

Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO
Diretor da Faculdade de Direito da Uni-
versidade Federal de Minas Gerais

INTRODUÇÃO

O exame dos pressupostos de uma teoria geral do processo constitucional tem merecido diversos estudos na doutrina estrangeira. Definir seus princípios estruturais constitui tema central que possibilita mostrar a viabilidade de seu objeto.

As indagações em torno da teoria dos controles constitucionais, da teoria da inconstitucionalidade, de declaração de inconstitucionalidade, revisão judicial da constitucionalidade das leis fornecem elementos nos quais são encontradas as origens do processo constitucional moderno.

O problema do conflito entre a lei fundamental do Estado, que decorre da superioridade das normas constitucionais sobre as leis ordinárias, decretos e atos administrativos, que devem acomodar-se aos limites traçados pelas Constituições e a defesa dos direitos individuais contra os excessos do poder público, constitui tema fundamental para corrigir os diversos excessos de atuação da atividade estatal em nossos dias.

O controle dos poderes públicos torna-se tema de interesse permanente, quando destaca-se a necessidade em conciliar a liberdade e a autoridade. MARTÍN PÉREZ GUEVARA acentua que, a partir da Revolução Francesa e desde quando MONTESQUIEU aponta o princípio da separação dos poderes como instrumento essencial para assegurar a liberdade e as garantias do homem e do cidadão, o controle passa a ser um dos temas fundamentais do Direito Público.

Os sistemas de controle estão vinculados às indagações em torno de regime político, forma de Estado, sistema de governo, desde que os seus mecanismos são bem diferentes quando nos atentamos para um governo autoritário ou um democrático. As autocracias são refratárias a qualquer forma de controle, pois são constantes em suprimir os obstáculos que intervenham em seu

poder discricionário. Ao passo que os regimes democráticos, assentados na lei, aceitam as formas de controle como instrumento da paz, da justiça e dos valores que informam o regime democrático (1).

Os sistemas ou instrumentos de controle, que se efetivam por meio de mecanismo ou técnicas, que visam a assegurar que os detentores do poder atuem dentro da Constituição e das leis, constituem tema essencial na oportunidade em que o Estado contemporâneo, ao lado das críticas que lhe são postas no que toca à sua estrutura tradicional, amplia suas diversas formas de atuação direta ou indireta.

A revisão judicial da constitucionalidade das leis, de acordo com o sistema anglo-americano, foi tida como uma das manifestações que englobavam a *racionalização do poder*, nos termos em que foi proposta por BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, em trabalhos que revelam o rico material recolhido em vários anos de indagações em torno do assunto, adverte que até a I Grande Guerra Mundial, havia acentuada tendência para a aceitação dos instrumentos anglo-americanos de controle, se bem que não apresentassem os caracteres específicos de tutela dos direitos humanos, mas apenas daqueles relativos ao controle da constitucionalidade das leis, que são os compreendidos na revisão judicial. CARL SCHMITT, pouco afinado com a intervenção dos tribunais no controle constitucional dos atos de autoridade, afirmava que o modelo anglo-americano, e particularmente o fixado através da Corte Suprema dos Estados Unidos, transformou-se em uma espécie de mito. O sistema defendido por HANS KELSEN orientou-se no sentido de estabelecer um tribunal constitucional especializado, como competência exclusiva para o conhecimento de questões constitucionais, isto é, o Tribunal ou Corte Constitucional, implantado nas Constituições da Áustria e Tcheco-Eslováquia, que formam as duas tendências denominadas de *americana e austríaca*, do controle da constitucionalidade dos atos de autoridade, e disputavam a primazia nos anos seguintes à primeira pós-guerra. Com a queda de regimes autoritários, após a II Guerra Mundial, ocorreu a tendência para os tribunais constitucionais especializados (2).

O controle de constitucionalidade das leis tem sido alvo de diversas pesquisas que procuram situar os precedentes históricos desse instituto (3), repre-

(1) GUEVARA, Martín Pérez, "Bases Normativas del Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela", *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, obra coletiva, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 15 e ss.

(2) FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Los Instrumentos Procesales Internos de Protección de los Derechos Humanos en los Ordenamientos de Europa Continental y su Influencia en Otros Países", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nova Série, Ano XII, nº 35, maio/agosto 1979 — UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 337 e ss.

(3) BATTAGLINI, Mario, *Contributi alla Storia del Controllo di Costituzionalità delle Leggi*, Dott. A. Giuffrè — Editore, Milão, 1957.

senta grande passo na evolução do constitucionalismo moderno, sendo corolário da supremacia constitucional e fundamento para defesa da Constituição. Seu desenvolvimento deu suporte para o florescimento de uma justiça que, através de determinado processo, define a aplicação e vigência de preceitos constitucionais essenciais ao estado de direito democrático.

Em 1963, foi publicado em língua espanhola, pela Faculdade de Direito da Universidad Nacional Autónoma de México, importante trabalho do constitucionalista americano JAMES A. C. GRANT, no qual foi exposta a tese de que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, que recebe na terminologia inglesa a denominação *judicial review of legislation*, é uma contribuição da América à Ciência Política. Para esse autor, a confiança nos tribunais para fazer cumprir a Constituição como norma superior às leis estabelecidas na legislatura nacional operou-se graças ao seu surgimento ali, realizado no século XIII, para difundir-se posteriormente em outros Estados (4).

A falta de instrumentos processuais adequados à proteção direta dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados constitucionalmente, como preceitos individuais e de caráter social, torna-se diariamente mais importante. Ampliar seus meios de intervenção leva-nos a refletir sobre a conveniência da fixação de remédios processuais de tutela direta e específica das liberdades fundamentais.

Os instrumentos tutelares dos direitos humanos adquirem particular importância no Estado constitucional democrático, que deve promover, através de um sistema de princípios e regras processuais, o aperfeiçoamento da ordem jurídica, com o limite e controle do poder estatal. Tal perspectiva não se contenta apenas com um estado de direito formal, que pode aceitar apenas o *império das leis*, em um Estado legalista, mas garante as formas de atuação estatal. Em sentido material, o Estado de Direito assegura a liberdade do indivíduo, através de um conjunto de direitos individuais, sendo primordialmente direitos de defesa frente ao Estado, assim como barreiras e diretrizes para que ocorra limitação da sua atuação (5).

MAURO CAPPELLETTI, ao examinar a jurisdição constitucional da liberdade, mostra que esses direitos, em geral, são protegidos de maneira direta, pela impugnação de leis que afetam os direitos essenciais da pessoa humana, definidos constitucionalmente, mas com deficiência de tutela (6).

(4) GRANT, James A. C., "El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes". *Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1963.

(5) SCHNEIDER, Hans-Peter, "Peculiaridad y Función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", tradução de JOAQUÍN ABELLAN, "Problemática General de las Instituciones de Garantía", Número Monográfico sobre Garantías Constitucionales, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Nova Época, nº 7, janeiro/fevereiro 1979, pp. 7 e ss.

(6) CAPPELLETTI, Mauro, *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*, Giuffrè, Milano, 1955.

Essas análises, que têm em HÉCTOR FIX-ZAMUDIO grande estudioso, estão ligadas, também, ao Direito Constitucional Processual, quando o jurista mexicano continua obra começada por EDUARDO J. COUTURE, através da contribuição latino-americana a estudos que há muito eram feitos no direito anglo-saxão através da rica jurisprudência sobre o *due process of law*.

Esse publicista sustenta que os estudiosos do Direito Constitucional e os cientistas do processo têm assinalado a estreita vinculação destas disciplinas, particularmente, após a II Grande Guerra Mundial, em que ocorreu nas Constituições a consagração de instituições processuais, desde que os constituintes contemporâneos perceberam a necessidade de outorgar a devida importância à função jurisdicional. Reconhece a transcendência constitucional da função jurisdicional, citando as expressões do processualista NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO quando afirmou que conhecemos o que é jurisdição, mas não sabemos onde localizá-la, se no Direito Processual ou no Direito Constitucional, daí que essa instituição é estudada pelos cultores das duas disciplinas (7).

O processo constitucional está ligado à justiça constitucional, pois, conforme acentua GIUSEPPE CHIOVENDA, os conceitos de processo e jurisdição são correlatos entre si, ao passo que outras indagações atentam para os caracteres processuais dessa jurisdição.

Como processo que tem por objeto matéria constitucional, não pode desprezar os conhecimentos processuais, apesar das particularidades que assume. ENRIQUE VESCOVI acentua os exageros em se criarem processos especiais e diferentes, com busca de princípios específicos. Muitos desses são consagrados pela ciência processual geral como os do contraditório, oralidade, concentração e celeridade.

O reconhecimento dos antecedentes que propiciaram a conceituação de jurisdição procura definir os processos que regulam a aplicação e vigência dos preceitos constitucionais e pode apresentar dados para traçarmos a evolução do processo constitucional. Reconhece-se a necessidade de que as normas constitucionais venham acompanhadas de processo especial que garanta sua vigência e possa acautelar-se contra os abusos do legislador que no direito americano se reconhece como *judicial review*.

A origem do processo constitucional moderno pode ser determinada no Direito Comparado com o surgimento da declaração de inconstitucionalidade que, com perfis jurídicos definidos, só pode ser bem caracterizada nos Estados modernos, com o surgimento das Constituições (8).

