

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

GABRIEL WEDY

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL - AJUFE. MESTRE EM DIREITO PELA PUC/RS. PROFESSOR DE DIREITO AMBIENTAL PELA ESMAFE/RS. EX-ADVOGADO E MEMBRO DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA E DA COMISSÃO DE ASSISTÊNCIA E DEFESA DO ADVOGADO DA OAB/RS. EX-JUIZ DE DIREITO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EX-PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO RIO GRANDE DO SUL AJUFERGS E DA ESMAFE – ESCOLA DA MAGISTRATURA FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. AUTOR DE ARTIGOS E LIVROS JURÍDICOS.

Introdução. 1. O Poder Executivo do Estado e os riscos de sua hipertrofia. 2. O Poder Legislativo. 3. O Poder Judiciário e os riscos do seu enfraquecimento. 4. A independência e harmonia entre os Poderes. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para o artigo foi a clássica conceituação do princípio da separação e independência dos poderes do Estado que, desde a origem do direito, fascina pela sua complexidade. Princípio descrito por Aristóteles na Antiguidade e sistematizado mais recentemente por Montesquieu com uma visão mais clara do Estado de Direito. O princípio é marco característico do regime republicano e das democracias modernas.

A separação das funções do Estado também passa pela análise de sua necessidade para que uma sociedade se organize, efetivamente, como Estado Democrático de Direito capaz de garantir os direitos e liberdades individuais dos cidadãos.

Será procedida análise das funções executiva, julgadora e legisladora do Estado e a necessidade que, a par da harmonia, também exista a independência entre os Poderes. Finalmente será sindicada a importância e a necessidade da independência do Poder Judiciário no país.

1. O Poder Executivo do Estado e os riscos de sua hipertrofia

O órgão executivo, também chamado Poder Executivo, notabilizou-se nas Monarquias absolutistas pela centralização de seus poderes nas mãos do Rei e dos seus ministros. Nas Repúblicas essa função é realizada pelo Presidente da República e pelos Ministros de Estado.

Ao Poder Executivo compete representar a totalidade do Estado e, em harmonia com esse ideal, o Chefe do Poder Executivo é o Chefe do Estado. O Poder Executivo é encarregado também de impulsionar e direcionar assuntos nacionais relevantes. Cabe a este velar pela ordem pública no interior das nações e pela defesa do Estado contra os seus inimigos externos. O Poder Executivo, seja no regime presidencialista ou no parlamentarista, promulga e publica as leis e, em vários países, também as sanciona, executa e exerce o poder regulamentar com a edição de regulamentos. Ainda, preenche os cargos públicos, concede honrarias, o direito de graça e administra a justiça em matéria administrativa.

Nos últimos anos, não apenas na América Latina, o Poder Executivo tem visto se multiplicar as suas atribuições e responsabilidades pelas exigências do progresso moral e desenvolvimento econômico da sociedade. Também, se dá este fenômeno, pelas complexidades e momentos de instabilidade política pela qual passam muitas nações na sociedade globalizada. E, ao analisar o Poder Executivo, hipertrofiado ou hipotrofiado, ambos vícios indesejáveis e degenerações democráticas, nos deparamos com um dilema bem definido por **Darcy Azambuja**:

O problema da organização do Poder Executivo tornou-se talvez o mais agudo em ciência política. Porque, se de um lado é necessário organizá-lo de modo que seja um poder ilimitado, um poder de direito, e não arbitrário e despótico, não menos necessário também é que disponha de força, recursos e prestígio que o habilitem a cumprir a formidável tarefa exigida no governo do Estado moderno¹.

Na verdade, após a 1ª Grande Guerra Mundial (1914-1918), pretendeu-se enfraquecer o Poder Executivo em virtude da opressão dos executivos monárquicos e fortalecer o Poder Legislativo. São exemplos clássicos e reais desta situação os casos da Alemanha, Áustria, Polônia, Tchecoslováquia, Lituânia e Letônia.

Observa-se que a medida não deu certo na busca de uma sociedade

¹Darcy Azambuja, *Teoria Geral do Estado*, p. 175.

democrática como temos o exemplo da Alemanha nacional-socialista de Hitler e os regimes bolcheviques de Lênin e Stálin que se aproveitaram da opressão destes países, flagelados econômica e humilhados politicamente, para introduzirem a sua ideologia de forma arraigada.

