

# Poder e representação (algumas considerações)

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA  
Professor Titular da Faculdade de Di-  
reito da UERJ

## SUMÁRIO

- I — *As bases sócio-axiológicas do poder*
- II — *O caráter exemplificativo das funções políticas*
- III — *Poder e representação*
- IV — *Mandato imperativo e direito privado*
- V — *Organicismo cultural do Estado*

### *I — As bases sócio-axiológicas do poder*

Em clássico livro BERTRAND RUSSEL considera o poder a manifestação mais importante da vida social, como a energia o é do mundo físico.

Na verdade, a *cupido dominandi* surge, concomitantemente, com a coexistência e o interrelacionamento, como inevitável conseqüência da construção política e indefectível “control de las representaciones jurídicas de una comunidad global”, na expressão de HUGO PALACIOS MEJÍA. Surge assim esse, com uma conotação individual e uma conotação coletiva, sendo, ontologicamente, como diz HOBBS, o “excesso da autoridade de um sobre a de outro”, porque, é evidente, forças iguais se neutralizam. Mas, como observa HAURIUO, deve ele tender sempre para a constante criação da ordem e do direito, em benefício de todos.

Embora produto social, o poder, não o estudam a Teoria do Estado ou a Ciência Política, quando na ordem privada, a não ser por suas repercussões na ordem pública, sendo singular, a respeito, a posição de DOLLERA JOFRE.

Síntese do diálogo entre a liberdade e o comando, entre o homem e o Estado, o direito-norma se origina do poder, que se autolimita, como

uma das mais importantes superestruturas sociais, poder que, como lembra PRADO KELLY, com sua força "dirigée et limitée par le droit" (DUGUIT), "não é uma noção metafísica, mas uma realidade social", apesar de buscar sua legitimidade em potências abstratas. Antes que o poder se incorpore, decisivamente, nas instituições, apenas se pode falar em sociedades pré-estatais.

Todo agrupamento, mesmo o que é estudado pela Zoo-Sociologia, pela Fitossociologia e pela Geografia Biológica, fontes indiretas da Teoria do Estado, suscita o problema da liderança e da chefia, mormente quando transcende a órbita familiar, para constituir senão uma *Gessellschaft*, ao menos uma *Gemeinschaft*, para utilizar a terminologia de TOENNIES.

O líder, fruto das circunstâncias, é o indivíduo que "conseguiu apreender os desejos e necessidades do grupo e soube, melhor do que os outros, resolvê-los e orientá-los". Não se confundem, tecnicamente, as figuras do chefe e do líder, embora possam coabitar, no mesmo indivíduo, porque o primeiro é mais um coordenador do trabalho do agrupamento, enquanto que o segundo exerce um magistério, mais de ordem subjetiva, ressaltando J. MAISENNEUVE que ele poderia ser explicado, "na medida em que simbolizasse ou substituísse o ideal do *ego* de uma multidão de pessoas".

Segundo a conhecida classificação de MAX WEBER, o poder tem origem tradicional, legal ou carismática.

O primeiro sucede, segundo o notável pensador, que influenciou gerações de "scholars", quando a autoridade repousa "na fé geral e permanente na sacralidade das tradições firmadas e na legitimidade de pessoas chamadas a exercer a autoridade por essas tradições", opinando CARL FRIEDRICH que a "tradição é um fator vital na eficácia da autoridade"; o segundo, quando fundado em regra jurídica e, enfim, o terceiro, quando se crê seu detentor dono de qualidades sobrenaturais (dotes de força, coragem ou inteligência) estimuladoras de sentimento messiânico. Todavia, como pondera ROMANO GUARDINI, "el sentimiento de poder puede vincularse incluso a situaciones que parecen cotradecirlo: el sufrimiento, la privación, la inferioridad".

O carisma, freqüentemente, se faz notar em movimentos revolucionários que, por natureza, são desencadeados por "minorias educadoras e atuantes (INGENIEROS), que, aliciando as multidões, almejam a substituição da ordem política existente por outra mais adequada, impondo uma troca de sujeitos públicos. Essa forma de ação violenta contrasta claramente com a teoria da *civil disobedience*, como escreve ABE FORTAS, porque, mesmo "quando envolve o repúdio total ou parcial do princípio de que o indivíduo deve obediência à lei", repudia o emprego de força.

Pondera DUVERGER que "na base de todo regime político se encontra o problema essencial da autoridade, do poder, da distinção de governantes e governados".

Tal ocorre, em verdade, desde o embrião da classe dirigente, com o advento do chefe, em contraposição com a grande maioria dirigida. E PAUL CLAVAL entende que “poder não é apenas estar em condições de realizar por si mesmo as coisas, é também ser capaz de fazer com que sejam realizadas por outros”.

MIGUEL REALE define o poder como uma “decisão para outrem”, “a capacidade de comandar os serviços de outros indivíduos” dizia HOBBS e BODENHEIMER, como “a capacidade de um indivíduo ou grupo de levar a praticar sua vontade, inclusive apesar da resistência de outros indivíduos ou grupos”. Prerrogativa de estabelecer condutas, conceituou-a MARITAIN, como “a força por meio da qual podemos obrigar os outros a nos obedecerem”, distinguindo-a da autoridade que é “o direito de dirigir e comandar, de ser atendido e obedecido por outros”, sendo a base ética do poder, que sem ela resvalaria para o materialismo da mera coação, o “*pottere ritenuto legittimo*”, de que fala MARIO STOPPINO. NIETZSCHE, que censurava o Estado de seu tempo e o caráter arbitrário do direito, reclamava para esse, e para o poder, um fundamento moral. Toda crise da autoridade (“a capacidade de obter o assentimento de outrem”, no sentir de BERTRAND DE JOUVENEL) implicará num perigoso robustecimento do poder. Ensina GARCIA PELAYO que “la *potestas* es impuesta; la *auctoritas* es reconocida”, repousando, pois, no consentimento coletivo. MAX WEBER vê, na dominação, uma relação de poder.

JOSÉ HERMANO SARAIVA opina que, enquanto a “autoridade é um estado de direito, o autoritarismo é um estado de capricho. Aquele se apóia na força da lei, este no arbítrio dos homens. A autoridade resulta do princípio legítimo de eficácia do poder”. Façam-se ou não essas distinções, o certo é que o poder deve enraizar-se no *consensus*. Referindo-se a HANNAH ARENDT, reparou CELSO LAFER que “para ela o poder nunca é atribuído de um indivíduo no singular, mas sim o resultado da capacidade de agir pluralmente, em conjunto”. A destinação social do poder é posta em destaque, igualmente, por JELLINEK, que frisa ser ele “a vontade que há de cuidar dos fins comuns da associação, que há de ordenar e há de dirigir a execução de suas ordenações”.

Não há dúvida, conseqüentemente, que o poder é a substância não só da vida política, como do próprio Estado, confundindo-se com o direito-regra desde o instante em que o cria, mas não se identificando com ele *ab ovo*, como quer HANS KELSEN, que razão tem, contudo, quando assevera que, se o Estado é, por essência, um aparato de coação, pelo conteúdo da lei e não propriamente por sua eficácia, “o é precisamente por ser, em substância, uma ordem jurídica, e todas as suas manifestações não podem ser mais que atos jurídicos”.

É certo que o admirável jusfilósofo tcheco veio a atenuar o rigorismo do seu asséptico binômio Direito-Estado, mas é inegável que sua abordagem da ciência jurídica era baseada em “systematic logical analysis, with profound philosophical underpinnings”, como sublinhou seu independente discípulo BENJAMIN HAKZIN, que se chocava com o prag-

matismo americano e que dificultou sua adaptação ao magistério superior estadunidense.

A "tendência da racionalização do poder", de que falava MIRKINE-GUÉTZÉVITCH, expressa em Constituições analíticas do primeiro pós-guerra, e que se esforçava por encerrar nas redes do direito positivo o conjunto da vida política, com sabor kelseniano, nem sempre conseguiu evitar os governos de fato, assim chamados por que não se originam no direito. "Convienes notar que la circunstancia de ser legítima la revolución que sirve de fundamento a un gobierno de fato no varia el carácter de éste", anota BIDART CAMPOS. A competência do governo de fato decorre de sua investidura, não se podendo, em tese, medi-la ou limitá-la, mormente quando ele é legítimo, restaurando garantias fundamentais desprezadas pelo regime anterior e a *Staatschutz* (cujo objeto de proteção constitucional são os embasamentos políticos da *Verfassungsleben* e, globalmente, os valores materiais da Constituição), tratada por THEODOR MAUNZ que assevera: "Das GG umschreibt die Grundlagen des materiellen verfassungswesens zunächst ganz allgemein als die, freiheitliche und demokratische Grundordnung".

Discordamos de GONZALES ARZAC quando declara que "solamente un gobierno de facto tiene poder constituyente originario", pelo simples fato de poder ser convocada, normalmente, uma Constituinte. Arduamente defendeu DUGURR o ponto de vista de que o poder público é uma *fictio*, porque não é um poder de direito, mas de fato. Todavia, há nele uma contradição, porque afirma que "as declarações de vontade dos governantes só possuem valor, na medida em que estão conforme às regras jurídicas".

Com o fenômeno que denominou de "institucionalização do poder", pelo qual o poder político "é transferido das pessoas dos governantes para uma pessoa abstrata que é o Estado", procurou BURDEAU dar maior estabilidade aos regimes, obstaculizando a ambição pessoal.

JELLINEK concebe duas ordens de poder: o *dominante* e o *não-dominante*, caracterizando-se o segundo por "ser-lhe possível dar ordens à associação, mas carece de força bastante para obrigar com seus próprios meios a execução de suas ordens". É quando muito um poder disciplinar, não um poder de dominação (*Herrschergewalt*), irresistível, como o do primeiro e que caracteriza o Estado, cujo pleno conhecimento depende do "conhecimento de seu direito".

FREDERICO RAYCES considera, da mesma forma, duas espécies de poder: o *pessoal* (uma relação entre indivíduos em que uns, por seus atos de vontade concretos, determinam a conduta dos outros) e *impessoal*, fruto da "pressão psicológica exercida pelos costumes tradicionais e pelos usos coletivos, pelos *tabus*". Ao contrário do segundo, impregnado de inércia, o primeiro é para RAYCES, "um poder para a invenção".

NICOLAU DOS SANTOS adota, igualmente, classificação dupla: o *poder organizado*, que se realiza coativamente, e o *poder difuso*, que se realiza

por uma “coerção moral ou psicológica também de caráter difuso, ou seja, não organizada, imponderável ou impreciso”.

HAURIU aceita um poder *minoritário*, “a quem cabe a iniciativa, concentrado nas mãos das elites governantes, outro *majoritário*, que não está na origem histórica do Estado”. O primeiro tem o poder de governo, o segundo, de dominação.

Como refere HERMES LIMA, coexistem, no poder, a *credenda* e a *miranda*, sendo a primeira a soma de razões que nos levam a dar consentimento a ele e a optar por uma de suas formas, e a segunda, a simbólica que o consagra junto ao povo.

A noção de poder é estática e dinâmica, ao mesmo tempo, evoluindo, dialeticamente, tornando o Estado “efficace, protegé, organisé”, como está em DONNEDIEU DE VABRES, e subordinando, como é óbvio, “os interesses particulares ao interesse geral”, no exprimir de MARCELO CAETANO.

“Le pouvoir n’a d’autre raison d’être que le bien de la nation”, concorda MASSABIAU. O poder “amène des individus a des buts collectifs ou communs de l’ordre temporel et historique”, acrescenta FRANÇOIS PERREUX.

Por isso, a *liberdade* não pode caracterizar-se por uma batalha surda contra o *poder* que a complementa e garante (o que só agrada ao individualismo delirante e a outros inimigos do Estado), possibilitando à coletividade atingir seus objetivos inadiáveis, porque *in esse* provém dela, como repisa HERMAN HELLER: “lo que crea el Estado y el poder del Estado es la conexión sistemática de actividades socialmente efectivas”.

A questão da transcendência do poder deve preocupar-nos tanto quanto a de sua prática, porque ambas integram uma síntese indivisível.

LABAND e JELLINEK, entre outros, não aceitam a soberania como sinal característico do Estado, certamente impressionados, como adverte ANTÔNIO ASSUMPTÃO, com a “organização algo especial do Império Federal Alemão de 1871, em que os chamados Estados-Membros, tendo até reis, gozavam ademais ativa e passivamente do direito de legação”, podendo, ainda, como se sabe, optar, entre os regimes republicano e monárquico, sendo curioso que até hoje a Baviera se considera “Estado Livre”, dentro da Alemanha Federal, assim como Hamburgo, Bremen e Hessen.

