificam nos conceitos modernos de organização do Estado, apresenta-se com grande força o fato de que todas as ações do Estado devem acontecer e devem ser controladas pelo povo, que é o eixo central desta organização.

É necessário, por fim, que se entenda a carência de solidificação das instituições políticas fundamentais e de correção de distorções históricas de igualdade material na humanidade, com a finalidade de dar um passo adiante no sentido de aprimorar outras etapas de funcionamento do próprio modelo de Estado de Direito que se tem modernamente.

2 A IMPRESCINDIBILIDADE DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 Democracia

O conceito de origem do Estado que se adota neste estudo é aquele referente ao *contratualismo*, que nos explica o surgimento estatal pela necessidade natural das pessoas de conviverem de forma pacífica, para o que optam por entregar a uma entidade - o Estado - o exercício do Poder de regulamentação desta convivência, por meio de um contrato.

A partir daí é intrínseca ao conceito de Estado a imperiosidade de se atender sempre aos interesses daqueles que deram origem a esta instituição. Ora, as formas autoritárias, despóticas, ditatoriais, e qualquer outra que se possa dizer não-democrática de governança estatal, não refletem fielmente as origens contratuais do Estado, sendo a *Democracia* a fórmula que melhor espelha os ideais originários estatais.

Assim é que a palavra *Democracia*, derivada do grego antigo *demos + kratos*, está plenamente inserida no vocabulário atual. Etimologicamente e de maneira sucinta, pode ser entendida como o *governo do povo*, mas nas entrelinhas desta expressão, muitas questões estão embrenhadas.

Não é simples conceituar o termo *Democracia*. No entanto, não há necessidade de conceituação inicial do termo para sua posterior integração ao campo jurídico. Por si só, a palavra carrega uma essência jurídico-política, estando intrinsecamente ligada ao conceito de governança nos Estados modernos.

É por meio da *Democracia* que se pode atingir um nível superior de civilização.

“ ... o que distingue as civilizações entre si são os valores escolhidos pelos homens, bem como nosso êxito ou fracasso em organizarmo-nos para que tais valores sejam alcançados. O propósito fundamental do Estado democrático é de natureza moral. É contribuir através da atividade política para a civilização humana...” (Lipson, 1966, VII, p. 27)

Logo, não se trata de um conceito simples e pouco elaborado que remete apenas à forma de Governo de um Estado pela vontade soberana do povo. É muito mais do isso.

No capítulo referente ao Estado de Direito falou-se que essa forma de prescrição estatal é, por excelência, um instituto voltado a assegurar juridicamente a liberdade do indivíduo. Dessarte, imperioso ressaltar, que a Democracia reflete fielmente o pleno exercício daquela liberdade, que nos planos sociais, é o direito mais importante do cidadão.

A liberdade em participar ativamente das ações estatais - tais como liberdade de opinar, liberdade de decidir, liberdade de escolher - sempre por meio das regras jurídicas - forma o Estado Democrático de Direito.

Oito são os conceitos atribuídos ao termo:

“1) forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo; 2) sistema de governo em que cada cidadão tem sua participação; 3) sistema político dedicado aos interesses do povo; 4) forma de governo que tem o compromisso de promover a igualdade entre os cidadãos; 5) sistema político influenciado pela vontade popular e que tem por obrigação distribuir o poder equitativamente entre os cidadãos, assim como controlar a autoridade de seus representantes; 6) sistema de governo caracterizado pela liberdade do ato eleitoral; 7) governo que respeita a decisão da maioria da população, assim como a livre expressão da minoria; e, 8) país cujo sistema de governo é democrático.” (Dicionário Michaelis, versão “on line”).

Cada uma das conceituações tem a sua parcela de razão e todas juntas demonstram o que efetivamente tem-se por Democracia. O que se pode apreender por ora, é que conceitos como liberdade, igualdade e manifestação popular são indissociáveis do termo em questão.

Doutrinariamente, embora tenha sido tratada de maneira esparsa na história da humanidade antes dos idos tempos da antiga Grécia, a Democracia teve lá o seu berço. Em uma ocasião em que nobres persas se opuseram e mataram um pretendente medo ao trono imperial, sentiu-se a necessidade de reorganização do Governo outrora despótico, o que se pensou a partir de uma única pergunta: em quantas mãos se aloja o Poder supremo?

Interessante destacar que muito tempo antes da disseminação das ideias de John Locke e Montesquieu sobre a Separação dos Poderes, nas quais evidenciou-se que grande parte dos problemas da humanidade estava na concentração do Poder nas mãos de uma única figura, no surgimento da concepção de Democracia junto aos gregos antigos esta questão já rondava os povos.

Pensando-se, então, na reorganização do Governo, entendeu-se que o Poder poderia estar distribuído de três maneiras, das quais nascem três diferentes formas de Governo: nas mãos de um só (Monarquia), nas mãos de poucos (Aristocracia) ou nas mãos de muitos (Democracia).

Como a conquista do Governo imperial havia se dado em razão de uma batalha contra um déspota, nas mãos unicamente de quem se concentrava o poder, a forma mais aplaudida de prescrição estrutural do novo governo foi a Democracia.

E é assim que se solidifica na Grécia antiga a sua defesa. Parafraseando Heródoto:

“Quando a multidão governa, em primeiro lugar comporta o mais excelente de todos os nomes: a igualdade das leis. Segundo, não pratica nenhum daqueles atos que um monarca geralmente comete ... quando eram governados por um déspota, não tinham desejo de esforçarem-se, sob o comando daquele; mas, ao tornarem-se livres, cada um reagiu aos impulsos de sua própria vontade individual ... Isto prova, não em um só aspecto, mas em todos, que a igualdade de expressão é uma excelente coisa” (Lipson, 1966 p. 35).

Fundamentada, então, no governo de muitos a Democracia alicerça-se em bases legais provendo igualdade de direitos, obediência a essas leis e apreciação do valor do indivíduo.

Contudo, um governo que se fundava na vontade soberana do povo poderia trazer complicações na medida em que os homens, cansados dos excessos de um tirano, poderiam cair em seus próprios excessos, movidos por intemperança, paixões, violência e ignorância. À medida que eram impelidos a extremos, como numa guerra pela sobrevivência, deixaram-se guiar pela arrogância do Poder e abriram mão dos fundamentos morais de sua hegemonia.

Foi assim que, a Democracia ateniense entrou em declínio:

“Sob o esforço violento de uma guerra que se arrastava há um quarto de século, os atenienses degeneravam. A destruição deles era, em última análise, mais devida as suas próprias loucuras e excessos, do que à força ou virtude de seus adversários”. (Lipson 1996, p. 40).

Adepto da Oligarquia, Platão também deixou suas críticas à forma democrática de governo. Entendia que, em razão da liberdade - ele acreditava que a centralização era uma dádiva suprema e que a liberdade levava a sua ruína - ocupar o centro dessa forma de governo a sua qualidade estaria radicada às diversas personalidades e naturezas dos

homens. Dizia que a *Polis* ganharia, então, diversas marcas políticas. E que o problema disso estaria em atribuir igualdade tanto aos “*iguais como aos desiguais*”, o que condenaria o sistema a ter um mau fim.

Aristóteles, por sua vez, viu-se diante de uma reformulação daquela pergunta que levou os persas a pensarem a organização de um novo governo no pós queda do Império medo, ou seja, mais do que saber nas mãos de quem se concentrava o poder, era necessário entender no interesse de quem seria usado o Poder supremo por seus detentores.

Em sua resposta Aristóteles desenvolve uma ideia diferente - quanto à Democracia - daquela de concentração de Poder nas mãos de um (Monarquia), nas mãos de poucos (Aristocracia), e nas mãos de muitos (Democracia). Defendia que a concentração do Poder nas mãos de muitos fazia nascer uma Comunidade Política (sendo essa a terceira forma de governo) e que a Democracia era um desvio dela (assim como o eram a Tirania para a Monarquia e a Oligarquia para a Aristocracia).

Diante desse conceito de desvio da forma correta de Governo (Comunidade Política para Democracia) Aristóteles entendia que Democracia era uma versão imprópria do sistema da Comunidade Política. Era o governo pelo *Demos*, no interesse do *Demos*. E o que torna essa classificação significativa é que a Democracia passa a ser entendida como um domínio de classe e:

“ ... Admitindo que a classe em questão constitui a maioria, sua supremacia, ainda assim, não é sistema idealmente melhor, porquanto os Poucos são deixados à mercê dos Muitos que os exploram. O melhor que se pode dizer em favor da democracia, é ser o melhor dos desvios ... ”. (Lipson, 1966 p. 46).

Na verdade, o critério adotado por Aristóteles para identificar uma Democracia não foi simplesmente a concentração de Poder nas mãos de muitos. Entendia que o Poder deveria estar nas mãos dos pobres (ao contrário da Oligarquia, em que a concentração estava nas mãos dos ricos) e, como a classe dominante era de pobres, consequentemente, o Poder estaria com muitos.

Assim é que Aristóteles estabelece e situa os ideais da Democracia: (i) sua marca distintiva é a supremacia do *Demos*; (ii) O *Demos* são os pobres; (iii) as virtudes políticas que esta classe aprecia são a igualdade, a liberdade e o governo da maioria; (iv) igualdade porque todos estão no mesmo nível e isso se estende a uma igualdade geral de direitos; (v) liberdade porque não são mais escravos, de onde derivam todas as liberdades

específicas; e, (vi) governo da maioria porque os pobres são numerosos e a solidariedade da massa é o segredo do seu Poder (Lipson, 1966, p. 49).

De Heródoto a Aristóteles um século se passou e nele a Democracia grega¹⁴ nasceu, modificou-se e, por um tempo, deixou de ser considerada¹⁵. Os critérios que se agregaram ao conceito no decorrer daqueles cem anos deixaram evidente que a Democracia não foi, então, conceituada simplesmente como o governo do povo. Os conceitos de liberdade e igualdade fazem parte dela e a análise de três pontos é essencial para a sua compreensão.

O contexto social, o sistema governamental e os ideais filosóficos precisam ser pontuados no estudo da Democracia grega. O primeiro, leva em consideração, essencialmente, o governo pelos pobres. O segundo, se vincula com o governo da maioria (porque ela é composta pelos pobres). E o terceiro engloba a igualdade, a liberdade e a versatilidade.

Como a Democracia surgiu de ideias sólidas e bem alicerçadas, embora tenha por um tempo praticamente deixado de existir no período pós Aristóteles, não desapareceu para sempre. A história mostra que Locke e Montesquieu, séculos depois, também deixaram seu legado sobre essa forma de governo. “

“A democracia moderna, contudo, é produto do século XVIII: é com Montesquieu, posteriormente, com Rousseau e Madison – que a participação popular e o paradigma representativo serão incorporados

¹⁴“A democracia antiga é comumente associada à conotação negativa que a tipologia aristotélica das formas de governo lhe conferiu. De acordo com essa tipologia, as formas de governo são classificadas conforme a quantidade de pessoas que exercem o poder e a qualidade de seu exercício. Segue, em consequência, que o poder poderá ser bem ou mal exercido em qualquer uma das seis formas de governo identificadas por Aristóteles. Será bem exercido quando se voltar ao bem comum, isto é, ao bem da pólis, e mal exercido quando se voltar a interesses privados, seja de um ou de muitos. Realeza, aristocracia e politeia são formas boas em oposição à tirania, à oligarquia e à democracia, que são formas ruins; cada uma delas designa, respectivamente, o governo de um, de poucos ou de muitos. Por mais de dois mil anos, a democracia dos antigos conservou tal conotação negativa, em parte em razão de certa incompreensão de seus pósteros sobre o significado da simbiose entre vida política e vida religiosa, e entre titularidade e exercício do poder, que se operava nas cidades gregas, e, em parte, por causa da confusão dos conceitos de democracia e república. No primeiro caso, a concepção da lei como expressão da vontade ilimitada de alguns cidadãos e a tomada de decisões por unanimidade, mediante aclamação, são, na visão dos modernos, os problemas mais evidentes que emergem dessa simbiose. Consideremos, porém, que a pólis não era, propriamente, uma cidade-Estado, como muitas vezes é definida, mas uma cidade-comunidade, ou koinonía, na qual tudo se fundia no demos; reconhecer a regra da maioria ou o princípio da soberania popular, nesse contexto, equivaleria a fomentar a desunião. Além disso, a participação política, exclusivamente masculina, associava-se ao pertencimento à cidade-Estado, condição sine qua non da cidadania”. (Ranieiri, 2019, p. 305).

¹⁵ “As conquistas de Filipe e Alexandre destruíram a independência da Polis reduzindo seu Governo ao nível de administração local. O Governo central era o domínio monárquico-militar de um reino lutando para obter e manter um império. A partir desse momento, a prática da democracia foi interrompida.” (Lipson, 1996, p. 50).

à democracia moderna, este último como a sua principal característica". (Ranieri, 2019, p. 305).

Para John Locke o estabelecimento da forma de governo depende da “*colocação do poder supremo*”, ou seja, do Legislativo. Em outras palavras, tendo a maioria todo o Poder da comunidade naturalmente em si, estará em condições de usar esse Poder na elaboração das leis:

“ ... desde que os homens começaram a se reunir em sociedades, a maioria de sufrágios teve naturalmente todo o poder e pode utilizá-lo para fazer, periodicamente, leis destinadas à comunidade, leis estas executadas por funcionários por ela nomeados. Nesse caso, a forma de governo é uma perfeita democracia...” (Locke, 2011, p. 88).

Montesquieu, por sua vez, ao tratar das formas de Governo (Monarquia, Despotismo e República), dividiu a terceira delas em duas subespécies a Aristocracia e a Democracia. Tratando desta última, dizia que o seu princípio propulsor era o Patriotismo (que ele chamava de *virtude política*), e se referia aos políticos gregos como pessoas bem dotadas desta virtude: “ *... Fora sempre tão fácil triunfar sobre as forças de Atenas quanto difícil triunfar sobre o seu Patriotismo.*” (Mota 2007, p. 103)

Para ele a Democracia, assim como para Locke, estava fortemente ligada ao Poder Legislativo e era verificada na condição em que se encontravam os elaboradores das leis, de igualdade com o povo na execução delas. Dizia que em um governo democrático os que fazem as leis estão também sujeitos a elas e sentem o seu peso mas que, quando a sua execução cessar estar-se-ia diante da corrupção da República.

Por fim, Montesquieu resume a Democracia como sendo o amor à igualdade e à frugalidade:

“O amor à Pátria conduz à excelência dos costumes, e a excelência dos costumes leva ao amor à Pátria. Quanto menos podemos satisfazer nossas paixões particulares, mais entregamo-nos às gerais ... O amor da República, numa Democracia, é o amor à Democracia; o amor à Democracia é o amor à igualdade. O amor à Democracia é ainda o amor à frugalidade ... O amor da igualdade numa Democracia, limita a ambição ao só desejo, à só felicidade de prestar à Pátria maiores serviços que os outros cidadãos ... na Democracia, as distinções nascem no princípio da igualdade ...” (Mota, 2007, pg 103).

Já no Estado Moderno, entre o fim do século XIX e início do XX - momento em que a extensão do sufrágio universal a homens e mulheres fez com que se pensasse em Democracia representativa - Hans Kelsen definiu a Democracia como sendo uma

forma de governo em que houvesse efetiva participação dos governados na escolha dos governantes e na criação do ordenamento jurídico do Estado (Filomeno, 1947 p. 123).

Para ele a Democracia é um meio de criação da ordem social e isso, por si só, não resolve as querelas da comunidade. Sua grande vantagem é o relativismo político que garante a liberdade, na medida em que a Democracia julga a vontade política de cada indivíduo da mesma maneira e respeita igualmente os seus credos políticos.

Kelsen dizia que o valor fundamental da Democracia, portanto, é a liberdade de cada indivíduo e, mais precisamente, a garantia do menor grau possível de a liberdade não existir.

“Os pontos fundamentais de sua doutrina democrática, portanto, encontram-se focados no problema da contraposição entre autonomia (como aspiração do homem à liberdade) e heteronomia (coerção externa exercida pelo Estado) e entre liberdade e não liberdade. É que a teoria das formas de governo de Kelsen encontra-se organizada pelo critério da força, que tanto pode derivar da base da pirâmide social (governo ascendente), como de seu vértice (governo descendente). A democracia é o sistema político pelo qual a ordem social é criada e aplicada pelos que estão sujeitos à ordem, de tal modo que a liberdade política, no sentido de autodeterminação, esteja assegurada. Mas não basta a liberdade política, é necessário que a liberdade e a autonomia intelectuais também estejam asseguradas, de tal forma que a oposição se expresse” (Ranieri, 2019, p. 309).

Dessarte, com a solidificação do Estado de Direito a colocação do Poder - que ao final é o que determina a forma de governo de um Estado - em um Estado Democrático desenvolve-se de acordo com as disposições das normas jurídicas e tem por objetivo assumir um sistema de governo legitimado pela vontade do povo.

Assim é que, para desenvolver a ideia de Democracia moderna, aos elementos originais da Democracia grega outros foram adicionados, podendo-se falar em ordenamento jurídico - como já mencionado - e na opinião pública, não como sinônimo de vontade da maioria, mas como um norte para os governantes na tomada de decisões ou então, na mudança dos rumos inicialmente traçados.

Veja-se que a ideia não é mais de Democracia direta, como na antiga Grécia, nem se exige mais que os governantes simplesmente devam refletir cegamente a vontade da maioria, sob pena de ser criada uma “ditadura” dela. A ideia é que haja um diálogo entre governantes e governados e esse diálogo possa ser um instrumento útil na tomada de decisão dos que detêm o poder.

À medida que a sociedade desenvolveu-se e tornou-se mais complexa a Democracia direta, então, abriu espaço à Democracia representativa. Diante dessa constatação, pode-se dizer que a Democracia não é algo que se possa estabelecer e determinar o momento a partir do qual será adotada, mas é um processo dinâmico que não acaba.

“Para uma ‘Teoria da Democracia’, devem-se pensar os desafios inerentes ao processo ‘modernização’ e às ‘patologias sociais’ que impedem a afirmação da vida autorrealizada em sociedade, quando a sociedade impede que o indivíduo a implemente, quando o indivíduo impede que a sociedade a implemente ... Assim, procura-se compreender como a conquista da democracia se afirma, historicamente, das instituições para a sociedade, e da sociedade para as instituições, considerando-se os profundos déficits democráticos de realidade social como manifestações de patologias sociais do processo de modernização. Para fins desta análise, portanto, o processo de democratização é interpretado como uma fronteira do processo de modernização, o que permite à análise considerar os desvios desse processo como patologias antidemocráticas, originando impedimentos à integração social democrática.” (Bittar, 2016, p. 48).

É dessa maneira que o ápice do processo de modernização democrática comporta a conquista da *vida autônoma/liberdade* e a *consolidação da justiça social*, a fim de se alcançar a satisfação de demandas por direitos humanos, o que define grande parte dos esforços democráticos.

No processo evolutivo da Democracia na história da humanidade passou-se, como já se viu, pela Democracia direta (na antiga Grécia, em que os governados, em plena praça pública indicavam as normas que regeriam a polis) atingindo a Democracia indireta ou representativa, em que o povo delega o exercício do Poder do qual é titular aos seus representantes.

Mas é importante esclarecer que nesse conceito de Democracia, o povo não deixa de se manifestar. Quando necessário, os instrumentos para tanto são o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular¹⁶.

Esse tipo de Democracia reflete uma densa diferenciação entre governantes e governados. Aqui, estes escolhem aqueles, que passarão a representá-los, havendo

¹⁶“Em nosso país, o art. 14 da Constituição Federal que trata das três modalidades de participação direta popular no processo político, está disciplinado pela Lei nº 9.709, de 18.11.1998. Exemplo bastante elucidativo desse instrumento da democracia direta se deu no Brasil com a apresentação popular e aprovação pelo Congresso Nacional da chamada “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135, de 04.06.2010), que estabelece novos tipos de inelegibilidades para candidatos a todo e qualquer mandato político, notadamente nas hipóteses de condenações criminais por órgão colegiado do judiciário.” (Filomeno 2016, p. 132).

manifestação da vontade popular nas deliberações finais, apenas em casos mais complexos.

Ocorre que, na Democracia - indireta ou representativa - a questão que rondou os pensamentos dos antigos gregos, de Locke e de Montesquieu e que os levou a pensar tanto na Democracia em si, como na Teoria da Separação de Poderes, respectivamente, acaba por minar a efetividade dessa forma de governo.

E quando as formas representativas, pela corrupção daqueles que detêm o poder, perdem a legitimidade o ponto de chegada é, sem dúvida, a ilegitimidade de todo o sistema.

Em outras palavras, o uso ilegítimo do poder, a corrupção, a lisonja, a vaidade, a vanglória daqueles que o exercem fez desvanecer o Poder do povo, representado pelos governantes, na Democracia Indireta. O povo viu-se limitado à escolha de seus representantes, que por sua vez agem sem qualquer vínculo com a representação, o que culmina na falência dessa espécie de Democracia.

Fatores como a decepção popular com cenários públicos, a corrupção e a impunidade dos detentores do poder, a deterioração das condições sociais e a complexidade dos problemas que as mais diversas sociedades modernas enfrentam, são fatores que, juntos, estão levando a Democracia representativa à derrocada.

Para Montesquieu:

“O princípio da Democracia é corrompido não só quando se perde o espírito de igualdade, mas ainda quando se adquire o espírito de extrema igualdade, e cada um quer ser igual aos que escolher para mandar. Então, o Povo, não podendo suportar mesmo o poder que ele confiou, quer fazer tudo por si mesmo: deliberar em lugar do Senado; executar em lugar dos Magistrados; e despojar todos os Juízes. Não pode mais haver Patriotismo na República ... O Povo cai nessa desgraça quando aqueles a quem ele se entrega, querendo ocultar a própria corrupção, procuram corrompê-lo ... para que ele não lhes veja a ambição, falam só da grandeza dele, para que não lhes perceba a avareza, estimulam sem cessar a do Povo.” (Mota, 2007, p. 125).

Quando esses fatos mostram-se presentes em uma sociedade há uma inevitável e iminente fragilização do processo democrático. A Democracia é bloqueada, tornando-se uma Democracia sem povo, o que é uma forte contradição.

Esse quadro leva à necessidade de reorganização dos elementos da Democracia para que a humanidade possa continuar no desenvolvimento do processo de aprendizagem dessa forma de governo.

Diante disso, importante esclarecer, que a Democracia pode ser vista sob dois critérios: o quantitativo – desenvolvido por Bobbio - e que tem a ver com a *regra da maioria* como instrumento da Democracia; e o qualitativo - desenvolvido por Habermas - que tem a ver com a *regra do melhor argumento*, ou seja, por meio da razão comunicativa a decisão democrática passa por um procedimento em que autores e sujeitos - da decisão - consentem sobre o melhor resultado.

O critério qualitativo, está muito mais em harmonia com a necessidade acima referida de evolução do conceito de Democracia representativa, na medida em que, um conceito renovado tem de ir muito além da participação do povo na escolha dos atores do governo, conforme já se tratou.

Tem a ver com uma forte atração da proteção constitucional para os súditos do Estado de maneira a afirmar a superioridade da Constituição, a existência e a materialização de direitos fundamentais, o direcionamento das ações estatais por meio da legalidade e um amplo sistema de garantias jurídicas e processuais.

Com essa visão renovada de *Democracia* podemos dizer que houve uma evolução da perspectiva qualitativa deste conceito para o conceito que se convencionou chamar de *democracia deliberativa* que:

“ ... surge nas duas últimas décadas do séc. XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduziam a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes. Em oposição a essas teorias agregativas e elitistas a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. A experiência histórica demonstra que, assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada. A democracia deve envolver ... a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da res publica ... todos devem ter, de fato, iguais possibilidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito, que é entendido, portanto, como condição, requisito ou pressuposto da democracia. De fato, não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais.” (Fernandes, 2017 p. 299).