Cai a talho o próprio projeto de Constituição da Áustria, apresentado a Assembléia Constituinte, após ser elaborado pelo jurista **Hans Kelsen**², que suprimia o cargo de Presidente da República. Na última hora foi acrescentado ao projeto de **Kelsen** o cargo de presidente pelos constituintes originários.

Para os publicistas europeus do século XX o regime parlamentar é o único que pode criar um governo viável e permeável aos anseios da sociedade. O Poder Executivo assim ficaria como um mero e atribulado executor obediente a vontade nacional representada pelo parlamento e os Estados, assim, ficariam em tese menos suscetíveis as ditaduras.³

De fato, no Brasil o Poder Executivo, como hoje é conhecido, foi colocado em funcionamento sem debates, sem maiores estudos e o que era uma monarquia parlamentar à noite, amanheceu transformado em uma república presidencialista à luz do sol. Não houve espaço para discussões políticas e jurídicas sobre qual o melhor sistema de governo. Enfim, introduziu-se no tranco o regime republicano e o sistema presidencial de governo pela Constituição de 1891. O Poder Executivo consolidou-se, assim, como o norte da nação e condutor da ação política do Estado.

Como afirmado pelo Professor **Paulo Bonavides**:

Do que há sido no Brasil a prática presidencialista, nenhum testemunho mais alto e eloqüente que o de Rui Barbosa, autor doutrinário de nossa primeira Constituição republicana, presidencialista convicto nos primeiros dias do regime que aboliu a monarquia e, com o tempo, crítico pessimista e algo desencantado das instituições que transitaram puras em suas mãos e depois se contaminaram dos vícios da ambiência política e social, da caudilhagem, da inépcia, do ditatorialismo⁴.

De fato, o próprio **Rui Barbosa** afirmou que “o presidencialismo brasileiro é a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo⁵”. Prossegue **Rui** “a nossa revolução estabeleceu o

² Ver, Hans Kelsen, *General theory of Law State*.

³ Idem, p.200.

⁴ Paulo Bonavides, *Ciência Política*, p. 338.

silêncio...as formas do novo regime mataram a palavra...não há senão um Poder verdadeiro: o do Chefe da Nação, exclusivo depositário para o bem e para o mal...a tribuna parlamentar é uma cratera extinta, e as câmaras legislativas mera sombra de representação nacional”⁶.

A ação hipertrofiada do Poder Executivo no país, impossível dissociá-la do presidencialismo, é marcada no Brasil, segundo **Paulo Bonavides**, por violentas comoções políticas, levantes militares, revoluções, intencionas, intervenções federais, estados de sítio, infrações da Constituição e outras mazelas que emprestam ao sistema presidencial latino-americano sua velha e mórbida fisionomia⁷.

Nos últimos anos observa-se no Brasil um Poder Executivo cada vez mais hipertrofiado, com uma força imensa sobre os congressistas que precisam de liberação de recursos para a aprovação de emendas parlamentares. Isso para não falar na constante edição e reedição de medidas provisórias, algumas levadas a cabo na calada da noite para questões impopulares. O Poder Executivo aprova assim tudo o que for de seu interesse, nem que para isso o texto constitucional seja objeto de constantes maus tratos.

Tivemos no último ano clássico exemplo disto quando o Poder Executivo deixou de enviar ao Congresso Nacional a proposta orçamentária apresentada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cesar Peluso, nos exatos termos dos art. 84, inc. XXIII e art. 99 da Constituição Federal de 1988.

A Presidenta da República não encaminhou a proposta, como determinado na Constituição Cidadã, mas “mensagem”, sem garantir recursos, alegando “a crise internacional” e a “falta de dinheiro”. Referido gesto compromete o regular funcionamento do Poder Judiciário e inviabilizou a correção monetária da defasada remuneração dos seus juizes e servidores. Mesmo que se saiba que a arrecadação, apenas na Justiça Federal, tenha sido em média de 10 bilhões de reais anuais nos últimos anos nas Varas de Execução fiscal para os cofres da União⁸ e a proposta orçamentária total do Poder Judiciário fosse de 7,7 bilhões de reais para ser executada ao longo de 4 anos.