(7) FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Nova Série, Ano X, nº 30, setembro/dezembro 1977, p. 317; *idem*, "Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica", UNAM, México, 1974.

(8) VESCOVI, Enrique, "Bases para una Teoría Americana del Proceso de Inconstitucionalidad (Declaración de Inaplicabilidad de las Leyes)", Número Especial, *Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Nova Série, Ano VIII, nº 24, setembro/dezembro, 1975, p. 1130.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (9) traçou retrospectivo da evolução da justiça constitucional, com exaustivo exame do controle da constitucionalidade dos atos de autoridade, com quadro geral das instituições protetoras das normas constitucionais, através de primoroso levantamento das mesmas em todos os Estados em que surgiram.

As reflexões em torno do processo constitucional, justiça constitucional e da inconstitucionalidade da lei não fizeram com que autores, como ENRIQUE VESCOVI, deixassem de apontar a existência de outros processos que pretendem proteger diretamente as normas constitucionais. Inclui o amparo mexicano, aceito em diversos Estados americanos, o processo contencioso administrativo e o mandado de segurança brasileiro. Para o autor referido, nos exemplos citados, com a inconstitucionalidade da lei protege-se a vigência das normas constitucionais de forma direta. A antecedência do *habeas corpus* é importante, desde que esse instituto de garantia propicia a apreciação, por órgãos judiciais, da defesa de princípio consagrado em norma constitucional.

Ordenar os temas principais do processo constitucional constitui o objetivo primordial deste trabalho, mas, para que se possa examinar seus aspectos essenciais, torna-se preciso apontar os pressupostos do tema.

A teoria da separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos propiciam, inicialmente, uma proclamação política que desperta a atenção para as violações constitucionais e os remédios para atuação ilegal da autoridade pública. A consagração constitucional da divisão dos poderes fornece mecanismos para defesa das liberdades individuais e do abuso de poder.

CAPPELLETTI faz referência àqueles que consideram a concepção da tripartição (ou da separação) dos poderes estatais como superada. Ele mesmo revela que reconheceu que aquele entendimento, como o fora originariamente, isto é, em sentido orgânico, ou na compreensão de que cada uma das três funções era exercida por órgãos diferentes, está completamente divorciado da realidade, não só italiana, mas da que surgiu na Inglaterra de LOCKE ou na França de MONTESQUIEU ou de ROUSSEAU. Entretanto, faz reserva às críticas ao princípio da separação dos poderes nos moldes daqueles de MASSIMO SEVERO GIANNINI, para quem se deve negar a validade da própria tripartição entre atos e atividades legislativas, jurisdicionais e administrativas, que correspondeu ao exercício de três grupos ou tipo de poderes, compreendendo-se essa última palavra no sentido orgânico, mas funcional (10).

MAURO CAPPELLETTI, considerado como o principal criador de uma sistemática do processo constitucional, realça como objetivo fundamental da justiça

(9) FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1965*, UNAM, México, 1968.

(10) CAPPELLETTI, Mauro, "Il Controllo di Costituzionalità delle Leggi nel Quadro delle Funzioni dello Stato", *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, Ano XV, nº 3, julho/setembro, 1960, p. 383.

constitucional a defesa jurídica da liberdade, daí o nome que lhe dá de *jurisdição constitucional da liberdade*.

A preocupação de garantir as normas constitucionais de violações, por meio de processo especial, que precisa ser sistematizado, mostra a importância do tema.

A função jurisdicional, levada de maneira ordenada para a defesa dos princípios e normas constitucionais, aponta tipos de instrumentos que surgiram nos últimos tempos, de maneira sistemática.

A natureza e o objeto do processo constitucional têm merecido indagações de constitucionalistas e processualistas que divergem em encará-lo como um controle político, uma atividade legislativa ou paralegislativa, uma nova e especial função ou preferentemente função jurisdicional (11). As observações a respeito desses aspectos do tema, nos entendimentos de CARNELUTTI e CAPPELLETTI, que procuram esclarecer se se trata de um processo voluntário, por meio do qual examina-se a inconstitucionalidade, ou que é um processo contencioso, constituem pronunciamentos que mostram a complexidade dessas investigações. Os sistemas difuso ou concentrado, as vias para alcançar-se o processo de inconstitucionalidade, a via incidental ou a direta, bem como os efeitos da sentença nessa modalidade de processo, quando se trata da legitimidade constitucional da lei ou a declaração de sua inaplicabilidade, têm sido objeto de diversos questionamentos.

O estudo comparativo dos sistemas que apareceram permite-nos apreciar as particularidades que surgem. As apreciações em torno do sistema americano, dos modelos da Itália, Alemanha Federal ou da Iugoslávia, os controles políticos, o sistema defendido por Kelsen, que na Áustria estabeleceu-se como um tribunal especial, ou o Conselho Constitucional da França, além de autorizarem a apresentação dos pontos que levam ao estabelecimento de regras específicas que apresentam pontos comuns, permitem assinalar a sua importância dentro da estrutura do Estado contemporâneo.

Os sistemas jurisdicionais puros e os especiais acarretam o surgimento de normas processuais, que objetivam a proteção processual dos princípios constitucionais, com especial relevo daqueles que consagram os direitos individuais, para que não sofram pela ocorrência de decisões ilegais da autoridade pública.

A doutrina italiana tem relevante contribuição em matéria constitucional, principalmente tendo em vista a atuação da Corte Constitucional naquele regime político.

O debate em torno da natureza contenciosa ou voluntária do exame da legitimidade constitucional e a eficácia da sentença no processo constitucional

(11) VESCOVI, Enrique, *Principios Estructurales del Proceso Constitucional*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, República Argentina, nº 79, setembro/desembro 1969, pp. 437 e ss.

foram motivo de penetrante indagação de CAPPELETTI, CARNELUTTI e LIEBMAN⁽¹²⁾.

A rica elaboração teórica da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal leva a questionamentos em torno das influências metodológicas que surgirão da análise funcional dos direitos humanos no Estado constitucional democrático.

O sistema de *giustizia costituzionale*, próprio para o controle da lei como *giurisdizione delle libertà*, inserindo-se também aí a *giustizia internazionale* e *giustizia sociale*, contribui para resolver problemas essenciais da sobrevivência do mundo atual. A *giustizia costituzionale* poderá ser importante instrumento da superação do tradicional conflito entre equidade e lei, direito natural e direito positivo. A *giustizia internazionale* contribuirá para a superação do monopólio estatal sobre o direito e a justiça. A *giustizia sociale* superará a concepção da justiça como liberdade individual e igualdade formal.

MAURO CAPPELETTI, que deu tanto relevo ao tema proposto para estas indagações, vê a *giustizia costituzionale* como capaz de dar resposta a vários dos conflitos dos nossos dias.

Estados como a Alemanha, Itália, Áustria e Japão, emergentes de trágicas experiências do totalitarismo, com violações dos mais fundamentais direitos do homem, para impedir o retorno àquele passado, surgiram com o constitucionalismo moderno.

Nesse sentido, a instituição do controle judiciário da constitucionalidade das leis e os seus aperfeiçoamentos posteriores representa típica resposta, no quadro da *giustizia costituzionale*, a problemas que se assentam no estabelecimento de regimes totalitários, baseados na tirania de um homem, um partido ou da ideologia. Os conflitos entre Estados e grupos de Estados, as transformações econômicas e tecnológicas em grande dimensão, criam condições que levam a tensões que devem ser solucionadas por meio de mecanismos adequados.

Como elemento caracterizante de um novo Estado democrático, praticamente ignorado na Europa do século XIX, o controle jurisdicional da lei foi adotado na Áustria, em 1920. Essa aceitação implicava na consagração de princípio profundamente inovador segundo o qual a legislação estava submetida aos limites e controles de uma *legalità superiore*, aceita e aplicada por uma corte constitucional suprema. Nova tentativa foi feita na Constituição da Espanha Republicana de 1931.

Entretanto, a justiça constitucional, nos termos em que é definida, não convive com os regimes ditatoriais:

“Ma la giustizia costituzionale non ha mai potuto convivere con regimi dittatoriali. In particolare il controllo di costituzionalità, in

(12) GIANNOZZI, Giancarlo, “Riflessioni Intorno all'Oggetto del Processo Costituzionale”, *JUS — Rivista di Scienze Giuridiche*, Nova Série, Ano XIV, julho/desembro, 1963; Fasc. III/IV, Milano, pp. 393 e ss.

quanto garanzia, a opera di corti indipendenti, del rispetto da parte del legislatore di una superiore legalità e dei diritti fondamentali dell'uomo proclamati dalla costituzione, era destinato a sparire sia nell'Austria dell'Anschluss che nella Spagna di Franco. Soltanto nell'epoca sucessiva alla Seconda Guerra Mondiale, in molti paesi si sono realizzate le condizioni per un grandioso fenomeno de ritorno alla giustizia costituzionale.

Questo fenomeno ha permeato di sé la storia giuridica e política de un numero crescente di paesi negli ultimi trenta anni, dall'Austria (1945) al Giappone (1947), dall'Italia (1948 e soprattutto 1956) alla Republica Federale Tedesca (1949). Anche la Iugoslavia ha adottato, a partire dal 1963, un sistema di controllo giudiziario di costituzionalità, che costituisce un evento unico nell'ambito degli Stati socialisti⁽¹³⁾.