Embora entendamos, juntamente com LE FUR e MIGUEL REALE, que o Estado não-soberano é uma “fictio juris”, integrando união não paritária com o Estado soberano, aceitamos a desclassificação da soberania de elemento do Estado para tonalidade do poder político, sendo, pois, tecnicamente insatisfatórias definições como a de LUIZ G. ROA, que situa o Estado como “la organización social políticamente soberana”. Na verdade, ele é o “poder organizado”, como elucida JURGEN VON KEMPSKI, que tem o monopólio da coercibilidade. Quer o chamemos de poder po-

lítico, poder público, poder do Estado, poder de dominação, poder nacional (num sentido mais amplo do que lhe é atribuído pela Escola Superior de Guerra), estamos diante do mesmo perturbador fenômeno sócio-político-jurídico axiológico, que permite ao Estado, titular único da autoridade, colimar seus objetivos, sendo, ainda, objeto de estudo de uma ciência: a Cratopolítica.

Fenômeno contemporâneo é o *Estado Satélite* "dominated through a puppet regime, with no regard to the issue of its ability to govern itself", como explicam DILLON, LEIDEN e STEWART.

Cabe aqui, apenas, uma chamada para a relação espaço-poder, estabelecida pela Geopolítica, que é a "doutrina do Estado considerado como um organismo geográfico ou fenômeno no espaço" (KJELLEN), mostrando a dependência da Política à Geografia.

EVERARDO BACKHEUSER menciona a "política feita em decorrência das condições geográficas", já referida por Napoleão.

Enquanto a Geografia Política tem caráter estático e pertence à Geografia Humana, a Geopolítica (ou Geocinética, na preferência de GOYTIA) tem conteúdo dinâmico e integra a Ciência Política, como a "consciência geográfica do Estado".

AGUSTIN GORDILLO mencionando as "pautas axiológico-políticas de controle do poder do Estado, que devem estar presentes em toda a análise de direito público", demonstra a importância da teoria de valores, na abordagem dos temas político-jurídicos.

O conhecimento filosófico não se atém à análise dos valores, mas eles estão em seu núcleo, demonstrando a indissociável relação entre Epistemologia e Axiologia, vale dizer entre Filosofia e Valor.

Doutrina MIGUEL REALE que, se toda especulação crítica é valorativa, chega-se à conclusão de que, sob "essa luz, Filosofia é Axiologia".

Registra GUY ROCHER que o valor antecede ao julgamento, como "os fins existem antes da ação humana", conforme ANÍSIO TEIXEIRA, daí provindo o acerto da observação de COSSIO de que "toda compreensão de valores es emocional", mas, se ele não existe independente do sujeito pensante, não deixa, vê-se logo, como anota MACHADO PAUPÉRIO, de constituir "uma essência realizável pela ação espiritual da pessoa humana", vibrando no campo do *dever ser*.

O fato axiológico é assim completado ou dinamizado pelo ato axiológico que o *valoriza*, segundo certas conotações. O valor é intemporal, mas sua manifestação e descobrimento estão profundamente inseridos nos processos históricos, não atuando o ser que o capta, desvinculado de contexto social em que ele atua. Temporalidade e existência eram identificadas por HEIDEGGER, salientando LORENZO CARNELLI que, somente pelo tempo, que necessariamente se temporaliza, "efetiva-se a transcendência e, decorrentemente, toda expansão de que é susceptível o ser humano".

Direito e política são valores antes de tudo, expondo RADBRUCH que a elaboração jurídica, como fenômeno cultural, só poder ser entendida “no círculo da conduta impregnada de valor”.

Resultam disso os inocultáveis binômios Estado-valor e poder-valor, que nos circundam e nos absorvem.

Em síntese, como se percebe, existem dois juízos: o de existência ou realidade (aquilo que as coisas são) e o de valor (aquilo que as coisas “valem em relação a um sujeito consciente, o valor que este último a eles atribui”, na fórmula de DURKHEIM).

DEMICHEL e LALUMIÈRE consideram que “la science politique décrit ce qui est, le droit constitutionnel ce qui devrait être; l'une, descriptive, se situe au plan des faits, l'autre, normatif, se place au niveau des valeurs”.

“L'autorité nous baigne et nous imprègne, elle circule autour de nous et en nous, comme l'air qui nous entoure et que nous respirons, l'air qui nous suffoque parfois et sans lequel nous ne saurions vivre”, ardorosamente se manifestou MAURICE MARCHAL.

O poder vale por sua utilidade social; o julgamento de valor tem, pois, uma origem social, pelo fato de a coletividade conferir ao comando substância ética, traduzida pelo princípio da legitimidade.

TALLEYRAND o expôs, com objetivos claros, no Congresso de Viena, permitindo a restauração do poder real e sua manutenção, na Europa, agitada pela Grande Revolução e pela epopéia napoleônica, mitigando a difícil situação de sua pátria, após a batalha de Waterloo. O princípio, adotado por FABRE d'OLIVET, fora já pressentido, em essência, por SANTO AGOSTINHO e por ROUSSEAU, mas confundia-se, circunstancialmente, com o legitimismo, mesmo porque o Conclave de 1815, como sublinhou ANTONIO TRUYOL, “olhava mais o passado que para o futuro”.

A legalidade (potestas) é mera adequação de comportamento à lei que deve regê-lo, mas a legitimidade (auctoritas), cuja patologia pode provocar uma autocracia, exige, antes de tudo, que ele se apóie nos próprios objetivos sociais, em seus costumes e tradições caldeados pela vida em comum (o Direito Canônico, por motivos óbvios, é alheio a essa distinção). Para FRANCISCO TRUSSO, a legalidade encerra “un concepto puramente formal, referente a la aplicación de un derecho positivo determinado”, enquanto a legitimidade “abarca un conjunto de creencias comunes de aceptación popular”, podendo ser tanto revolucionária como constitucional.

Adverte RADBRUCH que o sentido do princípio, que estamos tratando, consiste em uma continuidade histórica, permitindo que uma nova situação jurídica se desenvolva, naturalmente, da anterior. É no *valor legítimo*, que encerra uma anuência popular ao poder, que deve embasar-se a positividade do direito, dependente ela mesma do consentimento geral.

Repara WELZEL “a recepção que a legislação do governante deve encontrar, na consciência jurídica do povo, para converter-se em direito positivo”. A questão poderia envolver uma reação jusnaturalística contra o positivismo, partindo da idéia, como diz RADBRUCH, “de que há leis que não são direito e há direito acima das leis”.

Contudo, legitimidade e direito natural não são sinônimos, nem esse integra obrigatoriamente aquela, que é, *in esse*, a “legalidade acrescida de sua valorização” (PAULO BONAVIDES), a fé na legalidade (MAX WEBER), o *jus ad auctoritatem*, a crença na lei (LACAMBRA). DOLF STERNBERGER lembra que o poder legítimo é aquele emanado de eleições livres, contando, em decorrência, com a solidariedade dos cidadãos. Podem existir governos legais e legítimos, governos legais e ilegítimos e governos, momentaneamente, legítimos e ilegais, porque a nova ordem de coisas criará sua própria legalidade. Os demais Estados, ordinariamente, não manifestam opinião sobre a legitimidade do poder de um Estado, limitando-se a observar a sua legalidade formal, se domina o país e se cumprirá os compromissos internacionais.

A Santa Sé (Bula Solicitudo Ecclesiarum) entende que, pelo fato de manter relações com um poder, isso não implica em reconhecer sua legitimidade, que deveria ser a fonte dos dispositivos constitucionais, sob pena de um antagonismo pernicioso entre um direito público, arbitrariamente elaborado, abstrato e “alienado”, e outro, historicamente produzido, deixando clara uma oposição condenável entre o “país legal” e o “país real”, como, entre nós, entre outros observaram ALBERTO TORRES, OLIVEIRA VIANA e J. P. GALVÃO DE SOUZA.

É irrefutável a denúncia de MATIENZO: “no basta copiar la letra de una Constitución extranjera, si no se puede contar con las mismas circunstancias sociales en que ella funciona en el país de origen”.

A legalidade esvaziada de conteúdo histórico, sem visão da problemática social, portanto, se poderia aplicar a expressão de ODILON BARRET: “la légalité nous tue”.

A legitimidade do poder constituinte, que repousa, conforme CARL SCHMITT, “no reconhecimento da força e autoridade em que descansa a sua decisão”, sendo ele sócio-político-jurídico, acarreta, obrigatoriamente, a legitimidade do poder constituído, força codificada na Constituição, na frase do saudoso FERNANDO NOBRE.

Ninguém melhor do que FERRERO analisou o princípio da legitimidade, distinguindo-o da ilegitimidade, da pré-legitimidade, e da quase-legitimidade. Ele, para FERRERO, justifica o poder, o “direito de mandar”, e pode subdividir-se em quatro: o eletivo, o hereditário, o aristo-monárquico e o democrático, que se entremisturaram através dos séculos, combatendo-se ou colaborando uns com os outros. Como assevera o notável historiador, cada fase tem um só princípio de legitimidade, que se “harmoniza sempre com os costumes, a cultura, a ciência, a religião, os interesses econômicos de uma época”.

A pré-legitimidade é, para FERRERO, a mais árdua prova a que pode ser submetido um Estado, porque nela “o princípio da legitimidade, em vez de sustentar o poder, tem necessidade de ser amparado por ele, contra as oposições abertas ou ocultas com que tropeça”.

O governo pré-legítimo não é ainda, como o nome diz, legítimo. FERRERO exemplifica-o com a República Espanhola de 1931 e com a de Weimar, uma vez que, nessa última, parte consideravelmente grande da Alemanha se negava a aceitar “as instituições republicanas e a fórmula democrática de legitimidade que as justifica: sufrágio universal e soberania do povo”.

GUIZOT criou a expressão “quase-legitimidade”, com que foi batizada a Monarquia de julho, na França. “Não há governos legítimos e governos ilegítimos: entre uns e outros há governos que, sem serem legítimos, podem contar com consentimentos bastante largos para não serem obrigados a impor-se como os governos ilegítimos, só por meio da força, da corrupção e da mistificação”, considera FERRERO.

O problema da legitimidade é nuclear no Direito e na Ciência Política, uma vez que sem ela as instituições não teriam consistência nem estabilidade, lembrando VICENZO GUELLI que ela é conteúdo da norma-ção constitucional, recebendo dessa valor jurídico e operatividade.

## II — O caráter exemplificativo das funções políticas

“Os tiranos dividem o povo para reinar; dividi o poder se quiserdes que a liberdade reine por sua vez” (SAINT-JUST).

Em sagaz apontamento, ARRUDA ALVIM NETO deixa claro que “a tripartição dos poderes foi o instrumento de que se serviu a burguesia para garantir-se contra os poderes do Estado, o que vale dizer, contra a sua soberania e, poderíamos acrescentar, para a fundação da monarquia constitucional. Já apreciamos a questão, sob o aspecto ontológico, e é certo que esse expediente liberal não pode mais ser aceito, na maneira com que foi formulado, em vista da indivisibilidade do poder estatal, que é íntegro e coeso, permitindo, no entanto, ramificações, separação de departamentos e de funções, das atribuições específicas de seus órgãos, em dinamismo político-jurídico, sobre a qual não é pacífica a doutrina e da qual discordava BENTHAM, por considerá-la incompatível com os ideais democráticos. “Tem sido escassa, quase omissa, a elaboração da doutrina brasileira sobre o assunto”, nota ALCINO SALAZAR.

“Divisão do poder, imprópria, mas tradicionalmente chamada de separação dos poderes, não merece a reverência quase religiosa que por vezes recebe”, corrobora M. G. FERREIRA FILHO.

Mas, se a classificação didática dos setores do poder é altamente discutível, não o é a indivisibilidade do poder, que vem do “reconhe-

cimento deste como uma unidade”, como obtempera JELLINEK (em sua *Teoria Geral do Estado*, pág. 405). É, também, a orientação de seu discípulo KELSEN.

PUTNEY, referindo-se aos “poderes”, consigna: “this division has been recognized by jurists from the earliest times”.

A origem burguesa da separação das funções, discriminação que não deve “ser encarada com rigor pedante, mas com elasticidade de julgamento”, como argumenta BENJAMIN CARDOZO, todavia, não dissimula a sua capital importância, para que o poder político possa, eficazmente, atuar. Embora já pressentida por ARISTÓTELES, em sua *Política (função deliberativa*, porquanto, relata BLUNTSCHLI, o povo mais propriamente deliberava que legislava; *autoridade*, correspondendo ao poder de comando, e *Juiz*), esboçada, na China, pelos TANG, no século VII, e esquematizada por SANTO TOMÁS, a teoria da separação foi elaborada, modernamente, por MONTESQUIEU, estudando a prática inglesa — onde BOLINGBROKE já havia planejado a idéia do equilíbrio e controle recíproco dos poderes — e interpretando-a, por “glorioso equívoco”, segundo as conveniências de seu tempo e de sua formação liberal (impressionado com a segurança e a estabilidade da Inglaterra, em contraste flagrante com o resto da Europa), em *Do Espírito das Leis*, obra publicada em 1748, que fundou o direito constitucional moderno, que lhe ocupou grande parte da vida e que, laboriosamente refletida, possibilitou montar “les constitutions comme des machines”, como enfatizou LANSON, procurando estabelecer a relação entre as instituições e os climas.