Prevaleceu a vontade do Poder Executivo e, em acontecimento inédito em nossa República, o Poder Judiciário ficou sem orçamento para este ano de 2012.

Como se não bastasse isso, o art. 37, inc. X, da Constituição Federal também foi descumprido. Esse artigo foi criado com a participação da AJUFE, pela EC 45/2004, criando um teto remuneratório moralizador para o funcionalismo

⁵ Rui Barbosa, *Novos discursos e conferências*, pp. 350- 353.

⁶ Rui Barbosa, *Campanha presidencial*, PP. 118-119

⁷ Idem, p. 341.

⁸ Relatório “Justiça em Números” do CNJ.

público. Essa disposição determina a revisão do teto anualmente pelos índices oficiais de inflação e, mais uma vez, mais um ano, o teto não foi atualizado como determina de forma cogente o texto constitucional. A magistratura é a única categoria no país que tem perda real do seu subsídio nos últimos sete anos superior a 33% [um terço dos seus rendimentos]. Todavia, parece que pouco importa este aspecto da Constituição ao Poder Executivo que, com forte influência e poder de pressão sobre o Poder Legislativo, impediu a votação também dessa matéria no ano de 2011.

De outro lado, o Poder Executivo conseguiu a aprovação da DRU – [Desvinculação das Receitas da União] e pode gastar 20% do seu orçamento como bem quiser, como se não existissem os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade [art. 37]. O Executivo acumula agora super-poderes nunca antes vistos, mas nada o molesta, a sua força ganhou *habeas corpus* e agora até “o controle social e popular da mídia” é cogitado pelo Governo no III PNDH [Plano Nacional dos Direitos Humanos] em evidente ameaça à liberdade de imprensa e de opinião tão necessárias e arraigadas à cidadania.

É de lembrar-se, por fim, da frase de **Rui Barbosa** que reencarnado poderia reproduzi-la na sua voz de grande orador que um dia, como a grande águia, encantou Haia: “*Deste feito, o presidencialismo brasileiro não é senão ditadura em estado crônico*”⁹.

2. O Poder Legislativo do Estado

O Poder Legislativo teve origem na Inglaterra. Nasceu na Idade Média, quando nobres e o povo lutavam para impedir a autoridade absolutista dos monarcas. O poder do Rei foi perdendo força, enquanto um novo poder fortaleceu-se: o parlamento.

A teoria de **Rousseau** sobre soberania contribuiu muito para isso, pois esta se manifesta pela lei, embora resida no povo. O povo diretamente não poderia fazer leis, mas poderia eleger representantes em seu nome que teriam o poder de legislar [democracia representativa]¹⁰.

No Brasil, ao Poder Legislativo é atribuída a função primordial, típica, de legislar. É o poder encarregado de elaborar normas genéricas e abstratas com força cogente dentro do ordenamento jurídico: as leis.

Todavia, é bom lembrar que o Poder Legislativo, como os demais Poderes,

⁹ Rui Barbosa, *Novos discursos e conferências*, p. 350.

¹⁰ Ver. Rousseau, *O contrato social*.

também possui funções atípicas: administra e julga. Administra com autonomia quando concede férias aos seus funcionários [art. 51, IV, e 52, XII]; fiscaliza os atos do Poder Executivo [Art. 49, X] e também finanças e orçamentos [Art. 70]. Julga os crimes de responsabilidade previstos no art. 52, inc. I e II da Constituição Federal. E quando processa e julga os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União [art. 52, inc. II, CF].

Não cabe, contudo, a este Poder o monopólio da função legislativa. O Poder Executivo tem forte parcela de poder na medida em que pode baixar medidas provisórias [art. 62] e regulamentos [art. 84, inc. IV] que são normas gerais e abstratas.

O Poder Legislativo tem também importante função fiscalizadora. É consuetudinária a competência da fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Legislativo. Agora, positivada pelo art. 70 de nossa Magna Carta.