A Democracia deliberativa ou participativa tem o condão de legitimar a vontade constitucional, lançando mão de mecanismos plebiscitários desta forma de governo em sua versão semidireta.

Vê-se quase que um retorno às origens democráticas na tentativa de legitimação dessa forma prescritiva de estruturação do governo. E é assim que deve ser.

O processo democrático, conforme já se disse, não é estático, nunca se completa, mas está sempre em movimento, na busca dos melhores cenários sócio-estatais. O povo é a fonte de todo o Poder legítimo e enquanto o processo democrático voltar para a fonte popular as suas forças, certamente estará no rumo mais correto.

Esse processo legitimatório se dá por meio do respeito e salvaguarda de princípios e axiomas que expressam a unidade valorativa do sistema: “ ... a única forma possível de pôr termo à crise constituinte, e instalar um poder legítimo, refratário às comoções, aos estremecimentos, às surpresas da anarquia, à desorganização moral e espiritual da sociedade e do Estado, combalidos em seus fundamentos de autoridade ... ”. (Linhares 2016, p. 5).

É diante dessa perspectiva que se pretende avançar, não descartando de todo a ideia da Democracia representativa, até porque ela é necessária, mas reconhecendo os seus problemas, criando uma nova cultura com a efetiva participação dos sujeitos coletivos que possam, de fato, refletir a comunidade.

“ ... assiste-se a um processo histórico, no qual a democracia (deliberativa) nasce do interior da democracia (representativa). Essa gestação passa exatamente pelo processo agonístico de crise, indefinição e insegurança, que permeia nosso contexto sociopolítico-econômico. A partir desse movimento, a democracia persiste como meta e se reinventa no horizonte do imaginário teórico, na mesma medida em que no imaginário e nas práticas políticas e sociais contemporâneas” (Bittar 2016, p. 61).

A Democracia deliberativa, então, vai além dos contornos daquela representativa, na medida em que, é entendida como uma forma política que aceita a produção legal legítima de leis que se originem na deliberação pública de cidadãos.

“ ... a ideia fundamental da doutrina da separação de Poderes, portanto, é evitar a concentração e o exercício despótico do poder, isto porque as consequências da concentração do poder são desastrosas. Daí, fácil percebermos que o princípio da separação de Poderes é, senão de todas, umas das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas iníquas e arbitrarias, pondo em risco a liberdade - e consequentemente a democracia - Ao revés, poder limitado é liberdade garantida.” Grifei. (Fernandes, 2017, p. 304).

Há no processo democrático deliberativo o surgimento de uma nova classe política:

“ ... ‘a do cidadão partícipe, vocacionada, de imediato para a democracia direta; aquela que entra em substituição dos corpos

representativos, cuja pravidade e degenerescência os aliena da vontade popular, até então pedestal de uma legitimidade perdida'. Clama, assim, pela necessidade de educação política do povo para a construção do que denomina de 'tribunal constitucional da democracia participativa' ...” (Linhares 2016, p. 57).

É assim, mais se aproximando do conceito de *Democracia deliberativa* que se deve caminhar para o atingimento de um efetivo Estado Democrático de Direito. Ora, ao aplicarmos as premissas desta ótica de *Democracia* teremos (i) a justificação principiológica das decisões públicas tomadas pelo povo - diretamente ou por seus representantes; (ii) a plena publicidade das deliberações públicas; (iii) a relatividade do processo deliberativo, que deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade e, portanto, não ser absoluto. Com estes preceitos atendidos, os direitos fundamentais do povo serão mais facilmente garantidos.

Entretanto, é importante que se cuide da educação política do povo, pois somente assim terá condições e estrutura de participar efetiva e eficazmente do cenário político do Estado. É imprescindível que se prepare cidadãos ativos, capazes de formular e expressar suas preferências a seus concidadãos, governantes e representantes.

Não é difícil concluir que a lógica democrática de governança estatal, que aprendemos diariamente e nunca se completa, é a que melhor protege os direitos fundamentais do cidadão e mais fielmente espelha as intenções contratuais que levaram à formação do Estado como instituição e, portanto, é a que melhor proporciona liberdade ao indivíduo, sendo este um direito ínsito ao ser humano.

E mais, é importante que se tenha em mente, quanto aos direitos fundamentais e a lógica da Separação de Poderes em um Estado Democrático de Direito, que aqueles direitos devem servir de limitação aos três Poderes constituídos, porque são superiores a eles. As funções legislativa, executiva e judiciária existem, justamente, para equilibrar a materialização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Se a Carta Mãe traz um rol de direitos sem os quais o âmago do ser humano se esvazia – dignidade da pessoa humana – a previsão, também constitucional, da Separação de Poderes foi adotada para garantir a efetividade deles. “*Os atos dos Poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezam*” (Branco, 2014, p. 148).

Assim, tem-se que a essência do Estado Democrático de Direito está subordinada à Constituição e funda-se na legalidade democrática.

“Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, destacar a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses” (Silva, 1988, p. 23).

Contudo, a forma e estrutura do Estado Democrático de Direito, sempre baseadas no raciocínio exposto acima, precisam ser aprimoradas com frequência para que a mola propulsora que levou os antigos gregos a idealizarem-na não se perca, afinal, Democracia sem participação popular *“é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis”* (Linhares 2016, p. 5).

2.2 O Estado e os Poderes do Estado

O conceito mais clássico de Estado explica que trata-se de uma ordem jurídica soberana, cuja finalidade é o bem comum físico e psíquico de um povo situado em determinado território.

“Em face de todas as razões até aqui expostas, e tendo em conta a possibilidade e a conveniência de acentuar o componente jurídico do Estado, sem perder de vista a presença necessária dos fatores não jurídicos, parece-nos que se poderá conceituar o Estado como ‘a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território’” (Dallari, 2014, p. 122).

Ocorre que, antes de este conceito ser firmado diversas teorias foram desenvolvidas a fim de explicar a origem dessa instituição política.

Em tempos anteriores ao desenvolvimento dessas teorias, contudo, não era comum a utilização do termo “Estado”. Nas duas civilizações antigas que foram berço de diversos conceitos relacionados a essa expressão - Roma e Grécia - não se fazia menção a ela. Em Roma havia a designação da *Civitas*, ou seja, a cidade. Na Grécia a instituição equivalente ao Estado era conhecida como *Polis*.

Assim é que:

“ ... destacam-se dois grandes grupos de teorias explicativas da sociedade e, por consequência, do Estado: o das ‘teorias teológicas’, que veem o toque divino nessa origem, de um lado, e o das ‘teorias contratualistas’, segundo as quais os homens é que, em determinado momento, convencionam criar um novo ente para suprir suas necessidades não satisfeitas pelos esforços apenas individuais, e para tanto abrem mão de suas respectivas liberdades, em parte” (Filomeno, 2016, p. 72)

Teorias menos desenvolvidas defendiam, por exemplo, que os Estados tiveram sua origem nos grupos de agricultores. Outras, que a origem estatal estava nas causas militares, etc. Todas, no entanto, atribuem a origem do Estado ao *“espírito gregário do homem, consoante bem sintetizado pelo sábio de Estagira, Aristóteles: ‘antropos, politikon zoon’ (O homem é o animal político)”* (Filomeno 2016, p. 73).

Para Hobbes, um dos idealizadores da Teoria do Contratualismo:

“ ... a arte humana é responsável pela criação do grande animal, à imagem e semelhança divinas, a que chamou Leviatã. Assim como Deus criou a natureza, o homem criou o Estado, que ele chama de homem artificial. A soberania é o que proporciona vida e alma ao Estado, assim como os demais entes políticos que o compõem lhe conferem a força vital, base da sua sustentação. Os pactos e as convenções constituem o Fiat, ou seja, criemos o Estado, tal como o próprio homem idealizado por Deus criador” (Filomeno, 2016, p.73)

Essa Teoria do Contratualismo, é a que melhor explica o surgimento do Estado. Foi desenvolvida por diversos pensadores dos séculos passados, sucessores de Thomas Hobbes, entre os quais John Locke. Conforme já tratado, suas ideias tinham como fundamento, basicamente, as leis da natureza como norte da vida humana.

Entretanto, o homem, como ser essencialmente social, deixando seu estado de natureza e agrupando-se em comunidades deparou-se com a complexidade da convivência, necessitando de um ente superior a cada indivíduo, soberano na criação e na execução de leis positivas regentes da conduta de cada um e de todos considerados como um corpo.

O Poder, antes exercido pelo próprio homem - único senhor e detentor dele - é, então, entregue nas mãos daquele ente soberano para que cumpra as funções para as quais foi pensado.

Resta claro que a essência do Estado, então, é a soberania, ou o Poder incontestável de fazer e executar as leis a fim de preservar a ordem da comunidade, o bem

estar do corpo social e a organização dos seus elementos formadores dentro dos limites do seu território.

“Dada a ação profunda que exerce na formação e aplicação do direito, submeter o próprio Estado à observância das regras jurídicas não é algo fácil. O Estado, com efeito é, desde logo, um poder e todo poder tende a não suportar qualquer entrave. O fato de que o Estado, ao agir, está representado por homem, muitas vezes levados ao excesso do poder que encarnam, nada facilita ... Atualmente o Estado é, no conjunto das suas atividades, limitado pelo Direito porém deve-se admitir, trata-se de uma limitação consentida pelo Estado e, de certa forma, desejada por ele, isto é, uma autolimitação” (Hauriou, 1975, p. 68).

O Estado é, assim, o responsável soberano pela criação e aplicação do direito com sua força coercitiva (e aqui estão os Poderes que o Estado exerce: Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente). É uma sociedade politicamente organizada, na medida em que ele se revela o agente da manutenção de uma ordem coercitiva, ou seja, de um sistema jurídico legitimado.

Ora, no momento em que as leis são criadas pelo Estado, a transformação do que era político em algo jurídico, se dá por uma decisão de quem, legitimamente capacitado para tanto, exerce o Poder. Esses atos soberanos de decisão são criativos e iniciadores da determinação de qual será o conteúdo regente do Estado, dos cidadãos e de suas relações. Tudo em busca do bem comum.

“ ... o Poder carece de algo mais além da própria força, pois o poder age de modo estratégico na constituição da relação entre os homens. Quando, nas relações sociais, um pode mais que o outro, a ponto de determinar e controlar os resultados de sua ação, está-se diante de um tipo de procedimento que expressa o poder. O Poder, portanto, conta com a possibilidade de adesão, espontânea ou forçada, do comportamento alheio, como mecanismo e instrumento para manutenção da própria situação de poder...” (Bittar, 2016, p. 21).

O homem não se basta por si e o Estado é justificado na sua necessidade de encontrar satisfação para seus anseios fundamentais. Logo, vivendo em sociedade, almeja a obtenção de uma ordem e um limite criados pelo exercício do Poder por uma instituição competente, para que mais facilmente possa atingir metas e fins ínsitos à natureza humana. Essa é a origem mais certa do Estado.

Fica evidente que, seja qual for a Teoria que se adote para explicar a origem do Estado, sua essência está na institucionalização do Poder. Em outras palavras, os homens, detentores originais do Poder, quando passam a viver em sociedade,

automaticamente, precisam decidir qual o núcleo despersonalizado desse grupo que exercerá o Poder, agora do corpo social. Haverá, a partir daí a definição das fontes das normas de conduta e quais são essas normas efetivamente.

Importante esclarecer que a institucionalização do Poder é a dissociação entre a pessoa que em cada momento tem o seu exercício e o Poder em si. É a fundamentação do Poder não mais nas qualidades pessoais do governante, mas no Direito que o investe como tal. É a subordinação do Poder à satisfação de fins não pessoais e egoísticos, mas à realização do bem do corpo social, o bem comum (Jorge Miranda, 2019, p. 6).

A institucionalização do Poder, então, é uma das várias formas de exercício do Poder estatal, é uma forma de organização social que retira o Poder das mãos do próprio titular e o entrega ao Estado.

O Poder institucionalizado no Estado deve estar a serviço das causas do corpo social, por mecanismos legitimados para implementar a garantia liberal, de que o indivíduo não será absorvido pelo Estado, ao mesmo tempo em que se deve implementar a garantia social, de que a igualdade material será buscada pela posição interventiva e gerencial do Estado.

Assim, o Poder e o Direito não são mais difusos. O Poder passa a ser exercido por um órgão estatal e o Direito passa a emanar de fontes próprias, também estatais e não mais pessoais.

Essas lições coadunam-se às de Locke quando tratou do surgimento do Estado. Deixou claro que o Poder era o centro de toda a Teoria do Contratualismo, na medida em que sendo, no estado de natureza, de titularidade do homem, na vida em sociedade estatal não poderia mais ser assim. O exercício desse Poder agora, passaria para as mãos do Estado. E o Estado exercê-lo-ia por meio do Legislativo, que criaria as leis e do Executivo, que as executaria.

As mesmas noções básicas fundamentaram as concepções de Montesquieu ao desenvolver a Teoria da Separação de Poderes. Entendia que as funções estatais, sobretudo a Legislativa e a Executiva, necessariamente deveriam ser realizadas por meio de órgãos independentes entre si, a fim de que o Poder pudesse ser exercido de maneira a beneficiar toda a humanidade, pondo fim à desordem e ao caos.

De acordo com essas premissas, então, pode-se concluir que o Estado surge quando o Poder se institucionaliza e a um só tempo este Estado é a fonte irradiadora do Direito e garantidora da sua efetiva observância.

Não obstante os conceitos trazidos acima, é importante evidenciar que o Estado,

“não se cristaliza nunca numa fórmula acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo ... ; os fins a que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão se modificando e, o mais das vezes, ampliando”. (Jorge Miranda, 2019, p. 8).

É assim que o Estado moderno vem se desenvolvendo desde o século XVI até os dias atuais, num mundo em transformação, ao mesmo tempo em que ele próprio é um elemento de transformação do mundo, *“sofre o influxo das condições espirituais, socioeconômicas e internacionais, mas também vai tentar pô-las ao seu serviço. Daí toda uma série de interrelações¹⁷ que não podem ser esquecidas”.* (Miranda, 2019 p. 31).

No decorrer dos tempos, do surgimento dos primeiros Estados (entendido no conceito de instituição política) até os dias atuais, no lugar da tradição, tem-se o contrato social; no lugar da soberania do príncipe, tem-se a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; ao invés do exercício do Poder por um só - ou por poucos - o Poder exercido por muitos, eleitos pelo corpo social; em vez de súditos, cidadãos e a consideração da dignidade do ser humano, apenas por serem pessoas humanas, com direitos consagrados na lei.

Muito embora muitos elementos imbricados com o conceito de Estado que hoje se conhece tenham surgido no decorrer do processo evolutivo do Estado, é no século XX que eles ganham espaço. Fala-se, sobretudo, daqueles conceitos que envolvem o ser humano como sujeito de direito.

¹⁷ *“Conhecem-se as condições espirituais: o Renascimento, a Reforma e a Contra-Reforma, com as crises psicológicas e morais conexas; do humanismo ao racionalismo e do racionalismo ao romantismo; o espírito científico e a rebeldia contra o espírito religioso; o progresso técnico e o aproveitamento (tantas vezes, a degradação) da natureza; a difusão da cultura e a passagem da cultura de Corte e de claustros à cultura de massas. Conhecem-se as condições socioeconômicas: a decadência da nobreza e da aristocracia rural e a ascensão da burguesia até chegar, no século XIX, a praticamente monopolizar a vida política; o desenvolvimento do capitalismo sob várias formas econômicas e jurídicas; a revolução industrial, o aparecimento da classe operária, o sindicalismo e a amplitude dos conflitos sociais. ... No plano exterior avultam os descobrimentos marítimos e a expansão colonial, por um lado, e o sistema de Estados, por outro. Um e outro fatores (nuns casos mais o primeiro, noutros mais o segundo) afetam profundamente a estrutura dos Estados europeus. A expansão marítima e colonial há de conduzir à planetarização das formas jurídico-políticas. O sistema de Estados vive num processo dialético de solidariedade e antagonismo, de isolamento e associação, de neutralidade e coligação, de luta pela hegemonia e de equilíbrio; e o seu modelo acaba por ser transposto, após a guerra de 1939–1945, para o plano mundial”* (Miranda, 2019, p. 75).

O século XX¹⁸ foi marcado pelas duas Guerras Mundiais (a primeira de 1914 a 1918 e segunda de 1939 a 1945), por crises econômicas, por mudanças sociais e culturais e por um progresso técnico sem precedentes. É nesse momento da humanidade que acelerou-se o ritmo das mudanças políticas e sociais.

“A última década do século XX é cenário de incessantes e profundas transformações ... Requerem-se mudanças fundamentais, mas é imprescindível que as mesmas contribuam para a consolidação da democracia, promovam um desenvolvimento econômico sólido e propiciem uma distribuição mais justa dos recursos. Estas são tarefas históricas de excepcional importância” (Garcia, 2018, p. 72).

Alguns pontos dominantes nos dois períodos pós guerra marcam fortemente a mudança do Estado conhecido no século XIX para o Estado do século XX:

“ ... As transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista, social, vem contraposto ao laissezfaire liberal; o acesso (ou luta pelo acesso) das mulheres à igualdade ... de direitos na família, no trabalho, na participação política; o aparecimento e, depois, o quase completo desaparecimento de regimes totalitários de diversas inspirações; a emancipação dos povos coloniais, com a distribuição agora de toda a Humanidade por Estados - por Estados quase todos moldados pelo tipo europeu, embora com sistemas político-constitucionais bem diferentes; a institucionalização da comunidade internacional, através de organizações a nível mundial ou só continental ou regional; a proteção internacional dos direitos do homem” (Miranda, 2019, p. 46).

Esse foi um momento em que o exercício arbitrário e abusivo do Poder mostrou-se com grande força, marcando negativamente a humanidade. A esse respeito Hannah Arendt apresentou críticas às formas de extermínio, às atrocidades perpetradas nos campos de concentração, às formas de manipulação das massas pela propaganda totalitária, do uso da tecnologia para dar destaque ao ódio racial, e foram indicativos de desvio de Poder, de uso equivocado de uma autoridade que deveria servir ao bem da humanidade (Arendt, 2017, p. 153).

É assim que em muitos Estados do século XX direitos econômicos, sociais e culturais ganham contornos constitucionais ao lado dos direitos e garantias individuais (que tiveram seu destaque no século XIX). O alargamento dos fins do Estado é visível,

¹⁸ *Três décadas – de 1884 a 1914 – separam o século XIX – que terminou com a corrida dos países europeus para a África e com o surgimento dos movimentos de unificação nacional na Europa – do século XX, que começou com a Primeira Guerra Mundial. É o período do Imperialismo, da quietude estagnante na Europa e dos acontecimentos empolgantes na Ásia e na África. Certos aspectos fundamentais dessa época assemelham-se tanto aos fenômenos totalitários do século XX que se poderia considerar esse período como estágio preparatório para as catástrofes vindouras”* (Arendt, 2017, p. 153).

na medida em que passa a ser sua finalidade também a execução de todos aqueles direitos que foram erigidos aos campos de muitas Constituições ao redor do mundo.

É também no século XX, que o Poder Legislativo, protagonista do século XIX, cede espaço ao Poder Executivo que passa a ter mais realce. O Poder Judiciário, por sua vez, que no século XVIII havia sido pensado timidamente por Montesquieu, também recebe a devida atenção no século XX. É assim que se pode dizer que o século passado talvez tenha sido muito mais importante que o seu antecessor, em se tratando da evolução do conceito de Estado.

Foi nesse século que o Estado atingiu a sua máxima expansão. Essa afirmação se dá em razão do surgimento, sobretudo no segundo pós guerra, das organizações internacionais (OIT, ONU, OMS, OMC, MERCOSUL, etc), entes formados por diversos Estados, com autonomia em relação a cada um deles. Cada uma dessas organizações possui um fim próprio, um âmbito de atuação diferente, com acesso e poderes autônomos, mas todas com um fim maior único, o bem da humanidade, nos seus mais diversos campos de atuação (Miranda, 2019, p. 48).

O Estado, que desenvolveu-se ao longo do tempo, na forma como exposto, diante daquelas organizações não deixa de ser Estado, e nunca deixará de sê-lo, mas atinge um nível tal, que unido a outros Estados dá vida a uma instituição diferente dele, mas não superior. É ele Estado, quem continua a exercer o Poder que outrora lhe foi entregue pelas mãos do homem e este Poder não pode ser transferido, ainda que para aquelas organizações internacionais.

Assim, pode-se afirmar que o Estado “ ... *funciona como um agente fundamental na criação e recriação das estruturas que aplicam no direito a expectativa de distribuição do justo* ” (Bittar, 2016, p. 27).

É de extrema importância que se tenha em mente que as funções estatais foram pensadas para que funcionem independentes e harmônicas, cada uma delas atuando de acordo com o quanto estabelecido pela Constituição do Estado, a fim de que nessas independência e harmonia representem o exercício do Poder, que é uno e indivisível.

Entretanto, se a manifestação do Poder não acontecer da maneira como determinado pela Constituição a essência da Teoria da Separação de Poderes estará em risco. Todas as ações de cada um dos Poderes constituídos devem ser coerentes com o sistema e com a estrutura estatais e, sobretudo, com os direitos fundamentais, ou o Estado não se prestará aos fins para os quais foi pensado.

Dessa forma, imperioso que se entenda muito bem o que é o Poder, a fim de que se possam assentar todos os conceitos trabalhados. O termo Poder pode ser conceituado como:

“Ter permissão ou autorização para; Ter capacidade de; Dispor de autoridade moral; Ter autoridade para tomar uma decisão; Capacidade ou habilidade de executar algo; Controle total; Força moral; Grande influência; Total superioridade para governar” (Dicionário Michaelis versão “on line”).

“ ... O termo ‘poder’ é ambíguo e polissêmico, e consente inúmeros usos linguísticos. Normalmente, está associado à política institucional, na medida em que, no mundo moderno, o Estado é detentor da representação do poder social ... corporificação na forma de poder estatal ... e como menciona Max Weber, ‘Poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade’” (Bittar, 2016, p. 19).

“O poder é fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins. O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, também chamada sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar” (Silva, 1999, p. 125).

Contextualizando esses conceitos com o Poder, tem-se que o homem, em seu estado de natureza, é o detentor de um fenômeno que lhe permite direcionar as próprias condutas. O ser humano, individualmente considerado, possui em si, pelo único fato de ser racional, a condição de ditar as regras de sua vida, de tomar as suas próprias decisões, de se autocontrolar ou autogovernar, em todos os aspectos.

Entretanto, como para viver em sociedade o homem deixa o estado de natureza e se coloca em uma comunidade, acaba por abrir mão desse Poder. Em outras palavras, para conviver o homem perde parcialmente a condição de autogoverno, de ditar todas as regras da sua vida, de tomar as suas próprias decisões.

Para viver em conjunto e para que o Poder de cada um não interfira no campo de atuação do Poder do outro, o homem entrega ao Estado a parte do seu Poder que toca à vida coletivamente considerada. Nesse contexto, é o Estado que passa a ditar as regras

da vida do homem, é o Estado quem passa a ter a condição de controle, de autoridade, de governo. Tudo isso, por óbvio, porque o homem quis assim.

Ocorre que, na materialização desse cenário, diversos problemas se apresentaram e se apresentam, em razão da corrupção por parte dos que exercem o Poder. Essa afirmação verificou-se em diversos momentos da história da humanidade em que os exercentes do Poder não souberam equacionar a autorização que tinham em mãos para exercer um Poder que lhes havia sido entregue, com o fim de proporcionar o bem comum ao homem.

Confundiram o bem da humanidade com o seu próprio bem, trocaram o atendimento dos interesses da sociedade por eles governada pelos seus próprios e particulares interesses.