Outros temas não podem ser descurados na apreciação da importância desta análise, no que se refere às relações e conflitos entre os órgãos do poder estatal. O destaque dado nesta introdução às possíveis averiguações que o tema permite, pela sua importância na atual fase do Estado e a fixação de suas formas de atuação, limites e controles, torna-se cada vez mais importante.

Vários são os sistemas que procuram definir o órgão do Estado que deve surgir como capaz de resolver o conflito.

A reformulação da teoria geral do controle jurídico tem sido considerada como ponto de partida para examinar as características da constitucionalidade.

As modalidades do controle jurisdicional e não jurisdicional levam a consideração sobre os órgãos que efetivam os diversos sistemas consagrados no mundo jurídico.

O presente assunto é de importância fundamental para o Estado moderno, que deve bem definir o papel dos tribunais e cortes constitucionais em qualquer que seja o regime político.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, em trabalho apresentado no Segundo Colóquio Ibero-Americano de Direito Constitucional, realizado na Colômbia, em 1977, encontro este que teve o tema genérico de jurisdição constitucional na Ibero-América, numa demonstração da importância do assunto que deve ter maior número de estudos e divulgação, afirma que a justiça constitucional requer condições que estão ligadas à organização política, social e econômica das comunidades ibero-americanas. Sem aquelas não é possível o controle constitucional dos atos de autoridade, nem a eficácia, também, de uma jurisdição ordinária que se torna inaplicável em regimes autocráticos.

Com a diminuição das faculdades dos órgãos legislativos contemporâneos, inclusive nos Estados de tradição parlamentar, o controle judicial da constitu-

(13) CAPPELLETTI, "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dott. A. Giuffrè, Milano, dezembro, 1978, Ano XXXII, nº 4, p. 1385.

cionalidade dos atos de autoridade surge, atualmente, como contrapeso eficaz a um Executivo poderoso, em decorrência das solicitações provocadas, muitas vezes, por transformações sociais, que só podem efetivar-se, com presteza, por meio de crescente intervenção da administração nas relações jurídicas, sociais, econômicas, culturais e políticas de uma sociedade em transformação, que precisa de progressivas atribuições legislativas diretas e indiretas da administração, por meio de faculdades de emergência, decretos-leis, leis, quadros, regulamentos, decretos gerais e outros modelos normativos, muitas vezes, atribuídos a um organismo executivo.

A justiça constitucional terá uma função equilibradora frente a esses poderes vigorosos de uma administração poderosa e crescente, no que se refere a intervenção na elaboração direta ou indireta das disposições legislativas.

Um sistema jurídico constitucional necessita de um bom número de especialistas em Direito Público e em particular de Direito Constitucional, que são raros em muitos Estados do Continente americano. Para o publicista mexicano devemos estimular os estudos de Teoria da Constituição, com investigação em torno do instrumento de interpretação constitucional e Direito Constitucional Comparado (14).

A importância da justiça constitucional acentua-se constantemente, pelo que convém salientarmos algumas das conclusões finais do II Colóquio de Direito Constitucional, em Sochagota, Colômbia, em novembro de 1977, que demonstram a necessidade de ampliar as pesquisas sobre tema tão importante para os dias de hoje:

a) a justiça constitucional configura um dos supostos fundamentais do Estado moderno, para servir de contrapeso efetivo entre o Poder Executivo, cada vez mais hegemônico, e um Poder Legislativo, que está cada dia mais ambíguo em sua estrutura e funcionamento;

b) a jurisdição constitucional é um suposto fundamental para a preservação dos direitos humanos;

c) pela natureza específica de sua função e pelos mecanismos de atuação de que dispõe, a justiça constitucional é o instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que se constitui no melhor instrumento de controle e de tutela para funcionamento democrático dos demais poderes do Estado;

d) para que a justiça constitucional possa cumprir com seus objetivos, torna-se necessária a existência prévia de condições políticas que assegurem sua independência, pressuposto essencial para que ela seja capaz de garantir os princípios fundamentais que inspiram os ordenamentos constitucionais democráticos;

(14) FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Justicia Constitucional en Iberoamerica y la Declaración General de Inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XXVIII, set./dez., 1978, nº 111, pp. 641 a 694.

e) a criação de cortes ou tribunais constitucionais específicos, cuja competência, devido à complexidade da vida política no Estado moderno, deverá ampliar-se a todos os aspectos que possam determinar ofensas ou violações à ordem constitucional;

f) a ampliação das competências da justiça constitucional não implica na politização da justiça, desde que o caráter político de um ato não exclui o conhecimento jurídico do mesmo, da mesma maneira que o resultado político deste conhecimento não irá despojá-lo de seu caráter jurídico (15).

TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E FUNÇÕES DO ESTADO

O princípio político-constitucional da separação de poderes, tido como fundamental para o Estado constitucional democrático, sofreu diversas interpretações que influenciam no seu significado, tendo em vista as relações e conflitos que decorrem das funções atribuídas aos diversos órgãos estatais.

A natureza do *poder* e o vocábulo *poderes*, vistos como uma divisão artificial de funções ou diferenciação natural de atividades que levam a uma fragmentação do poder e o equilíbrio sobre o papel do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, conduzem a indagações sobre os mecanismos dos pesos e contrapesos ou a edificação de um sistema que, partindo de forças existentes, leve a um verdadeiro equilíbrio, através da separação formal de poderes.

A doutrina da limitação do poder, conforme assinala BERTRAND DE JOUVENEL, ao demonstrar, baseando-se em MONTESQUIEU, a necessidade de contrapoderes, não deve esquecer que é uma experiência permanente, que todo homem que tem poder é impulsionado a abusar do mesmo, chegando até onde encontra barreira.

O tema do livro, considerado clássico, é a luta entre o poder e a liberdade, que surgem como rivais que disputam o espaço político, problemática intimamente ligada à temática deste trabalho.

O regime do poder limitado constitui tema essencial da filosofia política do século XVIII. Entretanto, para BERTRAND DE JOUVENEL não ocorriam preocupações com os problemas da formação do poder e do direito. Aceitando-se o direito como criação da vontade geral, isto é, do Parlamento, este converte-se no único capaz de manifestar e formar esta vontade, pelo que foi entregue o poder ilimitado. Para aqueles constituintes, nenhum ato de governo poderia realizar-se a não ser em virtude de lei, que não passava de manifestação do *consensus populi*. O poder do povo não era mais do que uma ficção, aceita a soberania parlamentar. Ao interpretar a doutrina, conclui que as circunstâncias e a superficialidade rescindem todo o princípio de limitação do poder ao sistema formal da separação de poderes. Apesar de não pretender edificar um sistema

(15) SILVA, José Afonso da, "Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina", Separata da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, nº 13/15, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1980, pp. 106 e 107.

susceptível de limitar o poder, ao mesmo tempo que não apresenta qualquer ilusão sobre a natureza do mesmo, ressalta em sua análise o crescimento do poder e as condições teóricas do poder limitado (16).

A separação de poderes, termo considerado como equívoco para muitos, tem gerado mal-entendidos na ciência constitucional moderna, principalmente quando se tem em mente defini-la. A doutrina é tida geralmente como uma volta às formas tirânicas.

A teoria rígida e inflexível não está no próprio MONTESQUIEU, mas em muitos de seus intérpretes, que lhe deram contornos rigorosos. Tendência mais aceita é aquela que ensaia preservar a teoria graças a uma interpretação renovada da fórmula de MONTESQUIEU, não como uma separação impossível, mas como uma distinção funcional entre os órgãos do Estado.

Durante muito tempo, a separação de poderes adquiriu grande prestígio. Os americanos a adotaram de maneira formal, mas convém ressaltar que a Constituição dos Estados Unidos não a aplicou de maneira absoluta.

Na França, o entendimento consagrado pelos intérpretes de 1789 está visível no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem, ao proclamá-la como dado essencial do constitucionalismo democrático. A Assembleia Constituinte ficou fascinada pelo princípio. CARRÉ DE MALBERG lembra que a separação de poderes, desde 1789, constituiu-se como um dos princípios essenciais do direito público francês. Apesar de fazer referência a ARISTÓTELES, afirma ser ela de origem moderna. À exceção de MIRABEAU, considerado como precursor do parlamentarismo moderno, os homens de 1789 não se detiveram no problema das relações entre o Executivo e o Legislativo no processo democrático.

As dúvidas surgiram naquele período em que a separação de poderes era considerada elemento essencial na democracia, quando oscilava-se entre a aplicação rigorosa da teoria e o sistema parlamentar do governo.

No estudo sobre a separação de poderes na Constituição de 1791, DUCUR faz uma análise profunda das razões pelas quais o princípio era inaplicável. A vontade nacional pode ser racionalmente representada por vários órgãos ou por apenas um só. Admitindo-se que a soberania não é divisível e deve ser exercida em colaboração com os órgãos de representação, não há lugar de dar, a cada um, um mundo diferente de participação no exercício desta soberania e estabelecer entre eles uma separação de funções. A soberania permanecendo indivisa e exercida em colaboração por órgão de representação, não se pode confiar a função administrativa e a função jurisdicional a duas categorias de agentes diferentes.

