

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 169

Janeiro/março – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes

Angela Cristina Pelicioli

Sumário

1. Introdução. 2. A evolução da separação dos poderes. 2.1. A separação dos poderes em Aristóteles. 2.2. A separação dos poderes em John Locke. 2.3. A separação dos poderes em Montesquieu. 2.4. A separação dos poderes na atualidade. 3. Conclusões.

1. Introdução

É certo que a teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do chamado Estado Constitucional. Utiliza-se o termo separação dos poderes, mas sabe-se que o poder do Estado é uno e indivisível.¹ Em verdade, esse poder² é exercido por vários órgãos, que possuem funções distintas.

Como consequência dessa teoria, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são poderes políticos.³ No entanto, como cada homem em si é “a-político”⁴, uma vez que a política surge “no *entre-os-homens*, portanto, totalmente fora dos homens”⁵ e é essa mesma política que “organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade *relativa* e em contrapartida às diferenças *relativas*,”⁶ deve-se constatar que o poder do Estado somente deve existir para cumprir e manter a paz na sociedade e assegurar o gozo da liberdade.

Transcorrido o tempo, os poderes políticos transformaram-se e o Poder Judiciário passou a ter uma função de maior destaque, qual seja, a de estabelecer o equilíbrio entre

Angela Cristina Pelicioli é Procuradora do Estado de Santa Catarina; Mestre em Ciências Jurídicas (Processo Civil) pela Universidade Clássica de Lisboa; Doutoranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

os Poderes Executivo e o Legislativo, redefinindo, assim, o papel do juiz.

A separação dos poderes, que, em última instância, objetiva manter a paz na sociedade e assegurar o gozo da liberdade, evitando a arbitrariedade e o autoritarismo, pode estar, nos dias atuais, em cheque, caso não se esclareçam, com a maior precisão possível, as legítimas esferas de atuação de cada Poder.

Para tanto, é necessário examinar a evolução histórica da separação dos poderes desde Aristóteles até hoje, para situar os valores que nutrem cada povo em cada época, no tocante aos seus Poderes e em razão das suas necessidades históricas e culturais, pois, como ensina Nicolai Hartmann (1986, p. 23), “a cambiante validade de determinados valores em determinado tempo não significa seu nascer e perecer ao correr da história. O câmbio não é mutação dos valores, mas mudança de preferência que prestam determinadas épocas a determinados valores.”

2. A evolução da separação dos poderes

2.1. A separação dos poderes em Aristóteles

Aristóteles, filósofo grego que nasceu em 384 a.C. e morreu em 322 a.C., escreveu sobre muitos assuntos, das ciências à lógica. Tornou-se, no entanto, célebre por suas obras filosóficas, como a *Metafísica*, a *Física*, a *Ética a Nicômaco*, a *Política*, *Da alma*, *Da Geração e da Corrupção* e a *Poética*.⁷ A obra “*Constituições*”⁸ de Aristóteles teve como objeto um estudo histórico e político de todas as formas de governo e de poder existentes na época. Esse trabalho foi a base para Aristóteles elaborar a sua obra mais completa, “*A Política*”.

Na “*Ética a Nicômaco*”, Aristóteles (2001, p. 18) define a política como sendo aquela que estrutura as ações e as produções humanas e ensina “que a ciência política usa as ciências restantes e, mais ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre aquilo de que devemos abster-nos.”

A ética e a política estão intrinsecamente unidas na obra de Aristóteles (1999), tanto que a “*Ética a Nicômacos*” insere um plano que se idealiza na obra “*A Política*.” A ética está subordinada à política, ciência prática arquitetônica que tem por fim o bem propriamente humano.⁹

“*A Política*”, que estuda não apenas os poderes políticos, mas também a estrutura e o comportamento das autoridades administrativas e judiciárias, atesta que os elementos do Estado são: a população, o território e a autoridade política.

Inicia seu estudo definindo o homem como um animal cívico, “mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos” (ARISTÓTELES, 1991, p. 4). O homem civilizado é o melhor de todos os animais, entretanto, aquele que não conhece nem justiça nem leis é o pior de todos (ARISTÓTELES, 1991, p. 5). Esse homem se reúne para formar uma sociedade, pois de outro modo não poderia satisfazer suas necessidades físicas e intelectuais. O respeito ao direito forma a base da vida em sociedade e os juízes são os seus primeiros órgãos.