Já desde os séculos XV e XVI despontaram na Europa as concepções de Maquiavel¹⁹ sobre o Poder e o seu exercício no contexto do Estado. Para ele o exercício do Poder não estava ligado a nenhuma ordem natural das coisas. É o Príncipe, por meio da razão, da articulação dos objetivos a serem alcançados e os meios de que dispõe para tanto, que determina o cenário da política.

Esses conceitos levaram à ideia de que o Poder que permeia o Estado era constituído por uma relação de força entre o desejo de domínio e opressão pelos detentores do Poder, e o desejo de liberdade, por parte do povo. Dizia ele: *“O principado provém do povo ou dos grandes, segundo a oportunidade que tiver uma ou outra dessas partes”* (Winter, 2016, p. 121).

Suas ideias lançaram um cenário que de tempos em tempos na história da humanidade se vê comprovado, ou seja, que o exercício do Poder é marcado por algo que é próprio do homem, a constante luta pelo Poder.

¹⁹ *“Ao compor “O Príncipe” Maquiavel expressa nitidamente os seus sentimentos de desejo de ver uma Itália poderosa e unificada. Expressa também a necessidade (não só dele, mas de todo o povo Italiano) de um monarca com pulso firme, determinado, que fosse um legítimo rei e que defendesse seu povo sem escrúpulos e nem medir esforços ... Evidentemente que Maquiavel não se refere ao uso da força como mero ato de sadismo do Príncipe, que se compraz com o sofrimento alheio. Para ele, nenhuma conquista se faz sem o uso da violência. E o Estado não representa exceção à regra. Entretanto, a violência da qual fala Maquiavel é a violência política, justificada tão somente em função do bem comum. Toda e qualquer outra forma de violência que não tenha a finalidade de preservar o Estado e o bem da coletividade, mas praticada apenas por satisfação pessoal, deve ser sempre evitada, sublinha Maquiavel. A primeira forma legítima a autoridade do príncipe, a segunda, o condena perante seus súditos que não hesitarão em demovê-lo do poder na primeira oportunidade que tiverem. Compreende-se, assim, que a força e a política são paralelas, em que esta não subsiste sem aquela. A força, assevera o autor, está em saber usar a astúcia. É por esta via que deve ser entendida a lógica da força em Maquiavel”.* (Winter, 2016, p. 120).

Para Maquiavel, importante ressaltar o bem coletivo, e jamais os interesses particulares do príncipe, é que deveria ser o seu objetivo. Todas as suas ações deveriam pautar-se por esta finalidade e assim, estariam sempre legitimadas. O fim, a mola propulsora das ações daqueles que exercem o Poder, então, é o mesmo que se defende nesta oportunidade, mas não se entende aqui que ele justifica os meios.

De outro lado:

“O poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que alguém está ‘no poder’, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome. A partir do momento em que o grupo, do qual se originara o poder desde o começo (potestas in populo, sem um povo ou grupo não há poder), desaparece, ‘seu poder’ também se esvanece. Em seu uso corrente, quando falamos de um ‘homem poderoso’ ou de uma ‘personalidade poderosa’, já usamos a palavra ‘poder’ metaforicamente; aquilo a que nos referimos sem a metáfora é o ‘vigor’ (Arendt, 2017, p. 120).

Assim, é necessário se entenda que o Poder que se diz entregue ao Estado no momento de seu surgimento, não é um Poder que em coletividade pode ser exercido pelo seu detentor original. O indivíduo abre mão daquele Poder.

“O que faz do homem um ser político é sua faculdade para ação; ela o capacita a reunir-se a seus pares, agir em concerto e almejar objetivos e empreendimentos que jamais passariam por sua mente, deixando de lado os desejos de seu coração, se a ele não tivesse sido concedido este dom - o de aventurar-se em algo novo” (Arendt, 1988, 79).

Enquanto essas questões não estiverem muito bem sedimentadas o exercício do Poder por parte do Estado não refletirá o fim para o qual foi criado. O Estado e seus Poderes existem, desde sempre e para sempre, a serviço do homem, caso contrário não haverá legitimidade em suas ações .

O Poder, então, como fenômeno que é, existe mesmo contra a vontade humana, na medida em que é ínsito ao homem e exatamente por isso não pode ser ignorado. Não existe sociedade sem Poder, já que ele é inerente à condição humana. No lugar em que houver interpessoalidade, haverá relação de Poder.

“ ... O importante não é tanto a percepção de que o modelo abstrato de uma ‘sociedade sem poderes’ abeiraria a utopia ... em seu sentido negativo, mas sim a percepção de que o poder - a depender da forma como é exercido e controlado - variará entre a desmedida irracional

(arbítrio) e a medida necessária (preservação do convívio)” (Bittar, 2016, p.115).

Diante disso, imperioso lembrar, que o Poder entregue ao Estado, embora seja uno, porque seu detentor é um só - o povo - está dividido, descentralizado. A Teoria dessa divisão, conforme já se mencionou, foi desenvolvida justamente para evitar o exercício arbitrário do Poder. A finalidade da descentralização do Poder e sua divisão em três frações foi buscar sua despersonalização, ou seja sua desvinculação da pessoa do exercente.

São eles o Poder Legislativo, com a função de criar as normas, positivá-las em documentos legítimos e cumprir as que lhe competem; o Poder Executivo, com a função de executar as normas criadas pelo Parlamento fazendo-as conhecidas do povo, cumprindo as que lhe competem de maneira e governar, em sentido estrito, a sociedade; e o Poder Judiciário, a quem cabe julgar os que eventualmente descumpram aquelas normas, aplicando-lhes as respectivas sanções.

Todas essas funções, juntas, representam um único Poder, o de governar a comunidade. Em outras palavras, os três Poderes, no exercício cada qual da sua função, formam o Poder Político de ditar as regras - executar e julgar quem as descumpre - por meio das quais se possa conviver em paz e em harmonia sociais.

“Numa nova perspectiva do que deva ser a relação Estado-sociedade, necessita-se de um Estado capaz de vincular-se mais eficientemente com uma sociedade plural, melhor informada, mais exigente e participativa (Garcia, 2018, p. 46).

É assim que, no desempenho daquelas funções cada um dos Poderes deve agir de forma conexa e coesa com os fins do Estado, materializando direitos fundamentais e proporcionando bem-estar à comunidade.

2.3 O Estado Democrático de Direito

Após a implementação efetiva do Estado de Direito, sobretudo nas sociedades ocidentais, fenômenos sociais como revoluções regionalizadas e as duas Guerras Mundiais mostraram que não era apenas a alteração da prescrição estrutural do Estado que resolveria a questão do exercício do Poder de maneira arbitrária.

Conforme já exposto, segundo a Teoria Contratualista de formação do Estado, o indivíduo, titular de um Poder naturalmente seu, entrega-o nas mãos do Estado dirigente para que este organize a vida em sociedade.

Ora, desde o momento em que passa a existir na história da humanidade um conceito de Estado, o indivíduo - que dentro deste conceito forma “o povo” - é o primeiro e único detentor do Poder, mas este Poder raras vezes foi exercido em prol do seu titular.

“No século XIX, em muitos países ocidentais, os Estados são forjados pela busca de limitação do poder, pela garantia dos direitos fundamentais e pela democracia ... a separação de poderes é necessária para que todos os poderes não fiquem concentrados em poucos órgãos e pessoas, tendendo para uma tirania...” (Robl Filho 2012, p. 72).

O Estado de Direito, como se sabe, nasceu pela necessidade de limitação do Poder exercido por uma única figura. E das origens do Estado de Direito até o surgimento do Estado Democrático de Direito séculos se passaram e podemos constatar nesta oportunidade que, novamente a falta de limites no exercício do Poder tem sido um obstáculo para o desenvolvimento, a contento, do Estado.

Já desde a disseminação das ideias de John Locke sobre o Liberalismo, ficou claro na história da humanidade que ninguém deveria estar submetido a nenhuma autoridade, senão, em última instância, ao poder contido na lei. Ora, em um Estado Democrático de Direito, que se governa com base no princípio da legalidade, é no ordenamento jurídico que se manifesta a vontade soberana do povo, eis que criado e mantido por seus representantes.

Assim, com a finalidade de limitar o exercício do Poder e evitar o uso arbitrário por parte daqueles que o exercem, bem como de garantir ao povo a materialização de seus direitos, entre eles e sobretudo, a liberdade e a igualdade, ao longo da história alteraram-se as formas de estrutura estatal, criaram-se órgãos e instituições competentes, desenvolveram-se Teorias e ideias e o Poder continuou mal exercido.

Exemplo disso é que, no século XX surgiram diversos regimes totalitários erigidos da

“rebelião das massas, do impacto sobre estas de determinadas ideologias e de ocorrências políticas internas ou externas de maior vulto. Tal como no Estado absoluto, há neles uma concentração do poder político, mas muito mais do que isso: o Estado absoluto não intervinha na vida privada das pessoas, não pretendia absorver a sociedade civil (nem tinha meios para isso); ao passo que o Estado

totalitário assume todo o poder na sociedade e identifica a liberdade humana com a prossecução dos seus fins” (Miranda, 2019, p. 47).

Foi assim que em muitas sociedades continuou-se a desenvolver a conformação estatal, em busca do bem comum, da justiça social, de evolução social e de condições de exercício do Poder a serviço do povo.

Dessa maneira, quando o Estado de Direito e suas condições já se viam solidificados, agregou-se a ele um novo conceito, o conceito já tratado de Democracia e esta, se resume em *“um conjunto de regras para solução dos conflitos sem derramamento de sangue”* e o bom governo democrático, se resume ao *“respeito a essas regras”*. (Bobbio, 1992, p. 75).

A harmonia desses conceitos conduz à imposição da participação efetiva e operante do povo na coisa pública, mas não se resume a ela. Não é a simples formação de instituições representativas que constituem um Estado Democrático de Direito, embora ela seja um passo importante no seu desenvolvimento. Dessarte, o princípio democrático tem a ver com a garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

No Estado Democrático de Direito os princípios outrora solidificados passam a ser democraticamente fundamentados, para o que é necessária uma ressignificação intersubjetiva da soberania popular. Assim, tem-se a neutralização do Poder dos grupos de opressão e cria-se uma opinião pública que orienta a tomada de decisões e limita o Poder das instituições do Estado de Direito.

Então, a busca pela valorização de direitos fundamentais²⁰/humanos e pela ressignificação do Estado de Direito levou ao apontamento de uma organização estatal que primasse pela defesa dos direitos do povo. A dignidade da pessoa humana ganhou luz constitucional e todos os esforços teóricos se voltaram à criação de uma estrutura estatal que protegesse o homem - na sua mais profunda essência - do exercício arbitrário do Poder.

²⁰ Importante distinguir direitos fundamentais de direitos humanos. Grande parte da doutrina trata ambas as expressões como sinônimas, no entanto, há altas vozes que fazem certa distinção, destacando serem os institutos complementares entre si. Os que tratam assim o tema - Ingo Sarlet, por exemplo - entendem, sobretudo, haver uma distinção de funções entre os direitos fundamentais. Concordamos com a segunda corrente, e no nosso sentir os direitos fundamentais possuem a função de traduzir a ideia que cada Estado essencialmente traz em sua estrutura os direitos que seriam fundamentais à existência digna de seus súditos. E os direitos humanos, como sendo os direitos que uma ordem supranacional - e conseqüentemente, supraconstitucional - absorveu para si, tamanha a sua importância. É por este motivo que entendemos que todos os direitos humanos são considerados fundamentais - não necessariamente em todas as ordens jurídicas. E todos os direitos fundamentais podem se tornar direitos humanos. (Sarlet, 2013, p. 260).

Ideais como a liberdade e a igualdade do homem passam a ser vistos como fundamento da Democracia.

“Liberdade e igualdade são valores que servem de fundamento à democracia. Entre as muitas definições possíveis de democracia, uma delas - a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores - a definição segundo a qual a democracia não é tanto uma sociedade de livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal-limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência”. (Bobbio, 1992, p. 98).

No nascimento do Estado Democrático de Direito, então, algumas Constituições trouxeram a dignidade da pessoa humana como núcleo central de seus respectivos sistemas jurídicos, a exemplo da Lei Fundamental de Bonn - Alemanha (1948).

É aqui, com base no âmago do que se conheceu como Estado Social de Direito, que começam a ser fundamentadas as noções de Estado Democrático de Direito.

“Com o término da Segunda Guerra Mundial, há o surgimento na Alemanha de um Estado de Direito pautado na Lei Fundamental de Bonn e de uma República Soviética. A Lei Fundamental de Bonn estabelece explicitamente o modelo de Estado Social de Direito, o qual será fonte de forte polêmica doutrinária na República Federal Alemã... Em 1965, Abendroth apresenta a conferência ‘O Estado de Direito Democrático e Social como projeto político’ ...” grifamos (Robl Filho, 2012, p. 74)

Nessa modalidade de prescrição estrutural do Estado, ele se apresenta como um Estado Constitucional, em razão de ter como objetivo a promoção, a segurança e a mais ampla proteção dos direitos fundamentais (que em um Estado estão, em sua maioria, previstos na Carta Constitucional). O Estado Democrático de Direito tem no princípio da dignidade da pessoa humana o seu elemento nuclear e na soberania popular, na Democracia e na justiça social os seus fundamentos.

O papel desses elementos centrais de um Estado Democrático de Direito, sobretudo a justiça social, é de extrema relevância para a evolução sócio-estatal. É necessária para que sejam corrigidos erros cometidos anteriormente e para que a sociedade seja vista como ingrediente fundamental na reconstrução das formas de integração e de desenvolvimento sociais.

“ ... o núcleo da perspectiva política, que pode abrigar, em sociedades complexas e pluralistas, formas de vida organizadas para a possível

realização de justiça e emancipação, identifica-se com um núcleo reformista da social-democracia” (Bittar, 2016, p. 53).

Estado Democrático de Direito e justiça social, então, são conceitos que se complementam e não podem se divorciar. Justiça social tem a ver com igualdade, com liberdade, com o bem comum. E um Estado Democrático de Direito não se firma sem a realização desse conceito. A continuidade do processo democrático na evolução da forma prescritiva de estrutura social é inimaginável se não se pensar nestas condições.

Tudo isso é determinado pelo livre processo político, que como já restou demonstrado, exige cidadãos ativos, capazes de formular e expressar suas opiniões e preferências de maneira individual e coletivamente consideradas. Isso porque, são as preferências dos integrantes do povo que devem direcionar a política e as ações governamentais em um Estado Democrático de Direito.

Não é apenas o sufrágio e o voto que formam um Estado que queira se estabelecer como Democrático de Direito. A Democracia tem de se apresentar como meio e não como fim, tem de ter caráter instrumental, ou seja, preservar as liberdades e garantir o bem estar social de um Estado de Direito, acrescentando a isso um sistema eleitoral legítimo e uma rede de proteção sócio-constitucional.

“O Estado democrático, como tipo específico de Estado moderno, caracteriza-se por associar a supremacia da vontade popular, à garantia da liberdade e à igualdade de direitos. A regulação jurídica do poder e do governo é feita pela Constituição, com o objetivo de promover, realizar e proteger esses valores. Constitucionalismo e democracia são princípios complementares, um garantindo o outro: não há democracia sem Constituição, não há Constituição sem democracia” (Ranieri, 2019, p. 304).

No Estado Democrático de Direito o direito não é mero formalismo - como era no Estado Liberal - nem é puramente substancial - como no Estado Social - mas se volta à procedimentalização, configurando-se a ideia de Democracia pela existência de procedimentos ao longo do processo decisório estatal “... *permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, ou seja, da sociedade...*” (Fernandes, 2017, p. 296).

No momento da história, em que os Estados modernos se solidificam, sobretudo o Estado de Social de Direito - por ser um dos mais recentes antes do Estado Democrático de Direito, fica evidente que elementos como a *relevância da garantia de direitos fundamentais*, a *Separação dos Poderes*, a atuação do Judiciário na *proteção de direito*, e a produção de direitos e deveres pelos *representantes eleitos*, embora

extremamente importantes para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito não foram suficientes, sendo necessária uma ressignificação desses conceitos.

Nesse contexto, o Poder Judiciário torna-se árbitro de complexas questões sociais e jurídicas, inclusive invalidando decisões políticas tomadas por autoridades eleitas pelo povo. Essa função estatal adquire uma concepção política de proteção do ideal democrático

No Estado Democrático de Direito, então, cabe ao Poder Judiciário um papel de suma importância, na medida em que passa a ser visto como última instância de interpretação do ordenamento jurídico como um todo e, sobretudo, da Constituição. Aqui, o princípio democrático harmoniza muito bem a política (que cria as leis que governam o Estado) e o Direito (que empresta legitimidade àquela ação política criadora das normas regentes).

Evidente, portanto, que no momento em que se começa a pensar em um Estado Democrático de Direito a Teoria da Separação dos Poderes se apresenta com força, demonstrando a necessidade de ser bem compreendida e aplicada.

“ ... observa-se o Executivo atuando intensamente por meio da administração para concretizar os anseios dos cidadãos e os direitos fundamentais, possuindo grande papel normativo seja por meio da criação de normas pelos seus órgãos ou em razão de pautar e de conduzir as discussões no Legislativo. O Judiciário, principalmente, por meio do controle judicial de constitucionalidade, toma decisões que influenciam a vida concreta das pessoas ... O Legislativo que outrora gozava de prestígio em razão da sua composição a partir de eleições democráticas, ou seja, por meio da soberania popular, tem sua legitimidade contestada...” (Robl Filho 2012, p. 77).

Fica evidente o entrelaçamento dos conceitos de Estado Democrático de Direito e a Teoria da Separação dos Poderes. O importante papel da Democracia no desenvolvimento de um Estado voltado ao atendimento dos ideais de seus súditos, os quais, afinal, sempre foram os verdadeiros interessados pelo bom desenvolvimento da estrutura estatal, fica cristalino. E para tanto a Separação dos Poderes é imprescindível.

A participação do indivíduo na regulação da sociedade estatal - e isso é Democracia em seu sentido mais puro - é uma premissa, na medida em que o Estado só existe para, por meio de suas três funções, exercer o Poder de titularidade do indivíduo

com fins organizacionais. E no Estado Democrático de Direito²¹ é a Constituição que ocupa o centro deste sistema.

“As constituições, mais do que um conjunto de normas superiores, são dispositivos que aspiram habilitar a democracia, regular o exercício do poder e estabelecer parâmetros de justiça que devem pautar a relação entre as pessoas e entre os cidadãos e o Estado ... são mecanismos pelos quais nos comprometemos a enfrentar nossos problemas e coordenar nossos conflitos de forma pacífica e democrática” (Vieira, 2018, p. 23).

Duas das mudanças mais marcantes do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito é que para o princípio da Separação dos Poderes houve forte *“afirmação do princípio da legalidade e da onipotência do legislador”*, bem como houve forte alteração no papel do Judiciário, *“que passa a ser encarregado de verificar a adequação da lei aos princípios e regras constitucionais”*.

Isso porque, o Estado Democrático de Direito, diferentemente do Estado de Direito, tem de estar em condições de realizar, com base na lei, intervenções que visem diretamente uma alteração na situação da comunidade. A lei deve influir na realidade social ” (Ranieri, 2019, p. 304).

A constitucionalização principiológica e axiológica vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e condicionando a legitimidade de todo o sistema estatal à sua promoção, proteção e garantia conferiu ao Estado Democrático de Direito uma dimensão substantiva, complementar à sua dimensão formal e política.

Ademais, o paradigma do Estado Democrático de Direito objetiva impedir os excessos que possam ser causados pelo Poder da maioria

“não há disponibilidade sobre direitos fundamentais e sobre o regime democrático por parte de qualquer poder decisional, público ou privado, assim como não o há em relação à forma federativa de Estado, à separação de Poderes e aos demais mecanismos de controle do poder ... Só assim a democracia é poder do povo: a todos e a cada um correspondem direitos políticos e a todos e a cada um correspondem os demais direitos fundamentais, que aqueles asseguram e aos quais todos e cada um se encontram submetidos” (Ranieri, 2019, p. 319).

²¹ Importante esclarecer que: *“Entre a democracia dos modernos e a democracia dos antigos, o que varia é o espectro da participação política, de acordo com o grau de cidadania conferido à população ativa, paulatinamente ampliado à medida que os privilégios individuais foram abandonados e se afirmava a natureza fundamental dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, o que não ocorreu de modo simultâneo. Direitos fundamentais e participação e competição políticas são os elementos em torno dos quais as diversas teorias democráticas perfilariam a liberdade e a igualdade como condição dos Estados democráticos”* (Ranieri, 2019, p. 304).

O Estado Democrático de Direito: “ ... *é como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do direito e do poder no Estado constitucional, significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos*” (Canotilho, 2003, p. 10).

A harmonia do Estado de Direito - no qual as liberdades mais importantes são as negativas, ou civis, ou de defesa - com o elemento democrático - para o qual as liberdades positivas, ou políticas, sobressaem - é necessária na medida em que é este elemento democrático que legitima o Poder estatal.

“Só o princípio da soberania popular, segundo o qual ‘todo poder vem do povo’, assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘chameira’ entre o Estado de Direito e o Estado democrático, possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de Direito Democrático²²” (Canotilho, 2003, p. 10).

O Estado Democrático de Direito surgiu do reconhecimento da insuficiência do elemento democrático no Estado de Direito. Ele concilia, então, Estado de Direito e Estado Democrático, mas não é apenas uma fusão desses dois conceitos. É um conceito novo, que incorpora o princípio dos outros dois, superando-os (Silva, 1988, p. 15).

Assim é que se pode concluir que o Estado Democrático de Direito tem duas ideias básicas oriundas do Estado de Direito e do elemento democrático: (i) o Estado é limitado pelo direito; e, (ii) o Poder do Estado é legitimado pelo povo. O Direito é a ordem jurídica interna regente do Estado e o Poder legitimado pelo elemento democrático é o Poder do povo que reside no território do Estado ou está sujeito a sua soberania.

Tudo isso, no atual Estado Democrático de Direito é movido por princípios que vão além do próprio Estado, porque que se vinculam à humanidade. Se ligam à paz mundial, à independência nacional, à autodeterminação dos povos, à independência e igualdade entre os povos, à solução pacífica de conflitos internacionais, à não ingerência nos assuntos internos de outros Estados.

²² J. J. Canotilho exemplifica este raciocínio com a Constituição Portuguesa: “*As considerações anteriores permitem também compreender a fórmula escrita do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa de 1976: ‘A República Portuguesa é um Estado de direito democrático’. Isso significa que o Estado de direito é democrático; é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático. Há, assim, uma democracia de Estado de direito e um Estado de direito de democracia.*” (Canotilho, 2003).

E alguns princípios essenciais e específicos de um Estado Democrático de Direito são: I – supremacia da Constituição; II – sistema de direitos fundamentais; III – legalidade; IV – segurança jurídica; V – princípio da proteção jurídica e das garantias processuais; VI – Separação de Poderes; e, VII – responsabilização da administração, dos detentores do Poder e da legalidade da administração (Carvalho, 2006, p.457).

Dessa maneira, tem-se que a Democracia praticada em um Estado Democrático de Direito há de ser vista como um processo de convivência humana em uma sociedade livre, justa e solidária. Deve ser uma Democracia deliberativa, com participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo. Deve ter caráter pluralista de ideias, culturas e etnias. O Poder, de que o povo é detentor originário deve ser exercido a seu serviço. Há de existir, enfim, a liberação da pessoa humana de qualquer forma de opressão.

Por este motivo tem-se o entendimento de que o ponto nevrálgico para o atingimento do bem-estar social não é a alteração da estrutura estatal (de Estado de Direito para Estado Democrático de Direito), mas o pleno entendimento da essência da estrutura proposta pela organização que se tem.