Declara ABEL GRENIER que MONTESQUIEU será sempre “o mestre dos que creiam que o governo dos homens é obra não de lógica, nem de imaginação, mas sim de observação e de experiência”.

FAGUET lembrou que ele se deixara impregnar por um “fatalismo científico”, desenvolvido por MADAME DE STAEL e RATZEL, entre outros, que plantaram as raízes da Geopolítica.

A tese de MONTESQUIEU, entretanto, como adiantamos, foi arquitetada em forma ideal e sem rigorosa base histórica, asseverando LÉON FAUCHER que ele havia feito o romance e não a crônica das leis inglesas.

Como escreveu MADISON, o “exame mais ligeiro da Constituição britânica nos obriga a perceber que os departamentos legislativo, executivo e judicial de nenhum modo se acham totalmente separados e diferenciados entre si”.

Robora RODOLFO BLEDEL: “El lord Canciller era al mismo tiempo juez en la jurisdicción de Equidad y principal ministro del Rey en el Consejo ejecutivo; existían dos tribunales superiores de apelación: la Cámara de los Lordes, para las causas provenientes de los Dominios y Colonias, los cuales formaban parte, uno del Poder Legislativo, y el otro, del Ejecutivo.” Os membros do Gabinete integram, ainda, o Conselho Privado, que é órgão de funções protocolares e judiciárias.

O Rei compõe, também, o processo legislativo, intimamente ligado ao Parlamento.

“Não havia na Inglaterra equilíbrio de poder nem separação de poderes”, constatou FRANZ NEUMANN, a qual foi pela primeira vez adotada na Constituição da Virgínia, de 1776, obra admirável de GEORGE MASON — a da Carolina foi redigida por LOCKE e a de Massachussets por JOHN ADAMS —, passando, “depois, para as Constituições de todos os países”, no parecer de HENOCH REIS. “Britain had a fusion rather than a separation of powers”, ratifica CHARLES DILLON. Apesar de tudo isso, o amadurecimento histórico justificou o juízo de BAGEHOT: “the peculiar excellence of the British Constitution lies in a balanced union of three powers”, mas, precipuamente, na “complete fusion of the executive and legislative powers”. A interpretação das idéias do castelão de Brède jamais foi pacífica, explicando DUGUIT que não era escopo de seu patricio dividir a soberania e sim repartir as funções, aduzindo: “A expressão *separação de poderes* não foi empregada uma só vez por MONTESQUIEU, e nunca pensou ele em órgãos investidos nas três funções do Estado, absolutamente independentes um do outro e sem ação um sobre o outro”. Estamos, como é perceptível, em pleno mistério teológico do direito público, em que o poder se identifica com os três poderes e esses com aquele.

A Constituição de Malta (art. 52), de nítida influência britânica, estabelece que o Parlamento é constituído do Presidente da República e da Casa dos Representantes.

Realizando *uma divisão subjetiva dos órgãos, correspondente a uma distinção objetiva das funções*, concebia MONTESQUIEU (que viu, na Roma antiga, o germe da teoria da divisão e equilíbrio dos poderes, afirmando, em *Grandeza e Decadência dos Romanos*: “as leis de Roma haviam dividido sabiamente o poder público em um grande número de magistraturas que se sustentavam, se continham e se modelavam umas às outras e como cada uma delas tinha um poder limitado, todos os cidadãos eram aptos para desempenhá-las e o povo, vendo desfilar um depois do outro, muitos personagens, não se acostumava a nenhum”) três espécies de poderes constituídos: “la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil.” O segundo seria o Poder Executivo, *tout court*, e o terceiro constituiria a função de julgar, propriamente dita. Todavia, é forçoso reconhecer que, em essência, o eminente autor de *Cartas Persas* apenas reconhecia duas esferas de poder, subdividindo a do Executivo. Em sua esteira, SAINT GIRONS, em compêndio clássico, reconhecia dois tipos de poderes constituídos, de divisão de competência, prefere dizer JELINEK: o Legislativo e o Executivo, sentenciando a seguir: “ces deux pouvoirs ainsi définis épuisent la série des fonctions possibles dans l'État”. Sabe-se como, já em seu tempo, esse entendimento era altamente discutido. ROUSSEAU, que recebeu o legado de HOBBS, como nenhum outro, adepto, igualmente, da indivisibilidade do poder, não encontrava razão para qualquer fragmentação dele. A Assembleia Nacional francesa de 1789 quis realizar, mais que uma separação

de funções, uma separação de poderes; “en créant”, sustenta DUGUIT, “trois entités représentatives investies chacune d’un des éléments de la souveraineté morcelée, établissait un système contraire au principe de la souveraineté une et indivisible” (o princípio foi aceito pela Constituição brasileira de 1824, art. 9º, que mencionava “a divisão e harmonia dos poderes políticos”, atenuado, a seguir, por nossas Constituições posteriores: a de 1891, art. 15, referindo-se a “poderes harmônicos e independentes entre si”; a de 1934, art. 3º, a “poderes independentes e coordenados entre si”; a de 1946, art. 7º, VII, b, a “independência e harmonia dos poderes”; e a de 1967-1969, art. 6º, a “poderes independentes e harmônicos”, refletindo a evolução da doutrina), o que vem de encontro à opinião daqueles que sustentam ter sido a presença rousseauiana, na Grande Revolução, menor do que a princípio se pensou, sequer propiciando ela a elaboração de declarações de direitos, devidas, principalmente, a LOCKE, através da iniludível experiência americana. Esse pensador político, impregnado de HOBBS, HOOKER e BUCHANAN, entre outros, esquematizara, antes de MONTESQUIEU, com inegável personalidade, a teoria da separação dos poderes, encontrando precedentes no *Instrument of Government* (1653), primeiro ensaio inglês de constituição escrita, e em algumas cidades medievais alemãs, como Estrasburgo.

Facilitar ao homem a proteção da lei foi a razão da doutrina lockeana sobre os poderes, assim concebidos: Legislativo, Executivo (que, como na construção montesquieuniana, abrangia o Judiciário), Federação e Prerrogativa. O terceiro é tido pelo filósofo como o que encerra “o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade”, e o quarto, como o “poder de agir de acordo com a discricção do bem público, sem a prescrição da lei e, muitas vezes, mesmo contra ela (ainda hoje, Presidentes americanos utilizam-no, na ausência de legislação sobre a matéria, não podendo vulnerar direitos individuais). Essa concepção, que antecipa o poder moderador, “direito livre” de KANTOROWIZ, e o regulamento autônomo, consistia mesmo em “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras”. A *Prerrogativa* era atribuída ao Executivo, para evitar as delongas do processo legislativo, armando-o de uma superfaculdade, uma vez que admitia LOCKE ser ele permanente, ao passo que o poder legiferante poderia não estar sempre reunido. Para nós, isso constitui um paradoxo, dentro da sistemática lockeana, uma vez que ela considera que o poder que dá as leis é necessariamente superior, havendo, apenas, “um poder supremo, que é o Legislativo, ao qual tudo o mais deve ficar subordinado”, alertando, por isso, LASKI, que “he announced the advent of the modern system of parliamentary government”. A doutrina chegou até a WILSON, para quem o Congresso era uma função predominante, na engrenagem política americana, e que entendia que “the most striking contrast in modern politics is not between presidential and monarchical governments, but between Congressional and Parliamentary governments”.

LOCKE era, na realidade, um defensor do Estado forte, enaltecendo o interesse comum e a autoridade civil, que “tem poder absoluto dentro da lei da natureza”, no dizer de C. B. MAC PHERSON.

A efetiva autonomia do Judiciário é produto da prática americana, que não tinha motivos, como a francesa, para pôr em suspeição os juizes, que foram instrumento dos reis absolutistas, e necessitava estabelecer um eficaz equipamento de controle. O medo da tirania fê-la, ao contrário, consagrar a independência da toga. “Na verdade, a idéia de um Judiciário, como ramo separado do governo, é relativamente moderna, pelo menos em teoria, embora se desenvolvesse na prática muito antes”, depõe FIELD.

A divisão dos poderes — “en quoi peut bien consister la séparation des pouvoirs si ce n'est pas une séparation des fonctions?”, indagava ARTHUR — foi, como exposto, uma técnica da burguesia, objetivando o dessoramento do Estado, em seu próprio benefício. CONDORCET referiu-se à volúpia de se criarem poderes para opô-los uns aos outros, numa formidável gangorra política.

CHERBULIEZ, reputado autor suíço novecentista, declarava que só aplicava a palavra *poder* ao conjunto “des moyens d'action qui sont confiés au gouvernement par l'association politique”, designando “les fractions du gouvernement qui en exercent les diverses fonctions sous les noms de corps législatifs, corps exécutifs, corps judiciaires”.

A Constituição dos Estados Unidos adotou a distribuição de competências, influenciada, diretamente, pelo “Plano de Virgínia”, elaborado por RANDOLPH, mas sensível, também, às grandes vertentes do pensamento político de seu tempo, mostrando a presença das idéias de COKE, MILTON, LOCKE, BOLINGBROKE, HARRIGTON e MONTESQUIEU, entre outros.

Muitos escritores não consideram exaustiva a separação de funções ou a interpretam sob novas luzes.

KANT estimava o Legislativo *irrepreensível*, o Executivo, *irresistível* e o Judiciário, *inapelável*. “Partidario de una democracia, proclama, no obstante, la potestad absoluta del Estado, frente al cual el individuo renunció a todos sus derechos desde que celebró el *pacto social*”, manifesta-se, a seu respeito, G. MELLO GUEVARA. É fácil perceber a influência de ROUSSEAU no pensamento político kantiano, o qual, por sua vez, ensejou o pan-estatismo que surgiu, posteriormente, na doutrina alemã.

HEGEL admite a separação de atribuições, mas de forma a não causar a desagregação do Estado, subordinando, ao Poder Real, o Legislativo e o Executivo, que compreendia o Judicial e o Policial, de maneira orgânica, de molde a manter a unidade do poder. EDUARDO VASQUEZ reparou que “la forma de Estado que HEGEL propugna no es la del absolutismo prusiano, sino una monarquía constitucional calcada sobre el modelo inglés”. A estrutura estatal germânica marcou-o profundamente, mas não pode ele olvidar o modelo britânico. Na teoria hegeliana, a Câmara

dos Pares, integrada pelos grandes proprietários, legisladores hereditários, era o supremo instrumento da ação política. Todavia, GALVANO DELLA VOLPE, que apontou o fato de ser o discípulo de SCHELLING um conservador, acrescenta: “llegamos a la idealización del tipo de Estado definido como de la época de la Restauración, y no a la del tipo representado por la monarquía constitucional inglesa de entonces”.

Entende PAULO BONAVIDES que HEGEL “reelaborou as bases do princípio da separação dos poderes, fundou-o nas idéias organicistas de interdependência”, dando, por último, ao poder “a base ética necessária que o liberalismo extremado do século XVIII lhe solapara”.

SABATINI, aceitando a distinção tradicional de funções (que HANS KELSEN rotula de *ordinárias*, para distingui-las das *extraordinárias*, como a guerra), subdivide o Poder de Justiça em função jurisdicional e função judiciária, incumbindo a essa a execução penal ou cível.

JORGE SALOMÃO distingue-as bem: “a primeira se reserva às hipóteses de exercício da verdadeira e própria jurisdição. A segunda seria a denominação genérica das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário, se forem ou não jurisdicionais”.

Para RENARD, o poder se divide em jurídico e político, e esse em Executivo, Legislativo e Eleitoral; para HAURIUO, em Executivo, Deliberativo (é, também, a terminologia de DUBOIS-RICHARD, em *Le Regime Directorial*, pág. 13, Sirey, 1957) e de Sufrágio. BURDEAU separa a função governamental da função administrativa (anunciada, como quarto compartimento, por RODEE, ANDERSON e CHRISTOL) e LOEWENSTEIN, a *policy determination* da *policy execution* e da *policy control*. GROPPALI aceita quatro poderes (o Chefe do Estado, o Governo, o Parlamento e a Magistratura), como BORTOLOTO (o Político seria o quarto) e como (anteriormente) BENJAMIN CONSTANT. A quarta função foi concebida, outrossim, por PLATÃO (apud GEORGES DAVID), BOLÍVAR (Poder Moral), ALBERTO TORRES (Coordenador, que, na República, foi o Senado, conforme a Constituição de 1934 e, com a restauração do parlamentarismo, pela Emenda nº 4 à Constituição de 1946) e ALFREDO VALADÃO (Ministério Público). A Constituição de Weimar, teoricamente, aceitava uma bipartição de poderes.