O Congresso Nacional, *in casu*, recebe o auxílio do Tribunal de Contas da União. Como afirma **Celso Ribeiro Bastos**:

...a história mostra que na Antiguidade foi sentida a necessidade de serem criados órgãos fiscalizadores do tesouro – dinheiros públicos – bem como de sua adequada aplicação. Em Atenas, a Corte de Contas não só fiscalizava as contas públicas como também julgava o peculato¹¹.

No Brasil temos o regime bicameral no Poder Legislativo. A Câmara dos Deputados e o Senado da República compõem o Congresso Nacional. É atribuído ao Congresso Nacional deliberar, com sanção do Presidente da República, sobre todas as matérias de competência da União, especialmente aquelas previstas no art. 48 e seus incisos. Em casos excepcionais o Congresso Nacional pode dispensar a sanção do Presidente da República como previsto no art. 49 da Constituição Federal e seus incisos. É o caso dos decretos legislativos e resoluções.

A Câmara dos Deputados compete privativamente deliberar sobre a instauração de processo contra o Presidente da República, seu Vice e os Ministros de Estado. Também tem autonomia para dispor sobre a sua organização e eleição do Conselho da República [art. 51 e incisos]. Ao Senado compete privativamente processar e julgar as altas autoridades federais. A este compete também aprovar, após argüição pública, por voto secreto, a escolha de Magistrados, Ministros do Tribunal de Contas, Diplomatas entre outros [art. 52 e seguintes].

¹¹ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p.349.

Um dos mecanismos principais que garante a independência do Poder Legislativo é a imunidade parlamentar. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos. Esta imunidade, material, exime o parlamentar do enquadramento no tipo penal. Ou seja, se o mesmo ato poderia ser considerado crime se praticado pelo cidadão do povo, não o é se praticado pelo parlamentar. Esse não é um privilégio, mas é uma prerrogativa que visa garantir a independência do Poder Legislativo.

Como afirmado por **Alexandre de Moraes**:

Imprescindível a existência das imunidades parlamentares à prática da democracia, significando verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais poderes e garantia da liberdade de pensamento, palavra e opinião, sem a qual inexistirá Poder Legislativo independente e autônomo, que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país, pois, e é sempre importante ressaltar, estas imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais.¹²

Não há que se falar aqui de vil privilégio ou de ferimento ao princípio da isonomia [art. 5º, inc. I, da CF/88]. Esta não é uma garantia da pessoa do parlamentar, mas da sociedade. No exercício da função não é cidadão comum, é representante do povo, é agente político do Estado que não pode ficar intimidado por pressões políticas, econômicas, ou até criminosas, para exercer parcela do poder estatal com total independência. A finalidade desta prerrogativa é a defesa da democracia e do próprio Estado Democrático de Direito.

3. O Poder Judiciário e os riscos do seu enfraquecimento

O Poder Judiciário possui como função típica prestar jurisdição, ou seja, julgar, aplicar a lei ao caso concreto, resolvendo os conflitos de interesses estabelecidos na sociedade.

Também possui funções atípicas de cunho administrativo que são, por exemplo, a concessão de férias aos seus membros e serventuários, prover na forma prevista na Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva

¹² Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 394.

jurisdição entre outras. Também possui função legislativa quando elabora normas regimentais, observando o devido processo legal, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

O Poder Judiciário para possuir independência necessita de magistrados com prerrogativas fortes e sólidas para resistir às pressões e ameaças políticas, econômicas e, hoje em dia, até do crime organizado e do tráfico internacional de drogas.

Um Poder Executivo, de arraigado matiz ideológico, pode tomar medidas que visam enfraquecer o Poder Judiciário, com a finalidade de aumentar a sua autonomia política e facilidade de atuação que pode servir, inclusive, a interesses político-partidários para moldar determinada sociedade. Neste sentido o Poder Legislativo, em concerto com o governo, pode legislar no sentido de enfraquecer o Poder Judiciário como forma de conservação ou de perpetuação no poder de determinado grupo político.

O enfraquecimento do Poder Judiciário é o primeiro passo para a criação da ditadura do partido único e para a vulnerabilização dos princípios norteadores do direito constitucional que são: a regra de proteção dos direitos individuais; a regra do processo regular; a regra do razoável ou do equilíbrio de interesses e a regra da igualdade de direito à proteção legal.