Mostra o publicista francês a confusão que existia entre a separação de poderes e a separação de funções, assinalada em autores de destaque que

(16) JOUVENEL, Bertrand, *El Poder*, Editora Nacional, Madrid, 1974, 2.ª ed., tradução de J. de ELZABURU, pp. IX, 356 a 359, 360, 361 e 364; BERNARDIN, Claude, "Le Pouvoir et les Pouvoirs d'après Bertrand de Jouvenel" em *Libéralisme, Traditionnalisme. Décentralisation. Contribution à L'Histoire des Idées Politiques*, obra coletiva sob a direção de ROBERT PELLOUX, Librairie Armand Colin, Paris, 1952, pp. 159 e ss.

escreveram sobre a questão. Citando MICHOUX, concluí que para este a separação de poderes é semelhante à separação de funções. Em cada poder há uma entidade jurídica distinta e nesta separação há apenas uma repartição de funções entre os órgãos para evitar o despotismo, com o objetivo de manter apenas uma certa colaboração. Apontando o engano da conclusão, DUGUIT afirma que a Assembléia Nacional de 1789 quis realizar não somente a separação de funções, mas uma separação de poderes, aceitando que três entidades representativas, investidas, cada uma, de elementos da soberania retalhada, estabeleciam um sistema contrário ao princípio da soberania una e indivisível, que, partindo dessa contradição inicial, deveria cumular novas dúvidas. Também em HAURIU aceitou-se que a separação de funções era ao mesmo tempo uma separação de poderes.

Para DUGUIT, a confusão não provém de LOCKE ou MONTESQUIEU, criadores da teoria da separação de poderes:

“Ni l'un ni l'autre n'ont eu l'intention de faire une théorie juridique, mais seulement de montrer comment la Constitution anglaise, par un partage des fonctions et une certaine collaboration des organes, a établi de sérieuses garanties au profit de la liberté” (17).

Nem no *De l'Esprit des Lois* nem no *Traité du Gouvernement Civil* encontra-se qualquer explicação da separação dos poderes como foi compreendida pelos constituintes de 1791.

A expressão *separação de poderes* não foi empregada uma vez sequer por MONTESQUIEU, nem entendeu que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, investidos de uma parte da soberania, absolutamente. Não está em MONTESQUIEU qualquer explicação que leva ao entendimento de que uma teoria da separação de poderes implicava em separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e a legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração. Explicando o que se passava na Inglaterra, esclarecia que o Executivo participa na legislação, sendo que o Legislativo exerce um controle contínuo sobre o Executivo e que aquele sistema repousa em uma colaboração constante e íntima dos poderes.

O constitucionalismo francês, a partir da República de 1792, partiu para uma nova técnica política sobre as novas concepções da relação entre o Executivo e o Legislativo, ocasião em que ROBESPIERRE fez na Convenção de 10 de maio de 1793 uma crítica à separação de poderes.

A Constituição de 1793 não fala em separação de poderes. Já a Declaração de Direitos de 1793, em seu artigo 24, proclama que a garantia social não pode existir se os limites das funções públicas não são determinados claramente pela lei.

A Constituição de 22 de agosto de 1795 reconheceu solenemente o princípio, ao afirmar que a garantia social não pode existir se a divisão de poderes não

(17) DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel, La Théorie Générale de l'État*, Tomo segundo, E. de Boccard, Successum, Paris, 1928, 3ª ed., p. 663.

está estabelecida (art. 22). De todas as Constituições francesas foi esta que aplicou de maneira mais categórica o dogma derivado do *De l'Esprit des Lois*.

A Constituição de 1842 repete a fórmula de 1791, quando no artigo 19 proclama que a separação de poderes é a primeira condição de um governo livre.

Já a Constituição de 1875 não menciona o princípio de separação de poderes.

O projeto de Constituição francesa de 15 de abril de 1946, rejeitado pelo *referendum* de 5 de maio de 1946, não o levou em consideração. Entretanto, o projeto de Constituição apresentado pelos membros do M.R.P., no seu artigo 16, reconhecia que toda sociedade na qual os direitos não estão assegurados, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição. Também o projeto de Constituição apresentado por M. BARDOUX dispunha no artigo 22: "a garantia social não pode existir se a separação de poderes não for estabelecida, se seus limites não estão fixados e se a responsabilidade dos funcionários públicos não está fixada". No mesmo sentido, os membros do Partido Republicano da Liberdade proclamaram no artigo 16: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição".

Considerado como um axioma da Ciência Política contemporânea, mereceu de MIRKINE-GUETZÉVITCH algumas indagações que atentam para as consequências e reflexos que ainda pode ter:

"Que reste-t-il de la doctrine de la séparation des pouvoirs deux siècles après la publication de l'Esprit des Lois? Simple argument constitutionnel contre l'ancien régime chez Montesquieu, elle est devenue un dogme chez les théoriciens de la Révolution, chez les hommes de la Constituante. Le dogme périmé, contraire à la réalité du parlementarisme démocratique, ne peut servir les besoins politiques de l'Europe moderne. Mais la théorie elle-même ne sera jamais oubliée dans l'histoire des doctrines politiques, dans l'histoire des certitudes et des justifications rationnelles de la cité libre" (18).

CARRÉ DE MALBERG afirma que LOCKE, apesar de ser o primeiro a ressaltar a utilidade de uma separação de poderes, não conseguiu desenvolver uma teoria com suficiente clareza. A teoria, no seu significado moderno, foi composta por MONTESQUIEU. Está aí a preocupação com a separação de certas funções entre titulares diferentes. Essa teoria da separação orgânica de poderes enunciou-se sob a forma de princípio geral que MONTESQUIEU formulou como uma das condições fundamentais da organização dos poderes em todo Estado bem ordenado. Não considera em sua exposição nenhum Estado em particular. Não partiu de uma especulação abstrata para chegar a esse princípio geral. Antes de ser enunciado entre os franceses, como princípio, havia sido aplicado, em certa me-

(18) MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, "De la Séparation des Pouvoirs", en *Montesquieu, sa Pensée Politique et Constitutionnelle, Bicentenaire de L'Esprit des Lois (1748-1948)*, obra coletiva sob a direção de BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH e HENRI PUGET, Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 181.

dida, na Inglaterra, resultado da luta secular do Parlamento contra o poder real, com o objetivo de limitar os direitos da Coroa mediante as assembléias, tidas como representativas do povo. Após a revolução de 1688 surgiu certo equilíbrio entre a realeza e as Câmaras, através, principalmente, de uma distribuição de poderes entre os órgãos encarregados do Legislativo e do Governo. Essa repartição e equilíbrio foram realizados quando MONTESQUIEU estudava as instituições inglesas, observações que o levaram a extrair a teoria geral exposta no capítulo VI do livro XI, intitulado *Da Constituição da Inglaterra*.

Em sua condenação aos regimes autocráticos ou de poder absoluto, fica bem definida a idéia de que nos Estados em que todos os poderes estão reunidos em mãos de um titular único, seja em um homem, ou uma assembléia, a liberdade pública está em perigo, pelo que aponta estar a solução do problema na separação das três funções estatais.

Existe na demonstração de MONTESQUIEU, conforme aponta CARRÉ DE MALBERG, uma idéia principal que é assegurar a liberdade dos cidadãos, proporcionando-lhes, através da separação de poderes, a garantia de que os mesmos serão exercidos legalmente. A sua doutrina refere-se essencialmente a um sistema de estado de direito. Mesmo que se acentue como objetivo principal dessa explanação a salvaguarda da liberdade civil, a doutrina está relacionada com disposições que devem assegurar a liberdade das próprias autoridades públicas em suas relações recíprocas, no exercício do poder que lhe é atribuído de maneira específica. A divisão das competências e a especialização de funções não são suficientes para efetivar a limitação dos poderes. Os titulares dos poderes não devem exercê-los, na sua área de atividade, de maneira superior, que atente contra o equilíbrio de atuação. É necessário que os respectivos titulares estejam investidos de competências distintas, bem como de uma estrutura orgânica que os coloque de maneira independente e igual entre eles.

A ressonância da teoria de MONTESQUIEU foi assinalada por CARRÉ DE MALBERG, que aponta a sua influência, principalmente, na França, que para ele chegou na época oportuna, isto é, no momento em que o Estado absoluto tinha passado o seu apogeu, daí a doutrina ter encontrado um terreno favorável para o seu desenvolvimento.

Apesar de reconhecer que o princípio da separação de poderes teve grande importância na França, por muito tempo, CARRÉ DE MALBERG já afirmava que, com o desaparecimento de causas políticas que a justificaram inicialmente, o prestígio da teoria estava perdendo influência na literatura jurídica:

“Pero, junto a estes defensores, la teoría de la separación de poderes cuenta hoy día con numerosos adversarios cuyo número parece ir creciendo sin cesar. Se la atacó, primero, desde el punto de vista de su valor político. El principio de MONTESQUIEU es ante todo un principio restrictivo y creador de impedimentos, que divide el poder, en efecto, entre sus titulares, de tal modo que cada un de ellos, encerrado dentro de un círculo de atribuciones especiales, queda condenado a vegetar en un estado de penuria, que equivale a una especie de impotencia” (19).

(19) MALBERG, R. Carré de, *Teoria General del Estado* — Fondo de Cultura Económica, México, 1948, 1ª ed., trad. esp. de José Lion Depetre, pp. 741 a 751.