HOPFNER (como o havia feito SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA) distinguia cinco poderes, e também PALMA, referindo-se ao eleitoral, ao representativo (Câmara), ao moderador (Senado), ao ministerial (governo, administração) e judiciário (que dá unidade à ação dos outros poderes), e WILLOUGHBY, que acrescenta aos poderes clássicos o eleitoral e o administrativo; GONNER, como BENTHAM (sobre as pessoas, sobre as coisas, sobre as coisas públicas, sobre os indivíduos, sobre as pessoas tomadas como classe, de especificação e atrativo) prega sete funções, concordando na autonomia de um poder de polícia. O ilustre FERNANDO NOBRE, que seguia o roteiro de SAINT-GIRONS, sobre a unidade do poder e a separação de competências, arrolava, além das três tradicionais,

o poder pecuniário, o militar, o publicitário e o universitário, acrescentando SAUVY, aos setores clássicos, o poder de ensinar e o poder de informar. ROMAGNOSI propunha oito poderes (determinante, operante, moderatore, postulante, sindicante, costringente, certificante, predominante) e SOUZA LOBO, nove: o opinativo, o senatorial, o judiciário, o ministério público, o de segurança nacional, o educativo, o provedor, o tributivo e o fiscal.

O Fascismo considerava uma quarta função do Estado, a corporativa, como a doutrina da Escola Superior de Guerra acolhe o poder partidário.

DILLON sustenta que "in recent American history the creation of the independent regulatory Comissions also represents a modification of the separation of powers". O mesmo dizem publicistas da Polónia sobre seu Conselho de Estado.

A Constituição da China (1928) apresentava um sistema de cinco poderes (além dos clássicos, o de exame e o de controle) e a Constituição da Colômbia, praticamente, mostra uma divisão quadripartida (como a francesa de 1791, admitia, também, um poder administrativo), afirmando JORGE GNECO MOZO que ela acolhe o controle, exercido, de um lado, pela Controloria Geral e, do outro, pelo Ministério Público, que "constituyen la rama del Control".

Digressiona SAINT-GIRONS que, além "des trois pouvoirs ordinaires beaucoup admettent un pouvoir électoral, un pouvoir conservateur, un pouvoir militaire, un pouvoir national, un pouvoir provincial, un pouvoir communal".

Hoje fala-se, também, de poder econômico e da opinião pública, como um poder. O primeiro, já previsto nas classificações de FERNANDO NOBRE e SOUZA LOBO, ganhou, modernamente, projeção ainda maior com o desenvolvimento do direito econômico, um *tertium genus*, na árvore jurídica, cuja bipartição é meramente didática (não só pelo caráter público do direito, que é uno, afirmando GARCIA MÁYNEZ não ter fundamento científico a divisão do direito), como porque "existen ramas del mundo jurídico especialmente caracterizadas por tensión entre el derecho público y el derecho privado", como frisa M. A. CIURO CALDANI em estudo publicado, em *La Ley*, nº 224), e, na verdade, havia sido determinado por MARX, como um poder infra-estrutural.

FRANCISCO SÁ FILHO pondera, muito bem, que "as forças econômicas devem manter-se efetivamente sujeitas à autoridade pública, em tudo que for da competência dessa, cabendo ao Estado orientá-las para o serviço do bem comum".

Entendemos que apenas deve-se aceitar o poder econômico, como um poder tributário voltado às necessidades coletivas e não como função autônoma da Administração, como pretende MAURICE BYÉ, em sua comunicação *Vers un Quatrième Pouvoir?*

A opinião pública, fundamento do governo representativo, que sem ela não pode manter-se (COSSIO), e, por conseguinte, do poder representativo e da democracia, como setor de competência do Estado, foi assinalada por ROMAGNOSI (poder dominante) por FERNANDO NOBRE e por SOUZA LOBO. Enquanto a opinião da multidão se plasma entre indivíduos unidos por vínculos de contigüidade física, a opinião pública se forma da multidão dispersa, graças às influências recíprocas dos espíritos, numa dimensão axiológica, e à atuação de líderes, caracterizando um modo de ser, sendo, em decorrência, “o conjunto das influências dominantes, expresso pela consciência solidária e geral de um grupo humano, mais ou menos extenso”, no dizer de BAKUNIN, tornando-se “um parecer sobre o que é conveniente fazer, particularmente no que respeita aos negócios públicos” e ingressando na teoria política, com a Revolução Francesa. Não se pode asseverar, todavia, que ela já se tenha tornado uma função estatal autônoma, mesmo se a aproximarmos da atividade eleitoral, enfocada por PALMA, SAINT-GIRONS, RENARD e HAURIU.

A atividade universitária e educativa (FERNANDO NOBRE e SOUZA LOBO) não é ainda, igualmente, uma *divisão* de competência, apesar do relevante papel dos estudantes de teologia, na revolução iraniana (onde se manifestou, ainda, um poder religioso), da rebelião estudantil, na França e na Alemanha, estimulada pela obra de MARCUSE, através dos líderes COHN-BENDIT e RUDY DUTCHKE, respectivamente, e a que ocorreu, na Venezuela e em Cuba, contra os governos de Perez Gimenez e Fulgêncio Batista.

Entre nós, heróica foi a participação de universitários na Revolução Constitucionalista, de 1932, e contra o Estado Novo. Constatou, muito bem, NELSON SAMPAIO: “Mais organizados do que os de ontem, os estudantes de hoje exercem ponderável influência na opinião pública.”

Esboça-se, entre nós, um poder de segurança (SOUZA LOBO) em virtude da gestação de um direito de segurança nacional, de tonalidade constitucional-penal, que não é, ainda, ramo específico do direito público. O conceito de segurança nacional, que deve ser extraído do texto constitucional, onde está difuso e indefinido, é o mais importante da Constituição, vinculando-se ao de desenvolvimento e de estratégia, sendo por ela responsável qualquer pessoa natural ou jurídica (art. 86 da CF).

A formulação e execução de sua política é feita pelo Conselho de Segurança Nacional, órgão de mais alto nível do Presidente da República, no assunto, e que tem a ampla competência do art. 87 da Constituição.

Sendo as Forças Armadas essenciais à política de segurança nacional, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Poder Executivo, não constituem, juridicamente, elas um poder militar, como desdobramento do poder político (com exceção, talvez, de no Panamá, cuja Constituição, art. 2º, mencionando

a distribuição de funções aos órgãos, arremata: “los cuales actúan en armónica colaboración entre si con la Fuerza Pública”), o que só acontecer em regimes totalitários, onde elas se tornam, a bem dizer, partido político, como queria CROMWELL. Todavia, o binômio soldado-cidadão, pregado pelo Positivismo, não pode ser olvidado.

Em vigoroso Estado de partidos (*Parteeinstaat*), em que os partidos políticos são reconhecidos, na legislação, como instrumento da ação governamental, talvez se pudesse reconhecer um poder partidário, indistarcável, contudo, na União Soviética, em outros países comunistas, na Alemanha nazista e na Itália fascista. Vejam-se, a propósito, as Constituições da China (art. 2º), da Bulgária (arts. 1º e 2º) e de Angola (art. 2º).

Defendendo interesses indisponíveis, zelando pela defesa social, o Ministério Público é órgão crítico dos poderes constituídos, na salvaguarda da ordem pública. ALFREDO VALADÃO, considerando a sua importância no Estado contemporâneo, proclamou que, “se MONTESQUIEU tivesse escrito hoje o *Do Espírito das Leis*, por certo não seria triplice, mas quádrupla, a divisão dos poderes”. Realmente, o *parquet* tende, e somos favoráveis a isso, a se tornar função do poder do Estado, como, outrossim, já o havia percebido SOUZA LOBO, necessário para a defesa dos direitos impostergáveis da coletividade. Na União Soviética (artigos 164-168 da Constituição), a *Prokuratoura* chega a ser órgão da soberania, com relevantes funções, destinando-se a “assegurar uma aplicação uniforme da lei”. De modo geral, ele, ainda, é apêndice do Executivo, atuando junto ao Judiciário, apesar de, equivocadamente, a Constituição brasileira de 1967, em seu texto original, tê-lo colocado no capítulo dedicado a esse último poder. Também o *Ombudsman*, criado pela Constituição sueca, para fiscalizar a administração, embora comissário parlamentar (“receives complaints from aggrieved persons and thus has as its basic purpose the protection of the human rights of the citizen”, lembra BERNARD FRANK), pode, da mesma forma, vir a constituir departamento do poder. Adotado por grande número de países, nossa Constituição (art. 45) permite sua recepção.

A dinâmica peculiar do Estado, acompanhando a evolução sócio-política e ampliando a sua estrutura e campo de ação, pode reconhecer a existência de outros setores do poder, dos quais os ministérios podem ser a semente, como tem reconhecido a presença de novos ramos do direito. A enumeração de MONTESQUIEU não tem, pois, caráter taxativo, mas exemplificativo, mesmo porque a divisão *qualitativa* dos poderes que perfilhou não era pura, ensejando o sistema de “checks and balances”, onde as funções têm indefectível natureza híbrida, sistema que persistiria numa poli, penta, ou hexa repartição de funções.

“O direito constitucional soviético desde logo se filiou a uma chamada teoria da *dimensão dos poderes* — ver SÉRTOLI, *Costituzione Russa*, pág. 392, edição de 1928 —, em que a separação será *quantitativa* e, afinal, absorvida em todos os órgãos, embora um deles, fatalmente, acabe, de fato, e inevitavelmente, obtendo a supremacia”, escreve

ALCINO PINTO FALCÃO, manifestando juízo expresso, igualmente, por VIRGILIO FEROCI: "Nela Costituzione della Russia attuale, alla teoria della separazione dei poteri si contrappone quella che i giuristi russi chiamano *della dimensione dei poteri*, o repartizione quantitativa dell' esercizio di tutti i poteri, la serie dei consigli popolari (soviet) gerarchicamente sovraposti."

A divisão qualitativa dos poderes é eminentemente material e a quantitativa, formal, mas ambas admitem em grau menor ou maior a interpenetração de funções, que de resto existiu sempre, bastando lembrar, por exemplo, que, no Brasil-Colônia, os governadores presidiam as Relações, juizes integravam as Câmaras Municipais e, já no Império, os magistrados podiam ser membros do Legislativo. "Em New York, os membros do Senado estadual sentavam-se com os juizes no mais alto tribunal de apelação", depõe GRANT GILMORE.

A divisão ortodoxa dos poderes não tem mais defensores. A colaboração entre eles, mais íntima no parlamentarismo, prepondera, mas não se pode excluir o princípio de confusão de poderes, atuante no sistema convencional ou de assembléia.

Igualmente, a tese da unidade do poder é irrefutável, sendo poucos os que, como MARTINHO GARCEZ NETO, declaram: "não há um só poder, mas muitos poderes, não só em razão de seu conteúdo específico, de sua natureza intrínseca, como também pelo que concerne aos seus titulares e à maneira pela qual eles o exercem".

Não se deve, entretanto, criar artificialmente função nova no poder, sem que venha de uma exigência histórica e cultural, o que não ocorreu com o Poder Moderador, entre nós. Inspirado por LOCKE (o "poder real formou-se conforme o modelo da prerrogativa inglesa", assentou JELLINEK) e pela experiência britânica (tendo mesmo estudado em Oxford e Edimburgo) e, mais diretamente, pelo Conde de CLERMONT-TONNERRE (via, no poder monárquico, "dois poderes distintos", o *executivo*, "investido de prerrogativas positivas", e o *real*, "sustentado por lembranças e tradições religiosas", rememorando-se, também, que o Conde de SAINT-SIMON fala de um "terceiro poder que podemos chamar Poder Regulador ou Moderador"), BENJAMIN CONSTANT, que, "escrivendo a sua teoria constitucional, tinha os olhos fixos na Inglaterra", pensador elitista e admirador da nobreza, admitindo, ao lado da Câmara eletiva, uma hereditária (*pairia*), elaborou sua construção doutrinária que acolhia, juntamente com os poderes tradicionais, o poder real ou neutro, que deveria ser "le Pouvoir Judiciaire des autres pouvoirs", mas, na verdade, era um resquício do absolutismo, tentando conciliar, com inequívoca destinação política, o direito divino dos reis com as tendências liberais. Nossa Carta de 1824 consagrou-o, e o Brasil foi, ao que tudo indica, o único Estado a praticá-lo, apesar de o haverem acolhido, igualmente, as Constituições da França (1791), de Cadis (1812), de Costa Rica (1825), de Portugal (1826, art. 71) e, tacitamente, a da França, de 1814 (l'autorité tout entière réside en France dans la personne du Roi), influenciada pelo modelo inglês e preparada por

Luís XVIII e uma comissão. O projeto da Constituição espanhola de 1873 também o adotava.