O Estado Democrático de Direito é, assim, mais um degrau da evolução da vida humana em sociedade, no qual convergem conceitos que se apresentaram ao longo da história e formaram a vida pública.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES

3.1 A Separação de Poderes em Montesquieu

O antecedente mais remoto acerca da Separação de Poderes pode ser visto em Aristóteles, para quem era injusto e perigoso atribuir-se a uma só figura o exercício do Poder.

“Para enfrentar o problema com mais segurança, é necessário que se faça a verificação do surgimento e da evolução da teoria clássica da separação de poderes, para depois situá-la no Estado contemporâneo. O antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.” (Dallari, 2016, p. 215).

Não obstante, conforme já tratado, foi séculos depois, por intermédio de Montesquieu, que a ideia ganhou os contornos que hoje conhecemos. Referido autor, em meados do século XVIII dedicou, aproximadamente, vinte anos da sua vida no desenvolvimento das ideias que formaram a obra “O Espírito das Leis”, tratando de concepções trabalhadas por John Locke e atribuindo-lhes novo olhar, de modo que tornou-as sólidas e acolhidas como dogmas dos Estados Liberais, permanecendo todas elas, até hoje, sem alterações substanciais.

De acordo com André Hauriou, nessa obra Montesquieu tratou, a propósito da Constituição inglesa, da Separação de Poderes, baseando-se na liberdade do ser humano e na contradição que ela podia significar diante dos conceitos próprios da vida em sociedade - sobretudo aquelas que se apresentavam na forma de Monarquia Absoluta. Entendeu que era necessária a criação de órgãos estatais que exercessem o Poder de maneira descentralizada (Hauriou, 1975, p. 60).

O Poder era naturalmente do homem. Mantendo-se nesse estado natural ele o transformaria em um constante estado de guerra de todos contra todos. Cria-se o Estado, pela Teoria do Contratualismo, e outorga-lhe o Poder, que passa a ser exercido na figura do Monarca, para gerir a vida em sociedade, o que não funcionava bem.

Esse alicerce das aceções de Montesquieu - na liberdade – justifica-se no justo receio da restrição desse direito de maneira arbitrária, dado o momento em que

desenvolveu suas ideias. Os seus pensamentos originam-se de uma imposição casuística do Poder – a autoridade do Monarca crescendo gradativamente chegando a ser considerada suprema e absoluta. Surge a necessidade de descentralização do Poder.

Assim, Montesquieu partiu de conceitos básicos da Teoria geral do Estado. Diz que o Direito, na condição de razão humana aplicada ao governo, é dividido em direito natural²³ e suas quatro leis - que são as leis que derivam unicamente da constituição de nosso ser - e direito positivo²⁴ - que são as normas jurídicas criadas pelo homem (Mota, 2007, p. 12) - esse, subdividido em direito das gentes²⁵, direito político²⁶ e direito civil²⁷.

Nesse passo, entendia Montesquieu que o homem cria o direito positivo não guiado apenas pela razão, mas tem de atentar-se às condições de vida do povo a ser governado por tais leis: *“Elas, as leis, devem ser de tal forma apropriadas para o povo, para o qual são feitas, que será grande coincidência se as leis de uma Nação servirem para outra”* (Mota, 2007, p. 84).

²³ Montesquieu apresentou ordenadamente quatro leis naturais, são elas: *Primeira* : *“Essa lei que, imprimindo em nós a ideia de um criador, nos conduz a ele, é a primeira das leis naturais. Primeira por sua importância, e não pela ordem dessas leis. O homem, no estado natural, teria a faculdade de conhecer, e não conhecimentos (.....) Ele pensaria na conservação do seu ser, antes de procurar a origem do seu ser. Semelhante homem não sentiria a princípio senão a sua fraqueza; sua timidez seria extrema...Neste estado, cada qual sente-se inferior; mal percebe a igualdade. Não procurariam pois atacar-se, e a paz seria a primeira lei natural. O desejo de subjugar-se uns aos outros, que Hobbes atribuiu aos homens de início, não é razoável. A ideia de império e dominação é tão complexa, e depende de tantas outras, que não é ela que o homem teria inicialmente.*

Segunda: Ao sentimento de sua fraqueza juntaria o homem o sentimento de suas necessidades. Assim, uma outra lei natural seria a que o induz a procurar alimentar-se.

Terceira: Disse eu que o temor levaria os homens a fugirem: mas as demonstrações de um temor recíproco fa-los-iam logo aproximar-se. Seriam levados talvez pelo prazer que sente um animal à aproximação de outro da sua espécie. Ademais, o encanto que os dois sexos se inspiram, pela sua diferença, aumentaria esse prazer. E a procura natural, que se fazem sempre um ao outro, seria uma terceira lei.

Quarta: Os homens, além do sentimento que têm de começo, ainda conseguem ter conhecimentos; têm eles assim um segundo liame, que os outros animais não possuem. Têm pois um novo motivo para unir-se. e o desejo de viver em sociedade é uma quarta lei natural. (Mota, 2007 p. 82).

²⁴ *“Os homens, tão logo se acham em sociedade, perdem o sentimento de fraqueza; a igualdade que existia entre eles, cessa; e o estado de guerra começa. Cada sociedade particular vem a sentir a sua força, o que produz um estado de guerra de Nação a Nação. Os particulares, em cada sociedade, começam a sentir a sua força: procuram desviar a seu favor as principais vantagens de cada sociedade, o que gera entre eles um estado de guerra. Esses dois tipos de estado de guerra fazem estabelecer as leis entre os homens. Considerados como habitantes de um planeta tão grande que precisa haver povos diferentes, eles têm leis no relacionamento desses povos entre si: é o Direito das Gentes. Considerados como vivendo numa sociedade que deve ser mantida, eles têm leis no relacionamento dos governantes com os governados: é o Direito Público. Eles ainda têm leis no relacionamento dos cidadãos entre si: é o Direito Civil* (Mota 2007, p. 83).

²⁵ O equivalente hoje ao direito internacional.

²⁶ O equivalente hoje ao direito administrativo.

²⁷ O equivalente hoje ao direito privado.

Nesse momento é importante que fique cristalina sua ótica, mediante a qual o homem político “de bem” é aquele “*que tem a virtude política*²⁸ ... *que é a mola que faz mover o governo republicano - que ama as leis de seu País, e que age por amor às leis de seu País...*” (Mota, 2007, p. 77).

Montesquieu entendia que o homem ao nascer - e só por esse fato - já se encontra em dívida com a sua pátria e, dedicando-se ele ao seu Governo deve a ela, se preciso, a sua vida.

Eis o motivo pelo qual Montesquieu acreditava que era possível e necessário ensinar ao povo uma nova forma de governo: (Mota, 2007, p. 82).

“O homem, como ser físico, é, assim como os outros corpos, governado por leis invariáveis. Mas, como ser inteligente, ele viola sem cessar as leis estabelecidas por Deus, e muda as que ele próprio estabelece. Ele precisa conduzir-se. E no entanto é um ser limitado: sujeito à ignorância e ao erro, como todas as inteligências finitas. E os tênues conhecimentos que tem, ele os perde ainda, pois, como criatura sensível, ele se torna servo de mil paixões. Bem. Um tal ser poderia, a todo instante, esquecer o seu criador; Deus o chama a si pelas leis da Religião. Um tal ser poderia, a todo instante, esquecer-se de si mesmo; os filósofos o advertiriam pelas leis da Moral. Feito para viver em sociedade, poderia esquecer os outros; os legisladores o submetem aos seus deveres, pelas leis políticas e civis” (Mota, 2007, p. 82).

Pois bem, se o homem político tem de ser movido pela razão humana, mas também pelas condições de vida do povo a ser governado, e se este povo é livre para alterar as condições de vida, aprendendo sempre a melhor forma de viver em sociedade poderá proporcionar aos governantes a melhor base empírica sobre a qual devem se fundamentar as formas de governo.

E esse raciocínio se mostra o centro deste estudo. Ora, o homem analisado por Montesquieu no século XVIII permanece com a mesma essência nos dias atuais. As evoluções do modo de vida cotidiano, das condições externas da vida em sociedade não alteraram a realidade interna do ser humano. O homem intrínseco, interior permanece com seu núcleo de dignidade, oriundo de sua origem à semelhança do Divino.

E, portanto, a liberdade do homem de alterar a base sobre a qual deve se fundamentar a organização do governo - junto com a razão humana - permanece

²⁸ Adequando o vocabulário de Montesquieu aos nossos dias, preferiu-se chamar de Patriotismo. “*Para a edição póstuma (1757-1758) de O Espírito das Leis, Montesquieu escreveu uma Advertência ... A finalidade dele foi encarecer que nesta obra emprega o termo ‘virtude’ em acepção especial, significando ‘amor da Pátria’. Quer dizer, ‘virtude política’ é, aqui, Patriotismo, civismo, espírito público.*” ...” (Mota, 2007, p. 77).

inalterada. Cabe ao povo entender esses conceitos e tomar ciência dessa responsabilidade, eis que o Estado e seu funcionamento orgânico - o Governo - existem e se mantêm porque assim o povo quis e permitiu. Os homens, formadores da sociedade governada, são a razão deles - do Estado e do Governo²⁹.

Conforme Montesquieu, três são as formas de governo de Estado. O Despotismo, a Monarquia e a República. A República, dividida em Aristocracia (quando o Poder soberano está nas mãos de uma parte do povo) e Democracia (quando o povo, no seu todo, tem o Poder soberano).

Cada uma dessas três formas de governo tem uma mola propulsora, ou seja, um princípio motivador, um impulso que as faz existir e funcionar: no Despotismo, o temor; na Monarquia, a honra; e, na República o patriotismo (ou “*virtude política*”, para usar fielmente o termo de Montesquieu), tanto na Aristocracia como na Democracia.

E sobre tais princípios: “... cada Governo legisla favorecendo, fortalecendo o princípio que lhe é próprio, e desse fortalecimento resulta o revigoramento do Governo mesmo...Entre a natureza do Governo e o seu princípio existe esta diferença: sua natureza é aquilo que o faz ser tal; e seu princípio, aquilo que o faz agir. uma é a sua estrutura particular; e o outro, as paixões humanas que o fazem mover-se”. (Mota 2007, p. 17 e 99).

É assim que na Monarquia - aquela da época medieval - o mais importante era que o chefe do Estado fosse a autoridade soberana, o árbitro supremo, aquele que personificava o Poder. Pouco importava o título desta pessoa, se rei, se imperador, ou qualquer outro. Esse era o reflexo da organização política monárquica na Idade Média.

Após a Renascença, na Idade Moderna, a Monarquia se manteve, mas com outra roupagem, chamada por Montesquieu de Monarquia “de fachada”, na medida em que não mais refletia aquela estrutura político-organizacional.

No governo despótico o Poder é exercido sem regras, sem leis. É o Poder pelo Poder. O Despotismo é a institucionalização do abuso do Poder. O temor é o princípio regente e este governo só existe porque nenhuma sociedade permanece sem governo e na

²⁹ Sobre as nomenclaturas Estado e Governo: “O Estado, prelecionou Montesquieu, tem três Poderes. Os órgãos que os exercem formam o Governo ... Vejamos a lição de Lopes Meirelles: ‘O Estado é constituído de três elementos originários e indissociáveis: Povo, Território e Governo soberano. Governo soberano, o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o Poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do Povo ... no Direito Administrativo percebe-se outro conceito de Governo ... Montesquieu, via de regra, emprega Governo naquela primeira acepção, por tratar de Política e Direito Constitucional...’. O Governo, pois, dirige o Estado, sendo a Política o seu objeto (Mota, 2007, p. 56).

ausência de outra organização político-social, esta se instala. Essa forma de governo foi abominada por ele.

Na Monarquia, a personificação (maior ou menor) do Poder. No despotismo, a ausência de regras e de leis, o caos, o temor. Eis o motivo pelo qual a República era a forma de governo preferida de Montesquieu (Mota, 2007, p. 21).

Na forma de governo Republicana, tanto na Democracia, como na Aristocracia o princípio propulsor é a *virtude política*, o amor à Pátria, o Patriotismo. Quanto à Democracia, na visão de Montesquieu, era a forma de governo excepcional, na medida em que a moderação - premissa desta forma de governo - depende do equilíbrio dos Poderes. É “*uma obra prima de legislação*”, que o homem não produz deliberadamente, há que surgir em razão de um processo evolutivo.

“ ... em um Governo popular, precisa uma mola a mais que é o Patriotismo. O que eu digo é confirmado pelo corpo inteiro da História, e é muito conforme à natureza das coisas. Porque é claro que numa Monarquia, onde aquele que faz executar as leis se julga acima das leis, precisa-se de menos Patriotismo do que num Governo Popular, onde aquele que faz executar as leis sente que está sujeito a elas e que arcará com o seu peso ... ”(Mota, 2007, pg 100).

Encontra-se aqui, na ideia de Democracia, a necessidade que Montesquieu sentiu de trabalhar a Separação de Poderes. Como visto, John Locke a havia pensado no século anterior, em razão da experiência que viveu em uma Inglaterra sofrida pela Guerra Civil de 1642 da Monarquia (aquela em que o Poder se personificava na figura do chefe do Estado) contra o Parlamento, que buscava diminuir o abuso do Poder praticado pelo monarca, assumindo para si algumas responsabilidades. E em sua época, Montesquieu, se deparava novamente com o abuso do Poder, sobretudo nas Monarquias que visitou.

“Foi a intenção de enfraquecer o Poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a Separação de Poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade da democracia sem aquela Separação” (Dallari, 2016, p. 220).

Mais de 70 anos depois dos pensamentos de John Locke, ao viajar pelo Velho Mundo Montesquieu viu de perto, inclusive na própria Inglaterra, os problemas que o exercício do Poder de forma centralizada e personificada causava às sociedades.

Nesse contexto, entendeu que trabalhar a descentralização do Poder, separando-o e entregando-o a mais de um responsável pelo seu exercício, poderia contribuir para o bem-estar dos Estados e da humanidade como um todo.

Necessário deixar consignado que para Montesquieu, nas Repúblicas Modernas, ainda que denominadas como democráticas, há, quase sempre, uma Aristocracia, ou às vezes, até um Despotismo.

“Montesquieu identificou como Governo Despótico as Monarquias portuguesa e espanhola. E nas América Latina as Repúblicas, muitas são despotismos ... Montesquieu, em vários capítulos diagnosticou e descreveu tão bem o Despotismo que até parece nosso contemporâneo ... baseou-se ele, em geral, nos despotismos árabes e asiáticos. E, no século XX, as denominações para déspota e despotismo são outras - ditador e ditadura. Mas é como se ele escrevesse sobre Hitler, Stalin, Mussolini, Franco ou ditadores centro ou sul-americanos.” (Mota, 2007, p. 19).

Constatou em sua volta pelas diversas sociedades, que “todo o exercício de Poder” tende ao abuso e contra este abuso preconizou a Teoria da Separação dos Poderes. Entendia que todo homem que tem Poder é levado a abusar dele, e que nesta condição, o homem “*vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites*” (Mota 2007, p. 168). Esse é o fundamento da divisão dos Poderes.

Segundo sua doutrina, se o homem ao exercer o Poder “*vai até encontrar os limites*”, esses limites só poderiam ser impostos por outro Poder. Por isso, na visão de Montesquieu era necessária a divisão dos Poderes, para que cada Poder, independente, freasse o outro, impedindo o abuso por parte dele. Só o Poder poderia frear o Poder.

Se o Poder, dividido, não for exercido com comedimento por cada uma de suas parcelas não há moderação, sem o que não há patriotismo, sem o que não há Democracia, sem o que não há Estado Democrático de Direito.

Dentro desse cenário, Montesquieu defendeu o conceito de *liberdade política*, como sendo o fato de ninguém poder ser constrangido a fazer as coisas que a lei não obrigue, bem como a não fazer as que a lei permita que se faça. Aqui também se vê exatamente a medida do exercício do Poder moderado e da Democracia.

“Há uma nação no mundo que tem por objeto direto da sua Constituição a liberdade política. Vamos examinar os princípios sobre os quais ela se funda. Se bons, a liberdade aparecerá como num espelho...a liberdade política não se relaciona com fazer o que quer...Num Estado, quer dizer, numa sociedade onde há leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer, e em

não ser obrigado a fazer o que não se deve querer. É preciso ter presente o que é independência e o que é liberdade. A Liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Se um cidadão pudesse fazer os que ela proíbem, ele já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente este Poder.” (Mota, 2007, p. 167).

Para ele, todo esse pensamento fazia parte de uma sistematização para garantir ao homem sua *liberdade política*. Esse sistema, ao fim, visava conduzir à solução do problema das sociedades porque o exercício abusivo do Poder retira do homem a liberdade.

Enfim, entendia que a liberdade política só é possível nos governos moderados se, e somente se houver a divisão dos Poderes. Isso porque só ela permite estabelecer o império da Lei e não da vontade do homem.

Para Montesquieu a liberdade política traduzia-se na tranquilidade oriunda da certeza que cada integrante da Nação tem da sua segurança. E para essa paz de espírito existir era necessário que o Governo fosse tal de modo a assegurar que cada cidadão poderia não temer o outro.

Transportando este entendimento para o exercício do Poder, tem-se que se uma mesma pessoa, ou um único órgão, concentra em si todo o Poder, ou grande parte dele, não há liberdade, na medida em que:

“... pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente... também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o Poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ser a força de um opressor ... Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três Poderes...Ele pode, através de suas decisões gerais, devastar o Estado; e, como ainda tem o Poder de Julgar, pode destruir cada cidadão, com suas decisões particulares...” (Mota, 2007, p. 169).

É assim que, nas ideias de Montesquieu, existem no Estado três Poderes: o Legislativo, o Judiciário³⁰ e o Executivo. Sobre o primeiro defendia Montesquieu que em um mundo ideal os homens, reputados livres, deveriam ser governados por leis criadas por eles próprios. Entretanto, não sendo isto possível, é necessário que o povo eleja os seus representantes para que em seu nome façam tudo o que ele não pode fazer.

³⁰ Montesquieu nomeava o Poder Judiciário como o Poder de Julgar.

Ainda sobre o Legislativo, esclareça-se que Montesquieu sempre atribuiu grande importância às leis – sejam naturais, sejam criadas pelo homem . Por esta razão, percebe-se no desenvolver de sua obra que demonstrou maior preocupação com o bom funcionamento desta parte do Poder estatal.

“Como todas as coisas humanas têm fim, o Estado de que falamos perderá a sua liberdade, perecerá. Roma, Lacedemônia e Cartago também pereceram. Ele perecerá quando o Poder Legislativo estiver mais corrompido que o Executivo.” (Mota, 2007, p. 186).

Ao Executivo cabia, segundo ele, todo o resto que não era atribuído ao Legislativo e ao Judiciário, devendo ele recair sobre apenas uma pessoa, pela necessidade de ações instantâneas. Sobre o Judiciário, cabia a ele punir os crimes e julgar os particulares, sendo o Poder do qual menos tratou Montesquieu.

Em verdade, decorre de suas concepções que o Poder soberano – que intrinsecamente é uno e indivisível – manifesta-se por meio de três órgãos estatais formalmente separados. Assim, a partir deles, apresentam-se três categorias diferentes de manifestação daquele Poder soberano.

Após esclarecer sobre cada um dos Poderes, concluiu que quando houvesse desequilíbrio entre estas três funções de Poder, não haveria mais Democracia e sim a instalação de um Governo Despótico.

“ ... para que não possam abusar do Poder, precisa que, pela disposição das coisas, o Poder freie o Poder ... é preciso seja o Poder Executivo que regule a época e a duração das legislaturas, de acordo com as circunstâncias dele conhecidas ... Se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico. Porque, podendo atribuir-se todo o poder imaginável, aniquilará os demais poderes.” (Mota, 2007, p. 178).

Assim é que, dada a cada órgão de manifestação do Poder a sua função legalmente pré estabelecida, e agindo eles de maneira harmônica e coordenada entre si, tem-se a manifestação da unidade do Poder soberano. Cada um na sua esfera de função específica, exerce a totalidade desse Poder.

“Diz-se que a soberania é a característica definidora desse poder. Embora se sustente que a unidade do poder é tão essencial quanto a unidade do território e do povo, pensa-se, não obstante, que é possível distinguir três diferentes poderes componentes do Estado: o poder legislativo, o executivo e o judiciário” (Kelsen, 1998, p. 364).

Esclareça-se, por oportuno, que Montesquieu debruçou-se sobre a divisão do Poder em si, não tratando especificamente sobre a harmonia entre eles porque, segundo suas compreensões, tendo cada Poder uma função própria, não exercitável por outro Poder, atuando cada qual na sua exata medida por um desiderato comum, a harmonia será automática, não havendo que ser determinada por lei.

“... Daí a lição de Montesquieu: basta balizar os Poderes, e eles encontrarão critérios para compor suas divergências ... descabe, pois, precisar como os Poderes conflitantes haverão de compor-se ... Quisera eu pesquisar, em todos os Governos moderado que conhecemos, a distribuição dos três poderes, e calcular qual o grau de liberdade que cada um pode gozar. Mas é preciso sempre não esgotar o assunto a ponto de nada deixar a cargo do leitor. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar” (Mota, 2007, p. 29).

Assim, na Teoria de Montesquieu, os três Poderes são peças essenciais de um mesmo Governo, com o fim de conduzirem um único Estado, cada qual responsável por uma função vital desse Estado. Desta forma, guerra entre eles seria como *“briga da cabeça com o estômago”* e, sendo os Poderes bem divididos, a harmonização cabe a eles próprios. Fica, contudo, dependendo do nível ético de seus exercentes.

3.2 Crítica à Teoria

Conforme vastamente tratado em linhas anteriores, o Poder é uno e emana do povo. Contudo, a Teoria da Separação de Poderes pensada por Montesquieu criou a divisão formal daquele Poder - que não deve ser lida como uma mera divisão de funções - para que a sua manifestação pelo Estado pudesse acontecer de maneira a evitar o abuso e o arbítrio.

Essa divisão, nos Estados modernos, representa o âmago do sistema constitucional. Repita-se: uma Constituição que não contenha o princípio da Separação de Poderes não é uma Constituição.

À vista disso, tem-se que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes independentes, mas que devem ser exercidos harmônica e coordenadamente entre si. São eles três órgãos estatais de manifestação do Poder soberano uno e indivisível. Cada um

deles na sua esfera de atuação, exerce a totalidade do Poder. Sem correlação e coordenação entre eles não há expressão do Poder estatal³¹

Conquanto a Teoria da Separação do Poderes, no sentido da urgência da manifestação do Poder de maneira descentralizada e despersonalizada, tenha sido apresentada, de fato, por Montesquieu, nota-se dois pontos não foram trabalhados de forma profunda e extensa, malgrado tenha ele tratado destes pontos. São eles (i) a importância do Poder Judiciário; (ii) a harmonia entre os Poderes.

“... Montesquieu inclui, portanto, o Judiciário, diversamente de John Locke na lista dos poderes mas ele percebe, ao mesmo tempo, que o diálogo fundamental ocorre entre Executivo e Legislativo. Ele diz expressamente ... ‘Das três potências de que falamos, a de julgar é, de qualquer modo, nenhuma. Restam apenas duas’ ...” (Hauriou, 1975, p.87).

Indispensável entender que o pensamento de Montesquieu desenvolveu-se tendo por base os problemas que encontrou nas sociedades europeias de sua época. O âmago de sua teoria, portanto, não poderia ser outro que não buscar evitar que o Poder continuasse sendo exercido da maneira que o era nas Monarquias Absolutas típicas dos séculos XVII e XVIII³².

“Partindo da realidade constitucional inglesa, Montesquieu foi buscar ali apoio e inspiração para as garantias da liberdade, mediante aquele princípio desde logo convertido em axioma dos governos livres...”. (Bonavides, 2015, p. 344).

Dessarte, requintou as ideias já expostas por John Locke sobre a criação de um órgão que fosse responsável pela elaboração das leis - a quem, inclusive o Monarca estaria submetido - e outro para executar essas leis, para que essas duas funções deixassem de ser competência de uma única figura, evitando os abusos e as arbitrariedades.