Na análise da teoria de MONTESQUIEU, aponta, inicialmente, as críticas de ordem política. Do ponto de vista jurídico, assinala as objeções provenientes da Alemanha, com LABAND e JELLINEK, para quem não é nem logicamente aceitável, nem praticamente realizável. Na França, também, surgiram autores que negavam seu valor jurídico e a possibilidade de realização positiva, destacando-se aí DUCURR, que a qualificou de artificial. Mesmo assim, reconhece que mais tarde, enquanto que a doutrina estava desacreditada na França, houve o renascimento dela entre os alemães, quando OTTO MAYER apontou o erro daqueles que a combatiam.

As críticas de CARRÉ DE MALBERG apresentam conclusões sobre os desacertos de certos entendimentos a respeito da teoria de MONTESQUIEU, que levam a interpretações que estão em desacordo com as desenvolvidas naquelas exposições. O valor real do princípio não deve ter, como base, as variantes propostas e que apresentam uma imagem deformada da explicação inicial. Para isso, aconselha que se parta da primitiva pureza do princípio e sua significação integral, o que possibilita juízos a respeito do conceito da separação nos termos em que foi formulado por MONTESQUIEU. Como signo essencial da doutrina, deve-se entender que foi decomposto e seccionado o poder do Estado em três poderes principais, susceptíveis de serem atribuídos separadamente a três classes de titulares, que se integram no próprio Estado, através de autoridades primordiais e independentes. Ao conceito de poder estatal e da unidade de seu titular primitivo opõe-se um sistema de pluralidade das autoridades estatais, assentado na pluralidade de poderes:

“La forma en que MONTESQUIEU presenta su teoría separatista implica que cree hallar en el Estado tres potestades diferentes, cuya reunión o haz constituye la potestad estatal total, pero que tienen un contenido diferente y que, por lo mismo, se le muestran como iguales, independientes y autónomas en sus relaciones de unas con otras. A su vez, las tres clases de autoridades que corresponden a esta división tripartita de la potestad del Estado constituyen orgánicamente tres grandes poderes yuxtapuestos e iguales, en el sentido de que cada una de ellas posee una parte especial y diferente de la potestad estatal, así como tiene cada una de ellas su esfera de acción propia, en cuyo interior es independiente y dueña; de donde se deduce la consecuencia de que, en la esfera de cada uno de los tres poderes, el titular más elevado tiene realmente carácter de órgano supremo” (20).

Citando DUCURR, salienta as discussões sobre o alcance absoluto do significado dessa doutrina, quando nem sequer a expressão *separação de poderes* foi utilizada, apesar da consagração que teve entre os seus partidários.

Mesmo que o texto não contenha a palavra separação, a advertência de MALBERG é correta, quando acentua que, apesar de não ser empregada no capítulo *De la Constitution d'Angleterre*, a idéia de separação emerge do conjunto da doutrina, principalmente, de maneira clara, quando aparece como proposição fundamental do título acima referido, e ser o fundamento e a descrição essencial desta parte do *De l'Esprit de Lois*.

(20) MALBERG, R. Carré de, *Teoria General del Estado*, ob. cit., pp. 757 e 758.

A importância da exposição sobre o assunto deve ser apontada nas interpretações que ocorreram durante o século XVIII e grande parte do XIX, bem como nas tentativas que já se verificavam na época dos estudos de MALBERG, em que se percebe a tendência para compreender o princípio de MONTESQUIEU afastado de uma verdadeira idéia de separação. Surgiram quando queriam inquiná-lo de falso.

MALBERG, numa das críticas mais completas da teoria, condena a doutrina de MONTESQUIEU, afirmando que suas idéias são incônciliáveis com o princípio da unidade do Estado e de seu poder. De maneira alguma aceita a proclamação da existência de três classes de poderes no Estado, mas apenas um único dotado de dominação. O poder se apresenta sob múltiplas fórmulas, sendo que o exercício concretiza-se por diversas fases: iniciativa, deliberação, decisão e execução. Esses modos, formas ou fases, como os denomina, visam a um fim único: assegurar dentro do Estado a supremacia de uma vontade dominante, que é única e indissolúvel. O Estado pode ter vários órgãos, sem que deixe de existir a unidade que lhe é peculiar.

O princípio da unidade do Estado, que é tido como fundamental para a elaboração do sistema estatal moderno, não impedia que fosse aceita a coordenação entre os diversos poderes.

Dentro da minuciosa análise dessa doutrina, MALBERG afirma que MONTESQUIEU criou seu sistema com o intuito de aplicá-lo a funções materiais determinadas. A teoria é aceita como uma teoria de separação de funções, pelo que a especialização das mesmas constitui um dos elementos essenciais da separação de poderes. Entretanto, a separação de funções, com afetação exclusiva de cada um deles a uma espécie determinada de órgão, é tida como irrealizável. A atividade dos órgãos está vinculada a fins estatais determinados. Dentro dessa crítica, considera-se que a separação ou especialização orgânica das funções está obstruída pela circunstância de que as funções propriamente ditas de legislar, administrar e julgar, no sentido material de MONTESQUIEU, apresentam certos pontos de contato ou apenas limítrofes ou mistas.

Os órgãos estatais acumulam funções materiais diversas, mesmo naqueles regimes em que se pretendeu aplicar com mais pureza a doutrina de MONTESQUIEU. Certos Executivos possuem faculdade regulamentar, que, dentro da teoria material das funções, constitui uma espécie de poder de legislar. Os juizes incluem em sua competência atos que não são de realização jurisdicional, mas administrativa e até legislativa.

Depois de apontar diversas críticas à teoria, MALBERG afirma que, dos pontos de vista sob os quais tinha examinado a separação de poderes, poder-se-ia concluir que ela, além de ser irrealizável, não fora aplicada no direito positivo. Nesse sentido, nem a divisão do Estado em três poderes distintos, nem a especialização das funções materiais e sua repartição entre titulares diferentes, nem a independência dos órgãos e a ausência de relações entre eles, nem a igualdade de poderes ou de autoridades encarregadas de exercê-los foram reconhecidas como possíveis, daí os ataques e negativas que surgiram contra o princípio de MONTESQUIEU, tachado pela literatura jurídica como errôneo e inaplicável.

Não aceita os esforços de autores que, no seu entendimento, para salvar o princípio, alegavam que as críticas dirigidas contra a doutrina referiam-se, apenas, à aceitação de uma separação absoluta e exagerada:

“Cualquier tentativa para justificar la separación de los poderes en uno cualquier de los sentidos que se han indicado hasta ahora, es decir, en una dirección conforme con el pensamiento de MONTESQUIEU, está destinada a un evidente fracaso. Por ejemplo, cualquier separación de funciones en el sentido en que quiere establecerla MONTESQUIEU es inadmisibile. La misma palabra separación, en efecto, tiene un alcance absoluto; implica una escisión entre las funciones e los órganos. Ahora bien, esta escisión, en cualquier grado que se pretenda realizar, tropieza con imposibilidades. Las críticas formuladas contra la separación de poderes concebida según el Espíritu de las Leyes no se dirigen solamente, pues, al sistema que trata de separar hasta el exceso las funciones materiales comprendidas en la potestad estatal, sino que se dirigen a cualquier sistema que pretenda separarlas en cualquier grado, ya que toda separación propiamente dicha, por lo que concierne a estas funciones, es excesiva en si. La separación de los poderes, en cuanto a ellas, así como en cuanto a sus titulares, sólo sería aceptable con la condición de no ser de ningún modo una separación” (21).

As dificuldades sobre a exposição em torno do princípio da separação dos poderes são apontadas pelos publicistas, que dificilmente deixam de fazer referências ao mesmo, como figura essencial das idéias da democracia ocidental. A sua significação teórica para VEDEL está ligada, na França, principalmente, ao dogma da soberania nacional e à noção de representação, desde que a separação de poderes apresenta as diversas funções, através de atribuições que são encaminhadas a órgãos diferentes e independentes:

“Ceci revient à dire que chacun des pouvoirs est le représentant de la nation, dans l'ordre qui est le sien: le Parlement représente la volonté nationale dans l'ordre législatif; le gouvernement représente la volonté nationale dans l'ordre exécutif; les tribunaux jugent au nom de la nation dans l'ordre judiciaire” (22).

A separação dos poderes é aí, também, tida como uma garantia concreta da liberdade e uma afirmativa de que a soberania não será usurpada por qualquer um dos órgãos. Este publicista não está de acordo com aqueles que admitem a separação dos poderes como princípio jurídico absoluto, que conduz a extremismos os mais extravagantes, principalmente quando se aceita a existência, em cada poder, de uma pessoa moral distinta das outras.

Considerando-o como preceito de arte política, pelo qual o povo pretende conservar a liberdade, conclui-se que não deve ser confiado a qualquer órgão um poder total, que conduzirá a formas autoritárias. Em sua efetivação prática,

(21) MALBERG, R. Carré, *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 835.

(22) VEDEL, M. Georges, *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, Les Cours de Droit, 195-1959, Paris, p. 628.

a distinção entre os poderes deve ocorrer através de uma fragmentação em que cada órgão não deve deter senão poderes parciais e limitados. Como corolário desta conseqüência, os poderes devem ser independentes uns dos outros. Na ocorrência de influência de um dos órgãos sobre outro, de tal maneira que pudesse transformá-lo em um ser subordinado, em que aquele passasse a acumular, simultaneamente, os poderes confiados ao outro e a ele mesmo, se se admitisse a superioridade jurídica de um sobre o outro, tornar-se-ia imprescindível armar o que fosse considerado hierarquicamente inferior de meios de defesa (23).