O Poder Moderador, “argos político que com cem olhos tudo vigia”, não era, como na obra de CONSTANT (e na de ROMAGNOSI), um poder neutro e de equilíbrio, mas ostensivamente atuante e apaixonado, tendo sido considerado por FREI CANECA “a chave mestra da opressão da Nação brasileira”.

Embora fosse ele, na expressão de BRAZ FLORENTINO, “a mais alta expressão da soberania nacional” e, na de PIMENTA BUENO, “a mais elevada força social; o órgão político mais ativo, a mais influente de todas as instituições fundamentais da nação”, exercendo, na lição de Visconde do Uruguai, “a suprema inspeção sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”, não possuía raízes culturais em nosso meio, tendo sido mais uma instituição transplantada.

A sua função de “chave de toda a organização política”, moderando os demais poderes, poderia ter sido exercida por qualquer um desses (tanto que MONTESQUIEU a confiava a uma câmara aristocrática e hereditária), como ocorre atualmente, sem que, efetivamente, fosse uma ramificação necessária do poder, sendo, pelo contrário, intolerável concessão aos reis que, apenas, suportavam as constituições, num mundo definitivamente transformado pela Revolução Francesa.

### III — Poder e representação

Já observamos que o poder público é poder representativo, por sua própria natureza (“le pouvoir, dans tout regime, ne peut être que *représentatif*”, reforça MAURICE BYÉ), independentemente mesmo do fato de que um de seus compartimentos, o Judiciário, não seja, na maioria dos países, eleito, em certos Estados americanos, em cantões da Suíça, na União Soviética, e em seus satélites. “Tous les juges de Louisiana, sans exception, sont maintenant élus. Le président de la Cour Suprême et ses collègues sont élus dans le cadre d’un district de l’État”, exemplifica MACK BARHAM, sendo certo que esses ministros são membros do Partido Democrata.

Todavia, num sentido restrito, o poder representativo se identifica com a função legislativa (que, na verdade, exerce, também, outras funções), desde os primórdios dessa, ponderando ALBERICO FRAGA, que se verifica “a existência de corpos deliberantes nas mais rudimentares organizações sociais”. Por outro lado, FISCHBACH frisou que a idéia representativa “já existia nos Estados antigos e seguiu seu curso e desenvolvimento, durante a Idade Média, na Inglaterra e, sobretudo, na França”. As Cortes lusas eram, como se sabe, órgãos de consulta e deliberação.

ALDAMA vê, no ato real de Luís XVI, de 27 de setembro de 1788, convocando os Estados gerais e eleitores, o começo do sistema repre-

sentativo, "merced el reconocimiento de los derechos del hombre". GIUSEPPE FERRI, citado por GENÉSIO DE ALMEIDA MOURA, que pleiteia, para as cidades medievais italianas, o pioneirismo da experiência da representação proporcional, menciona o caso do *Maggior Consiglio*, de Veneza. Na verdade, esse último sistema deve sua paternidade ao Duque de Richmond, que o propôs à Câmara dos Comuns em 1780, defendendo-o Lord Grey, em 1836, não se devendo esquecer as iniciativas do matemático GERGONNE (1820) e de VICTOR CONSIDÉRANT (1846). Como historia PEDRO CALMON, ao Duque de Richmond se deve "o uso dos termos atuais: proporcionalidade, quociente".

A Dinamarca, em 1855, ao que se diz, foi o primeiro Estado que adotou o critério, acolhido pela Holanda, em 1917, mas é indubitável que a Constituição da Noruega (1814), ainda em vigor, em seu artigo 59, já o havia abrigado. COMBOTHECRA, entretantes, destaca: "Berceau du principe de la représentation proportionnelle, Genève, en donnant la formule de l'application".

Não se confundem *representação e eleição*, como adverte ERRERA, eminente professor belga, pois há situações, tanto no direito privado, como no direito público, que separam, nitidamente, os dois conceitos. Assim, o caso do tutor (ou do curador), que representa o tutelado e por ele não é eleito, e os Presidentes que, apesar de eleitos por Parlamientos, também, não os representam. Alguns autores consideram que o antigo Conselho Municipal do Distrito Federal, extinto pela Revolução de 1930, embora eleito, não possuía função representativa.

É a eleição, substancialmente, um processo de seleção de valores, malgrado, na prática, não cumpra sua destinação política.

É polêmica a questão da aceitação ou não do princípio da representação proporcional, inclusive no que concerne suas relações com os partidos políticos, que objetivam a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do regime representativo.

JEAN CHARLOT comprova que a representação proporcional provoca um sistema de partidos múltiplos, rígidos e independentes uns dos outros; que o escrutínio majoritário de dois turnos tende para um sistema de partidos múltiplos, flexíveis e dependentes, uns dos outros, e que o majoritário de um turno inclina-se ao dualismo partidário, confirmando serem essas situações legítimas leis da Ciência Política. É através da ação partidária que podemos preservar a liberdade, pois ela "is not a state of nature, but an artifact of civilization", como nota HAYECK.

É mister evitar as duas dificuldades, assinaladas por STUART MILL, com pertinência à representação: "primeira, ignorância geral e incapacidade, ou, para falar mais moderadamente, aptidões mentais insuficientes, no grupo controlador; segunda, o perigo de ficar sob a influência de interesses que não se identifiquem com o bem-estar geral da comunidade".

É importante a experiência americana, onde só Nebraska adotou o regime unicameral (ao contrário do que ocorre no Canadá, onde, unicamente, Quebec utiliza o bicameral), abandonando-se, nas unidades federativas, quase sem exceção, relata GEORGE BEMIS, "o critério da representação rigorosamente proporcional à população, nas suas Assembléias Legislativas", restringindo-se a representação, "numa das duas Câmaras, de maneira a assegurar número maior de representantes às zonas rurais e à agricultura e uma representação menor aos centros metropolitanos e aos trabalhadores na indústria".

Existem vários sistemas de representação proporcional (advém seu nome do fato de as cadeiras serem distribuídas, proporcionalmente aos votos dados), que devem ser referidos: o *voto limitado*, o *colégio único*, o *voto cumulativo*, o *voto transfertível*, o *voto graduado* e o *voto de simples pluralidade*.

O voto limitado foi sugerido por CRAIK, em 1836, na Inglaterra, e passou a ser utilizado, na Pensilvânia, em 1839. Foi aventado o seu uso na Austrália, em 1858, e a monarquia brasileira consagrou-o (assim, como a Argentina, pela reforma Saez Peña, de 1912), na Lei do Terço (1875), merecendo os aplausos de JOSÉ DE ALENCAR, que propugnava, também, pela eleição indireta, reservando e garantindo, à oposição, a terça parte dos representantes.

O colégio único, para todo o país, imaginado por SAINT-JUST e retomado por ÉMILE DE GIRARDIN, consiste em "liste comprénant autant de noms que de députés à élire", nas palavras de SAINT-GIRONS.

O voto cumulativo, proposto por GARTH MARSHALL, em 1853, é aquele em que o eleitor vota tantas vezes quantos são os representantes a eleger, distribuindo livremente seus votos. Permitem-no a Lei nº 5.781/72, na eleição dos diretórios, durante as convenções partidárias (como o acolhia a legislação de Illinois) e a Emenda nº 8, na eleição indireta para governadores e vice-governadores. Ao eleitor suíço é facultado sufragar duas vezes o seu candidato (RODÉE, ANDERSON e CHRISTOL).

O voto transferível teve dupla finalidade, conforme ASSIS BRASIL: "dar representação proporcional a todas as opiniões e garantir a cada uma delas os sufrágios de seus sequazes, e é por isso que se transfere sucessivamente para outros nomes da mesma lista o voto que não aproveitou ao anteriormente inscrito nela". Tal espécie de voto fora aventado, ao mesmo tempo, na Inglaterra, por HARE, com grande repercussão, e, na Dinamarca, por ANDROE.

STUART MILL, foi o primeiro grande entusiasta da obra do primeiro, cujos processos foram simplificados por HENRY FAWCETT, sem atentar para suas deficiências.

HAGENBACH inventou um método pelo qual o eleitor sufraga por listas, obtendo-se o quociente da mesma forma que no critério de HARE, dividindo-se, em seguida, a soma global dos votos de cada lista pelo quociente, apurando-se o número de representantes eleitos. Sistema de eleição por listas é, também, o de THIELE.

COMBES DE LESTRADE, baseando-se em BESSON, estuda o voto graduado que consiste em "la valeur inégale des suffrages par une progression arithmétique".

Nesse, como em outros métodos, a uma complexidade política junta-se uma complexidade matemática não menos árdua.

O voto de simples pluralidade, defendido por GIRARDIN, sob a Segunda República, é aquele em que, havendo pluralidade de candidatos a eleger, não se inscreve mais que um nome em cada cédula.

O sistema do civilista e matemático belga D'HONDT, conhecido por sistema de divisor comum ou número repartidor, até o advento do sistema badense, tendo sido retomado pela Constituição de Bonn, é aceito pela Constituição da República Portuguesa (art. 155, I): "Os Deputados são eleitos segundo o sistema da representação proporcional e método da média mais alta de D'HONDT".

O sistema do publicista tcheco SLADOWSKI era, por sua vez, bastante original pela maneira com que protegia as minorias.

Tentando conciliar a representação proporcional com o voto para determinada pessoa, surgiu a prática denominada "panachage", assim examinada por MARCEL WALINE: "L'électeur vote pour une liste (un parti), mais il peut rayer certains noms et les remplacer par ceux des candidats de son choix pris sur une autre liste, dans un autre parti."

Instituto da representação proporcional é, outrossim, o das "listas bloqueadas", que se caracteriza no comentário de PASCOAL ARRIGHI, por permitir "aux seuls candidats choisis comme "têtes de liste" par les organismes directeurs des partis d'être élus". É claro que, para o candidato, a designação da cúpula partidária é mais importante que a eleição em si mesma, uma vez que o eleitor não pode modificar a lista.

GRASSER chama de "representação proporcional personalizada" o sistema em que o eleitor dispõe, concomitantemente, de dois votos. "Mediante uno puede elegir entre los candidatos, proclamados en su distrito, que es siempre unipersonal. El segundo voto puede darlo a una lista nacional, en que se aplica el principio de la representación proporcional", depõe GIL ROBLES.

A representação política (a econômica fracassou completamente), que exige, lembra VON MOHL, o consentimento dos representados, quer pelo princípio majoritário, quer pelo princípio racional da distribuição dos sufrágios pelos diversos partidos, faculta a representação das diversas correntes partidárias capazes de influir na opinião pública. O princípio da proporcionalidade, que se consubstancia na operação aritmética destinada a achar o *quociente eleitoral* e o *quociente partidário*, favorece a instituição de extremismos, como na Itália fascista e na Alemanha nazista.

ODILON C. ANDRADE postulava, por essa razão, a volta ao sistema majoritário puro e simples. Também não vemos no princípio da propor-

clonalidade a segurança necessária para a plena participação das energias políticas, na organização estatal.

“Expurgado de algumas deficiências”, escrevemos, “parece-nos que o sistema majoritário, relativo ou absoluto (ballotage), como quer ESMEIN, ainda é o melhor, pelo menos enquanto a representação proporcional não atingir suas verdadeiras finalidades, que são as de encarnar, autêntica e legitimamente, as reais correntes da opinião, embasadas em princípios ideológico-partidários”, valendo notar que esse critério pode ser *uninominal* (quando só há um cargo a ser preenchido) e, *plurinominal* (na hipótese de ser necessário eleger várias pessoas), bem como de *um ou de dois turnos*, na circunstância de se atentar, apenas, para o número de votos obtidos, por um dos candidatos, sem levar em conta a superior soma das votações dos outros, ou na de ser exigida a maioria absoluta, para a eleição em primeiro escrutínio, e relativa, no segundo.

Nossa legislação eleitoral, além de aplicá-lo nas eleições para o Poder Executivo, nas diversas órbitas da federação, para Senadores e respectivos suplentes (somos, aliás, contrários à eleição obrigatória das suplências vinculadas, por constituir ela uma violência ao direito de livre escolha), para Deputado Federal, nos Territórios, e para Juizes de Paz, considera-o supletivo na eleição para a Câmara dos Deputados, para as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais. Doutrina SAMPAIO DÓRIA: “onde a proporção não possa ser estabelecida, o recurso é aplicação do princípio majoritário”.