Karl Schmitt afirmava que:

a utilização da legislação pode ser facilmente direcionada para atingir predicamentos da magistratura, afetando a independência do Poder Judiciário. Como auto-proteção, o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, por meio do controle judicial destes atos, de onde concluímos a ampla possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício deste Poder.¹³

É por isso que **Hamilton** no Federalista comparava as garantias dos juízes às do Presidente da República norte-americana. E referia que *“as garantias dos juízes deveriam ser mais fortes e duradouras do que as do próprio Presidente da República”*¹⁴.

O art. 85 da Constituição Federal considera crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra o livre exercício e funcionamento do Poder Judiciário.

Neste sentido, o desatendimento a proposta orçamentária anual a ser apresentada pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo, a intromissão na nomeação

¹³ Apud Alexandre Moraes, *Curso de direito constitucional*, p. 440.

¹⁴ Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, *O federalista*, p. 42.

de Ministros em desacordo com o texto constitucional, o contingenciamento de gastos para o regular funcionamento e aperfeiçoamento da estrutura do Judiciário e obstaculizar o cumprimento do art. 37, inc, X, da Constituição Federal, que estabelece a revisão anual dos subsídios da magistratura e servidores, dependendo das circunstâncias, pode, em tese, ser enquadrado como crime de responsabilidade do Presidente da República.

Como afirmado por **Alexandre de Moraes**:

...as imunidades da magistratura não constituem privilégios pessoais, mas relacionam-se com a própria função exercida e o seu objeto de proteção contra os avanços, excessos e abusos dos outros poderes em benefício da Justiça e de toda a nação.¹⁵

São garantias da magistratura, na verdade da sociedade, que asseguram a independência na prestação jurisdicional: a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio.

Como vitaliciedade entende-se a garantia que possui o magistrado de apenas perder o cargo por decisão judicial transitada em julgado [art. 95, inc, I, da CF/88], que é adquirida após o exercício efetivo na carreira, pelo prazo de dois anos, durante o estágio probatório, após aprovação em concurso de provas e títulos.

Portanto, é inadmissível qualquer tentativa de emenda constitucional que pretenda conferir competência ao Conselho Nacional de Justiça para decidir pela perda do cargo de magistrado, ou de sua aposentadoria, por ferir a independência do Poder Judiciário consubstanciada no princípio da vitaliciedade.

Aliás, é corolário do princípio da vitaliciedade a aposentadoria com proventos integrais pagos pela previdência pública para a magistratura. Não há que se pretender privatizar a aposentadoria da magistratura ou equiparar a aposentadoria do INSS. Em primeiro lugar por ela ser superavitária e auto-sustentável e em segundo porque, além de ferir de morte o princípio da vitaliciedade, acaba com um dos últimos incentivos para que se ingresse em uma carreira marcada, nos últimos anos, por progressivas vedações e impedimentos constitucionais.

Se assim não fosse, a privatização da previdência e criação de fundos privados de previdência complementar no Chile deram demonstração de sua total inviabilidade, levando a quebra da previdência pública naquele país e deixando milhões de chilenos desamparados. A migração da previdência pública

¹⁵ Idem, p. 443.

para privada no Chile teve um custo de quase de 20% do PIB anual do país, no ano da sua implementação, que nunca mais vai ser recuperado pelos cofres públicos.

A inamovibilidade, por sua vez, é a garantia constitucional que reveste a função do juiz de apenas ser removido ou promovido por iniciativa própria, jamais por ato *ex-officio* de qualquer outra autoridade. Existe apenas a exceção constitucional de remoção por motivo de interesse público [CF, arts. 93, inc. VIII, e 95, inc. II] e pelo voto de 2/3 do órgão competente.

A garantia da inamovibilidade tutela a independência e imparcialidade do órgão julgador de qualquer pressão: política, econômica ou do moderno crime organizado que, apenas nos últimos anos, assassinou quatro juízes e dois promotores no nosso país.