A finalidade do Estado é facilitar a consecução do bem-comum, conseqüentemente, o próprio bem-comum. Para Aristóteles, as Constituições possíveis são justas e injustas, sendo as primeiras as que servem ao bem-comum do povo e não só aos governantes e as segundas as que servem ao bem dos governantes e não ao bem-comum. Nesse segundo caso, está-se tratando do perecimento do Estado e da corrupção do regime político.¹⁰ As Constituições justas são as divididas em: monarquia, que é o governo de um só que cuida do bem de todos; aristocracia, que é o governo dos virtuosos que cuidam do bem de todos, sem atribuir-se privilégios; república, que é o governo popular que cuida do bem de toda a cidade. E as Constituições injustas dividem-se em: tirania, que consiste no governo de um só que procura o interesse próprio; oligarquia, definida como governo dos ricos que procuram unicamente o bem econômico próprio;

e democracia, que consiste no comando da massa popular em diminuir toda a diferença social.¹¹

Para Aristóteles (1991, p. 93) “o governo é o exercício do poder supremo do Estado” tendo todo governo três Poderes. No Livro III, Capítulo X, da obra “A Política”, define quais são os Poderes, a sua estrutura e as suas funções, cabendo ao legislador prudente acomodá-los, da forma mais conveniente, e quando essas três partes estiverem acomodadas é que o governo será bem-sucedido. O cidadão será o homem adulto livre nascido no território da cidade ou do Estado e, também, aquele que participar e votar diretamente nos assuntos políticos dos três Poderes. Portanto, ser cidadão é ter Poder Legislativo, Executivo e Judiciário (CHAUI, 2002, p. 467).

Assim, para Aristóteles, o primeiro Poder é o deliberativo, ou seja, aquele que delibera sobre os negócios do Estado. Esse Poder corresponde ao Legislativo, e a Assembléia tem a competência sobre a paz e a guerra, realizar alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar a pena de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados.¹²

O segundo Poder compreende “todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las” (ARISTÓTELES, 1991, p. 113). Este Poder corresponde ao Poder Executivo, e é exercido por magistrados governamentais, mas somente os que participassem do poder público é que deveriam assim ser chamados. Ensina que as magistraturas devem ser criadas para se formar um Estado. Quais são absolutamente necessárias para que um Estado possa existir? Quais as que foram criadas para a “boa ordem e para o bem-estar, sem as quais a vida civil não seria muito agradável?” (ARISTÓTELES, 1991, p. 117). As funções essenciais para Aristóteles são as seguintes: a) encarregado de abastecimento de alimentos nos mercados; b) administrador dos edifícios públicos e priva-

dos, das construções, da conservação das ruas, dos limítrofes das propriedades, pelo ofício da polícia urbana; c) a dos agrônomos ou guardas-florestais; d) encarregado das rendas públicas; e) funcionário para receber contratos privados, escrever os julgamentos dos tribunais e redigir petições e citações em justiça; f) executor das sentenças de condenação, pregoeiro de bens apreendidos e o de guarda das prisões; g) comandos de praças e outros oficiais militares; h) auditor ou inspetor de contas ou grande procurador. Afirma que a diversidade das formas de governo acarreta alguma diferença entre as funções das magistraturas. Aponta as três questões principais para escolha dos magistrados: A quem cabe nomear os magistrados? De onde devem ser tirados? E como proceder? Responde às indagações ensinando que as nomeações serão realizadas por todos cidadãos ou apenas alguns entre eles; a elegibilidade é de todos ou apenas aqueles pertencentes a uma classe determinada, quer pela renda, quer pelo nascimento, quer pelo mérito, quer por alguma outra razão e a designação se dará ou por eleição ou por sorteio. O tempo de duração do exercício destas também é discutido e declara que “alguns o pretendem semestral, outros, mais curtos, outros, anual, outros, mais longo. Resta também saber se deve haver exercícios perpétuos ou mesmo de longa duração, ou, nem um nem outro; se é preferível, ou que não assumam duas vezes o cargo, mas apenas uma. Quanto à escolha dos magistrados, convém considerar a sua origem, por quem e como devem ser escolhidos, de quantas maneiras isto pode ser feito e qual a que mais convém a cada forma de governo.” (ARISTÓTELES, 1991, p. 116).