No tocante à premência de desconcentração do Poder, Montesquieu deixou algumas lições

“Não se trata de um sistema de organização do Estado que ele propõe, afinal, senão um meio de evitar que o poder adote um caráter totalitário ... a) Montesquieu compreende que a liberdade exige, para ser protegida, que os excessos sejam aplacados, que as diversas partes

³¹ Diz o artigo 1º, Parágrafo Único da CF/88 que *“Todo o poder emana do povo ...”*, deixando bem claro com o artigo “o”, a unicidade do Poder.

³² *“Nos Estados monárquicos antigos, medievais e até mesmo no começo da idade moderna, bem como nas primitivas repúblicas gregas e romanas, não havia, em regra, divisão funcional do poder de governo. Naquelas o monarca, e nestas as assembleias populares acumulavam as funções de legislar, executar as leis e julgar as controvérsias”* (Maluf, 2017, p. 241).

sejam destinadas a diferentes titulares e que esses titulares tenham a faculdade de “deter-se” ou de “impedir-se” mutuamente, sobretudo quando um dentre eles arriscar de encaminhar-se pelo caminho do despotismo; ... b) A lista de poderes desenhada por Montesquieu compreende três titulares: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário; c) Mas esses dois poderes que restam e que somente contam realmente no plano político, Montesquieu os vê cada um dotado da faculdade de limitar ou impedir ... ‘Nenhum deles poderá tender, por acaso, à onipotência do fato de “encadeamento mútuo de forças’ ... A fórmula do autor é impressionante; d) necessário assinalar afinal que o pensamento de Montesquieu é ambíguo quanto ao caráter que deve ter a separação entre Executivo e Legislativo, isto é, entre Governo e Parlamento. Esta separação deve ser rígida, categórica, cada poder acantonado e, por assim dizer, fechado numa determinada função? Ou bem trata-se de uma separação de poderes flexível, permitindo-lhes colaborar?’ (Hauriou, 1975, p.68)

De fato, defendia Montesquieu que as funções de cada Poder deveriam ser estabelecidas de modo tal que a um Poder não coubesse o exercício da função do outro.

“O que Montesquieu ressalta é a divisão dos Poderes; não a sua harmonia. A divisão de terem eles funções próprias, não exercitáveis por outro Poder. Funções que se entrelaçam muitas vezes, cada Poder concorrendo, dentro da sua esfera, para um desiderato comum único. Mas, mesmo nessa colaboração, afirma-se a divisão entre eles... Ao atuarem juntos, cada qual intransigente nas suas funções, resultará automaticamente não por expressa disciplina legal, a harmonia entre eles. É assim que se compreende não agirem os Poderes isolados, mas agirem concorrentemente, e, no entanto, independentes, dentro da realidade política, naturalmente dinâmica... Essas forças deveriam apresentar repouso ou inação mas, como pelo movimento necessário das coisas, elas são forçadas a caminhar, elas são forçadas a agir de acordo” (Mota, 2007, p.68).

Não havia, em suas concepções a ideia de funções atípicas, que foram moldadas mais tarde. No entanto, havia a ideia de que se cada Poder exercesse suas funções de maneira fiel ao quanto estabelecido previamente, instintivamente um Poder encontraria seus limites no outro Poder.

Logo, Montesquieu já pensava na harmonia dos Poderes quando falou em “*caminhar de acordo*” que implicaria “... *uma forma de separação de poderes que seja não rígida, mas flexível*” embora não tenha desenvolvido essa ideia da maneira como hoje é conhecida.

“Assim, será preferível invocar a autonomia dos poderes mais do que sua separação. E mais ainda que essa última expressão não aparece, de qualquer modo, sob a pena de Locke ou de Montesquieu. É claro, entretanto, que esta interpretação razoável, nuançada, não foi recebida pelos constituintes do final do século XVIII que desejosos de abater a

antiga ordem, se apoderaram, com zelo, das idéias de Montesquieu, a ponto de as traírem.” (Hauriou, 1975, p. 70).

Dessa forma, o aprimoramento da Teoria da Separação de Poderes, surge com constitucionalistas norte-americanos, por ocasião da elaboração da Declaração de Independência, em 1776.

Buscando adequar a Teoria pensada no século XVIII à realidade em que viviam, desenvolveram a chamada doutrina *Checks and Balances*, ou seja, a Teoria dos Freios e Contrapesos, que visa o harmonia e o equilíbrio na manifestação das três partes do Poder estatal.

Um outro ponto a respeito da Teoria de Montesquieu apontado como crítica diz respeito à possibilidade de ser invocada tanto para justificar determinada intervenção, como para negá-la:

“ quando aplicada aos casos concretos levados aos tribunais ou às situações que a lei nova pretenda vir a tutelar: tanto pode ser invocada para negar quanto para justificar a intervenção judicial ou legislativa, dependendo do compromisso que se tenha com a natureza das respectivas funções e os objetivos da separação de poderes que se tenham como prioritários. Os tribunais e as casas legislativas tendem a fazer uso do modelo teórico como um valor ou fim em si mesmo, ao mesmo tempo em que dá suporte a concepções contrastantes do estado e suas estruturas, gerando contradições quando a teoria é posta em operação ” (Torres, 2013, p. 74).

Malgrado referida opinião, entende-se que neste aspecto o problema não se encontra na Teoria da Separação de Poderes ou na sua alegada obsolência.

A questão se coloca na ética (ou sua ausência) daqueles que exercem o Poder estatal. As pessoas não deixam de ser o que são se a Teoria for repensada. Os atores são o cerne do problema. De nada adianta a alteração do cenário, se os maus atores continuarem fazendo parte da história.

“O homem, como ser físico, é, assim como os outros corpos, governado por leis invariáveis. Mas, como ser inteligente, ele viola sem cessar as leis estabelecidas por Deus, e muda as que ele próprio estabelece. Ele precisa conduzir-se. E no entanto é um ser limitado: sujeito à ignorância e ao erro, como todas as inteligências finitas. E os tênues conhecimentos que tem, ele os perde ainda, pois, como criatura sensível, ele se torna servo de mil paixões ... ” (Mota, 2007, p. 82).

É evidente que a evolução da sociedade deve ser acompanhada da evolução das teorias sociológicas, jurídicas, filosóficas, políticas, etc., na medida em que são elas

que formam a base de sustentação da comunidade e do Estado como um todo. Apesar disso, a alteração das teorias em si não é centro da solução das querelas.

Suposta crítica, ao propor que a Teoria da Separação de Poderes seja repensada, porque obsoleta traz que: *“o novo modelo da “separação de poderes” busca extrair a unidade da divergência, visando obter resultados que a todos beneficiem, a partir de uma conjunção racional das finalidades de cada qual”* (Torres, 2013, p. 75).

No entanto, a Teoria apresentada por Montesquieu, complementada pela doutrina dos *Freios e Contrapesos*, adequa-se plenamente a essa visão. Dado que a coordenação e correlação no exercício das três esferas de Poder estatal é uma premissa para o Estado Democrático de Direito atingir o seu objetivo principal - atendimento da dignidade do seu povo - tem-se a *extração da unidade* e a *obtenção de resultados que beneficiem a todos*, como apontou a própria crítica.

Assim sendo, as ações e reações protagonizadas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, na disputa pela primazia do Poder – que resulta na crise entre eles - não residem na Teoria da Separação dos Poderes, mas se encontram alocadas na lisonja, na corrupção, no desvirtuamento, na deturpação de referida Teoria por parte daqueles que em cada momento da história manifestam o Poder.

De outro lado, há na doutrina outra ideia que também pode parecer uma forte crítica à Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu, mas em verdade é uma proposta para que ela seja atualizada e não necessariamente transformada:

“Quase três séculos depois, já passa da hora de repensar a santíssima trindade de Montesquieu. Apesar de seu status canônico, ela nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas. Embora a tradicional fórmula tripartite falhe ao capturar os modos característicos de operação de tais formas, essas unidades novas e funcionalmente independentes estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos. Uma “nova separação de poderes” está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias — ou talvez mais. E, assim, nós devemos dar um carinhoso adeus a Montesquieu, para então criar novas bases ...”. (Ackerman, 2004, p. 15).

É importante que fique claro que neste estudo não se defende a inafastabilidade da *tripartição* dos Poderes. O que se entende por imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito e que, de fato, surgiu pelas ideias de Montesquieu, é a inafastabilidade da *Separação* dos Poderes.

Defende-se que, apenas se houver a devida atenção à manifestação do Poder estatal de maneira descentralizada, despersonalizada e devidamente estabelecida pela Constituição é que haverá o atingimento dos fins do Estado Democrático de Direito.

O Poder ser exercido por três, quatro ou cinco órgãos estatais, não é o núcleo da questão, mas o é o fato daquele exercício ocorrer exatamente de acordo com as prescrições constitucionais, que deve refletir a vontade soberana do povo.

O que não se pode admitir é centralização do Poder, é o seu exercício visando fins diversos daqueles que beneficiem o povo, é a sua manifestação arbitrária e motivada por paixões individuais e corruptas.

Em um Estado Democrático de Direito é necessário que se limite o Poder pelo Poder, mas também é necessário que se garanta a plena liberdade política dos indivíduos e dos direitos da minorias.

3.2.1 Teoria dos Freios e Contrapesos – *Check and Balances*

Conforme estudado, os elaboradores do texto da Constituição norte-americana perfilharam a Teoria da Separação de Poderes, sem embargo de acurá-la. Preocuparam-se em garantir a Separação de forma que ela tivesse aplicação prática, o que não aconteceria apenas pela determinação formal de limites constitucionais. Era necessário, segundo eles, que houvesse uma ingerência constitucional de uns sobre os outros.

“ ... ao se constituir um governo de homens sobre os homens, é preciso primeiro que esse governo seja dotado de poderes sobre os governados e, depois, que seja obrigado a controlar a si mesmo. Neste sentido, o controle primário existente sobre o governo é aquele exercido pelo povo. Todavia, a experiência demonstra a necessidade de estabelecer mecanismos adicionais de controle, aponta Madison, referindo-se indiretamente ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos entre os diversos órgãos de poder governamental.” (Mario Luiz Bonsaglia. I. Leite, George Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 41).

A Teoria tal qual tratada por Montesquieu, precisou seguir o ritmo da evolução da forma de prescrição estatal. Como ele próprio chegou a tratar, o exercício de cada função de maneira fiel ao quanto previamente estabelecido implicaria, por si só, na harmonia entre os Poderes. Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito, aquele estabelecimento prévio de tarefas precisou ser positivado em âmbito constitucional.

Dessarte, a estrutura da Separação de Poderes quando aplicada ao Estado Democrático de Direito, necessitou da força constitucional. E neste cenário, foi significativamente marcada pelas reflexões federalistas sobre a Constituição norte-americana.

“O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como ‘sistema de freios e contrapesos’. (Dallari, 2014, p. 218).

Os três Poderes, tais quais pensados por Montesquieu, deveriam ser independentes. De outro lado, os federalistas deixaram evidente que a independência não significava ausência de intervenção recíproca entre os Poderes. Para eles, o argumento da independência dos Poderes não poderia ser utilizado para gerar um Poder sem limites. Foram, assim, aprimorando a ideia original.

Entendiam que:

“Quando na mesma pessoa ou corporação, o poder se confunde com o executivo, não há mais liberdade. Os três poderes devem ser independentes entre si, para que se fiscalizem mutuamente, coíbam os próprios excessos e impeçam a usurpação dos direitos naturais inerentes aos governados. O Parlamento faz as leis, cumpre-as o executivo e julga as infrações delas o tribunal. Em última análise, os três poderes são os serventuários da norma jurídica emanada da soberania nacional” (Maluf, 2017, p. 242).

Imperioso esclarecer que a Constituição norte-americana não positivou expressamente a Teoria dos “freios e contrapesos”, mas dispôs as competências de cada Poder de forma a determiná-la. A distribuição das atribuições de cada qual resultou em um mecanismo de limitações recíprocas.

Sobre a doutrina dos Freios e Contrapesos:

“... só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro, nem a usurpação de atribuições mas a verificação de que entre eles há de haver consciente colaboração e controle recíproco ... para evitar distorções e desmandos” (Maluf, 2017, p. 242).

No Brasil, a ideia de harmonia entre os Poderes veio tratada pela primeira vez na Carta Imperial de 1824, em seu art. 9º: *“A divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos ...”*. Entretanto, a ideia de

independência harmônica só foi inaugurada no Estado brasileiro pela Constituição Republicana de 1891.

“Justamente a conjugação da doutrina da separação dos poderes com um bem operante sistema de freios e contrapesos permeia a Constituição dos Estados Unidos, que, em seus elementos essenciais inspirou as Constituições brasileiras do período republicano ... O modelo norte-americano de República presidencialista, organizada segundo a teoria da separação de poderes e mediante o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos inspirou a elaboração da primeira constituição republicana brasileira, em 1891. As outras constituições, à exceção da carta política de 1937, mantiveram essencialmente o mesmo modelo, ainda que as cartas de 1967 e 1969 só o tenham feito nominalmente, já que de fato o país vivia sob uma ditadura militar. A Constituição de 1988 procurou manter-se fiel ao modelo já descrito, trazendo importantes aperfeiçoamentos em relação aos anteriores textos constitucionais.” (Mario Luiz Bonsaglia. I. Leite, George Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 41).

A essência da Teoria dos *Freios e Contrapesos* é, portanto, evitar a tirania de qualquer um dos Poderes, de modo que um seja o equilíbrio do outro. Essa ideia, em nenhum momento pode ser interpretada como um contraste à Teoria de Montesquieu, ao contrário, é um complemento seu.

Isso porque, se o que se pensou inicialmente foi a necessidade de que o Poder fosse manifestado por mais de um órgão para que não houvesse a centralização dessa manifestação, e conseqüentemente o abuso e arbitrariedade, a Teoria desenvolvida pelos norte-americanos acrescentou um elemento essencial, que espelha a unidade do Poder.

Sendo o Poder uno e indivisível, não é possível que sua manifestação pelo Estado aconteça por meio de uma divisão estanque e absoluta. Os Poderes do Estado formam um sistema comunicante que deve funcionar de forma coordenada, vinculada e harmônica.

“ ... Dentro desse esquema de distribuição de poderes (funções e competências), traçado pela Constituição, devem os diferentes órgãos do Estado (Poderes), respeitando-o, respeitar a esfera de ação constitucionalmente assinalada e assegurado aos demais, e justamente nesse respeito mútuo pela competência de cada um à sua independência e à harmonia de sua atuação conjunta ... Cada poder, ensina Biscaretti di Ruffia, deve conservar-se na órbita da função que lhe é institucionalmente atribuída” (Teixeira, 2011, p. 324).

A indicação de quais sejam as tarefas de cada Poder nas normas constitucionais é de suma importância, assim como o é o entrelaçamento dessas tarefas. Dessa forma, a

disposição dos mecanismos de ação de cada esfera de manifestação do Poder deve albergar os Freios e Contrafreios no jogo de equilíbrio das forças.

“ ... A nenhum poder será lícito, portanto, fora dos casos estabelecidos pela Constituição, praticar atos ou funções que, pela sua natureza intrínseca, pelo seu conteúdo, correspondam à competência de outro, isto é, praticar atos e funções que a Constituição assinala a outro Poder” (Teixeira, 2011, p. 428).

“É preciso criar alguma estrutura política que favoreça a proteção dos direitos para que não se mantenham como mera abstração. Essa estrutura, na percepção de Madison, é um sistema de freios e contrapesos, de acordo com o qual as instituições de governo são dispostas de tal maneira que a ambição humana dos que ocupam um poder controle a ambição humana daqueles que exercem um outro” (Vieira, 2018, p. 1082).

A Constituição Federal de 1988, seguindo esse discurso, determina, por exemplo, que competem ao Legislativo as funções de elaborar leis. Entretanto, de modo atípico, cabe-lhe a função administrativa - quando provê cargos da sua estrutura ou atua no Poder de polícia - e a função judicante - quando processa e julga, por crime de responsabilidade, o chefe do Executivo federal.

Veja-se que o Legislativo tem a função de elaborar leis, que devem passar pelo crivo do Executivo - a sanção como freio do Executivo diante do Legislativo - para entrarem em vigor. No entanto o Legislativo, eventualmente, pode rejeitar um veto - a rejeição do veto como contrapeso do Legislativo diante do Executivo.

Outros mecanismos disponíveis na relação de equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo seguem o mesmo raciocínio como, o *impeachment*, a aprovação de nomeação para determinados cargos, a aprovação de tratados internacionais, a fiscalização dos atos do Executivo por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito e o controle orçamentário.

Na conexão entre Legislativo e Judiciário há o equilíbrio de forças quando o Poder Judiciário estabelece condições para a atuação do Poder Legislativo, por exemplo. Essa afirmação fica mais evidente quando se pensa na impetração de um Mandado de Injunção com consequente determinação judicial para elaboração legislativa em determinado prazo. Na via contrária, há a possibilidade de o Legislativo conduzir processo de *impeachment* de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Sobre a correspondência entre Executivo e Judiciário pode-se apontar a nomeação de Ministros do STF pelo Presidente da República, ato que pode gerar sérias consequências ao Estado se mal utilizado.

De mencionar, ainda, um mecanismo do qual pode lançar mão o Poder Judiciário, com reflexos tanto sobre o Legislativo, como sobre Executivo. Trata-se do controle de constitucionalidade, cuja fonte está no reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação às vias de manifestação do Poder estatal³³.

Oo sistema de *Freios e Contrapesos*:

“tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno ... cuida-se mesmo de uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade” (Mendes, 2014, p. 1058).

Em resumo, então, o Legislativo tem – e deve ter – independência para criar normas, mas o Executivo deve controlar esse Poder, pelo veto presidencial. O Judiciário, igualmente exercendo função limitadora dos Poderes Legislativo e Executivo, pode lançar mão do controle de constitucionalidade, e assim por diante. Dessa maneira, todos devem caminhar sempre coordenados e limitados uns pelos outros, de acordo com as previsões constitucionais.

“Assim é que se incumbe ao Congresso primariamente a função de legislar, cabe ao Executivo sancionar ou vetar os projetos de lei aprovados pelo Legislativo, sendo certo que tais vetos podem ser derrubados pelo Congresso., mediante a observância de quórum especial. Além disso, as leis que estejam em descordo com a Constituição, podem ser declaradas nulas pelo Judiciário. Constituem outros exemplos de freios e contrapesos entre os poderes do Estado: os ministros da Suprema Corte são escolhidos pelo Executivo, devendo o nome indicado ser aprovado pelo Senado; os ministros da Suprema Corte, assim como o chefe do Executivo podem ter o seu impedimento decretado pelo Congresso, etc.” (Mario Luiz Bonsaglia. I. Leite, George Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 41).

³³ É indispensável deixar claro que o controle de constitucionalidade, assim como diversas tarefas atribuídas aos três Poderes, não é função exclusiva do Poder Judiciário. *“Cogita-se de controle de constitucionalidade político, que outrora também era corretamente chamado modelo de controle francês, quando a atividade de controle de constitucionalidade é exercida por órgão político e não por órgão jurisdicional ... Ainda se pode dizer corretamente político o controle de constitucionalidade realizados nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões. Também o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa”* (Mendes, 2014, p. 1.058).

Fica claro, que no Estado Democrático de Direito, a Teoria da Separação de Poderes evidencia que não apenas o Judiciário – no Brasil, na figura do STF - tem o dever de salvaguardar a Constituição, mas considerando o raciocínio deste estudo, Legislativo e Executivo, igualmente, devem agir de modo a proporcionar às normas constitucionais a máxima efetividade, para completude do Estado Democrático de Direito.

Resta manifesto, assim, que os Poderes devem ser exercidos como pensados por Montesquieu no tocante à não centralização. Precisam ser manifestados, cada qual dentro do seu próprio campo de atuação, estabelecido previamente pela norma constitucional, porém de forma harmônica e equilibrada entre eles e de acordo com os ditames do Texto Maior.

Tem-se, ao final, que os três Poderes só são independentes, como pretendeu Montesquieu, no sentido de que se organizam e funcionam separadamente, mas se acomodam e se ordenam mutuamente na finalidade essencial de compor os atos de manifestação da soberania popular, por meio do sistema de *Freios e Contrapesos*, realizando o ideal de contenção do Poder pelo Poder.

3.3 A alternância dos Poderes no protagonismo da história

“Costumam dizer os homens prudentes, e não casualmente ou sem razão, que aqueles que desejam ver o que será, podenderam sobre o que já foi: porque todas as coisas do mundo, em todo tempo, têm sua própria relação com os tempos antigos. Isso acontece porque se as coisas são feitas pelos homens, que têm e sempre tiveram idênticas paixões é inevitável que produzam idêntico efeito”.

Maquiavel.

Ao longo da história da Teoria da Separação de Poderes o Legislativo, o Executivo e o Judiciário foram se intercalando em um cenário que se pode chamar de protagonismo dos Poderes. A depender dos acontecimentos fáticos um ou outro Poder assumiu por determinado tempo o núcleo do sistema de manifestação do Poder estatal.

Ao mesmo tempo em que a Teoria da Separação de Poderes - ou as ideias que lhe deram origem - foi pensada, pode-se pontuar que os séculos XVII e XVIII foram marcados por governos monárquicos, sobretudo os absolutistas, nos quais a figura do Rei era a representação do Divino. Não havia questionamentos que colocassem em dúvida a soberania das decisões e determinações do monarca.

Como visto, a partir desse cenário, então, e diante do forte antagonismo entre a Coroa e o Parlamento, Teorias surgiram a fim de libertar os súditos das amarras criadas por aquelas formas de governo e trouxeram consigo acepções liberalistas como aquelas lideradas por John Locke, na Inglaterra e, mais tarde por Montesquieu, na França.

Foi na Inglaterra, contudo, que o Poder Legislativo teve seu berço. Com a Revolução Gloriosa, que marcou o triunfo do liberalismo político sobre o absolutismo, deu-se a aprovação do *Bill of Rights* - em 1689 - que atestou a supremacia legal do Parlamento sobre a Monarquia.

Nessa época John Locke defendia a ideia de que a liberdade do indivíduo era um direito ínsito à sua condição humana e que não poderia ser malferido por ninguém, nem mesmo pela manifestação do direito de liberdade do outro indivíduo. Defendia-se, então, a urgência de se criar uma estrutura governamental, cujas relações fossem reflexos dos interesses do povo.

Entendia Locke que a origem do Poder entregue ao Estado estava no consentimento expreso dos governados, portanto, na sua liberdade de decidir que o Estado passasse a regulamentar a sua vida em sociedade, por meio de um órgão de onde se originariam as tais normas regulamentadoras. Para ele a fonte do Poder político não eram nem a tradição, nem a força, mas estava no consentimento expreso dos governados.

Vê-se que, em razão das intempéries que se enfrentava nos tempo em que Locke pensou o *contratualismo* e o abandono pelo indivíduo do seu *estado natureza* para compor uma sociedade, justificando assim o surgimento do Estado, sentiu ele a necessidade de pensar, igualmente, um *Poder Legislativo* e a ele conferir certa superioridade. Locke chamava-o, inclusive, de *Poder Supremo*.

Para Locke existia uma clara subordinação do Poder Executivo (confiado ao príncipe) e do que ele chamava Poder Federativo (que se referia aos assuntos de relações exteriores - guerra, paz, alianças e tratados) ao Poder Legislativo. Era, assim, o Legislativo, o Poder ao qual se atribuía maior importância.

De modo bastante parecido com as ideias de Locke, surgiram na França as concepções de Montesquieu, que criticando a concentração do Poder absolutista, desenvolveu a Teoria da Separação dos Poderes.