Examinada em muitos autores modernos, sob a denominação de funções de Estado, como as diferentes formas jurídicas de que se revestem suas atividades, a teoria de MONTESQUIEU constitui tema fundamental da estrutura do Estado democrático.

A teoria da divisão dos poderes, nomenclatura empregada por certos juristas, teve grande influência no pensamento e nas instituições políticas de seu tempo, apesar de não ser aceita em sua integralidade e ter sofrido modificações. Centralizou-se, em texto positivo, no momento em que foi aceita por diferentes Constituições. Como instrumento que reduz o perigo de um órgão ignorar o campo preciso de sua atuação e ir além de suas atribuições, constitui dado essencial para fixar o relacionamento que deve ser traçado para as diversas estruturas estatais:

“Repartida la soberanía entre varios órganos, correspondiendo a distintos órganos dentro del Estado ejercitar la soberanía dentro de un mismo plano de igualdad, se puede obtener un equilibrio que se traduzca en un prudente ejercicio del poder, en un balance de poderes, en el que un poder sirva de freno y de control al otro” (24).

As vantagens da teoria exposta por MONTESQUIEU, apesar das modificações que foram apontadas em muitas de suas interpretações, são indiscutíveis, daí a sua aceitação pela maioria das Constituições dos Estados modernos, que, apesar de não aceitá-la de modo rígido, partiram para elaborações constitucionais que não abandonaram os pontos básicos formulados pelo pensador francês, mas atenderam à necessária flexibilidade, que ocasiona melhor funcionamento dos órgãos políticos. As precisões, moderações e integrações por que passou essa doutrina, através dos tempos, ocasionaram nos textos a sua adaptação às novas motivações constitucionais que estruturam o Estado:

“Por otra parte, al continuar el estudio de las modificaciones de la teoría de la división de poderes, debemos tomar en cuenta que existe no una división tajante entre ellos, como hemos visto exponer MONTESQUIEU, sino que, de acuerdo con la doctrina moderna, existe una flexibilidad en la separación de los poderes, para expresarlo con propiedad en el reparto de las competencias” (25).

(23) VEDEL, M. Georges, *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, ob. cit., pp. 628, 629 e 630.

(24) PEREZ, Francisco Porrúa, *Teoría del Estado*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1969, 5.ª ed., p. 364.

(25) PEREZ, Francisco Porrúa, *Teoría del Estado*, ob. cit., p. 366.

O regime constitucional moderno, quando proclama a separação como indispensável à liberdade pública, vem assim entendendo-a de maneira limitada, sem acobertar uma interpretação exclusivista, que levaria essa distinção a não aceitar o menor vínculo de relacionamento entre esses órgãos. Um dos motivos que são apontados às constantes revisões da formulação de MONTESQUIEU é a concentração de poder que surge em determinados Estados contemporâneos, que têm gerado novos entendimentos acerca de uma possível reformulação em torno dessa doutrina (26).

Apesar da preocupação do autor em lhe dar vestes jurídicas, sua importância reside no haver elaborado um sistema de organização da atividade estatal de um regime democrático, assentado na liberdade dos cidadãos.

Diversas denominações são utilizadas para designar o princípio teorizado por MONTESQUIEU: *divisão de poderes*, *separação de poderes* ou *distinção de funções*.

FRANCO BASSI, que preferiu a expressão *separação de poderes*, afastando-se da opinião prevalente na juspublicística italiana, justifica com argumento de ordem histórica, que a doutrina francesa consagrou *séparation des pouvoirs*. Argumenta, ainda que, do ponto de vista puramente lógico-gramatical, a fórmula *separação de poderes* é mais eficaz do que *divisão de poderes*, que é mais idônea para exprimir o significado atual resultante da teoria de MONTESQUIEU.

A expressão não individualiza um conceito lógico, identifica uma noção histórica, que vem sendo interpretada, ou melhor, reinterpretada e considerada nas suas diversas acepções.

A teoria da separação dos poderes, apesar de opiniões de que a sua versão clássica está superada, passou a ser patrimônio da juspublicística moderna. Não é possível abandonar a discussão em torno da articulação do poder no âmbito da organização do Estado, principalmente tendo em conta que o princípio tornou-se uma exigência constitucional do grupo político emergente.

O princípio que, para CARL SCHMITT, se destina a assegurar a moderação e o controle de todos os órgãos de poder do Estado, no seu processo de constitucionalização, foi recebido pela Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição francesa de 1791, tendo em BOLINGBROKE um ativo divulgador. Em escritos de caráter polêmico e memoriais, mas sem explicação sistemática, em *The Craftsman*, referiu-se à teoria constitucional do equilíbrio e controle recíproco entre os órgãos do Estado, através da garantia de um adequado sistema de contrapesos. Nesses trabalhos empregou expressões como: freios recíprocos, controles recíprocos, retenções e reservas recíprocas.

A variedade de expressões e de justificativas para o princípio geral da organização da distinção de poderes merece novos reparos, quando SCHMITT aceita que o enunciado mais geral é o que propõe como "distinção de poderes". Entende que *separação* significa um isolamento completo, que serve como pon-

(26) ROJAS, Andres Serra, *Teoria General del Estado*, Libreria de Manuel Porrúa, S.A., México, 1964, pp. 322 e ss.; CAMACHO, Miguel Galindo, *Teoria del Estado*, Editores Mexicanos Unidos, S.A., México, 1959, pp. 304 e ss.

to de partida da organização ulterior, com regulamentação posterior, que leva a algumas vinculações. Já a *divisão* significa uma distinção no seio de um dos vários poderes.

A teoria dos poderes vem sendo examinada sob diversos critérios ou ângulos, conforme prefere FRANCO BASSI, ao apresentar as várias opiniões da doutrina, no que toca à separação subjetiva de poderes e à separação objetiva das funções. Outra das dificuldades apontadas está na prospectiva estritamente jurídica e de qualificação mais política ou na tendência em reconhecer-se que a separação de poderes, inspiradora das Constituições modernas, transformou-se em princípio fundamental da organização do Estado.

Tida como importante para a teoria geral do direito, existem aqueles também que negaram seu aspecto jurídico, sustentando que seu valor no campo do direito não passa de uma determinante prática da estrutura institucional do Estado. Este tema constitui objeto de inúmeros estudos no campo da Ciência Política e da Ciência Jurídica. Deve ressaltar-se que os autores, ao tratarem da organização constitucional do Estado moderno, geralmente, não deixaram de apresentar a posição que têm, frente ao princípio da separação de poderes.

FRANCO BASSI, ao determinar as épocas que contribuíram para a formulação dessa teoria, apesar de reconhecer que somente no século XVIII tenha adquirido suficiente grau de teorização, aponta como primeira aplicação concreta no século precedente o Instrument of Government of Cromwell, de 1653. Essas indagações recuam a PLATÃO, ARISTÓTELES, POLÍBIO, CÍCERO, SANTO TOMÁS DE AQUINO, MARSÍLIO DE PÁDUA.

A formulação teórica de LOCKE está assentada na aceitação do jusnaturalismo, acompanhada da idéia de um estado de natureza, em que existia perfeita igualdade e liberdade. Sua teoria de poder do Estado, por sua origem contratualista, não surge absoluta, encontra limites nos direitos invioláveis do homem. Adquire aí maior relevo o aspecto substancial do limite interno do poder estatal do que a existência meramente instrumental da subdivisão através de uma pluralidade de órgãos.

Apesar dos precursores acima referidos, relaciona-se como autêntico criador do princípio político constitucional da separação dos poderes estatais o barão de MONTESQUIEU. Contido no Capítulo III, IV e sobretudo no VI, do Livro XI do *De l'Esprit des Lois*, publicado em 1748, com referências já no Capítulo IV, do Livro II, surge aí a mais sedimentada formulação das idéias que consolidaram o princípio.

O valor político, e sobretudo jurídico, à luz das múltiplas interpretações fornecidas pela juspublicística, determinou as tendências predominantes no exame da doutrina. Originariamente, o conteúdo preferentemente político dominou, ocorreu, depois, a preocupação do autor em controlar o ilimitado poder da monarquia absoluta e em salvaguardar a liberdade do cidadão, no confronto com o Estado.

Esses pressupostos levam FRANCO BASSI a assinalar dois momentos lógicos distintos e sucessivos. Na primeira fase, surge a oportunidade de se proceder a um fracionamento da autoridade estatal e depois o reconhecimento da ne-

cessidade de determinar a forma como deverá ocorrer. No primeiro momento atende-se às questões políticas e, na segunda etapa, recorre-se ao caráter estritamente instrumental, que atinge a problemática jurídica.

A importância do princípio residiu na possibilidade da elaboração de um Estado que surge com atividades limitadas. O Estado ideal, delineado em *De l'Esprit de Lois*, é visto pelos pronunciamentos tradicionais no seu significado rigoroso, desde que chegam a ver os três poderes como iguais, independentes e autônomos em suas relações recíprocas.

A noção tradicional do princípio da separação de poderes teve uma progressiva influência na problemática do Estado moderno, daí a constância como passou a ser examinada pelos publicistas (27).