O terceiro Poder abrange os cargos de jurisdição. O estudo mostra oito espécies de tribunais e de juizes, quais sejam, os tribunais para: a) a apresentação das contas e exame da conduta dos magistrados; b) as malversações financeiras; c) os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição; d) as multas contra as pessoas, quer públi-

cas, quer privadas; e) os contratos de alguma importância entre particulares; f) os assassínios ou tribunal criminal; g) negócios dos estrangeiros; e h) os juizes para os casos mínimos. A forma de nomeação pode ser por eleição ou por sorteio (ARISTÓTELES, 1991, p. 125-127).

Aristóteles (2001, p. 123), na “*Ética a Nicômacos*”, afirma que julgamento acertado ocorre quando uma pessoa julga “segundo a verdade.” Esse conceito é tratado em termos de julgamento pessoal, mas que pode ser inserido no contexto de quem julga, pois como o próprio Aristóteles (2001, p. 18) definiu “cada homem julga corretamente os assuntos que conhece, e é um bom juiz de tais assuntos. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é um bom juiz em relação ao mesmo, e o homem que recebeu uma instrução global é um bom juiz em geral.”

Para o filósofo, é nas Constituições que estão distribuídos ou ordenados os Poderes que existem num Estado, isto é, “a maneira como são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil.” (ARISTÓTELES, 2001, p. 132).

Aristóteles (2001, p. 146) afirma que “o maior bem é o fim da política, que supera todos os outros. O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum, e muitos concordam em considerar a justiça, como dissemos em nossa *Ética*, como uma espécie de igualdade. Se há, dizem os filósofos, algo de justo entre os homens é a igualdade de tratamento entre as pessoas iguais.”

2.2. *A separação dos poderes em John Locke*

John Locke, expoente da filosofia inglesa do século XVII, nasceu em Wrington, na Inglaterra, em 1632. Suas obras principais são o Primeiro tratado sobre o governo civil, o Segundo tratado sobre o governo civil, Ensaio sobre o intelecto humano e Cartas sobre a tolerância religiosa (MONDIM, 1982, p. 102).

A política foi estudada por Locke em seus dois tratados. O Primeiro, sobre o governo civil, atacou aquilo que apontou como

“falsos princípios” contidos no Patriarcha de Sir Robert Filmer, sob o fundamento de que o direito divino da monarquia absoluta era baseado na descendência hereditária de Adão e dos patriarcas.

No Segundo tratado, sobre o governo civil e outros escritos, Locke (1994, p. 83) define o estado de natureza como uma condição em que os homens são livres e iguais, uma “condição natural dos homens, ou seja, um Estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade.”

Não significa que Locke (1994, p. 84) advogasse a permissividade, pois defendia que “o ‘estado de natureza’ é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, em sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém.”

Assegura que, no estado de natureza, cada um tem “o poder executivo da lei da natureza” e cada homem é juiz em causa própria. Isso produz confusão e desordem, e a solução para esse impasse é o governo civil (LOCKE, 1994, p. 89).

Diferentemente da clássica teoria da separação dos poderes, que divide o poder do Estado em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, no capítulo XII, do Segundo tratado sobre o governo civil, Locke garante que há três poderes que se convertem em dois¹³: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo. Competência do Poder Federativo é a de administrar a segurança e

o interesse público externo e competência do Poder Executivo é a da execução das leis internas (LOCKE, 1994, p. 171). No entanto, mais adiante, afirma que esses dois Poderes estão “quase sempre unidos”. E embora os Poderes Executivo e Federativo sejam distintos em si, “dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas”, pois “submeter a força pública a comandos diferentes” resultaria em “desordem e ruína” (LOCKE, 1994, p. 171-172).

Locke (1994, p. 162) apresenta o Poder Legislativo como poder supremo em toda comunidade civil, sendo a primeira atribuição da sociedade política criá-lo. Tem como a sua “primeira lei natural a própria preservação da sociedade e (na medida em que assim o autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontram.” “O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens...” (LOCKE, 1994, p. 165).

Segundo Locke (1994, p. 169), os limites que se impõem ao Poder Legislativo são quatro, quais sejam:

1º) as leis devem ser estabelecidas para todos igualmente, e não devem ser modificadas em benefício próprio;

2º) as leis “só devem ter uma finalidade: o bem do povo”;

3º) não deve haver imposição “de impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, individualmente ou através de seus representantes”;

4º) a competência para legislar não pode ser transferida para outras mãos que não aquelas a quem o povo confiou.