No entanto, foi no Legislativo que Montesquieu depositou maior parcela da sua confiança, na medida em que outorgou-lhe a responsabilidade de elaborar leis contrárias ao autoritarismo político do Estado Absolutista francês.

Esse panorama, por si só, demonstra e explica o motivo pelo qual o século XIX foi palco do protagonismo do Poder Legislativo. A premência social de que o Poder fosse descentralizado e despersonalizado e seu exercício regulado por leis, criadas por um órgão nascido justamente com essa competência, e não mais pela vontade do monarca, bem explica o realce dessa função estatal sobre as demais.

No Brasil, o Poder Legislativo também assumiu papel central na história do século XIX, certamente por influência das histórias inglesa, francesa e norte-americana.

Sobre os fundadores do primeiro Parlamento brasileiro:

“Quem escrever o Gênesis do Brasil, há de reconhecer que no princípio, foi a violência. A força física e a força das armas ... A palavra veio depois e tímida com os jesuítas, as raras escolas, os Tribunais bisonhos, as Câmaras Municipais, na orla oceânica ... A Constituinte de 1823 representa uma projeção desse florescimento intelectual do Brasil do século anterior ... Os moços, dentre os quais alguns ainda não haviam atingido 30 anos ... haviam recebido formação intelectual nas universidades europeias” (Baleeiro, 1973, p. 5).

A exemplo do que ocorreu na Europa, havia em terras brasileiras no século XIX uma forte divisão entre a Monarquia de Direito Divino e a Monarquia Constitucional à base da soberania do povo.

Esse foi o mote da instalação da Constituinte de 1823 e foi por meio desse primeiro Parlamento do Brasil (que deu conta da Constituição de 1824) que o País passou por uma prolongada fase de tolerância, liberdade, ordem e gozo de todos os direitos inerentes ao Estado Democrático, era o Parlamento galgando o seu lugar na história.

Enfim, o século XIX foi precedido, em todo o mundo, por governos absolutistas, autoritários, com o Poder centralizado nas mãos de uma única figura e que criava e executava ela própria as leis que regiam a sociedade. A partir disso, o Poder Legislativo alcança o patamar de “libertador” do povo. Com a sua criação o Poder estava descentralizado, despersonalizado e a responsabilidade de elaboração das leis não era mais da figura do Rei.

Conquanto, diante da Teoria da Separação de Poderes todas as funções estatais tenham como fim principal o atendimento dos interesses do povo e a sua proteção - e se o funcionamento do mecanismo não ocorrer de maneira coordenada e harmônica essa ideia não está fielmente refletida - o Poder Legislativo, de fato, se exercido nos moldes pensados por Locke e Montesquieu, e na forma positivada nas mais diversas Constituições, é aquele que mais está próximo do povo.

Dado que os exercentes da função parlamentar são a representação da vontade soberana do povo, é o Poder que de maneira mais direta espelha os ideais democráticos de um Estado de Direito. O século XIX, o século do Estado mínimo, tinha como característica um Poder Legislativo que concentrava aqueles que detinham o poder político, que era a burguesia que vinha das revoluções liberais do século XVIII.

No entanto, o início do século XX não manteve essa conjuntura. Exercentes do Poder Executivo agiram de forma a alterar esse panorama, colocando, então, a esfera executiva do Poder estatal no centro das atenções.

As respostas estatais tinham de ser rápidas e imediatas aos estímulos. Foi ele o século marcado pela Revolução Russa de 1917, pelas duas grandes Guerras Mundiais, pela globalização econômica. Assim, a Alemanha nazista, a Itália Fascista, a Rússia comunista são exemplos de Estados Totalitários/Autoritários³⁴ que fizeram com que o Poder Legislativo deixasse o núcleo do protagonismo, que viria a ser assumido pelo Executivo.

“Há, em verdade, uma reviravolta na relação de proeminência que prevalecera entre órgãos estatais do século XIX, passando o Executivo a protagonizar as ações de Governo, enquanto coube ao Parlamento posição mais secundária ou, pelo menos, de complementação das atividades de primeira grandeza levadas a efeito pela administração pública”. (Castro, 1986, p. 07).

Histórias como aquelas vistas nos tempos precedentes às duas Guerras Mundiais demonstram claramente como o Poder Executivo ascendeu sobre os demais Poderes e como seus líderes passaram a agir como se fossem eles os reais e únicos detentores do Poder.

“... tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo, por várias razões, deixaram de ser protagonistas. Talvez o Poder Legislativo tenha perdido sua legitimidade, tenha dificuldade em funcionar, sobretudo no regime presidencial ... O Poder Executivo, também enredado em seus próprios problemas, não tenha podido dar a resposta adequada às

³⁴ Para Hannah Arendt, há características comuns a ambos os tipos de regimes: (i) Subordinação dos poderes judiciário e legislativo ao Poder executivo; (ii) Repressão a toda e qualquer oposição política e ideológica ao governo. Segundo Arendt, a diferença básica é que o Autoritarismo tenta forçar o povo à apatia, à obediência passiva e à despolitização, enquanto o Totalitarismo busca mobilizar a sociedade civil de cima para baixo, para moldá-la e impor ao povo uma obediência ativa e militante ao *status quo*, condicionada pela adesão à ideologia oficial do Estado. Arendt aponta, entre as diferenças, a prática autoritária da abolição de todos os partidos políticos, sindicatos, etc., em contraste com a prática totalitária de um sistema de partido único e sindicato corporativista, comandado por um chefe carismático. Os exemplos reais de regimes totalitários identificados por Hannah Arendt são a Itália fascista, a Alemanha nazista e a Era Stálin na União Soviética (Arendt, 1988, p. 102).

demandas da sociedade. Então, este é o momento do Poder Judiciário” (Lewandowski, 2009, p. 79).

Nos períodos pós guerra, sobretudo no segundo, o Poder Legislativo, assim, retoma certa proeminência com a necessidade de positivação de direitos individuais, na busca de restauração da dignidade dos seres humanos, tão aviltada durante os períodos bélicos.

Foi dessa maneira que diversas Constituições ao redor do mundo - a exemplo, no Brasil, da ordem constitucional de 1988 - trouxeram a dignidade da pessoa humana como base do ordenamento jurídico, deram novo *status* aos direitos individuais, ao mesmo tempo em que ampliaram os direitos difusos e coletivos.

Esse quadro fático, no entanto, provoca a judicialização de questões antes não absorvidas pelo Poder Judiciário, trazendo essa função judiciária estatal para o centro das atenções, sobretudo nos Estados do século XXI.

“Neste meio século que nos distancia do último conflito mundial, os três Poderes da conceituação clássica de Montesquieu se têm sucedido, sintomaticamente, na preferência da bibliografia e da opinião pública: à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, e que trouxe centralidade aos estudos sobre a burocracia, as elites políticas e a máquina governamental, seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida - Justiça” (Lewandowski, 2009, p. 79).

Ora, é a função exercida pelo Judiciário que tem o poder/dever de entregar ao indivíduo (integrante do povo) a prestação protetiva contra violações de direitos seus. Se um do povo viola o direito do outro, ou o Estado viola o direito de um indivíduo, ou alguém lesiona o próprio Estado, é ele, por meio do Poder Judiciário que tem de dizer o direito, regulamentando as relações e pacificando os conflitos.

Entretanto, a alternância dos Poderes no protagonismo da história não reflete a idealização da Teoria da Separação de Poderes. Já se pontuou diversas vezes que a manifestação do Poder estatal deve acontecer de forma a retratar a unicidade do Poder.

O Poder é uno e indivisível e a sua separação em funções somente se dá para fins estruturais de sua manifestação, devendo acontecer de maneira coordenada e harmônica entre as três partes de manifestação. Não se pode admitir que o exercício de

um Poder sobressaia ao exercício dos demais, sob pena de não haver o espelhamento da unicidade e da indivisibilidade do Poder que emana soberanamente do povo.

*“Transportadas para as Constituições presidencialistas, o essencial da doutrina da “separação de poderes” está em que, se quiser constituir um Estado respeitoso das liberdades, é mister dividir o exercício do poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos capaz de contes os Poderes e fazê-los andar ‘de concerto’. **O estabelecimento de freios e contrapesos serve ao fim inspirador do princípio – limitação do poder – constituindo, portanto, antes instrumento jurídico – constitucional que visa a impedir que um Poder se sobreponha ao outro, do que a propiciar interferência, sobretudo política, de um Poder sobre o outro.** (Grifamos). (Garcia, 2018, p. 72. Apud Anna Candida da Cunha Feeraz).*

“A Separação de Poderes é uma garantia extraordinária que foi alçada à dimensão constitucional, fruto do desejo e intenção constituinte de estabelecer funções diferenciadas, conjugando princípios por vezes aparentemente contrapostos, com escopo de salvaguardar o exercício dos direitos individuais e coletivos. A Separação dos Poderes tornou-se um princípio essencial de legitimação do Estado brasileiro. ... é o fundamento do Estado Constitucional Democrático de Direito, no qual cada um dos integrantes dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) deve observar sua função frente a um propósito social” (Pinto, Piske, 2006, p. 11).

A positivação de direitos, a multiplicação de conflitos, a ânsia do povo por solucioná-los, a proximidade dos indivíduos com os direitos de que são titulares, e diversas outras questões sócio-políticas pressupõem a opção de valores que, num determinado momento, hão de prevalecer, fazendo com que um ou outro Poder esteja em evidência.

Ocorre que, essa situação não pode levar ao protagonismo de uma ou outra função estatal. É importante que entre si os três Poderes ajam coordenada e harmonicamente e estejam em diálogo constante para juntos alcançarem os objetivos do Estado que, em última instância, se confundem com o bem comum social.

É preciso, assim, entender que a Teoria da Separação dos Poderes pressupõe simetria, afinação, consonância entre as funções para que espelhe de maneira fidedigna a essência muito bem trabalhada por John Locke e Montesquieu. E tudo isso considerando que a atuação precípua do Estado, por meio dos seus três órgãos manifestadores do Poder, há de visar sempre a afirmação da Democracia.

Três premissas importantes devem ser estabelecidas: (i) a Separação de Poderes não pode ser estanque e absoluta porque, como ensinou o próprio Montesquieu o Poder só encontra limites no Poder; (ii) tem de haver um entrelaçamento entre as

funções na manifestação do Poder; (iii) todas as funções têm de estar voltadas a um mesmo fim.

“Quando, porém, num Governo Popular, as leis param de ser executadas, como isso só pode provir da corrupção da República, o Estado já está perdido. Foi um belo espetáculo, no século passado, ver os impotentes esforços dos ingleses para estabelecerem entre eles a Democracia. Como aqueles que tomavam parte dos negócios não tinham Patriotismo; e sua ambição era exacerbada pelo sucesso daquele que ousara mais; e o ímpeto de cada facção só era reprimido pelo ímpeto da outra, o Governo mudava sem cessar. O Povo, espantado, procurava a Democracia e a não encontrava em parte nenhuma. Afinal, após muitos movimentos, chorques e abalos, teve de repousar-se no mesmo Governo que fora proscrito. Quando Sila quis dar liberdade a Roma, esta não a pôde mais receber. Ela já não tinha senão um resto de Patriotismo, e, como ela foi tendo cada vez menos Patriotismo, ao invés de reerguer-se após César, Tibério, Caio, Cláudio, Nero, Domiciano, ela tornou-se cada vez mais escrava ... Quando o Patriotismo acaba, a ambição penetra nos corações que a podem receber, e a avareza entra em todos. Os desejos muda de objeto: o que amava não se ama mais; era-se livre com as leis, e se quer livre contra elas; cada cidadão é como um escravo fugido da casa do senhor; o que era máxima chama-se rigor; o que era regra chama-se estorvo; o que ali era atenção chama-se temor. A frugalidade é que é aí a avareza, e não o desejo de ter” (Mota, 2007, p. 98).

Conquanto seja previsível que os elementos social e político estabeleçam o protagonismo de um ou outro Poder no desenvolvimento da história, há que se buscar um ponto de equilíbrio que nivele e iguale o tripé. Quando elementos extraordinários levarem à relevância de um Poder sobre o outro o próprio sistema deve de autoavaliar e impedir o protagonismo.

A independência dos Poderes significa que eles devem funcionar sem interferência externa do sistema, sem submissão a um órgão ou ente controlador. No entanto, como são harmônicos, devem funcionar – sempre – todos em defesa da Democracia e do desenvolvimento do país.

É imprescindível, pois, que os agentes políticos ajam de forma a conquistar o respeito do povo pelo Poder que representam. É preciso que suas ações sejam exteriorizadas de maneira a recuperar – quando já perdida – a admiração e o apreço dos indivíduos pelos órgãos de manifestação do Poder estatal. Essa é a essência da Teoria da Separação dos Poderes e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

A EFETIVIDADE ATUAL DA TEORIA

4.1 A Constituição de 1988 e os Poderes do Estado

À semelhança da ideia de que o Poder é um fenômeno ínsito ao indivíduo e que antecede ao Estado, a Constituição desse Estado antecede ao seu Governo. É uma norma dotada de superioridade, que aspira habilitar o Poder político, regular o seu exercício e estabelecer e assegurar os direitos individuais.

Portanto, é na Constituição de um Estado que se encontra a maneira como o Governo deverá acontecer, na medida em que ela se presta a organizar tal governo, conciliando-o com o maior grau possível de autonomia e liberdade dos que estão a ela submetidos.

“A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser e dever ser” (Hesse, 1991, p. 4).

A Constituição é, então:

“uma coisa que antecede um governo, e um governo é apenas a criatura de uma constituição. A constituição de um país não é um ato de seu governo, mas do povo que constitui um governo. Ela é um corpo de elementos ao qual você pode se referir e citar artigo por artigo, e que contém os princípios sobre os quais será estabelecido o governo” (Vieira, 2018, p. 933 *Apud* Thomas Painde)

Os homens para viver em sociedade abriram mão do Poder de que eram detentores e o delegaram ao Estado. Este, criado pela vontade dos homens - que dentro do Estado formam o povo - deve exercer aquele Poder de maneira pré-estabelecida pela Constituição e sempre a serviço do povo.

Dessarte, as normas que determinam a forma de manifestação do Poder entregue ao Estado, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, estão positivadas na Constituição, juntamente com aquelas que estabelecem e garantem os direitos

individuais de cada integrante da sociedade. Karl Loewenstein indica um conteúdo mínimo, sem o qual não há uma autêntica Constituição.

Os seguintes elementos fundamentais são considerados como o mínimo irreduzível de uma autêntica Constituição:

1. *A diferenciação entre as diversas tarefas estatais e sua atribuição a diferentes órgãos estatais ou detentores do poder para evitar que a concentração do poder entre em mãos de um único autocrático detentor.*
2. *Um mecanismo planejado que estabeleça a cooperação dos diversos detentores do poder. Os dispositivos e as instituições em forma de freios e contrapesos - os 'checks and balances', familiares à teoria constitucional norte-americana e francesa - significam simultaneamente uma distribuição e, portanto, uma limitação ao exercício do poder político.*
3. *Um mecanismo planejado igualmente com anterioridade, para evitar o bloqueio entre os diferentes detentores do poder autônomos, com a finalidade de evitar que um deles, no caso de não produzir-se cooperação exigida pela constituição, resolva o 'impasse' pelos seus próprios meios. Isto é, submetendo o processo do poder a uma direção autocrática.*
4. *Um método, também pré estabelecido, para a pacífica adaptação de uma ordem fundamental e das dinâmicas condições sociais e políticas.*
5. *A lei fundamental deverá conter um reconhecimento de certas esferas de autodeterminação individual – e sua respectiva proteção. (Loewenstein, 1970, p. 152).*

Esse sistema traçado por Loewenstein funciona, na medida em que se tem na Constituição uma norma superior voltada à estruturação do Poder, é a garantia dos direitos, representando a vontade popular.

É oportuno mencionar aqui a teoria desenvolvida por Ferdinand Lassalle sobre a essência da Constituição. Ensinou ele que essa essência se encontra nos chamados “fatores reais do poder”, que são, contextualizando suas ideias, os interesses dos indivíduos formadores da sociedade, das classes sociais e do corpo social coletivamente considerado.

“quando uma Constituição escrita responde aos fatores reais do poder que regem um país, com ela não se pode brincar. A ela não se pode desrespeitar se não quer passar mal ... Onde a Constituição escrita reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é

respeitada, é invulnerável. Quando há no país um grito de alarde que incite a conservar uma Constituição escrita, é uma prova evidente da sua caducidade para aqueles que saibam ver com clareza, está irremediavelmente perdida, não pode salvar-se”. (Lassalle, 1933, p. 12)

E, confirmando as concepções já mencionadas de que uma Constituição deve estabelecer a manifestação do Poder, fica evidente que os problemas constitucionais, em verdade, não são de direito,

“mas do poder ... a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam a realidade social”. (Lassalle, 1933, p.39).

Ora, a Constituição como documento, não passa de um pedaço de papel e, para ter a superioridade e supremacia necessárias a legitimar o funcionamento do Estado e a estabelecer os direitos de seu povo, precisa refletir fielmente, como um espelho, a vida social e todos os conceitos que a constituem.

A Constituição³⁵ é, então, uma mensagem do povo que determina aos seus destinatários - governantes e o próprio povo governado - como as suas relações devem funcionar. Ela organiza o Poder do Estado e fixa os direitos dos integrantes do povo e demonstra os pontos a serem perseguidos pela sociedade como um só corpo.

“De um lado, cria-se uma esfera de proteção aos direitos do indivíduo. De outro, organiza-se o poder do Estado de maneira fragmentada, de forma que as duas instâncias mutuamente se limitem, assegurando aos indivíduos a maior liberdade possível ... Hume - David Hume - foi o primeiro a compreender que uma constituição só será eficaz quando servir como instrumento de coordenação política” - grifamos. (Vieira, 2018, p. 945).

Por isso, e para evitar que os atores do governo que exercem o Poder, eventualmente manipulados pela lisonja e pela corrupção, deturpem o seu conteúdo, a Constituição é dotada de superioridade tal que não pode ser alterada facilmente³⁶. É

³⁵ “ ... a palavra é mantida, ou adotada, ainda quando a associação entre a dita ‘constituição’ e aresposta comportamental que ela evoca se torna inteiramente sem sentido. Essa fato favoreceu a consolidação do emprego do termo constituição para designar as mais variadas formas de organização política que surgiram nos últimos dois séculos, mesmo aquelas que negam os ideais de consentimento dos governados, de separação de poderes e de direitos fundamentais”. (Vieira, 2018, p. 1126)

³⁶ Oscar Vilhena (2018, p. 1299) apresenta a Constituição norte-americana como uma Constituição muito rígida, na medida em que seu artigo V não exige apenas a aprovação por dois terços das duas Casas do Congresso para uma emenda constitucional, mas também por três quartos das assembleias legislativas estaduais. Por outro lado, destaca a Constituição Federal do Brasil de 1988 como uma pouco rígida, pois exige apenas a aprovação de três quintos dos parlamentares em duas votações, bastando, portanto, que o

norma superior, inclusive, aos Poderes por ela constituídos, ficando acima de seus ataques.

No entanto, mesmo dotada de tal superioridade, como os sistemas constitucionais não dispõem de um elemento externo que imponha suas regras, a Constituição depende do comprometimento da sociedade e dos atores políticos com os seus termos. Se isso não acontecer, a Constituição não terá eficácia.

Dessarte, ao mesmo tempo em que precisa impor condutas aos cidadãos, o Estado precisa identificar a vontade do povo no modelo constitucional, para que haja a adesão mencionada.

Nasce assim a Teoria do Poder Constituinte, originária do constitucionalismo norte-americano. Os conhecidos “Pais Fundadores”, por ocasião da elaboração da Constituição de 1787, atribuíram esse fato ao povo - “*We, the people*”. Nesse sentido, então, é a Teoria do Poder Constituinte quem confere legitimidade ao sistema constitucional e a sua supremacia.

Na medida em que o sistema constitucional (i) reflete a intenção do povo, subordinando-o, por consequência às suas determinações; (ii) organiza a manifestação do Poder outorgado ao Estado para que o governo se estabeleça; toda a sociedade (governantes e governados) e suas relações estão protegidos, amparados e regulados pela Constituição.

Nesses termos é que, da organização constitucional da manifestação do Poder entregue ao Estado surge a positivação da Teoria da Separação dos Poderes, trabalhada por Montesquieu.

O Poder Constituinte, na medida em que reflete - no ordenamento jurídico - a vontade do povo, é responsável pela organização política e por estabelecer a forma de manifestação do Poder pelas funções do Estado e os limites dessas funções. São os Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário)- manifestação prática da vontade do povo.

Portanto, os Poderes Constituídos formam o governo. São as ações políticas guiadas pela Constituição, a serviço do povo. E, em razão da supremacia e da

governo tenha uma maioria de 60% no parlamento para que possa alterar os termos da CF/88. Não obstante isso, a CRFB tem um núcleo duro, que não pode ser abolido em nenhuma circunstância, são as chamadas cláusulas pétreas. (Vieira, 2018, p. 1299).

superioridade daquela Constituição, se os Poderes Constituídos se contrapuseram a ela, carecerão de legitimidade.

Nesse ponto verifica-se o equilíbrio buscado por um Estado que se pretenda Democrático de Direito. Se os Poderes agirem contrariamente à vontade soberana popular (refletida na Constituição) devem ser freados, inicialmente uns pelos outros e em última instância, todos pela Constituição.

Isso reflete claramente alguns fundamentos de um Estado Democrático de Direito, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. E mais, reflete, sobretudo, a origem de todo o Poder que “ ... *emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente ...* ” (CRFB/88, art. 1º, Parágrafo Único).

Todo o cenário exposto acima, no decorrer da história do Constitucionalismo ao redor do mundo, passou por diversos momentos de crise. Muitos textos constitucionais foram utilizados como forma de ocultar o exercício arbitrário do Poder (Alemanha nazista, Itália fascista, Rússia de Stalin entre outros) sendo que, somente a partir de meados do século passado o sistema constitucional “ ... *recobrou sua força como instrumento de habilitação da democracia, organização e limitação do poder e garantia de direitos ...* ” (Vieira, 2018, p. 1219).

Foi, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial que o Constitucionalismo tornou a ocupar um espaço nuclear na linguagem política como instrumento de organização do Poder, da Democracia, da garantia de direitos. Além disso, a partir de então, passou a assumir outras responsabilidades no processo de evolução social.

Grande parte das Constituições do final do século XX e começo do século XXI passou a conter uma forte carga axiológica a partir de conceito de dignidade da pessoa humana. Esse princípio passa a ser o ponto de partida para a manifestação do Poder estatal. O Poder e até mesmo a interpretação dos direitos positivados estão a ele vinculados.

Esse momento do Constitucionalismo muito tem a ver com a Teoria da Separação dos Poderes. Isso porque, diversas Constituições passaram a se dedicar à maior proteção de direitos fundamentais - contra eventuais atos de governos autoritários - daí o início de criação de Cortes Constitucionais com competência para invalidar atos e normas contrários à Constituição.

E não é só, todas as vias de manifestação do Poder estatal, além do Poder Judiciário, passam a ter o dever de velar pela efetividade do sistema constitucional no seio da sociedade.

Outro ponto importante e vinculado à Teoria da Separação de Poderes é a adoção pelos textos constitucionais das chamadas cláusulas pétreas³⁷ - entre elas a própria Separação de Poderes - e a consequente transferência ao Judiciário da competência de controle³⁸ do Poder Legislativo quanto à reforma da Constituição.

Dessa maneira, especificamente no Brasil, após um longo período de declínio constitucional - considerando-se as teorias constitucionais trazidas acima e a história brasileira - a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco de suma importância.

O Texto Maior apresentou-se trazendo consigo a implantação de um Estado Democrático de Direito agora com a Separação de Poderes como instrumento mais eficaz de sua manutenção e colocando o ser humano, como sujeito de direito, no centro de todo o sistema normativo que viria a ser implantado.