A publicística contemporânea prefere consagrar a expressão "funções fundamentais do Estado". Mesmo aí consagra a referência a MONTESQUIEU. A teoria das suas atividades conduzem a um conhecimento mais amplo, que levará à necessidade do conhecimento das funções essenciais do mesmo. As distintas divisões que têm um caráter científico tomam por base o conhecimento da época em que as doutrinas foram formuladas.

Para JELLINEK a distinção mais fecunda e científica entre as funções do Estado é a que surge do reconhecimento da oposição em que se encontram determinados membros do mesmo.

A classificação dos conteúdos das funções do Estado nas distintas ordens da administração não é uma divisão daquelas.

A teoria da separação dos poderes foi rechaçada pela ciência jurídica alemã, que aceitou a teoria da divisão tripartida das funções do Estado, que em muitos pontos é formulada de maneira diferente daquela feita por MONTESQUIEU e seus continuadores. A separação das funções corresponde à divisão do trabalho entre os órgãos. Existe a necessidade de se separarem as funções em materiais e formais, distinguindo as grandes direções da atividade do Estado e as de determinados grupos de órgãos. Não é possível a identificação entre a atividade do órgão e a função do Estado, como querem muitos. As funções materiais do Estado surgem da relação entre a atividade do mesmo e seus fins. As funções materiais do Estado são: legislação, jurisdição e administração. De acordo com a distinção das funções normais, divididas em atos particulares do Estado, segundo o conteúdo, em leis, atos administrativos e decisões judiciais. As leis e as decisões judiciais têm o caráter de atos de império. A primeira ordena uma regra jurídica, a segunda aponta um caso concreto sob a norma abstrata e decide.

As funções materiais estão distribuídas entre os distintos gêneros de órgãos relativamente independentes uns dos outros. A separação das funções corresponde à separação dos órgãos, mas esta separação não é absoluta.

(27) BASSI, Franco, "Il Principio della Separazione dei Poteri (evoluzione problematica)", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1965, Ano XV, nº 1, janeiro/março, 1965, pp. 17 e ss.

Existe uma oposição com as funções formais, que são exercidas pelos órgãos legislativo, administrativo e judicial. De acordo com este aspecto formal, as manifestações das atividades do Estado surgem em atos formais de legislação, administração e justiça. Para JELLINEK não coincide a oposição material da legislação, administração e jurisdição com a atividade formal de seus respectivos órgãos.

A teoria constitucional franco-americana vê na separação das funções formais a melhor garantia do exercício legal do poder do Estado, dando em consequência a liberdade política dos cidadãos. Os poderes formam entre si uma rede em que se entrelaçam uns com os outros, influenciando-se mutuamente como regulador. A formação normal das funções formais opera-se pelo sistema de *checks and balances* (28).

O princípio da separação de poderes, de princípio político, na forma entendida por MONTESQUIEU, que serviu de base para garantia da liberdade individual, transformou-se, na dogmática moderna, em critério jurídico de organização do Estado, através de seus órgãos com a respectiva competência.

Apesar da regra normal de que a cada órgão ou grupo determinado de órgãos deve ser atribuída uma única e típica função, não impede que, de maneira excepcional e subsidiária, possam esses órgãos exercer uma função diversa.

Denomina-se função jurisdicional aquela atividade do Estado destinada a tutelar a ordem jurídica, obtendo em casos concretos a declaração do direito e a observância da norma jurídica preconstituída, mediante a resolução das controvérsias, que como conflitos de interesses surgiram tanto entre particulares quanto entre particulares e entes públicos, mediante a atuação coativa das sentenças. A declaração do direito e a observação da lei são obtidas por meio do processo, que constitui o complexo de coordenadas visando a provocar a atuação da vontade concreta da lei, por intermédio dos órgãos da jurisdição, relativamente a um bem que o autor pretende seja garantido pela lei.

Para GROPPALI é errada a identificação do Poder Jurisdicional com o Poder Executivo, porque ambos dão provimento à execução da lei. Também não aceita a similitude com o Poder Legislativo, quando alguns pretendem que o juiz, algumas vezes, é solicitado a criar a norma a ser aplicada. Para o publicista italiano a Constituição tem dado pouca atenção à função jurisdicional, deixando que leis especiais disciplinem esta atividade (29).

A primeira classificação, que se costuma dizer material ou substancial, visa ao conteúdo do poder, reduz todas as manifestações de poder em três

(28) G. JELLINEK — V. E. ORLANDO, *La Dottrina Generale del Diritto dello Stato*, Dott. T. Giuffrè — Editore, Milão, 1949, trad. italiana da 3.ª ed. alemã de Dott. Modestino Petrozziello.

(29) GROPPALI, Alessandro, *Dottrina dello Stato*, Droit. A. Giuffrè — Editore, Milão, 1952, 8.ª ed., pp. 160 a 180.

funções. Esta tripartição, considerada como aspectos do poder do governo, deve ser entendida no sentido de que são abstratamente distintas, mas não se pode deixar de reconhecer que os atos em que se manifestam têm, às vezes, caráter misto, por não pertencerem inteira e exclusivamente a uma das funções.

Ao lado da classificação material, existe a orgânica ou institucional, desde que as atividades são realizadas através de órgãos.

As funções podem ser classificadas quanto às formas que revestem seus atos. Para SANTI ROMANO a classificação formal coincide com a institucional, em muitos de seus aspectos (30).

A doutrina pura do direito de HANS Kelsen, que assenta sobre a construção em degraus (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico, introduziu uma dicotomia entre legislação (*legis datio*) e execução (*legis executio*).

Para Kelsen a separação de poderes designa um princípio de organização política, em que se pressupõe que os mesmos podem ser determinados como três funções coordenadas do Estado, em que é possível definir as linhas que as separam.

Criticando a teoria, afirma Kelsen que as funções fundamentais do Estado não são três, mas duas: criação e aplicação da lei (execução), funções que não são coordenadas, mas sub e supra-ordenadas. Não é possível definir as linhas que separam estas funções entre si, desde que a distinção entre criação e aplicação do direito que serve de base ao dualismo, Poder Legislativo e Poder Executivo, tem apenas um caráter relativo, pois em sua maioria os atos do Estado são ao mesmo tempo atos de criação e de aplicação do direito.

A legislação compreende a criação das normas jurídicas gerais. As Constituições que consagram o princípio da separação de poderes autorizam o Chefe do Executivo a expedir normas gerais em lugar do órgão legislativo, muitas vezes sem autorização especial do mesmo órgão, em ocasiões especiais. Às vezes, a competência legislativa concedida ao Chefe do Poder Executivo é ampla. O Chefe do Executivo exercita função legislativa quando tem o direito de veto de evitar que normas aprovadas pelo órgão legislativo se convertam em leis.

Os tribunais realizam função legislativa quando estão autorizados a declarar leis inconstitucionais. Considera Kelsen que é função legislativa aquela decisão em caso concreto que se converte em precedente para resolução de outros casos similares. Com esta competência, o tribunal cria uma norma geral que se encontra no mesmo nível das leis que procedem do órgão legislativo.

A separação do Poder Judicial do Poder Executivo só é possível de maneira limitada. A separação restrita dos poderes é impraticável, pois os tipos de atividades usualmente designados por estes termos não implicam funções

(30) SANTI ROMANO, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, trad. de MARIA HELENA DINIZ, pp. 224 a 232.

essencialmente distintas. A função judicial é executiva, no mesmo sentido que a função que ordinariamente designa esta palavra (31).

A autoridade única, seja individualizada ou colegiada, constitui para os governados permanente risco de arbitrariedade. Conforme assinala BURDEAU, quando um órgão passa a ser o detentor exclusivo do poder estatal, terá este fins contrários aos interesses da coletividade. O risco apontado é corrigido pela distribuição das prerrogativas do poder público entre órgãos distintos.

A doutrina da função do Estado, de BURDEAU, no que se refere a um confronto com a fórmula de MONTESQUIEU, apresenta pontos discutíveis. Ao partir da noção de função e de suas finalidades, através da aceitação do caráter meramente instrumental da mesma, rejeita a tricotomia clássica para chegar à aceitação da bipartição. A função que se concretiza na decisão opera-se através da decisão do governo, ao passo que esta opera-se através da função administrativa. Esta exposição parte da afirmativa de que a teoria e a prática da separação de poderes são formuladas por meio de elementos, que propiciam um fracionamento da autoridade e o critério sobre o qual será efetuado.

A repartição das prerrogativas estatais, calculadas sobre a distinção das funções do Estado, dá a entender que a multiplicidade de atuações é que justifica a divisão de poder. Para BURDEAU, deve-se restituir à idéia de divisão de poder sua plena independência da teoria das funções, pois entende que a classificação delas remonta à antiguidade, ao passo que a repartição foi posterior. Diversas modalidades de repartição funcional de competências revelam que a divisão de poder foi efetivada em todos os Estados liberais.

Nenhuma das componentes da teoria constitucional é tão lembrada como aquela que consagra a repartição da totalidade da atividade estatal por via das três funções. Entretanto, para BURDEAU existem essencialmente duas funções no Estado. A primeira ocorre quando o poder estatal, em toda a sua plenitude criadora, autônoma e independente, realiza a função governamental. A outra revela-se através de um poder derivado, secundário e subordinado, que é a função administrativa (32).

A dicotomia fundamental da distribuição e concentração do exercício do poder político leva LOEWENSTEIN ao exame do dogma político que ele considera como fundamento do constitucionalismo moderno: a separação de poderes.