Traça a separação entre os Poderes Legislativo e Executivo quando afirma que “não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis,

pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo.” (LOCKE, 1994, p. 170).

Verifica-se que Locke não trata o Poder Judiciário como “poder genuíno” (BOBBIO, 1997, p. 232). Cita algumas situações de litígio, mas não assinala o Poder Judiciário como apaziguador dessas situações, por exemplo, quando trata da hipótese de o Poder Executivo estar sendo utilizado de forma ilegítima e questiona: quem julgará este governante? Locke assegura em sua resposta o direito fundamental da revolução do povo. “Entre um Poder Executivo constituído, detentor desta prerrogativa, e um Legislativo que depende da vontade daquele para se reunir, não pode haver juiz na terra... Como não pode existir ninguém entre o Legislativo e o povo, quando o Executivo ou o Legislativo, que têm o poder em suas mãos, planejam ou começam a escravizá-lo ou a destruí-lo. Nesse caso, assim como em todos os outros casos em que não houver juiz na terra, o povo não teria outro remédio senão apelar para o céus; assim, quando os governantes exercem um poder que o povo jamais lhes confiou, pois nunca pensou em consentir que alguém pudesse governá-lo visando o seu mal, agem sem direito.” Contrariamente a Hobbes, que entendeu que o afastamento da autoridade soberana provocaria a destruição do Estado e o retorno ao caos do estado de natureza, Locke (1994, p. 186) distingue entre a dissolução da sociedade e a dissolução do governo, pois um governo pode ser dissolvido internamente, e um novo governo ser estabelecido. Quando houver litígio entre o governante e um particular, referente a questões não previstas em lei ou de interpretação duvidosa, a solução deve advir de um árbitro do povo, caso contrário, a solução se dará, também, pelo direito fundamental de revolta desse mesmo povo (LOCKE, 1994, p. 234).

Para Locke, não há uma diferença essencial entre o Legislativo e o Judiciário, portanto este último está incluído no primeiro; isso porque “a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial se existem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos” (BOBBIO, p. 233).

Para Bobbio (1997), a teoria de Locke nada tem a ver com a teoria da separação e do equilíbrio entre os poderes, mas de separação e de subordinação. É o que se depreende da afirmação de que o Poder Executivo deve estar subordinado ao Poder Legislativo e de que as “ofensas sofridas por algum membro dessa sociedade política” serão julgadas ou por magistrado designado pelo Poder Legislativo ou pelo próprio Poder Legislativo.

2.3. A separação dos poderes em Montesquieu

O Barão de La Brède e de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, nasceu em Bordéus, no dia 18 de janeiro de 1689. Foi magistrado¹⁴ durante 12 anos entre os anos de 1714 a 1726. Em 24 de janeiro de 1728, entrou para a Academia Francesa. Entre suas obras estão as “Lettres Persanes”, “Le Temple de Gnide”, “Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência” e o “Espírito das Leis”, esta última de 1748 (MONTESQUIEU, 1997, p. 5-13).

“O Espírito das Leis” de Montesquieu (1999) representa “um manual de Política e Direito Constitucional” em que é estudado o governo¹⁵ e a política cientificamente. O governo foi classificado em: governo republicano, em que o poder soberano é de todo o povo (democracia) ou somente de uma parcela do povo (aristocracia); governo monárquico, em que somente um governa, por leis fixas e estabelecidas (leis fundamentais); e governo despótico em que somente um governa, mas sem lei e sem regra, satisfazendo a sua vontade e seus caprichos (MONTESQUIEU, 2000, p. 19-26). Aponta o motor de agir da política que movimenta

cada governo traduzindo-se em princípios¹⁶, pois a natureza do governo é o que o faz ser como é, e seu princípio o que o faz agir (MONTESQUIEU, 2000, p. 19-26). O princípio do agir¹⁷ no governo republicano (democrático e aristocrático) será a virtude, pois “aquele que faz executar as leis sente que está a elas submetido e que suportará o seu peso” (MONTESQUIEU, 2000, p. 32); no governo monárquico, será a honra, que pode levar ao objetivo do governo e “o preconceito de cada pessoa e de cada condição toma o lugar da virtude política” (MONTESQUIEU, 2000, p. 36); e, no governo despótico, o temor, que acaba “com todas as coragens e apaga o menor sentimento de ambição” (MONTESQUIEU, 2000, p. 38).