A Carta Mãe de 1988 enfrentou a necessidade de superar questões problemáticas estruturais que haviam sido causadas pelo regime anterior. Essa carga de responsabilidade fez com que a CF/88, além de fixar o novo sistema político e os direitos negativos, reconhecesse uma ampla gama de direitos sociais, bem como de direitos de grupos vulneráveis e determinasse a criação de políticas públicas, estabelecendo contundentemente a competência de cada esfera de manifestação do Poder estatal para o cumprimento dessas tarefas.

Dessa maneira, a Constituição Federal de 1988 foi uma nova ordem jurídica que nasceu com a finalidade de se sobrepor a uma época cuja característica mais marcante

³⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

³⁸ A Corte Constitucional da África do Sul, talvez tenha sido o exemplo mais explícito desse Poder de controle de constitucionalidade, já que declarou inválidos diversos dispositivos da nova constituição, diante dos princípios acordados no processo de transição. Sabe-se que a Constituição Democrática da África do Sul, no período de transição, deparou-se com a necessidade premente de minimizar os danos do regime de segregação racial que vigorou no país entre 1948 e 1994 - *Apartheid*. (Vieira, 2018, p. 1242).

foi o autoritarismo dos governantes. Entre 1964 e 1985³⁹, com a ditadura militar, o País enfrentou inúmeros episódios que demonstraram a necessidade de implementação de uma estrutura jurídico estatal que respeitasse, sobretudo, os direitos fundamentais do seu povo.

Foi assim, como uma transição na espinha dorsal do Estado, que após intensos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, foi promulgada a Carta Constitucional de 88.

Sob a alcunha de “Constituição Cidadã”, já em seu artigo 1º a nova Carta estatuiu que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como princípios fundamentais⁴⁰.

“Os direitos fundamentais são transferidos para o centro do edifício constitucional. É o que ocorre também com a Constituição brasileira de 1988, em que uma longa carta de direitos é estabelecida logo no início do texto, para deixar claro que os poderes constituídos são instrumentos da realização de direitos”. (Vieira, 2018, p. 1232).

Após arrolar referidos princípios fundamentais, segue o Texto Maior tratando de uma clara Democracia, ou da evidente tentativa de sua eficaz implantação no Brasil, determinando que o Poder é uno e todo ele emana do povo, que pode exercê-lo diretamente ou por representantes, sempre obedecidos os termos constitucionais⁴¹.

“Embora seja clássica a expressão ‘separação de poderes’, que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja

³⁹ Sobre a tomada do poder pelos militares no Brasil, quando houve a quebra da ordem constitucional anterior: “... A edição dos diversos atos institucionais submeteu a Constituição de 1946 ao poder de fato dos militares até que fosse substituída pela Carta de 1967. Vale a pena ler o ato institucional n. 1 ... ‘A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destituiu o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo’ ... é fascinante como o poder de fato, fruto da violência e do arbítrio, busca legitimação se apropriando da retórica e do prestígio da moeda constitucional ... Não há exemplo mais explícito de uma ação contrária ao conceito de constituição, diretamente vinculado à sua origem democrática como manifestação do poder constituinte do povo, e negação do ethos constitucional ...”. (Vieira, 2018, p. 1197).

⁴⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político

⁴¹ Art. 1º ... Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância...” (Dallari, 2014, p. 214).

Importante esclarecer que a CF/88 não traz expressamente o termo “unidade” quando se refere ao Poder. No entanto, da leitura do Parágrafo Único do art. 1º facilmente se depreende este ensinamento quando notamos a expressão “*Todo o poder emana do povo*”. Com o artigo definido “o” e todo o restante do dispositivo no singular, evidentemente o texto constitucional se refere a um único Poder.

“ ... Em verdade, o poder de soberania, intrinsecamente, substancialmente, é uno e indivisível. Ele se manifesta através de três órgãos estatais formalmente separados. Dos três órgãos defluem três categorias diversas de manifestação típica do poder soberano. Como observa Kelsen, há unidade do poder estatal e pluralidade das suas formas de manifestação ... ”. (Maluf, 2017, p. 243).

Em seguida, no art. 2º⁴², encontramos a previsão expressa da Teoria da Separação de Poderes em um texto que deixa evidente que cada um dos três Poderes Constituídos é independente, porém, deve agir de maneira harmônica com os demais.

Oportuno clarificar que a teoria da Separação de Poderes não anula a unidade do Poder, tampouco sua titularidade, na medida em que é apenas tripartido e exercido por representantes do povo para fins organizacionais do Estado, na sua manifestação de Poder.

Ainda sobre as previsões da CRFB sobre a Separação de Poderes, impende mencionar que o texto constitucional faz menção, em seu artigo 34⁴³, à excepcional possibilidade de intervenção da União nos estados federativos para garantir o livre exercício dos Poderes nesses entes federados. A necessidade de que cada Poder exerça livre e plenamente as suas tarefas constitucionais é tão premente para o Estado Democrático de Direito, que o próprio Poder Constituinte estabeleceu essa medida intervencional.

Mais adiante, no Título IV, prevê a Lei Maior a organização de cada Poder. Dá início às previsões da esfera parlamentar, tratando da composição, das atribuições, das competências, do modo de funcionamento e algumas outras peculiaridades do Congresso Nacional. Menciona como deverá ocorrer todo o processo legislativo. E estabelece as

⁴² Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴³ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação”

questões de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, também exercida pelo Poder Legislativo.

Após, o texto constitucional dedica 15 artigos ao Poder Executivo. Nos primeiros pontua questões relativas às eleições para Presidente da República e seu vice, bem como os respectivos mandatos. Em seguida apresenta um rol meramente exemplificativo (com 27 incisos) das funções do chefe do Executivo federal. Trata dos atos do Presidente que podem ser caracterizados como crimes de responsabilidade e de seu respectivo julgamento. Aponta quem pode ser Ministro de Estado e, conseqüentemente, compor a equipe do Poder Executivo. E fixa questões relativas aos Conselhos da República e de Defesa Nacional.

Por fim, a partir do artigo 92 a CF/88 passa a tratar do Poder Judiciário mencionando quais são os órgãos que o compõem e de que maneira essa composição acontece, apontando outras disposições gerais. Traz específicas notas sobre o Supremo Tribunal Federal - STF. Trata das peculiaridades do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Especifica os assuntos atinentes aos Tribunais Regionais Federais - TRF. Aponta as questões relativas Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar. Trata, por fim, da Justiça dos estados da federação.

Antes de encerrar as previsões a respeito do Poder Judiciário, a CRFB trouxe um Capítulo especial atinente às funções essenciais à Justiça. Aponta instituições como o Ministério Público, a Advocacia Geral, a Advocacia e a Defensoria Pública, não como órgãos componentes do Judiciário, mas como atores fundamentais ao bom funcionamento dessa esfera do Poder.

Note-se que a Constituição Federal de 1988 não poupou notas a respeito das deliberações e delimitações das tarefas que cada parcela do Poder deve exercer. Preferiu, ao contrário, estabelecer de maneira marcante e extensa qual o âmbito e o modo de atuação de cada uma das três vias de manifestação do Poder estatal.

Isso porque, um Estado Democrático de Direito, tal qual o brasileiro, não pode prescindir da efetividade da Separação dos Poderes. Não se pode, nessa estrutura estatal correr o risco de o Poder ser manifestado ao alvedrio dos atores públicos, sob pena de a Democracia ser posta em questionamento, os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional não serem materializados, o Poder ser exercido de maneira arbitrária e visando fins escusos, e o Estado Democrático de Direito, em si, ser conduzido à ruína.

Veja-se, dessa maneira, que a Constituição da República Federativa do Brasil, que constituiu um Estado Democrático de Direito, aponta quais são os fundamentos desse Estado (art. 1º), determina que esses fundamentos têm origem no fato de o Poder emanar do povo (art. 1º, Parágrafo Único), que referido Poder deve ser manifestado de maneira tripartida, porém harmônica (art. 2º) e que todas essas previsões só serão materializadas por meio da fiel obediência às previsões contidas no Título IV, sobre a organização da manifestação do Poder.

Fica evidente, assim, que institutos como a Separação dos Poderes, a Democracia, os Direitos Fundamentais, e o próprio Estado Democrático de Direito devem caminhar lado a lado, havendo entre eles laços marcantes que não podem ser desfeitos.

Por óbvio que a promulgação da Constituição Federal de 1988, instituindo um Estado Democrático de Direito, não pôs fim a querelas sociais, tampouco impediu efetivamente que arbitrariedades fossem perpetradas e que o Poder fosse exercido, em alguns momentos, em benefício de determinados grupos.

Mas, a Carta Constitucional de 88 trouxe consigo toda uma gama de institutos e normas regentes da conduta do Estado e da sua relação com seus indivíduos, que se bem observados e aplicados, por si só sustentam o espírito do Estado Democrático de Direito.

Malgrado a positivação constitucional de 1988, necessário reiterar o entendimento disseminado por Lassalle que analisa a Constituição sob uma ótica sociológica e aponta que todas as suas colocações só terão eficácia social se retratarem fielmente os “fatores reais de poder”, que de fato estruturam a sociedade.

Ele defende que se a Constituição não espelhar a dinâmica real do Poder, que estabelece a estrutura da sociedade, será mera “folha de papel”, destituída de qualquer importância.

Os ideais apontados por uma Constituição e a concepção de que sua positivação deve refletir a dinâmica real do Poder na sociedade deve caminhar em harmonia, não se podendo pender desequilibradamente para uma ou outra ideia. A Constituição deve, sim, refletir o mais fielmente possível a estrutura social, mas há que se considerar a sua força principiológica e axiológica no estabelecimento de uma ordem estruturante fundada na liberdade, na igualdade, na democracia, enfim, na dignidade da pessoa humana. Este é o melhor sistema constitucional.

“Não se pode perder de vista, entretanto, que a Constituição é uma obra em construção”, e que sua autoridade não advém da coação ou

da força de suas estruturas, nem de sua legitimação material ou formal, mas da disposição de todos para realizá-la. A constitucionalização, na verdade, não é um processo que se esgota na fase constituinte, é apenas o primeiro passo do árduo processo de implementação dos princípios e regras constitucionais, sendo inegável que, em vinte anos de vigência, a Constituição Federal de 1988, estruturada em torno do princípio democrático, induziu modernização social e política”. (Ranieri, 2019, p. 326).

Nesse novo cenário estatal, as questões sociais não desapareceram, problemas continuaram surgindo e, por estarmos sempre tratando de uma sociedade formada por seres humanos, em várias oportunidades, o exercício do Poder não se apresentou como deveria. A diferença é que dentro das normas regentes do próprio Estado Democrático de Direito e dos institutos que formam o seu âmago, encontra-se as soluções para todas, ou quase todas, essas questões, o que outrora não existia.

Por esse motivo é que se repudia a ideia de que para solucionar os problemas que um Estado enfrenta, sobretudo quando se trata de um Estado Democrático de Direito, é necessário que se crie uma nova forma de Estado e que se elabore uma nova ordem constitucional. Não é.

É necessário, contudo, que se tenha exato conhecimento e domínio das instituições previstas na ordem constitucional e da essência de cada uma delas, para que se possa sempre lançar mão do instrumento necessário para a solução das querelas sociais. Uma Constituição não necessita ser com frequência textualmente renovada se sua interpretação estiver ajustada com a realidade social que ela regulamenta.

“ ... Isso explica, em grande parte, a diferença entre a estabilidade do sistema britânico de Constituição não escrita e o sistema francês. Enquanto o primeiro se mantinha sociologicamente ajustado às respectivas realidades jurídica e política, deixando espaço para correções de rumo, mediante emendas ou interpretação jurisprudencial, na França essas correções sempre foram promovidas por nova Constituição”. (Ranieri, 2019, p. 248).

O panorama brasileiro, contudo, carece da exata adequação do quanto estabelecido pela Constituição Federal à realidade social e vice-versa. Conquanto as ideias de Lassalle sobre a necessidade de a Constituição espelhar os fatores reais de poder sejam de extrema importância, também é verdade que os agentes públicos, na qualidade de exercentes do Poder que emana do Povo e que está estabelecido na Consituição, devem seguir fielmente as ordens constitucionais, entendendo o âmago e o espírito de cada uma delas.

Sem o atendimento dessas premissas básicas, mudar a forma de governo, mudar a Constituição, mudar o Estado são medidas inócuas e que se equiparam à mudança do enredo, mas com os mesmos personagens e com as mesmas ações.

Recentemente houve no País diversos exemplos de exercício equivocado do Poder, de maneira completamente dissociada com o quanto previsto nas normas constitucionais. Ações oriundas das três esferas estatais demonstraram que a pura e simples constituição de um Estado como Democrático de Direito, formalmente, não faz com que o desenvolvimento da sociedade seja imune a problemas e arbitrariedades.

Processos de *Impeachment*⁴⁴ de Presidentes de República, cassações de parlamentares - inclusive presidentes das Casas formadoras do Legislativo - decisões judiciais fortemente criticadas, sobretudo algumas oriundas da Corte Constitucional (o Supremo Tribunal Federal) formam o conjunto de fatos que permearam os últimos anos da história de Democracia brasileira, tão jovem e já tão assolada pelo equivocado e arbitrário exercício do Poder.

Os episódios protagonizados por todos os três Poderes Constituídos, em muitos momentos chegando a afrontar a supremacia constitucional, e conseqüentemente, a soberania da vontade popular, levam a pensar na premência de se entender profundamente o âmago de um Estado Democrático de Direito e a inafastabilidade da efetividade da Teoria da Separação de Poderes.

Assim é que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, devem estar entrelaçados e visando a um mesmo fim. As ações do Estado dependem da coordenação desses Poderes. Logo, o Estado só se mantém se houver consenso e harmonia entre Poderes e se todos, como parte de um só corpo, estiverem unidos a serviço do povo.

⁴⁴ Na História do Brasil foram dois os Presidentes da República a sofrerem processo de impedimento. No final do ano de 1992 o então Presidente da República Fernando Collor de Mello foi o primeiro chefe do Poder Executivo a sofrer processo de *impeachment* no Brasil. Antes mesmo da aprovação do processo pelo Congresso, em 29 de dezembro de 1992, Collor renunciou ao mandato, deixando o cargo para seu vice Itamar Franco. Em 2016 Dilma Rousseff foi a segunda chefe de Executivo a sofrer o processo que iniciado em dezembro de 2015 foi encerrado em 31 de agosto de 2016, implicando na cassação do mandato de Dilma. Pelo mundo outros chefes do Poder Executivo sofreram processo de impedimento. No Irã, em 1981, com Abolhassan Banisadr. Na Venezuela, em 1993 com Carlos Andrés Pérez. No Equador, em 1997 com Abdalá Bucaram. Nas Filipinas, em 2001 com Joseph Estrada. Na Lituânia, em 2004 com Rolandas Paksas. No Paraguai, em 2012 com Fernando Lugo. Na Ucrânia, em 2014 com Viktor Yanukovich. Nos EUA, em 1868, com Andrew Johnson, o processo foi aprovado pelo Congresso, mas rejeitado por um voto no Senado. (<https://forbes.uol.com.br/fotos/2016/08/impeachment-pelo-mundo-8-paises-que-ja-tiveram-presidentes-impedidos>).

4.2 A crise entre os Poderes

Como visto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito⁴⁵ e estabeleceu algumas diretrizes para que se pudesse atingir, de fato, a estrutura estatal almejada.

A opção constitucional, portanto, de mencionar no art. 2º da Carta Maior a Teoria da Separação de Poderes, com o complemento da doutrina dos Freios e Contrapesos – “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*” – tem sua razão de ser diretamente vinculada à instituição e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Em um Estado em que prevalece a soberania da lei – em sentido amplo – e no qual se objetiva a liberdade, a justiça e a solidariedade sociais, o desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos⁴⁶, entre outros princípios, é de substancial importância que os Poderes estatais se manifestem de forma harmônica, simétrica, equilibrada e todos voltados a tais objetivos constitucionais.

Cada parte do Poder estatal deve obedecer fielmente aos ditames constitucionais, manifestar-se em complementação às outras funções e não exercer sua tarefa com fins diversos daqueles previstos pela Constituição.

Muito embora a História já tenha mostrado que a depender dos acontecimentos sociais um dos Poderes tenda a se destacar diante dos demais, referido predomínio deve ser controlado pelas normas do próprio sistema, sob pena de se instalar um colapso entre os Poderes e, conseqüentemente, colocar em risco a estrutura democrática do Estado.

O Poder Legislativo, por exemplo, não pode deixar de cumprir uma determinação do Poder Judiciário, sob o argumento de referida decisão não estar de acordo com as regras do ordenamento jurídico, ou sob o argumento de seus integrantes não estarem submetidos às decisões judiciais, por serem membros de um dos Poderes estatais.

⁴⁵ “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.* (PREÂMBULO da CF/88).

⁴⁶ Art. 3º, CF/88.

É certo que dentro do próprio ordenamento há previsão de instrumentos para que a legalidade e a constitucionalidade das decisões judiciais sejam analisadas, bem como a criação do Estado de Direito fundamentou-se, justamente, na necessidade de governantes e governados serem todos regidos pelas mesmas normas. Devem, então, os integrantes do Poder Legislativo lançar mão de referidos instrumentos, quando necessário, e obedecer à autoridade estatal das decisões proferidas pela função judiciária.

Da mesma maneira, o Poder Judiciário não pode avançar nos campos do Poder Legislativo e por meio de suas decisões criar normas gerais e abstratas. Quando os membros desta função entenderem que não há no ordenamento uma regra que se aplique a um caso específico, devem buscar no sistema jurídico o instrumento adequado ao preenchimento de referida lacuna. Têm, ainda, à disposição institutos adequados para determinar que o Poder Legislativo cumpra a sua tarefa constitucional. Mas, criar lei é função legislativa e não judiciária.

Quanto ao Poder Executivo, não pode ele olvidar-se de criar políticas públicas que materializem as previsões constitucionais, sobretudo aquelas que se vinculam à dignidade da pessoa humana. O objetivo de todas as suas ações deve ser proporcionar ao povo um patamar civilizatório mínimo e garantir-lhe condições de buscar o que mais desejar além deste mínimo social.

Cada função estatal, portanto, deve agir em suas incumbências típicas de maneira irrepreensível e desta forma exercer fielmente o Poder que lhe foi confiado, regulando a vida em sociedade e mantendo a estrutura democrática estatal que foi escolhida, no caso do Brasil, pela Constituição Federal de 1988.

Os poucos exemplos trazidos acima dão conta de que o desvio de finalidade e o afastamento dos limites constitucionais pelos Poderes Constituídos estabelecem uma crise estatal, que pode levar à ruína mais de 500 anos de História.

Conforme já tratado, a Democracia é um processo e por isso mesmo necessita ser aprimorado para que evolua. E a Separação de Poderes é a pedra fundamental da estrutura construída ao longo desse processo e positivada no plano constitucional na progressiva instituição desta forma de prescrição estatal.

Ocorre que, a simples previsão da Teoria que Montesquieu desenvolveu, ainda que complementada pela doutrina norte-americana dos *Checks And Balances*, por si só, não proporciona a evolução e a melhora na forma do Estado, é imprescindível que a realidade social espelhe as previsões constitucionais referentes àquela Teoria.

As paixões, às quais naturalmente o ser humano está sujeito, não podem prevalecer no homem público no exercício de suas funções. A vaidade, a ganância, a lisonja devem andar longe daqueles que se comprometem com a vida pública e passam a integrar qualquer um dos três Poderes do Estado.

A manifestação do Poder pelo Estado precisa acontecer visando ao bem-estar e à estabilidade social, à máxima eficácia das previsões constitucionais. Os exercentes de cada uma das funções, necessariamente, devem comprometer-se com a evolução da instituição estatal, lançar mão do Poder que exercem e, seguindo os ditames constitucionais, frear os excessos dos outros Poderes. Afinal, o Poder só encontra limites no próprio Poder, e esta máxima, em um Estado de Direito só é possível por meio ordenamento jurídico.

“Segundo essa teoria - dos Freios e Contrapesos – os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies. Ou são atos ‘gerais’ ou são ‘especiais’. Os ‘atos gerais’, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.”
(Dallari, 2014, p. 218).

É evidente, portanto, que os três Poderes devem de maneira equilibrada entre si e visando a mesma finalidade de bem-comum social e só desta maneira o Estado Democrático de Direito poderá se manter. Afinal, tolerar que um Poder aja de maneira a destacar-se diante dos demais é negar o próprio princípio da Separação dos Poderes e a harmonia entre eles.

4.3 Eu, Poder. O Poder Judiciário

Diante de um panorama geral da História sobre a atuação das três funções estatais, viu-se que nos primórdios da sociedade a função executiva destacava-se entre as demais, na figura do Monarca.

Com o desenvolvimento da forma prescritiva da estrutura estatal, contudo, tal realidade não se amoldou aos conceitos que surgiam fazendo com que o Parlamento assumisse o protagonismo, de maneira juridicamente legitimada.

Novamente a realidade não se mostrou associada a um conceito de bem-estar social e após um maciço movimento de positivação de direitos a função judiciária ganhou força, a partir, sobretudo, dos processos de constitucionalização do direito.

“A crescente expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e a sociabilidade tem levado o Judiciário a se desbordar do quadro da aplicação contenciosa da lei para uma apreciação do mérito do ato ou fato ... Desse modo, o exame da estrita legalidade não basta, cabendo ao Judiciário sindicar a legitimidade da questão sob julgamento ... há, por isso mesmo, uma judicialização da política e das relações sociais” (Carvalho, 2006, p. 891).

É fato que em um Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário não pode mais ser admitido como um mero *bouche de la loi*, na medida em que o princípio da justiça social deve ser também por ele perseguido.

“No contexto da separação de poderes, merece especial menção o papel do Judiciário como guardião da Constituição e das leis em geral, e, por extensão, dos direitos fundamentais, seja em face de condutas lesivas praticadas por agentes privados, seja em face de violações perpetradas por autoridades e agentes públicos. Tanto assim que a Constituição estabelece a garantia da proteção judiciária, ou da inafastabilidade do controle judicial.” (Mario Luiz Bonsaglia. I. Leite, George Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 42).

“Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma ‘desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função sócioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade’ ... ”. (Ziel Ferreira Lopes, I. Leite, George

Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 205, *Apud* Tércio Sampaio Ferraz Júnior).

Sabe-se que, no Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824 o Poder Judiciário - à época chamado de Poder Judicial - veio elencado como um Poder estatal independente, ao lado dos Poderes Legislativo, Executivo e Moderador. Na era republicana a função judiciária ganhou mais destaque com a atribuição para si do exame de constitucionalidade das leis, o que veio a ser reforçado com a adoção do regime federativo de Estado.

“Tudo isso contribuiu para acentuar o caráter político do Judiciário. No mesmo sentido, João Mendes Júnior já apontara que ‘A atividade do Poder Judiciário brasileiro é uma força derivada da soberania nacional; e nesse sentido é que o Poder Judiciário é um poder político.’” (Mario Luiz Bonsaglia. I. Leite, George Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 42).

A jurisdição é uma das faces do Poder Político, em razão do que referido Poder está dotado de legitimidade para agir em busca dos princípios e objetivos traçados pela Carta Constitucional, sobretudo a de 1988, a partir da qual o Estado brasileiro passou a construir um Estado Democrático de Direito, superando os momentos vividos sob a égide das Cartas anteriores, buscando alcançar uma sociedade mais justa e solidária.

A despeito de opiniões que minimalizam as ações do Judiciário diante do seu caráter contramajoritário⁴⁷, a própria Constituição Federal de 1988 foi quem determinou que os cargos dessa função estatal fossem, em regra, preenchidos por meio de concurso público. E sendo a vontade do povo representada na CF/88, resta evidente a legitimidade dos membros do Poder Judiciário na persecução da materialização de direitos fundamentais e manutenção do Estado Democrático de Direito.