Os magistrados possuem também a garantia da irredutibilidade do subsídio. Aliás, a EC 45/2004 fez inserir no texto constitucional o teto constitucional do funcionalismo que deve ser revisado pelos índices oficiais de inflação anualmente [art. 37, inc. X]. Todavia, desde o ano de 2005, o teto remuneratório do funcionalismo público foi revisado apenas uma vez no percentual de 8, 88%, no ano de 2009, ferindo não apenas o dispositivo do art. 37, inc. X, da CF/88, mas, especialmente o princípio da irredutibilidade do subsídio.

É de se lembrar a clássica lição **Hamilton** em *The Federalist* que bem retrata a garantia da irredutibilidade do subsídio da magistratura: "*mexer na subsistência do juiz é mexer na sua vontade*"¹⁶.

Importante grifar que, como garantias de imparcialidade, a Constituição veda [art. 95, parágrafo único, incisos I, II e III]: o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo e o exercício da atividade político-partidária.

Quanto à última vedação esta é excessiva e inoportuna, sendo inadmissível que o magistrado tenha apenas cidadania ativa, podendo votar, e não podendo participar da Casa do Povo como cidadão eleito após ser votado.

O Juiz e o representante do Ministério Público, quanto ao *status político*, são equiparados ao preso pela Constituição, não possuindo cidadania passiva. Seria importante que os representantes do Poder Judiciário, como ocorre em outras democracias consolidadas do mundo, pudessem, desde que afastados do cargo, como cidadãos, fazerem parte do Poder Legislativo e também ocuparem cargos no Poder Executivo.

¹⁶ Idem, p. 43.

A magistratura e o ministério público poderiam, de forma inovadora, qualificar governos e parlamentos pelo seu conhecimento da lei, da Constituição e com a experiência dos seus membros pelo exercício de anos de função de judicatura e ministerial. Inadmissível que o Poder Judiciário e o Ministério Público fiquem à margem da sociedade e não possam democraticamente estar representados no parlamento por representantes dos seus segmentos que trazem em si presunção de saber jurídico e de conduta ilibada.

4. O princípio da separação e da independência dos Poderes

O princípio da separação e independência dos Poderes remonta a **Aristóteles** que distinguia a assembleia geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário. De fato, em sua obra clássica “A política”, o filósofo grego, embora não fosse claro na definição de Poder Legislativo, Judiciário e Executivo que temos hoje era enfático no sentido de que o governo deveria dividir-se em três partes.

Para **Aristóteles**:

Uma das três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas, e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça. A parte deliberativa decide soberanamente sobre guerra, paz, alianças, ruptura dos tratados, promulgação de leis, pronúncia de sentença de morte, exílio, confisco e exame de contas do Estado.¹⁷

Como degeneração dos governos **Aristóteles** já entendia que o poder deveria limitar o poder e defendia que “o poder assanha a ambição e multiplica a cobiça”.¹⁸ Já defendia o filósofo a prevalência do “governo das leis” sobre o “governo dos homens”. Segundo ele:

...nos governos democráticos onde a lei é a senhora, não há demagogos: são os cidadãos mais dignos que têm precedência. Mais uma vez perdida a soberania da lei, surge uma multidão de demagogos. Então o povo se transforma em uma espécie de monarca de mil cabeças: é soberano, não individualmente, mas em corpo.

Esse princípio foi sistematizado por **Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu**, no seu célebre “O Espírito das Leis” [*De l’Esprit des Lois*] no

¹⁷ Aristóteles, *A política*, p. 69.

¹⁸ Idem, p.88.

capítulo VI, do Livro XI. No entendimento de Montesquieu tudo estaria perdido se aqueles três poderes: o de criar leis; o de executar as políticas públicas e o de julgar – se reunissem num só homem ou associação de homens.

Segundo **Montesquieu**:

Há em cada Estado três tipos de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o Príncipe ou o magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado¹⁹.