MACDONALD invectiva a proporcionalidade, pelas maquinações que enseja (como poderia referir-se ao excessivo número de partidos que possibilita: 30 na República de Weimar), defendendo-a KELSEN, e GILBERTO AMADO a prega ardentemente.

Nossa posição, contudo, coincide com a de HERMES LIMA: “não direi que a única solução possível seja a adoção pura e simples do princípio majoritário, embora a repute melhor para o nosso caso”.

HENRIQUE ORCIUOLI, convém recordar, tentou resolver o problema da representação pelo coeficiente econômico, estipulando, assim, o número de representantes para cada unidade federativa, antecipando-se assim ao chamado “federalismo hegemônico”.

Temos eleição, mas não possuímos representação, pelo fato de essa última não refletir, efetivamente, a consciência política do povo, pela fragilidade do binômio votante-votado, num meio inculto e despreparado para o necessário diálogo entre o cidadão e o candidato, que combata as oligarquias, mas que estimule a criação de classes dirigentes, devidamente preparadas, no povo politizado. “Educar é governar” já observara o prodigioso RODOLFO RIVAROLA.

Instrumento da liberdade, o voto era considerado pela Escola de Direito Natural prerrogativa inata, inerente aos indivíduos, realçando MARTINEZ VÁSQUES que ela “muestra que el sufragio es vehículo de una inclinación natural comunitaria”. A escola política via nele um direito compensador dos deveres do cidadão e, embora os direitos políticos,

que permitem votar, ser votado e exercer cargos públicos, importante categoria de direitos públicos subjetivos, nada tenham a haver com obrigações impostas pelo Estado, a teoria foi exposta com repercussão pelo abalizado PALMA.

A razão está, entretanto, com ORLANDO, ponto culminante da escola histórica que, atendendo ser o voto um amadurecer conscienciológico, vê nele uma conseqüência da evolução político-histórica.

Essa posição não impede, todavia, que vejamos no voto, como DUGUIT, um direito e uma função (direito e dever considera-o a Igreja). É a orientação da Constituição da Venezuela (art. 110).

“No Direito Eleitoral brasileiro tem o voto dupla característica, figurando como função social, reconhecível através da obrigatoriedade, e, ainda, como um direito subjetivo dos indivíduos maiores de 18 anos que não incidem nas proibições legais”, concorda FÁVILA RIBEIRO.

COTTERET e EMERI, entretantes, pensam de forma diversa: “el electorado no es un derecho, es una función”.

O sufrágio universal, vinculado a concepções naturalistas, nunca pode ser executado, em seu absoluto sentido, limitando-se a garantir o direito do voto a todos os capazes para tanto.

Uma concepção extremada de sufrágio universal poderia criar situações críticas, surgindo três sistemas para moderá-lo: o da *eleição indireta*, o do *voto plural* e o do *voto múltiplo*.

Sobre a primeira já se argumentou que, se o eleitor não tem condições de escolher os dirigentes, também não as tem de escolher os eleitores secundários. Contudo, reconhecemos a excelência da votação indireta em países politizados e não vemos qualquer atrito dela com a forma democrática de governo. Nos Estados Unidos, os eleitores de segundo grau, que escolhem o Presidente da República, cumprem, a bem dizer, um mandato imperativo dos de primeiro grau.

O voto plural, que contraria o voto singular (*one man, one vote*), permite a determinada categoria de cidadãos beneficiados pela instrução (sufrágio capacitário), pela riqueza (sufrágio censitário) e pela posição social, um certo número de votos suplementares. Foi instituído na Bélgica em 1893 e abolido em 1919, como, na Inglaterra, o havia sido, em 1918, e não se confunde com o voto múltiplo, embora sejam ambos sufrágios privilegiados porque, no segundo, se permite ao eleitor votar em diversas circunscrições, desde que nelas possua propriedades, restabelecendo liame patrimonial entre o cidadão e o sufrágio, que é um direito, enquanto o voto é, especificamente, um ato que pode ser classificado quanto à *extensão* (universal e restrito), *qualidade* (igual e desigual), *modo* (secreto e a descoberto) e *forma* (escrito e oral). Pretendeu-se, no caso do voto múltiplo, criar analogia entre a sociedade política e as sociedades comerciais, nas quais o acionista tantas vezes vota, quantas ações representa.

“O voto plural pode atender à instrução, favorecendo a uma elite intelectual, contrariamente ao voto múltiplo, sendo, por isso, este ainda mais condenável”, faz ver MARNOCO E SOUZA. Tais espécies de votos são gritantemente antidemocráticas, sobretudo se fundados “en la fortuna del elector”, como aponta ALCIBÍADES ROLDAN, porque rompem a igualdade política e mesmo civil.

Por entender que o povo brasileiro não estava preparado para o sufrágio universal, OLIVEIRA VIANA propôs, em lugar dele, o voto qualificado e o voto corporativo-sindical, não encontrando maior repercussão.

“The development of lower chambers has coincided with the development of popular representation”, o que se deu, a partir do século XIX, com a legislação eleitoral que, então, surgiu.

Entretanto, como já afirmado, órgãos legislativos existiram já em remotas épocas. A timocrática e empresarial Cartago possuía uma Grande Assembléia, da qual dependia o Conselho dos Anciãos, integrado por cem membros. Mas é na antiguidade clássica que se podem colher valiosos exemplos. Em Atenas, ao lado da *Ecclesia* (assembléia popular, máximo órgão político, onde cidadãos maiores de 21 anos elegiam ou sorteavam dignitários, discutiam as leis a serem votadas, coroados de mirto, recebendo a palavra que lhes era oferecida pelo arauto e manifestando sua vontade com a mão levantada, “cheirotonia”, ao contrário de Esparta, onde se votava oralmente), havia o prestigioso Conselho dos Quinhentos (BOULÉ) — depois dos seiscentos — (seu número que era quatrocentos, com idade mínima de 30 anos, fora aumentado pela reforma de Clístenes, avô de Péricles, que sucedeu as de Solon e Dracon e que dividiu o povo em dez tribos, em vez de quatro, instituindo, ainda, o ostracismo, votado secretamente, por dez anos), sem cujo *placet* os projetos legislativos não iam à deliberação geral e cujos membros eram sorteados, anualmente, pela *Ecclesia*, que se reuniu na ágora e, posteriormente, em lugar especial.

Em Esparta, as propostas eram apresentadas à *Apella* (assembléia geral), após terem sido examinadas pela *Gerusia* (Conselho dos Anciãos), composta por vinte e oito senadores. A iniciativa cabia a qualquer dos dois reis, uma vez que havia uma diarquia (que existe na República de San Marino), ou aos éforos, magistrados que a *Apella* elegia anualmente e que exerciam um poder de inspeção. Só aos trinta anos poderia o cidadão exercer o voto.

Em Roma, o concorrer a eleição exigia do candidato inscrever-se na *professio*, perante o magistrado competente, que devia examinar sua inscrição e afixar a lista dos concorrentes 24 dias antes da votação. A legislatura cabia aos comícios ou aos decênviros. A *auctoritas* era reconhecida ao Senado, composto de cem e, depois, de trezentos membros, como o de Cartago, e que tinha, como principal função o *senatus consultus* (deliberação a respeito de problemas submetidos por magistrados, depois ressuscitado no período napoleônico e pelo senado conservador do Segundo Império), manifestando seus integrantes a vontade, nas decisões, trocando de lugar. Era o Senado Romano, órgão de complexas

atividades político-judiciárias, como o Sinédrio judeu, notando-se, em certa fase da evolução de Roma, dois poderes particulares: censura e ditadura.

Desde cedo foi-se firmando o bicameralismo (cujas vantagens sobre o unicameralismo, que pode estimular uma ditadura de Assembléia, e existente apenas em países como Costa Rica, Paraguai, Nicarágua, Honduras, Malta, Nova Zelândia, entre poucos mais, hoje não mais se discute), recebendo grande impulso quando, em 1265, Simon de Montfort, cunhado e adversário de Henrique III, convocou um parlamento com representantes dos burgos e das comunidades (comuns).

ROSAH RUSSOMANO lembra que a assembléia única, instituída pela convenção, demonstra, cristalina, o perigo do despotismo unicameral.

Não há, rigorosamente, exemplos de tricameralismo, embora seja ele, teoricamente, possível, apesar dos Estados Gerais (clero, nobreza e povo), porque esses, na realidade, eram órgãos mais consultivos do que legislativos. LASKI considera a Suprema Corte dos Estados Unidos uma 3ª Câmara, como a considera MUNRO, o Presidente da República, com seu poder de veto.

Na balança das funções do Estado, periodicamente, cada uma delas se destaca, não mantendo permanente hegemonia sobre as demais, porque tende a manter o equilíbrio geral necessário à sua própria estabilidade, sob pena de provocar, por sua estática, uma entropia social. Atravessamos uma fase de prestígio do Executivo, de sorte que são teóricas disposições, como as do artigo 30 da Constituição Soviética, que atribui ao Soviete Supremo a supremacia no regime, e 71 da Constituição da Suíça, que diz ser a Assembléia Federal a autoridade suprema da Confederação. O Congresso americano (longe estamos do "governo congressional", de que falava WILSON) e o Parlamento britânico (foi curioso, em sua evolução, a participação dos "rotton boroughs", distritos em que a representação não refletia a população, tendo havido burgos com sete ou quatorze votantes, que possuíam 2 membros no Parlamento enquanto grandes cidades não possuíam um sequer) perderam hoje muito de sua força, de seu prestígio e de sua respeitabilidade.

Até o século XIX, a Câmara Alta projetou-se mais que a Câmara Baixa, por seu conteúdo aristocrático, que se prolongou, ainda, algum tempo com o pariato, o qual, pela Constituição francesa de 1830, só poderia ser formado pelas notabilidades por ela arroladas.

Foi a Constituição dos Estados Unidos que implantou o federalismo, o marco histórico de sua democratização, criando um Senado realmente representativo, cujo processo de eleição modificou-se com o tempo, pois, inicialmente, os Senadores, 2 de cada Estado, eram eleitos por 6 anos pela respectiva legislatura, o que inspirou, como se sabe, o modelo argentino, até que a Emenda XVII deliberou que eles deveriam ser designados pelo povo em sufrágio direto. Se ocorresse alguma vaga, durante o "recess of legislature" do Estado representado pelo senador, o Exe-

cutivo poderia indicar um substituto até que a legislatura deliberasse a respeito do preenchimento definitivo da cadeira. O mandato do deputado é por 2 anos.

Na Inglaterra, a Câmara dos Lordes, originária da *Witanagemot* germânica, chegou a ser abolida no governo republicano de Cromwell, que consagrou o unicameralismo e, através do "Instrument of Government", primeiro ensaio de Constituição escrita, a separação de funções e o princípio da supremacia da Lei Básica. Esse numeroso colegiado (com cerca de 800 integrantes), um dos maiores existentes, acumulando a função de tribunal supremo do Reino Unido, composto por membros hereditários e outros nomeados vitaliciamente (os pares escoceses e irlandeses, todavia, em outras épocas, eram eleitos), havendo representação da Inglaterra, Escócia e Irlanda do Norte, e ainda a presença dos pares eclesiásticos, perdeu quase que totalmente sua influência no processo legislativo, a partir de 1911, em benefício da Câmara dos Comuns, eleita por cinco anos, mostrando ter a Inglaterra hoje unicameralismo disfarçado.

A arregimentação para a Câmara Alta é diferente nos diversos Estados, não obstante a maioria prefira a eleição direta.

Na Bélgica (art. 53 da Constituição), uma parte dos senadores é eleita pelos conselhos provinciais (as outras parcelas, em razão da população de cada província, ou, por eleição do próprio Senado); na Dinamarca, o *Landsting* tinha uma parte designada por sufrágio indireto e outra indicada por ele mesmo; na Noruega, o *Lagting* é escolhido indiretamente dos membros do *Storting*; na França (art. 24 da Constituição), "le Sénat est élu au suffrage indirect"; na República Federal da Alemanha (art. 51 da Lei Fundamental), o Conselho Federal é formado por membros dos Governos dos Estados, que os nomeiam e destituem, valendo acrescentar que os membros do Conselho podem ser representados por outros membros de seus governos; na Nigéria, a Câmara Alta é integrada por 12 membros de cada região política (indicados pelos Governos regionais, com assentimento das respectivas assembléias), 4 por Lagos e 4 designados; na Irlanda (art. 18 da Constituição), ela é composta por 60 integrantes, sendo onze indicados e 49 eleitos; na Índia, os senadores são nomeados pelos Parlamntos dos Estados e pelo Presidente da República; no Canadá, os senadores são vitalícios (como eram na Itália fascista, e nas cidades hanseáticas, Hamburgo, Bremen e Lubeck) e designados pelo Governador-Geral; na Suíça, em alguns cantões, são eleitos pelo povo e, em outros, escolhidos pelos Parlamntos cantonais; na Suécia e na Holanda, pelos Parlamntos provinciais. Entre nós, admitiu-se a eleição indireta, no preenchimento de uma vaga, na renovação de 2/3 do Senado (Emenda Constitucional nº 8/77, neste ponto revogada pela Emenda Constitucional nº 15/80).