Fala-se muito sobre a separação dos poderes¹⁸ ensinada por Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, mas foram esquecidos ou perdidos pelo tempo o real conceito e a forma como a separação de poderes se configurava. O Poder é único e indivisível e para seu exercício era conveniente estabelecer uma divisão de competências entre os três órgãos diferentes do Estado. Montesquieu acentuou mais o equilíbrio do que a separação dos poderes.¹⁹

Para Montesquieu, o Estado é subdividido em três poderes: o Poder Legislativo; o Poder Executivo das coisas, que se traduz no poder Executivo propriamente dito; e o Poder Executivo dependente do direito civil, que é o poder de julgar. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ter suas atribuições divididas, para que cada poder limite e impeça o abuso uns dos outros. Montesquieu (2000, p. 168) leciona que: “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”

O Poder Legislativo é o verdadeiro representante do povo e para isso firma a du-

alidade das câmaras do legislativo: uma confiada aos nobres e a segunda confiada aos escolhidos para representar o povo (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).

O Poder Executivo “deve estar nas mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação mais instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).

O Poder Judiciário deve ser nulo e invisível, o que nos leva a negativa da tripartição dos poderes (VASCONCELOS, 1998, p. 31). Isso porque “o poder de julgar tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados (MONTESQUIEU, 2000, p. 169). Assevera, de fato, que: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir esse efeito” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172). No entanto, percebe-se que Montesquieu (2000, p. 170) diferencia os tribunais dos julgamentos, sendo que os primeiros não deverão ser permanentes, enquanto que os segundos devem sê-lo, pois são o “texto preciso da lei”, devendo-se rodear o poder de julgar²⁰ das maiores cautelas, uma vez que “os juízes da nação são (...) seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1997, p. 175).

Os poderes políticos, para o pensador francês, são o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Estes vivem em uma balança, procurando o equilíbrio, por meio de duas faculdades: a de impedir, que define como o direito de tornar nula ou anular uma resolução tomada por quem quer que seja; e a de estatuir, que atribui a um órgão constitucional controlar, limitar ou contrabalançar o poder de outro órgão (PIÇARRA, 1989, p. 111).

2.4. A separação dos poderes na atualidade

Os ensinamentos de Montesquieu reproduziram-se por toda Europa continental e, nos Estados Unidos da América, foi criado o sistema de freios e contrapesos entre órgãos constitucionais democraticamente eleitos, direta ou indiretamente, pelo mesmo povo soberano, ficando estabelecida assim a separação dos poderes. A prática constitucional veio “revelar que o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles” (PIÇARRA, 1989, p. 184).

A separação dos poderes foi associada, por Montesquieu, ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais e acolhida, pelos revolucionários franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (BONAVIDES, 1999, p. 156-157). A separação dos poderes, como limitadora do poder público, pretende favorecer a abstenção do Estado, garantindo o gozo efetivo dos direitos de liberdade perante o Estado.

Surgida, originalmente, para impor a liberdade e a segurança individuais, a redução do Estado pelo Direito conduziu a que a tripartição se convertesse numa teoria das funções estatais e que cada poder corresponderia a uma função estadual materialmente definida. A função legislativa traduzida pela forma como o Estado cria e modifica o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas e inovadoras; a função jurisdicional se destina à conservação e à tutela do ordenamento jurídico proferindo decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais; e a função executiva concretiza-se quando o Estado realiza os seus objetivos, nos limites impostos pelas normas jurídicas (PIÇARRA, 1989, p. 248). Essa classificação baseia-se na condição de que o Estado e o Direito se identificam.

No entanto, Kelsen (1992, p. 263) reafirmou essa classificação, definindo que o conceito de separação de poderes “designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções.” Constata, mais adiante, que não são três, mas duas as funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito e que “é impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções” (KELSEN, 1992, p. 264).

Nessa perspectiva, não se pode distinguir material ou intrinsecamente, em termos absolutos, uma função estadual da outra. Dessa forma, Kelsen desestabilizou a teoria da separação dos poderes, como teoria da diferenciação material das funções do Estado (PIÇARRA, 1989, p. 250).