A aglutinação do poder na mão de um único soberano ou a sua hipertrofia, tendente a uma tirania, foram a motivação da partilha do poder do Estado que é genuinamente único. A sensatez e a experiência de milênios de prática política, recomenda a limitação de uma parcela de poder por outra. O poder deve limitar o poder. **Montesquieu** citava como exemplos o caso dos Turcos, em que os três poderes na pessoa do sultão levaram a um “reino de despotismo tremendo”. No mesmo sentido afirmava que nas Repúblicas da Itália, onde os três poderes estavam reunidos, as liberdades eram menores do que nas monarquias em que havia essa divisão naquele tempo.²⁰

As lúcidas palavras de **Montesquieu**, antigas, mais atuais, demonstram a clareza que tinha acerca da separação e independência dos Poderes:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao Poder Executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.²¹

¹⁹Montesquieu, *O espírito das leis*, p. 168.

²⁰ Idem, p. 169.

²¹ Idem, p. 169.

Aliás, foi mais longe, no mesmo Livro XI, dedicou o XVI capítulo ao Poder Legislativo intitulado “Do Poder Legislativo na República Romana”, o capítulo XVII intitulou de “O Poder Executivo na República Romana” e, finalmente, tratou no capítulo XVIII do “Do Poder de Julgar no Governo de Roma”.

Questionado se realmente o princípio teria de Montesquieu a paternidade, o grande **Madison** no célebre O Federalista [*The Federalist*] referiu que: “*Se não foi ele o autor desse valioso preceito da ciência política, teve ao menos o mérito de expô-lo e recomendá-lo do modo mais eficaz à atenção da humanidade.*”²²

O princípio da Separação e Independência dos Poderes foi positivado no Século XVIII com a Declaração de Direitos da Virgínia [*Virgínia Bill of Rights*] de 12 de junho de 1776. Alcançou tal prestígio que o art. 16 da Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791, quando refere-se à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão disciplina: “*Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação dos Poderes, não possui Constituição.*”

No art. 22 da Constituição de 5 de Frutidor, do ano III, restou estampado: “*Existe tão somente a garantia social quando assegurada pelo estabelecimento da divisão de poderes, pela fixação de seus poderes e pela responsabilidade dos funcionários públicos.*”

O princípio foi erigido nas democracias visando evitar o absolutismo dos monarcas e evitar as ditaduras e tiranias para que um poder estatal pudesse contrabalançar o outro, sem suplantá-lo, no sentido de haver harmonia nas suas funções executoras, julgadoras e legisladoras.

A independência e a separação dos Poderes deve vir acompanhada da harmonia necessária à funcionalidade constitucional do Estado. **Montesquieu** afirmava que: “*Esses três Poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados a ir em frente, serão forçados a caminhar em concerto.*”²³

Norberto Bobbio em clássica lição, acerca da necessária separação das três funções do Poder Estatal, em sua obra “*Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*” é esclarecedor acerca da imperatividade desta separação para que:

- a - a massa do poder estatal não seja concentrada numa só pessoa, mas distribuída entre diversas pessoas;
- b - as diferentes funções estatais não sejam confundidas num só poder, mas sejam atribuídas a órgãos distintos.²⁴

²² Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, *O federalista*, p.45.

²³ Idem, p. 176.

²⁴ Norberto Bobbio, *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*, p. 16.

Refere ainda que o limite do poder nasce da sua própria distribuição, por duas razões:

1. não existirá mais uma só pessoa que tenha todo o poder, mas cada uma terá somente uma porção do mesmo.
2. os órgãos distintos aos quais serão atribuídas funções distintas se controlarão reciprocamente [balança ou equilíbrio dos poderes] de maneira que ninguém poderá abusar do poder que lhe foi confiado.²⁵

No Brasil, o princípio vem previsto desde a Constituição do Império [1824]. Seguindo as veredas dos ideários de **Benjamin Constant** os poderes eram quatro: executivo, legislativo, judiciário e moderador.

Já a partir da Constituição Republicana de 1891 os Poderes passaram a ser três, como previsto no art. 15: *“São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes”*. A Constituição revolucionária de 1934, revolução liderada por Getúlio Vargas, manteve o princípio em seu art 30: *“São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”*. O mesmo ocorreu com a Constituição de 1946, art. 36, com a redemocratização do país posterior ao Estado Novo.

Até mesmo as Constituições do Regime Militar: 1967 e 1969, não deixaram de prevê-lo em seu texto. A Constituição militar de 1967 previa expressamente no seu art. 60: *“São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, Executivo e o Judiciário”*.