A Constituição da Baviera, em vigor, elaborada por HANS NAWIASKY, influenciada pela doutrina católica, prescreve: "Der Senat ist der Vertretung der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen Körperschaften des Landes."

Interessante organização tinha o Senado Conservador, criado pela Constituição do Ano VIII, que velava pela conservação da Carta Magna e pela observância das leis. Elegia os membros do Corpo Legislativo, que poderia dissolver os cônsules, os tribunos e os Juizes da Cassação. Os senadores, todos vitalícios, eram escolhidos pelo próprio Senado entre os candidatos apresentados pelo Corpo Legislativo, o Tribunato e o 1º Cônsul. Tendo-se tornado, comprometedoramente dependente do Imperador, o Senado acabou por ser substituído, em 1814, pela Câmara dos Pares, mas foi restabelecido, em 1852.

O *federalismo hegemônico* quebrou a igualdade de representação dos Estados Federados, no Senado, atendendo à importância econômica ou política de alguns deles. É o caso da Austrália (art. 7º da Constituição), do Canadá, da República Federal da Alemanha (art. 51, 2º, da Constituição), da Áustria (art. 34 da Constituição) e da União Soviética.

É de COOLEY o entendimento de que, enquanto o Judiciário se ocupa do passado, numa visão retrospectiva, e o Executivo se atém ao presente, o Legislativo se arremessa, para o futuro, numa pulsante prospecção. Em sua dinâmica, o Estado vive o seu mais alto momento existencial.

IGNÁCIO BURGOA assevera que a nação juridicamente organizada, "en su dimensión fenoménica pertenece al mundo de la cultura y específicamente al ámbito existencial político de las comunidades y sociedades humanas".

Culturologista e existencialista, perfilhamos esse entendimento, vindo no Estado, mais que a "organização que realiza a positivação da ordem jurídica e se encarrega de assegurar os direitos dos indivíduos", como quer VON KEMPSKI, um organismo social-existencial, de elaboração histórica, sedimentado por um processo de cultura, que atua num determinado âmbito geográfico, sob um poder político e, subordinando-se à ordem internacional, atento à elaboração jurídica e à ação política (formas de autolibertação; produtos de sua angústia criadora) permanecendo como "existente", indissolúvelmente ligado à própria existência, como está em GABRIEL MARCEL, inoculado no mundo, "in der Welt sein", como qualquer ser de conflito. Regimes políticos já foram considerados como uma solução de atrito entre existência e essência, entre a necessidade e a liberdade.

RENÉ DUPUY adverte, com relação à ordem internacional, que a existência procede à essência, sendo seu ensinamento perfeitamente aplicável à teoria do Estado e ao direito constitucional.

A expressão Estado de Direito, cunhada por VON MOHL, em 1832, comprometeu-se por seu substrato liberal-individualista (conseqüentemente, antidemocrático) totalmente superado pelo primeiro pós-guerra, tornando-se um rótulo insatisfatório da organização estatal, por justificar qualquer regime, governo ou Estado, como sublinhou SCHIMITT. Outros foram propostos: Estado Legal, "Welfare State", Estado Jurídico, Estado de Legalidade, Estado de Justiça, Estado Político, Estado

Administrativo, Estado de Direito Social, que bem demonstram as transformações da sociedade estatizada e são, igualmente, lacunosos.

O Estado não é apenas *Estado de Direito*, ou de Poder, mas, sobretudo, *Estado de Cultura (Kulturstaat)* que, nitidamente, se distingue do primeiro, porque esse, de acordo com a lição de MAX ERNST MAYER (Filosofía del Derecho), “se ha limitado al fin jurídico, a la administración de justicia, que no agota, evidentemente, la riqueza de tareas culturales actualmente encomendadas a la administración estatal”.

O Estado de Cultura é *Estado Estructura*, tem substância eminentemente social e democrática, nordeada para a verdadeira idéia de liberdade. O Estado de Direito é o *Estado Civilização* (portanto, *Estado-conjuntura*), “individualista, burguês e liberal”, na fórmula de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ.

Acreditamos que o Estado Democrático está umbilicalmente ligado ao Estado de Cultura, pois, não sendo o direito a única tarefa da pessoa política, é por essa incorporado, como raiz da suprema positividade (todo direito é público porque só ao Estado incumbe a elaboração do direito legal que, em suma, é um direito cultural), prosseguindo ela, após, em sua missão de realizar cultura, numa política total em benefício da nação.

A cultura exige, pois, a legalidade apoiada na legitimidade, no jogo sócio-histórico, emergindo a educação como uma ação política realista.

“No basta con que el Estado produzca el derecho; es necesario, además, que el Estado cree cultura, en el sentido amplísimo de la palabra cultura, como forma de vida”, ratifica JIMENEZ DE ARECHAGA. É no Estado de Cultura que os direitos sociais encontram sua melhor proteção, aumentando-se as obrigações positivas da sociedade estatal.

Por outro lado, tal Estado, “debe ser planteado como un fin del hombre, para la perfección de éste”, nas expressões de RAUL FERRERO, não havendo dúvida que o Estado contemporâneo é um fim em si mesmo (BOSANQUET), por suas coordenadas intervencionistas, em prol da segurança de todos, bem diversas das tatuagens absolutistas e totalitárias que, em determinadas épocas, fundamentaram a teoria do Estado-Meio, apoiada do metafísico liberal-individualismo novecentista.

O Estado de Cultura, que é o lídimo Estado Democrático, não é uma organização indefesa e inerte, todavia. (NIETZSCHE considerava, como diz FRANCISCO PUY, que, sendo “lo cultural el valor político superior, la democracia, como forma de la decadencia cultural, tenía que estar condenada”, confundindo-a, como é óbvio, com a oclocracia, em que há um rebaixamento da qualidade, tendo mesmo inventado a palavra “misarquismo”, para exprimir seu pensamento). A salvaguarda da liberdade e da igualdade é inconciliável com a fraqueza das instituições e com as agressões impunes dos extremismos, exigindo um Estado forte, que não é sinônimo de Estado de força. A democracia que é a mais difícil forma política, pela responsabilidade que impõe a

governantes e governados, existe no sereno e vigoroso equipamento do primeiro (que não apresenta as contradições da nefasta “democracia autoritária”); a autocracia na instável armação do segundo. Tem razão DILLON ao afirmar que a democracia “is a fragile flower and it can blossom only in favorable environment”.

Sem a visão global da importante questão, mas sensível a ela, escreveu RIEDMATTEN, em 1880: “la théorie générale avait distingué dans l’État moderne, outre les trois pouvoirs généralement reconnus, législation, gouvernement, justice, deux autres groupes *secondaires* de fonctions ou d’attributions: le soin des intérêts moraux ou la *culture publique*, et le soin des intérêts matériels, ou *l’économie publique*”, reconhecendo, portanto, um poder cultural e um econômico, na sociedade.

A síntese de ASTROJILDO PEREIRA é irretocável: “a democracia política por princípio, a democracia econômica por base, a democracia cultural por fim”.

O art. 76 da Constituição do Panamá, conceituando a cultura nacional, como a formada pelas manifestações artísticas, filosóficas e científicas produzidas no Panamá, através das épocas, traça normas para o desenvolvimento desse patrimônio e abre perspectivas para um Estado Cultural.

#### IV — Mandato imperativo e direito privado

A divisão do direito feita pelos romanos, e que não interessara aos gregos, foi esquecida na Idade Média. Estudando-a, observou BLUNTSCHLI: “le droit public et le droit privé se mêlèrent: la souveraineté territoriale fut regardée comme une propriété privée, les charges publiques, comme des biens de famille: la possession de l’immeuble donne la juridiction; celle du fief, le devoir noble de porter les armes”.

Essa confusão de direitos dava, em última análise, prioridade ao direito privado, cujos institutos eram utilizados pelo direito público, que só no século XIX teria proclamada sua autonomia.

SIEYÈS definiu a nação “como um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e estão representados pela mesma legislatura”. Resolvendo-se a representação no mandato, forçoso é reconhecer que esses termos são inexatos para exprimir a natureza do governo representativo, tendo tido sua origem, como a expressão “contrato social”, da necessidade de uma época em criar um eufemismo para justificar a impossibilidade de o povo governar diretamente e de criar, a bem dizer, uma teoria civilista do direito público.

O mandato político é instituto singular, “sempre outorgado a certa e determinada pessoa; por isso, se não pode ceder, transferir, nem subestabelecer”, consigna PAULO DE LACERDA. O mandato político não é,

juridicamente, pois, um mandato, contrato que se dá (art. 1.288 do Código Civil) quando alguém recebe de outrem poderes para em seu nome praticar atos ou administrar interesses, e que, no direito romano, não tinha natureza de pacto. Sendo a procuração o instrumento do mandato, o que distingue esse último é “a idéia de representação, que é suprema, básica, fundamental, não figurando em outros contratos”, esclarece WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. Esse aspecto distingue-o, ainda, da locação de serviços, com o qual, por vezes, se confunde. Assinala MOURLON que o mandato é “une procuration acceptée, en d’autres termes, la convention par laquelle une personne s’engage envers une autre à faire, à titre de bon office, quelque chose pour elle”.

Até o século XVIII, considerava-se o Estado um contrato de sociedade e o governo um fideicomisso, vocábulos também impróprios. ROUSSEAU chamava de “comissários” os parlamentares, antecipando a denominação que já foi dada aos Ministros da URSS.

O mandato imperativo, pelo qual o eleitorado, através dos “cahiers”, impunha aos representantes programas e condutas, podendo até revogar a delegação, não tem razão de ser, pois, como se exprime ORLANDO, “i corpi rappresentativi degli Stati moderni non sono l’organo passivo della volontà degli elettori, ma hanno una vita propria e independente”. BURKE já havia notado, aos eleitores de Bristol, que o parlamentar não representa os votantes, mas a nação, devendo agir livremente no interesse comum. “Si les élus sont des représentants, ce ne sont pas leurs électeurs qu’ils représentent”.

Os “cahiers” eram remetidos ao monarca e convertidos em leis, após serem examinados (tel était son bon plaisir), e os deputados que os conduziam aos Estados Gerais não podiam alterá-los sem permissão dos mandantes.

CARRÉ DE MALBERG expõe os argumentos que combatem a idéia consagrada de representação; o deputado não é mandatário, porque não representa, a rigor, o colégio eleitoral que o elegeu; o parlamentar, ao contrário do mandatário de direito privado, não pode ser destituído por aqueles que o elegeram; enquanto o mandatário responde perante o mandante, o parlamentar não deve explicações aos eleitores, por sua conduta política, discursos e votos; o mandatário não tem outros poderes além dos conferidos pelos mandantes, mas isso não sucede com o parlamentar, obviamente.

São características, ainda, do chamado mandato político as imunidades parlamentares, e interessante aplicação do mandato faz o direito internacional, que agora o substituiu por tutela (art. 75 e segs. da Carta da ONU).

O instituto dos mandatos, como preleciona HILDEBRANDO ACCIOLY, “visava, teoricamente, antes o benefício das comunidades a que se aplicava, do que o das potências mandatárias, embora estas, como natural, auferissem do sistema evidentes vantagens, pelo menos morais e políticas”.

Sobeja razão a PAUL ERRERA quando recomenda: "il faut se garder, dans l'étude du droit publique, de donner à certains mots leur sens originaire".

Interessante instituto de feição democrática, relacionado, de certo modo, com o mandato imperativo (regulado, aliás, de certa forma, pelo art. 3º, 2, da Constituição da Tcheco-Eslováquia) é o *recall* (de acordo com a experiência americana, revogação do mandato de representantes, de juizes eletivos, das decisões judiciárias e de designação de funcionários, pleiteada por certo número de eleitores, obrigados a prestar caução previamente, para garantir a recondução do *recalled*, caso este a consiga), usado, precipuamente, nos Estados Unidos e na Suíça, onde sete Cantões acolhem, ainda, o *Abberufungsrecht*, espécie de revogação coletiva, que permita a cassação do mandato de toda uma assembléa. Precisa NELSON SAMPAIO que, nos Estados Unidos, "não há o *recall* no plano federal, mas apenas em vários Estados-Membros e muitas municipalidades" (também a *Landsgemeinde* suíça só existe em nível cantonal), detalhando FRANCIS SURAUFF que a medida só pode ser proposta após seis meses de exercício dos servidores e "através de uma votação popular solicitada em petição firmada por um determinado número de eleitores".