3. Conclusões

A idéia de controle, de fiscalização e de coordenação recíprocos tornou-se o foco na separação dos poderes. Os controles jurisdicionais da legalidade da administração e da constitucionalidade da legislação evidenciam o avanço da atuação do Poder Judiciário contrariando os ensinamentos de Montesquieu que lecionava ser a jurisdição um poder nulo.

Não há dúvida de que o controle jurisdicional constituiu o núcleo central da separação dos poderes no Estado constitucional contemporâneo. Exemplos dessa situação está nas democracias brasileira, estadunidense, alemã e italiana²¹, em que toda lei aprovada pode ser cassada por um órgão do Poder Judiciário. Não obstante, na terra natal de Montesquieu, o exame da constitucionalidade somente se dá antes da entrada em vigor da lei, ainda na esfera dos seus projetos, por um Conselho Constitucional de natureza política.

Nos dias atuais, a separação dos poderes caracteriza a idéia de Estado constitucional democrático e não existe país democrático que não possua essa regra em sua Constituição. De há muito ensina Duguit ser a separação absoluta de poderes uma ilusão “que desde o ponto de vista lógico não pode conceber-se; isto porque qualquer manifestação de vontade do Estado exige o concurso de todos os órgãos que constituem a pessoa Estado.”²² Por tal razão, a separação dos poderes deve ser encarada como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político no interesse da paz e da liberdade, modificando-se, como tudo “no entre-os-homens”, de acordo com as condições históricas de cada povo.

Notas

¹ Cf. DALLARI, 1995, p. 181, 15.

² O Estado, como é uma sociedade, não pode existir sem um Poder e para a maioria dos autores o “poder é um elemento essencial ou uma nota característica do Estado” (DALLARI, 1995 p. 93).

³ Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 94.

⁴ Cf. ARENDT, 1998, p. 23.

⁵ Cf. ARENDT, 1998, p. 24.

⁶ Cf. ARENDT, 1998, p. 24.

⁷ Cf. MONDIN, 1981, p. 82.

⁸ Tal obra desapareceu, restando um único fragmento, que foi publicado em 1891 por Sir Frederico Kenyon.

⁹ Cf. NOVAES, 1992, p. 35.

¹⁰ “Cada forma política tem uma causa própria para sua corrupção. A realeza degenera em tirania porque o rei começa a acumular riquezas e poderes, a ter um exército próprio, acreditando que pode tudo quanto queira. (...) A aristocracia degenera em oligarquia quando os aristocratas se tornam demagogos para obter para si os favores populares e quando formam facções rivais que se combatem, enfraquecendo o poder. (...) o regime constitucional ou popular degenera em democracia porque os dirigentes se transformam em demagogos, querendo os favores populares e permitindo que os ricos se aliam contra o governo; os ricos, por sua vez, distribuem riquezas e promessas ao povo para obter seus favores e se aliam aos pobres (a quem fazem favores) para que estes, cujo número é o maior do que o restante, derrubem os governantes” (CHAUI, 2002, p. 472).

¹¹ Cf. MONDIN, 1982, p. 103-104.

¹² Para Aristóteles, todos os participantes dos três Poderes eram chamados de magistrados.

¹³ Os dois Poderes típicos do Estado, em Locke, são o Legislativo e o Executivo, pois, quando o homem ingressa na sociedade civil, renuncia aos poderes naturais de fazer leis e de punir aqueles que se rebelam (BOBBIO, 1997, p. 232).

¹⁴ Montesquieu, em 1716, herdou de seu tio o cargo de membro do Parlement de Bourdeaux, que era um órgão judiciário coletivo. Exerceu a função até 1726 quando vendeu o cargo, pois necessitava de dinheiro e, também, porque não sentia interesse em realizar aquele tipo de atividade. Raymond Carré de Malberg (apud DALLARI, 1995, p. 5-13) ensina que, na França do século XVII e XVIII, “o ofício dos juízes, que integravam os *Parlements*, era considerado um direito de propriedade, tendo a mesma situação, jurídica das casas e das terras. Em tal situação, a magistratura podia ser comprada, vendida, transmitida por herança, ou mesma alugada a alguém quando o proprietário não se dispunha a exercer a magistratura mas queria conservá-la, para futura entrega a um descendente que ainda era menor de idade. O ofício era rendoso, pois a prestação de justiça era paga, havendo muitos casos de cobrança abusiva.”