Na Constituição de 1988, após mais de 20 anos de regime autoritário, o princípio da Separação e Independência dos Poderes foi inserido já no seu art. 2º: *“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”*.

Portanto, vige no Brasil e nas democracias mais consagradas o princípio da separação e independência dos poderes, que devem ser harmônicos, como uma garantia da própria manutenção dos regimes democráticos e para a proteção das garantias e direitos constitucionais individuais dos cidadãos.

As poucas ditaduras, e arremedos destas, que se observam nos dias atuais em alguns países do Mundo, seja aquelas em que a secularização ainda não chegou plenamente e a política mistura-se com fanatismo religioso ou naqueles regimes que se ensaiam na América Latina, marcados por uma esquerda

²⁵ Idem, p.16.

ultrapassada, às vezes travestida de populismo não esclarecido e assistencialista. Observa-se nestes casos, na contramão da história, a fortificação do Poder Executivo que age de modo quase absoluto sobrepujando e subjugando os Poderes Judiciário e Legislativo. É marcante nestes regimes a limitação de garantias republicanas consagradas como a independência do Poder Judiciário e a liberdade de imprensa.

CONCLUSÃO:

O princípio da separação dos Poderes é uma garantia da democracia e da defesa dos direitos individuais fundamentais do cidadão, sendo um dos pilares do regime republicano.

É característico deste princípio o sistema dos freios e contrapesos [*checks and balances*] que é uma garantia de que um Poder não subjugará o outro e, por consequência, não se tornará uma ameaça constante aos direitos individuais e garantias constitucionais dos cidadãos como sói ocorrer nas ditaduras e tiranias.

Observa-se, contudo, em vários países, e no Brasil, em especial nos últimos anos, uma hipertrofia do Poder Executivo e uma forte influência deste sobre o Poder Legislativo que, compelido a aprovar emendas parlamentares, fica sem forças para resistir e zelar por sua total independência.

O Poder Judiciário acaba por ser um dos últimos bastiões desta resistência para garantir a independência e a harmonia entre os Poderes. Hoje, contudo, ocorre uma grave ameaça a independência do Poder Judiciário com o público e notório aviltamento das prerrogativas da função do juiz. Isso significa o atropelo institucional de uma tradição histórica nas democracias, em especial após o advento do Estado de Direito, marcada pela necessária independência do Estado-Juiz.

O texto constitucional de 1988, aliás, tem sido retalhado por inúmeras emendas constitucionais e, também, por interpretações que não garantem a supremacia de nossa Magna Carta e as prerrogativas ligadas não à pessoa, mas ao cargo de magistrado.

Essas prerrogativas, da sociedade em primeira e última instância, garantem a independência do Poder Judiciário como pilar mestre de nossa democracia e, por consequência, às liberdades públicas e direitos individuais dos cidadãos reunidos em um, embora em crise²⁶, Estado de Direito.

²⁶ Ver. Carl Schmitt, *La Tirania de los Valores*, p. 75.

OBRAS CONSULTADAS:

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: Nestor Silveira. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 29ª ed. São Paulo: Globo, 1992.

BARBOSA, Ruy. *Novos Discursos e Conferências*.

-*A gênese da candidatura do Sr. Wenceslau Braz*.

-*Campanha Presidencial e Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 1917*.

- *A queda do império*.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução: Alfredo Fait. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

- *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*; organizado por Michelangelo Bovero. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.- 20ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder Judiciário e a Constituição*. Coleção Ajuris 4. Porto Alegre: 1977.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel.*, 2ª. ed. Paris: 1923.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *O federalista*. Tradução: De Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

KELSEN, Hans. *General theory of Law State*. Londres: Harvard University Press, 1949.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil* [Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa]. 4ª ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006.

MADISON. *The federalist*. Oxford, Max Belof Ed.,1948.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. [Tradução: Roberto Leal Ferreira]. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*.- 10. ed.- São Paulo: Editora Atlas, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução: Antonio de P. Machado. Estudo crítico: Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.

SCHMITT, Carl. *La Tirania de los Valores*. Tradução: Anima Schmitt de Otero. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 115, Enero-Febrero 1961, p. 75.