As Constituições da União Soviética (artigos 142, da Constituição de 1936, 107 e 152 da Constituição de 1977), unicamente para cargos legislativos, da China, de 1954 (art. 38), da Albânia (art. 3º), de Angola (art. 21), da Tcheco-Eslováquia acolheram o instituto.

DARCY AZAMBUJA, em conhecido compêndio, lembra que a Constituição gaúcha, de 1891, admitia a "revogação do mandato de deputado à Assembléa dos Representantes e dos Intendentes Municipais" (deve ser visto, igualmente, o art. 53, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo, do mesmo ano). O dispositivo era, todavia, uma sobrevivência retardatária do mandato imperativo, e não o *recall*, tal como é concebido.

## V — Organicismo cultural do Estado

Os candidatos eleitos não representam, como já exposto, os eleitores, mas uma coletividade transpessoal, não se podendo recusar-lhes autonomia. No regime representativo, efetivamente, como entende SALEILLES, não há qualquer representação, porque essa pressuporia, no mínimo, o mandato imperativo.

Para exprimir essa realidade, escreveu FERNANDO DE LOS RIOS, "nace un concepto que es extraño al derecho privado; el concepto de órgano; el Estado para su vida precisa de órganos, y solo mediante ellos obra y quiere".

Com ele o direito público preencheu uma de suas lacunas terminológicas. "La vraie qualification à donner au corps de députés n'est pas

celle de représentant de la nation, mais d'organe de la nation", ratifica CARRÉ DE MALBERG. Para GIOVANNI SARTORI o "órgão é a coletividade organizada para querer".

A teoria do Estado-órgão, realmente, fulmina as teses que objetivavam a privatização do direito público, tendo tido em GERBER e GIERKE seus precursores; em JELLINEK e FISHBACH, admiráveis expositores.

A nova orientação que visava construir o "direito público, segundo método jurídico, em moldes independentes do direito privado vai conhecer grande êxito", diz MARCELO CAETANO.

O Estado tem, sem dúvida, uma realidade *orgânica* peculiar. GIERKE, que revela a presença hegeliana, ponderou muito bem que ele é "a mais alta e compreensiva forma de comunidade, não perceptível aos sentidos, mas real para o espírito, que nos mostra uma existência comum humana sobre a existência individual". O Estado, na verdade, é o que nós somos, um produto político-jurídico de uma vivência grupal susceptível, como demonstra a psicanálise coletiva da psiquiatria social, de compulsões, derivativos e neuroses, o que lhe outorga características inquietantemente humanas.

Está em ROJINA VILLEGAS que é ele "un sistema orgánico-unitario, en el sentido de que está constituído por un conjunto de órganos, pero entendido este término, no en sentido biológico, sino jurídico".

Assembléia, Governo e tribunal são órgãos das respectivas atribuições do poder, como, aliás, preceitua a Constituição tcheco-eslovaca (artigos 5º e 7º).

SEMINO, BRUNO e FUKS concebem mesmo a função eleitoral, como "la actividad tendiente a determinar cuales serán las personas que ocuparán los distintos órganos de gobierno".

Existem algumas sutilezas metafísicas, tão do gosto dos tudescos, na doutrina do Estado-órgão, perfeitamente dispensáveis, contudo, numa exposição nuclear dela.

O organicismo que defendemos nada tem a ver com aquelas posições científicistas, tão em voga, no século passado (do mesmo modo que não se pode confundir materialismo dialético e materialismo mecanicista), que identificavam o Estado aos organismos vivos, tendo havido mesmo cultores de uma sociologia biológica, que assentava, no fator biológico, a causa do evoluer social. BLUNTSCHLI chegou a investigar o sexo do Estado e DUBS, ao examinar as diferenças entre as confederações e as ligas, referiu-se à natureza orgânica das primeiras e inorgânica das segundas.

Embora a expressão órgão seja utilizada num sentido metafórico, ela é funcional, no sentido de refletir a dinâmica da vida estatal, apesar de DUGUIT considerar que ela enfrenta os mesmos percalços da fórmula

*representação*, reproduzindo-a em maiores dimensões. De qualquer maneira ela é mais adequada.

JELLINEK conclui que a ciência do Estado, em todos os tempos, tem considerado ser o Estado um organismo.

O organicismo atual é eminentemente cultural, ético, espiritual, e idealista, como se verifica, e não spenceriano, não custando recordar que RAVÁ protestava contra qualquer vinculação entre o Estado ético e o Estado totalitário, não obstante este ter invocado aquele. Há, por vezes, em ideologias extremistas, idéias que transcendem a sua circunstancial destinação, adquirindo validade e permanência.

Os órgãos do Estado, os instrumentos tangíveis, pelos quais ele exerce o poder, "quer e atua", no sentido de BALLADORE PALLIERI, têm de ser forçosamente exercidos por pessoas físicas, consideradas individualmente ou em colégios, e cuja competência deve estar formalmente estabelecida na Constituição. Por esse motivo, HUMBERTO FRAGOLA conceitua o órgão como "il complesso delle funzioni attribuite ad uno o più funzionari ed impiegati". Malgrado a diferenciação dos órgãos esteja ligada à separação de atribuições do poder, pode ela ocorrer dentro da mesma função.

"Da própria natureza do Estado", pensa JELLINEK, "isto é, do fato de ter o caráter de uma associação organizada, segue-se necessariamente a existência de órgãos do Estado. Um Estado sem órgãos é uma representação que não pode psicologicamente chegar a existir; quer dizer, equivale à anarquia, pelo que resulta uma *contradictio in adjecto*. O Estado moderno exige uma pluralidade de órgãos. Ordená-los e reduzi-los a tipos fixos é uma necessidade que não pode deixar de cumprir a ciência".

Nessa classificação seguiremos ao conspícuo professor de Heidelberg e a FISCHBACH.

A primeira forma categorial importante é a que se refere aos órgãos *originários* (principais ou imediatos) e *mediatos*. Os primeiros são enraizados diretamente no ordenamento estatal, como os reis absolutistas ou o povo, no Estado de Direito; os segundos se embasam nos primeiros (os que, entre outras hipóteses, escolhidos por eleição, compõem as funções legislativa e executiva). Quando os órgãos imediatos criam, como na monarquia russa, em que, por testamento, nomeava o Tzar, até Paulo III, seu sucessor, são eles órgãos de criação (essa pode dar-se também por eleição ou sorteio). Como sublinha FISCHBACH, "geralmente, a função dos órgãos criadores se reduz a realizar o ato de nomeação ou eleição".

Outra divisão relevante é a de *órgãos primários e secundários*. Esses representam aqueles (o que é posto em dúvida por SANTI ROMANO) que, como órgãos representados, só podem manifestar-se através dos órgãos representativos. Os *órgãos supletórios*, por sua vez, substituem, eventualmente, os imediatos, decaindo de suas atribuições assim que desaparece a incapacidade do órgão representado. São eles transitórios, como

as regências, ao passo que os órgãos secundários são permanentes, podendo havê-los de segundo grau, com a delegação do Parlamento às comissões.

Enquanto os *órgãos normais* funcionam em circunstâncias comuns, os *anormais* ou *extraordinários* só atuam em situações críticas. Tais são os casos das ditaduras e dos chamados governos provisórios, que, como aquelas, podem ser monocráticos ou colegiais.

Os *órgãos substantivos* ou *independentes* têm, em sua dinâmica, a capacidade de obrigar o Estado e seus súditos, enquanto os *dependentes* ou *subordinados* carecem dessa força obrigatória.

*Órgãos qualificados* são aqueles que exigem requisitos de elegibilidade bem nítidos. KELSEN cita, ainda, *órgãos autônomos* e *não autônomos*, sendo os primeiros “aqueles que podem manifestar uma vontade com força imediata de obrigar ao Estado ou aos súditos, enquanto a vontade dos segundos carece dessa eficácia e só pode manifestar a vontade dos *órgãos autônomos*, no sentido de que, para a validade jurídica da mesma, requer-se o assentimento dos primeiros”.

APARÍCIO MENDEZ adverte que “la teoría del órgano, tecnicamente, considerado, no tiene vinculación con las llamadas escuelas o tendencias organicistas”, o que bem prova a autonomia dessa construção especulativa.

Ao passo que a representação exige duas pessoas ou duas partes, “a associação e o órgão são e permanecem em todo momento em uma só pessoa”, como se pode ler em JELLINEK, uma vez que órgão e Estado constituem unidade indissolúvel, se bem que a competência do primeiro movimente o segundo, em certa órbita de atividade.

Contudo não se confundem o órgão ou cargo e seu titular, com o qual mantém relações jurídicas, mas do qual se distingue por seu caráter de continuidade. Para significar isso, criou-se, na Inglaterra, a doutrina da *sole corporation*, pela qual a corporação apenas tem, em cada momento, um membro vivo, que forma, com seus antecessores e sucessores, unidade impostergável. A figura, aliás, pertence ao direito de associação britânica.

BLACKSTONE proclamava que “Henrique, Eduardo ou Jorge podem morrer, mas o Rei sobrevive a todos eles”. Eis a razão pela qual as leis britânicas jamais se referem à morte do soberano e sim em *demissio regis vel coronae*.

Opina HELY LOPES MEIRELLES que “o cargo integra o órgão, ao passo que o agente, como ser humano, unicamente, titulariza o cargo para servir o órgão”. Não se deve confundir, também, órgão e poder, embora se relacionem.

“Il potere non é che una riunione logica o pensata di organi diversi. Il potere non é una realtà un'entità materiale delimitata e delimitabile; ma una pura concezione e sintesi della nostra mente”, ressalta PANUNZIO.

Enquanto o poder é uma abstração, o órgão tem "concretude" e, materializando-o, delimita-o e o faz agir pela competência filtrada, pela inexorável imposição do direito. A coerção surge, assim, como pensa EDGAR DA MATA MACHADO, como "um instrumento da lei".

Órgão e função são, igualmente, conceitos interligados. "As funções devem ser entendidas como as diversas atividades exercidas pelos órgãos, enquanto constituam manifestações ou diversos modos do exercício do poder". A função designa, é certo, "formas de actividad de los órganos del Estado relacionados con el derecho" (ALEXANDROV). Por ela se realizam as atribuições.

Há uma inegável sintonia entre o povo e o órgão, mediante o uso da técnica publicística, cabendo razão a JELLINEK, quando registra; "enquanto não se encontrou o conceito de órgão jurídico se intentou pôr em destaque as relações antes referidas, através de analogias de direito privado, utilizando-se do conceito da representação e do mandato".

A doutrina do Estado-órgão, sob certo aspecto, ainda está em elaboração, havendo discrepância quanto à classificação de certos órgãos, mas é irrecusável que ela resolveu, com superiores recursos do direito público, questão afeta a esse, libertando-o de incômodo nexos com a privatística, em virtude da antiga natureza da representação política, e chamou a atenção dos estudiosos para a tipologia dos órgãos. Considera ANIBAL BARBAGELATA que a construção do Estado-órgão "ha prestado un gran servicio para la explicación de los fenómenos que acontecen en el derecho público".

Interessantes problemas, que refogem à presente digressão, seriam os da formação mental do titular do órgão, o que o levou a aspirar ao poder e a sua capacidade de amor social, que devem convergir por sobre a edificação de uma classe dirigente. Vale recordar que são inconfundíveis elite política e aristocracia, como leciona HAURIOU. A segunda é uma classe privilegiada, enquanto que a primeira se organiza e se recruta em toda a população, renovando-se continuamente, como elemento de coesão política e democrática. A elite dirigente, a que nos referimos, sendo, como se lê em Mosca, o "proceso storico atraveso in se rivelano i migliori", não é, pois, "elitista", nem, como é óbvio, a tecnocracia defendida por JAMES BURNHAM, em livro célebre (A Revolução dos Organizadores), no qual prega a extinção do capitalismo, tornando-se classe dirigente os *managers*, que realizarão a planificação da economia, em nome do Estado, o qual terá a propriedade e controle dos principais meios de produção, estabelecendo a base econômica da "sociedade diretorial".

É essencial, na vida da sociedade estatal, "a existência de uma classe dirigente politicamente capaz", como deixou claro João CAMILO DE OLIVEIRA TORRES.

A crise do Estado tem, na ausência e na inófia das elites políticas, um de seus mais graves sintomas e uma de suas mais dramáticas causas.