“ ... o estabelecimento do Judiciário garantidor da legalidade na atuação da administração pública (agentes estatais) ... Interessante ressaltar que gradativamente o Poder Judiciário transforma-se no garantidor dos direitos e, por consequência, no poder investido na manutenção do Estado de Direito.” (Ilton Norberto, 2013, p. 50).

“ ... Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, , embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e.,

⁴⁷ *“Na teoria constitucional afirma-se que os Tribunais Constitucionais são órgãos contramajoritários: formado por agentes públicos não eleitos, mas nomeados, com a atribuição de guardar a Constituição, podendo, assim, decidir de forma contrária a interesses majoritários (do povo, representado no Legislativo), por exemplo, ao retirar do ordenamento lei inconstitucional...”* (Ziel Ferreira Lopes, I. Leite, George Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 203).

emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível ...” (Barroso, 2009, p. 64).

Em uma Democracia, todo Poder estatal é representativo e, portanto, deve ser transparente a ponto de prestar contas ao povo e esta máxima aplica-se ao Poder Judiciário. Nenhum Poder está à margem do controle social, sob pena de tornar-se um fim em si mesmo prestando-se aos excessos e aos objetivos contra os quais tanto lutaram John Locke e Montesquieu.

E não é só, a unicidade do Poder estatal não permite que uma de suas funções se manifeste de maneira a sobrepor-se às demais, sob pena de o espírito do próprio Estado Democrático de Direito ser posto em risco. A busca pelo bem estar, pela justiça social, pela dignidade da pessoa humana deve acontecer por meio da obediência de todas as previsões constitucionais, inclusive aquela referente à Teoria da Separação de Poderes.

A judicialização de direitos tal qual verificada no século XXI não pode ser álibi para o mau funcionamento da estrutura do Poder estatal. Se o povo tem buscado no Poder Judiciário solução de questões que ensejam ações dos Poderes Legislativo e Executivo, cabe a ele, lançando mão dos instrumentos que o ordenamento jurídico lhe oferece, determinar que os dois outros Poderes cumpram as suas tarefas constitucionais.

Não pode o Judiciário arvorar-se a legislador ou a administrador, ultrapassando os limites da sua competência, e desta forma também deixar de obedecer aos comandos da Constituição. A inércia e os excessos de um Poder não podem ser motivo para os outros Poderes atuarem em desconformidade com a lei. O Estado de Direito dispõe de mecanismos que permitem aos três Poderes a fiscalização mútua do exercício de suas funções. O erro de um não justifica o erro de todos.

O Poder Judiciário, não obstante tenha algumas características próprias, é uma parcela do Poder estatal exatamente na mesma medida em que o são os Poderes Legislativo e Executivo. Não pode ser visto em destaque diante das outras funções do Estado em razão de ser a sua atividade típica a prolação de decisões autônomas que se destinam, muitas vezes, aos membros dos outros dois Poderes.

A autoridade que emana das decisões judiciais que as torna vinculantes de modo geral, não está em qualquer característica que possa eventualmente diferenciar o Poder Judiciário do Legislativo ou do Executivo, mas está no fato de o ordenamento jurídico em harmonia com os ditames constitucionais, refletindo a vontade do povo, ter assim determinado.

As pessoas que compõem qualquer um dos três Poderes - e por óbvio o Poder Judiciário - estão submetidas à autoridade legal que outorga o Poder ao Estado e, conseqüentemente, devem curvar-se às mesmas regras e condições que regem a vida de qualquer componente da sociedade.

Fazer parte do Poder Judiciário, então – e de qualquer dos outros dois Poderes – é um fato que deve ser visto com consciência pública, com perfeita noção de que jamais se poderá agir de acordo com os seus próprios objetivos, tampouco movido pelas paixões humanas, pela vaidade, pela lisonja, pela ganância, pela vontade do “Poder pelo Poder”.

É fato que a Constituição Federal de 1988, certamente em decorrência dos acontecimentos que a antecederam – sobretudo a ditadura militar - foi fundamental para o estabelecimento da independência do Poder Judiciário, sobretudo em face do Executivo. Nesta medida a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio dos magistrados, para citar alguns poucos exemplos, foram previsões que contribuíram para este cenário.

“Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade). Daí a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais Poderes ou influências externas”. (Mendes, 2014, p.947).

Essas e outras previsões constitucionais, entretanto, não podem servir de alicerce para a construção de uma ideia de divinização do Poder Judiciário. Elas passaram a integrar o texto da Constituição para tratar com isonomia esta função estatal diante das outras duas, mas não para torná-la superior a elas. Se assim não fosse, a Carta Cidadã de 1988 não estaria caminhando para o atingimento do Estado Democrático de Direito que veio nela previsto.

Ou as instituições estatais obedecem às normas que fundamentam o Estado Democrático de Direito – e a Separação de Poderes é uma das referências desta forma de prescrição estatal - ou a intenção de construí-lo não será materializada.

Após o advento da CF/88 o destaque que o Poder Judiciário ganhou foi tão significativo que sentiu-se a necessidade de emendar o texto constitucional criando-se um órgão com competência para controlar a atividade administrativa e financeira desta função estatal – o Conselho Nacional de Justiça.

Não obstante isso, a atividade judiciária em si - que não sofre qualquer ingerência do CNJ – foi tomando corpo de modo a tornar o Poder Judiciário o protagonista

do século XXI . É inegável que nos últimos anos no Brasil, fenômenos políticos e sociais enfraqueceram o sistema representativo, levaram à ineficiência os Poderes Legislativo e Executivo na materialização de direitos e na busca pela justiça social o que culminou em um complexo processo de judicialização.

A sociedade passou a ver no Poder Judiciário a única instância capaz de deliberar seguramente em prol do atingimento de direitos fundamentais. Passou-se a confiar ao Poder Judiciário uma tarefa que sempre deveria ter sido exercida em conjunto, harmonicamente, pelos três Poderes, os quais, afinal, foram criados com este objetivo.

“A conformação da Separação dos Poderes, nos sistemas constitucionais contemporâneos, passa pela observância de duas premissas. A primeira é a independência entre os Poderes, no sentido de que entre eles não se estabelece qualquer relação hierárquica, razão pela qual jamais um pode se encontrar em posição de subordinação ou submissão em relação ao outro. Neste sentido, resta evidente a centralidade do tema das garantias da magistratura para a conformação do princípio da Separação de Poderes; ora, a independência de cada magistrado para exercer sua função é, em essência, a independência do próprio Judiciário, pois não há como cindir, neste campo, a instituição de seus membros. A segunda premissa diz respeito à limitação recíproca entre os Poderes (checks and balances), que é exatamente o elemento responsável por traçar o equilíbrio entre os Poderes, impedindo que um se sobressaia em relação ao outro” (Ziel Ferreira Lopes, I. Leite, George Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 126).

Mas sempre coube a ele, na medida em que provocado, lançar mão dos instrumentos legais que lhes são disponibilizados fazendo com que a confiança social nos Poderes Legislativo e Executivo voltasse a existir. Era função sua, na doutrina dos freios e contrapesos, despertar ações administrativas e legislativas que garantissem ao povo a concretização de seus direitos.

Contudo, olvidando-se da harmonia necessária entre os três Poderes e da doutrina dos *Checks and Balances*, recordou-se apenas da independência e da autonomia que a CF/88 lhe conferiu, acatou unicamente para si a tarefa de exercer o Poder estatal. Passou a agir como se fosse ele, o Poder Judiciário, a única via de manifestação do Poder entregue ao Estado.

Com essas atitudes o Poder Judiciário não só desobedece às prescrições da doutrina dos freios e contrapesos, como proporciona aos demais Poderes certo senso de irresponsabilidade, porque passam a relegar a solução de questões constitucionais, que

poderiam nem existir acaso agissem os Poderes de acordo com a Constituição, para os tribunais.

“ ... parece claro que um sistema de freios e contrapesos só pode se formar da união da Separação dos Poderes com uma abertura institucional de interferência recíproca, onde o vício de um pode ser neutralizado pela virtude dos demais ... Sem prejuízo, tal possibilidade de interferência deve ser limitada ao necessário para preservação da ordem constitucional, na medida em que permitir o governo excessivo de u m Poder sobre o outro seria negar a sua separação em primeiro lugar ... ”. (André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira, I. Leite, George Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 520-521)

É importante que se esclareça, neste estudo defende-se que ao Poder Judiciário cabe, sim, agir em prol da materialização de direitos fundamentais.

O que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito, contudo, é que essa atuação se dê de maneira isolada e em sobreposição desta função estatal às demais. É necessário que os três Poderes Consituídos ajam simétrica e harmonicamente na defesa e na materialização de Direitos Fundamentais.

Defender que não cabe ao Judiciário decisões pautadas em princípios e dizer que sua atuação em prol de efetivar direitos é desrespeito ao ordenamento legal e ao Estado de Direito é negar a própria Constituição Federal de 1988. Por outro lado, entender que esta parte do Poder estatal guarda consigo maior autoridade diante das demais – sejam quais forem os argumentos para esta ideia - e permitir que suas decisões se distanciem da soberania popular, é também negar o âmago do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, também negar a Constituição Federal de 1988.

Contrariamente a tudo isso, o que se defende é a necessidade de equilíbrio nas ações dos Poderes do Estado e a necessidade de todos eles caminharem juntos, pois foi essa a vontade popular expressada no art. 2º da Constituição Cidadã.

Não faz parte das ideias conceituais de um Estado Democrático de Direito a defesa de um ou de outro Poder de maneira desequilibrada. Ousa-se mencionar, inclusive, que não faz parte desta forma de prescrição estatal a defesa dos Poderes estatais em si, mas tão somente que eles sejam manifestados de forma a representar a única soberania cabível em uma democracia madura, a soberania popular.

4.4 Restauração da Teoria – Voltando a Montesquieu

Montesquieu pensou a Teoria da Separação dos Poderes – com base nas ideias do Contrato Social - em uma França assolada pelo absolutismo decadente. Sua tese, que foi a mesma de John Locke, fundou-se na salvaguarda da liberdade e no extermínio da tirania.

“Montesquieu é todo ele um sistema de ideias, um protesto, uma atitude mental que se levanta, um pêndulo que se inclina para a admoestação ed verdades incômodas ... Na sua obra já se adivinha a distante inquietude, o aflitivo murmúrio dos que antes de pedirem a revolução estão pedindo a reforma”. (Bonavides, 2015, p. 272).

O Poder descentralizado, entregue ao Estado, passa a ser exercido por instituições dotadas de autoridade legal que devem ter como objetivo primeiro o bem-estar da sociedade fundada na liberdade, na igualdade e na legalidade.

Montesquieu despertou na sociedade francesa um interesse político até então adormecido, criando conceitos que se espalharam por todo o mundo. Sua Teoria, por si só foi brilhante, mas a capacidade que teve de provocar no povo o desejo por mudanças, marcou a História dos Estados Modernos.

“Faz por toda a Europa seu passeio triunfal, solenizando a reforma das instituições. O pensamento político da burguesia o põe assim no primeiro plano dos princípios que marcam a vocação política do século, como luzeiro dos governos que passam por autenticamente liberais e democráticos”. (Bonavides, 2015, p. 292).

Na verdade, com todas essas ideias e concepções o que pretendeu Montesquieu foi buscar um caminho por meio do qual o Poder pudesse ser exercido e manifestado de forma a regular a vida em sociedade, e ao mesmo tempo garantir à pessoa humana a liberdade que lhe é ínsita, pelo único fato de ser pessoa.

No entanto, nos dias atuais o cenário que se tem visto, sobretudo no Brasil, se distancia em muito da Teoria da Separação de Poderes. Todos eles, que deveriam agir como se fossem um só – porque na realidade o são – aparentam recordar-se apenas da *independência* de que falou Montesquieu.

Alardeia-se que são independentes e autônomos, que não há hierarquia ou submissão à entidades externas, mas olvidam-se da *harmonia*. Deixa-se para trás o ensinamento de Montesquieu de que a obediência à Separação entre os órgãos e o fiel

cumprimento das tarefas atribuídas a cada um deles culminaria, necessariamente, na harmonia e no equilíbrio de suas funções.

Atualmente aparecem mais os sintomas que Montesquieu descrevia a respeito da falta de Separação dos Poderes do que aqueles inerentes à sua obediência. Faltam leis sendo criadas pelo Legislativo em atendimento à soberania popular e à materialização de direitos. Não se veem políticas públicas e administração forte o suficiente para proporcionar ao povo uma vida social digna. Há ausência de um Poder Judiciário que lance mão dos instrumentos cabíveis para suscitar nos demais Poderes ações que lhes são tipicamente constitucionais.

Sobejam decisões judiciais genéricas e abstradas, vaidade e lisonja dos componentes do Poder Judiciário, sobretudo do STF. Não faltam atitudes irresponsáveis e descompromissadas com uma administração marcante e competente por parte do Poder Executivo. Há um sem número de lacunas legislativas e de leis que atendam a interesses particulares daqueles que detêm o Poder.

Como sempre evidenciou Montesquieu, o homem tende a abusar do Poder e vai assim até o momento em que encontrar limites. Há que se fazer surgir na sociedade brasileira a vontade política que Montesquieu despertou nos franceses há mais de 300 anos. Há que se retomar a sua Teoria de maneira completa e inequívoca.

Os três Poderes Constituídos devem dialogar e agir em consenso em busca do mesmo fim. Enquanto cada um deles buscar os seus próprios interesses, deixando à margem do caminho as ideias de Montesquieu, o povo continuará à mercê do acaso.

É necessário que seja evidente a negação de supremacia de qualquer dos Poderes. Devem ser banidas do cenário público toda e qualquer atitude que não vise ao bem comum, que não se amolde estritamente aos princípios e objetivos traçados pela Carta Constitucional de 1988.

“Trata-se da liberdade individual, que tem por sede o homem, a sua personalidade inviolável; a liberdade, elevada ao grau de direito natural. Em antagonismo com o Poder do Estado, prevalece sobre este ...”(Bonavides, 2015, p. 294).

Tudo isso a fim de que a única supremacia admissível em um Estado Democrático de Direito possa prevalecer, a supremacia popular.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito tem suas raízes firmadas e tem suas normas de regência determinadas por prescrições constitucionais. O princípio democrático é, dessa forma, complementado pelo princípio da constitucionalidade e vice-versa. A ordem social, nesta forma de estruturação estatal, deve obediência absoluta às diretrizes constitucionais.

A Democracia praticada em um Estado Democrático de Direito há de ser vista como um processo de convivência humana em uma sociedade livre, justa e solidária. Deve ser deliberativa, com participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo. É imprescindível que se evidencie seu caráter pluralista de ideias, culturas e etnias.

Nessa forma de estruturação do Estado o Poder deve ser exercido a serviço do corpo social. Há de existir, enfim, a liberação da pessoa humana de qualquer forma de opressão. Essa é a finalidade precípua do Estado a partir das ideias de Montesquieu.

Por esses motivos conclui-se no presente estudo que o ponto nevrálgico para o atingimento do bem-estar social não pode ser a alteração da estrutura estatal ou a instituição de uma nova ordem constitucional, mas sim o pleno entendimento da essência da estrutura proposta pela organização que se tem.

Antes de se buscar a solução de problemas em um novo ordenamento constitucional, é necessário que se atenda fielmente aos ditames da ordem constitucional vigente. Alterar as normas regentes não soluciona querelas sociais, sobretudo se as normas sequer são obedecidas.

O Estado Democrático de Direito é, portanto, mais um degrau da evolução da vida humana em sociedade, no qual convergem conceitos que se apresentaram ao longo da História e formaram a vida pública. Mas necessita ser efetivado e mantido por meio do atendimento das regras que o sustentam.

Diante disso, e tendo em consideração que o Estado brasileiro foi expressamente instituído como Democrático de Direito a partir de 1988, bem como que o artigo 2º da Constituição Federal/88 explicitamente menciona a Teoria da Separação de Poderes, é imprescindível que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tenham suas ações guiadas pelos termos constitucionais.

A manifestação do Poder pelo Estado deve acontecer visando ao bem-estar e à estabilidade social, à máxima eficácia das previsões constitucionais. Os exercentes de cada uma das funções estatais, necessariamente, devem se comprometer com a evolução do Estado.

É imprescindível que bem utilizem o Poder de que dispõem e, seguindo os ditames constitucionais, passem a frear eventuais excessos dos outros Poderes. Afinal, o Poder só encontra limite no próprio Poder.

Em uma Democracia, todo Poder estatal deve ser representativo e, portanto transparente, a ponto de prestar contas ao povo. Nenhum Poder, em um Estado Democrático de Direito pode estar à margem do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se aos excessos e aos objetivos contra os quais tanto lutaram John Locke e Montesquieu.

A unicidade do Poder estatal jamais permitirá que uma de suas funções se manifeste de maneira a sobrepor-se às demais, sob pena de o espírito do próprio Estado Democrático de Direito ser posto em risco. A busca pelo bem estar, pela justiça social, pela dignidade da pessoa humana deve acontecer por meio da obediência de todas as previsões constitucionais, inclusive e sobretudo aquela referente à Teoria da Separação de Poderes.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Adeus, Montesquieu*. RDA - Revista de Direito Administrativo, rio de Janeiro, v. 265 jan/abr. 2004
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 3 ed. - Barueri, SP : Manole, 2010
- AGAMBEN, Giorgio, 1942 - *Estado de exceção*; tradução de Iraci D. Poleti. - São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio)
- ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo FGV, v. 217, 1999.
- AMARAL, Roberto. *Apontamentos para a reforma política. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa*. Revista de Informação Legislativa-2001. Disponível no site do Senado Federal.
- ARENDT, Hannah. *O que é política?* / Hannah Arendt; (editoria, Ursula Ludz); tradução Reinaldo Guarany - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.
- ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo* / Hannah Arendt; (editora Companhia de bolso) tradução Roberto Raposo - São Paulo, 2017.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado* 41 ed. São Paulo: Editora Globo, 2001
- BALEEIRO, Aliomar. José Carlos Moreira Alves e Josaphat Marinho. *Os 150 anos do Poder Legislativo*. Biblioteca Digital do STF - 1973.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas*. Revista eletrônica do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. 4 ed. jan/fev, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3 Ed., Revista e Atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2014
- BITTAR, Eduardo C. B. - *Teoria do Estado : filosofia política e teoria da democracia*. - 5. ed. - rev. atual. e modificada. - São Paulo : Atlas, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* ; trad. Marco Aurélio Nogueira, 12 ed. - São Paulo : Paz e Terra, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*; trad. Sérgio Bath, 6 ed. – Brasília-DF : Edunb, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2 ed. - São Paulo - Malheiros, 2003

- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*, 10 ed. São Paulo: Malheiros,, 2015.
- CALIXTO, Angela Jank (Organizadora), Elisaide Trevisan, Tahis Novaes Cavalcanti, Margareth Anne Leister (Coordenadoras). *30 Anos de Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Curitiba : Juruá Editora, 2018.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. 1. ed. - Gradiva, 2003
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed., rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CUNHA, Alexandre Sanches. Coleção saberes do direito; v. 62 - *Teoria geral do Estado*, 1 ed. - São Paulo : saraiva, 2013
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria geral do Estado e ciência política* - são Paulo : Saraiva Educação, 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. - 32 ed. - São Paulo : Saraiva, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* - 9. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPodvum, 2017.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de Poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros Editores, n.9, 1995, p. 40-48.
- FILOMENO, José Geraldo Brito - *Teoria geral do Estado e da Constituição*. - 10 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016
- HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. – Montchrestien, 1975.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* – tradução Gilmar Ferreira Mendes, 1991.
- JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. *Revisitando a Teoria da Separação dos Poderes*. *Revista do TCU*. Maio/Agosto 2013
- KELSEN, Hans. *A democracia*. - 2 ed., - São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Hans Kelsen; tradução Luís Carlos Borges – 3ª ed. SP: Martins Fontes, 1998.

- LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Tradução: Walter Stonner.
- LESSA, Pedro. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1900 - revistas.usp.br
- LINHARES, Emanuel Andrade e Hugo de Brito Machado Segundo (organizadores). *Democracia e Direitos Fundamentais, Uma Homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides*. - 1. ed. - São Paulo: Atlas, 2016
- LIPSON, Leslie. *A civilização Democrática*. Tradução de Álvaro Cabral - 1966. Rio de Janeiro, Zahar Editores.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Tradução Alex Marins - Primeira Reimpressão - 2011. São Paulo, Editora Martin Claret Ltda.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*, 1970. Traducion y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Editoria Ariel, S.A. Barcelona.
- MACHIAVELLI, Niccolo. *O Príncipe*.; introdução, notas e tradução Diogo Pires Aurelio. 1 ed. - São Paulo ED. 34, 2017.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*, 33 edição. Editora Saraiva, 2017
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco*. - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. - 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. - 26. ed. - São Paulo: Atlas, 2010.
- MOTA, Pedro Vieira. *O Espírito das Leis*, 9ª edição. Saraiva, 11/2007. [Minha Biblioteca].
- PINTO, Kleber Couto. *Curso de Teoria Geral do Estado. Fundamento do Direito Constitucional Positivo*. Versão Digital. São Paulo : Editora Atlas S.A. - 2013
- QUINTÃO, Mário Lúcio. Teoria do Estado in NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.
- RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*, Nina Ranieri, 2nd edição. Manole, 2019. [Minha Biblioteca].
- ROBL Filho, Ilton Norberto. Conselho Nacional de Justiça : *Estado democrático de direito e accountability*, 1ª Edição.. Saraiva, 09/2012. [Minha Biblioteca].
- ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Balande. De Poder Nulo a Superpoder: *O Judiciário de Montesquieu Revisitado*. Revista Direito e Liberdade.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero - 2. ed. - São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013

SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo.*, Rio de Janeiro, jul/set 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Jose Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. atual ate a Emenda Constitucional 66/2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O Congresso e as Delegações Legislativas. São Paulo: Forense, 1986.

VIANNA, Luiz Wernek. *Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e história*

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes. Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. Companhia das Letras. 2018 - Versão Digital E-book

STRATHERN, Paul. *Locke em 90 minutos*, Zahar, Rio de Janeiro. Disponível em: Minha Biblioteca - 1997

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*; org e atual. Maria Garcia. 2. ed. São Paulo : Conceito, 2011.

WINTER, Lairton Moacir. *A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel*. *Revista Tempo de Ciência*, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Linha direito comparado: teoria geral do Estado*; tradutores Antonio Francisco de Sousa, Antonio Franco - São Paulo: Saraiva, 2016 - Série IDP.

Sites consultados:

[file:///home/chronos/u-c2d08f3cc7d14f820d7ea0c726e15eeb1ea15d8e/Downloads/Dialnet-DoParadigmaPoliticoDaRepresentacaoADemocraciaParti-4818464%20\(1\).pdf](file:///home/chronos/u-c2d08f3cc7d14f820d7ea0c726e15eeb1ea15d8e/Downloads/Dialnet-DoParadigmaPoliticoDaRepresentacaoADemocraciaParti-4818464%20(1).pdf)

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006/separacao-dos-poderes-no-atual-estado-democratico-de-direito-brasileiro-juiza-oriana-piske-e-francisco-sergio-magalhaes-pinto>

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496876/RIL144.pdf?sequence=1#page=90> - Antonio de Padua Ribeiro

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>

<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/esp%C3%ADrito/>

www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewamdownski

<file:///home/chronos/u-c2d08f3cc7d14f820d7ea0c726e15eeb1ea15d8e/Downloads/7529-15167-1-PB.pdf> - O protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos. Revista de Direito Administrativo. 2009 – Lewandowisk

<https://forbes.uol.com.br/fotos/2016/08/impeachment-pelo-mundo-8-paises-que-ja-tiveram-presidentes-impedidos>

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2033/1172>

<http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/article/viewFile/1532/1250>

<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/51945/pdf/51945.pdf>

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/699/r151-02.pdf?sequence=4>