¹⁵ O estudo feito por Montesquieu sobre a classificação das formas de governo “não desterrou da ciência política o genial esboço de Aristóteles, que com uma ou outra emenda perdura há mais de dois mil anos. Das formas de governo, resta o juízo certo que Montesquieu fez acerca do papel dos grupos intermediários, enquanto técnica auxiliar de conservação da liberdade, consoante as fórmulas e os conceitos do Estado liberal” (BONAVIDES, 1999, p. 156).

¹⁶ “Pode-se incluir, sem dificuldades, a glória nesses princípios, tal como conhecemos no mundo homérico, ou a liberdade, tal como a encontramos em Atenas do tempo clássico, ou a justiça, mas também a igualdade se entendemos entre eles a convicção da dignidade original de tudo que tem rosto humano” (ARENDRT, 1998, p. 128).

¹⁷ Hannah Arendt (1998, p. 127) entende que todo agir político, além do princípio do agir criado por Montesquieu, possui mais três elementos: o objetivo que persegue, que só começa a aparecer na realidade quando a atividade que o produziu chegou a seu fim; a meta, que produz os parâmetros pelos quais deva ser julgado tudo que é feito; e o sentido de uma atividade que só pode existir enquanto durar essa atividade.

¹⁸ Livro Décimo Primeiro, “Das Leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição”, Capítulo IV, “Da Constituição da Inglaterra” (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-178).

¹⁹ Cf. DROMI, 1982, p. 36; “Quem liga aos conceitos “divisão” e “separação” conteúdos diferentes e porventura contraditórios encontra-se, com isso, em consonância com a linguagem comum (...). Uma divisão, seja ideal ou real, pressupõe uma unidade e não exclui que uma parte fique, de algum modo, relacionada com a outra, enquanto que uma separação exige pelo menos duas unidades a separar uma da outra e conduz a que estas unidades subsistam completamente independentes uma da outra”. Cf. LANGE apud PIÇARRA, 1989, p. 105.

²⁰ O pensamento de Montesquieu a respeito dos juízes implementou-se na Constituição Francesa de 1791, que fixou a eletividade e a temporariedade dos juízes, no entanto, a Constituição de 1814 estabeleceu serem os juízes nomeados pelo rei. Com o sistema republicano de 1848, foi mantida a designação dos juízes por nomeação, com a indicação feita pelo Presidente da República, tendo garantido aos juízes de primeira instância e dos tribunais a vitaliciedade. A atual Constituição Francesa trata de “autoridade judiciária” e não de “Poder Judiciário”.

²¹ A Corte Constitucional italiana se manifesta como sendo um órgão legislativo que profere “decisões com as quais não só se eliminam normas, mas se criam de novo ou se transformam aquelas existentes; adverte ao legislador que proceda de um determinado modo, com a ameaça subentendida de anular a lei eventualmente disforme; e controla o bom senso da lei, que pode transformar-se em um refazimento integral da escolha operada em sede legislativa” (ZAGREBELSKY, 1997, p. 513).

²² Cf. BONNARD, R. Leon Duguit. *Sés oeuvres*. Sa doctrine. *Revue de Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger* apud DUGUIT, 1998.

Referências

ARENDRT, Hannah. *O que é política?*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. (Fragmentos das obras póstumas compilados por Ursula Ludz).

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. *Ética a Nicômaco*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

_____. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-Socráticos a Aristóteles*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. I.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DUGUIT, L. *La separación de poderes y la Asamblea nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios, 1998.
- DROMI, José Roberto. *El poder judicial*. Argentina: Unsta, 1982.
- HARTMANN, Nicolai. *Ontologia*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1986. v. I.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. São Paulo: Paulus, 1982. v. 1.
- MONTESQUIEU. *Vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Os pensadores.
- _____. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O espírito das leis*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NOVAES, Adauto. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura, 1992.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. *Cadernos democráticos n. 3, Fundação Mário Soares*. Lisboa: Gradiva, 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. La giurisdizione costituzionale. In: AMATO, Giuliano; BARBERA, Augusto. *Manuale di diritto pubblico, II, L'organizzazione costituzionale*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 1997.