A separação de poderes não é mais do que o reconhecimento de que uma parte do Estado tem que cumprir determinadas funções, decorrentes do problema técnico da divisão de trabalho, sendo que os destinatários do poder são beneficiados se elas são realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos*

(31) KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitária, México, 1950, trad. de EDUARDO GARCIA MAYNEZ, pp. 268 e ss.; *idem*, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, S. A. México, 1951, trad. de LUIS LEGAZ LACAMBRA, pp. 335 e ss.

(32) BURDEAU, Georges, "Remarques sur la Classification des Fonctions Étatiques", *Revue du Droit Public*, 1945; *idem*, *Traité de Science Politique. Régimes Politiques*, Tomo IV, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, pp. 292 e ss.; *idem* *Précis de Droit Constitutionnel*, pp. 406 e ss.

ideológico da teoria da separação de poderes. A separação de poderes é uma forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político. A designação errônea de separação dos poderes estatais na realidade não passa de uma distribuição de determinadas funções estatais por órgãos diferentes. O conceito de *poderes* deve ser entendido neste contexto de maneira figurativa, daí que prefere falar em *separação de funções* em lugar de separação de poderes (33).

Numa demonstração das particularidades que surgem em torno do entendimento dessa doutrina, GEOFFREY MARSHALL diz que a expressão separação de poderes é uma das mais confusas do vocabulário político e constitucional, pois vem sendo usada com variadas implicações.

Ao apreciar as formas da separação, entende que ela agrupa diversas idéias coincidentes que não são sinônimas, mas apresentam pontos comuns como ocorre com distribuição, diferenciação, isoladamente e confrontação.

Nem todos os regimes apresentam a mesma forma de relacionamento entre os órgãos que se ocupam de certas atividades do Estado. O posicionamento que surge entre o Legislativo e o Judiciário é apresentado como o mais crucial para o sistema constitucional. Exemplificando com a Inglaterra, GEOFFREY MARSHALL assinala que há uma concentração do poder formal no Legislativo, que de certa maneira surge como superior ao Executivo e Judicial, na estruturação dos órgãos do governo. Reconhece, ainda, que em outros sistemas constitucionais percebe-se mais uma separação de poderes do que uma concentração (34).

Várias implicações decorrem do funcionamento das estruturas de poder, desde que apresentam particularidades que variam de conformidade com as interpretações que ocorrem com este princípio constitucional.

Dentre esses entendimentos o princípio é essencial à determinação do Estado liberal. Este funciona sob uma dupla separação: separação entre a sociedade civil e o Estado, considerada como *separação externa* e separação de poderes no Estado ou *separação interna*. Tido como dado simétrico na estrutura do Estado liberal, postula mais do que simples técnica de trabalho na conduta dos negócios públicos. Trata-se de uma obrigação de que as diversas funções do Estado sejam asseguradas por órgãos independentes uns dos outros, autônomos na sua designação e funcionamento.

As implicações teóricas e políticas deste princípio de organização, apesar das críticas que lhe são feitas ou das referências ao mesmo como um mito ou idéia-força, surgem a todo momento, com incursões constantes à obra de MONTESQUIEU:

“Il faut remarquer qu'une lecture attentive du texte de MONTESQUIEU ne fait nullement apparaître un principe de séparation des

(33) LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, 2.ª ed. trad. de ALFREDO GALLEGÓ ANABITARTE, pp. 54 a 56.

(34) MARSHALL, Geoffrey, *Constitutional Theory*, at the Clarendon Press, Oxford, 1971, pp. 97 e ss.

pouvoirs, mais, bien au contraire, celui de la collaboration étroite des pouvoirs entre eux. Les exemples sont nombreux qui montrent comment un acte politique est en réalité le fruit de l'activité de plusieurs organes dans l'État" (35).

Este crítico do Direito Constitucional assinala que nenhum sistema liberal praticou uma estrita separação de poderes, desde que a concebe impossível no plano jurídico. Essa impossibilidade levou a que todas as Constituições políticas procurassem organizar, da melhor maneira possível, a natureza e as modalidades das relações entre as diferentes funções exercidas pelo Estado.

As teorias clássicas têm permitido ambigüidades de linguagem e de pensamento, daí as leituras possíveis que levam a interpretações discordantes ou variáveis com a época. Uma primeira e fundamental leitura de MONTESQUIEU, considerada como a mais tradicional, feita por CARRÉ DE MALBERG. Nos nossos tempos, outra leitura, também liberal, chega a conclusões bem diferentes e propõe outra imagem da separação.

RAYMOND ARON admite que a idéia essencial de MONTESQUIEU não é a separação dos poderes no sentido jurídico, mas um equilíbrio de poderes sociais, condição da liberdade política. Expõe uma concepção da constituição de Estados moderados e livres, que instituem o equilíbrio de poderes sociais como condição da liberdade (36).

Pelo levantamento dos autores de manuais, duas conseqüências jurídicas podem ser tiradas da teoria da separação de poderes: a especialização e a independência. A especialização funcional significa que os órgãos instituídos são especializados em determinada função. Os limites desse entendimento estão em que cada função não é monopolizada por um órgão, mas muitos podem participar da mesma. A independência orgânica torna-se necessária para que o poder não seja concentrado nas mãos de um só órgão; é preciso dividir em *poderes* concorrentes representados por órgãos independentes uns dos outros em suas relações.

MICHEL MIALLE vê o equilíbrio dos poderes como equilíbrio das forças sociais, quando examina o projeto de MONTESQUIEU e a natureza da pretendida separação. Esta compreensão não vê na idéia de separação dos poderes uma repartição, mas um sistema engenhoso que na realidade beneficia certo grupo. Apesar de reconhecê-lo como ponto central das instituições, encara-o como um artifício (37).

(35) MIALLE, Michel, *L'État du Droit, Introduction à une Critique du Droit Constitutionnel*, François Maspero, Presses Universitaires de Grenoble, 1978, pp. 87, 95, 96.

(36) ARON, Raymond, *Les Étapes de la Pensée Sociologique*, Gallimard, Bibliothèque des Sciences Humaines, 1967, p. 40; EISENMANN, Ch., *L'Esprit des Lois et la Séparation des Pouvoirs*, Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1953, pp. 190 e ss.

(37) MIALLE, Michel, *L'État du Droit*, ob. cit., pp. 217 e 218.

Várias deduções ocorrem quando atentamos para definir a contribuição e as conseqüências da teoria da separação de poderes na evolução das instituições políticas. HERMAN FINER lembra que a utilidade política do relacionamento entre os poderes não depende apenas de sua natureza, mas da mentalidade e procedimento daquele que o exerce. Considera como seu objetivo a defesa de valores espirituais e materiais acerca do controle do governo, no que depende em grande parte das circunstâncias que favorecem a sua aplicação (38).

As explicações em torno do assunto e as críticas que lhe são apresentadas não acarretam o abandono da terminologia tradicional. Chega-se a afirmar a independência e a harmonia teórica dos poderes, bem como, em princípio, a predominância de qualquer deles. A forma do exercício de cada um deles pode levar à preponderância, desde que a atuação de um deles possa superar a dos outros ou não se procure agir com a intensidade que seria própria:

“Antes de entrarmos no assunto, convém atendermos ao seguinte: um conceito é o de distinção das funções do Estado em função legislativa, função executiva e função judiciária; outro o de separação absoluta dos poderes segundo tal critério distintivo. Quer se adote o princípio da separação absoluta, quer não se adote, a distinção existe, porque é de ordem fática, isto é, pertence à natureza dos fatos da vida social” (39).

PAULO BONAVIDES, no título sobre a queda de um dogma, apresenta a separação de poderes como esteio sagrado do liberalismo. Nesse estudo examina a influência que o princípio alcançou nas diversas etapas do constitucionalismo, para ressaltar aspectos de sua sobrevivência no Estado social. Apontando a fase de seu apogeu como base da organização política do Estado liberal-democrático, mostra as transformações ocorridas em relação ao mesmo:

“Esse princípio, que nas origens de sua formulação foi talvez o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos da lei fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política, já não oferece em nossos dias o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental” (40).

Esse publicista aponta o papel histórico que o princípio representou. Conclui que a separação de poderes como técnica em declínio, em vista de separação gradual, determinada por novos modos de equilíbrio político, não está apenas assentada em justificativas formais de proteção aos direitos individuais. Cumpriu sua missão.

(38) FINER, Herman, *The Theory and Practice of Modern Government*, Methuen & Co. Ltd., Londres, 1954, pp. 94 e 99.

(39) MIRANDA, Pontes de, “Independência e Harmonia dos Poderes”, *Revista de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 20, abril/junho 1972, pp. 9 e ss.

(40) BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Edição Saraiva, São Paulo, 1961, p. 36.

No que diz respeito à origem e justificação da doutrina da divisão de poderes, aceita sua importância histórica e a sua conveniência, através da exposição dos fatores que contribuíram para sua explicação e o ambiente que propiciou a sua concretização:

“Mas essa divisão não se prende apenas a uma racionalização doutrinária, à maneira do que fez MONTESQUIEU para a França, quando elaborou as bases teóricas do princípio, a saber, em observações colhidas na vida constitucional inglesa, sem embargo de a crítica dos tratadistas haver subsequenteemente comprovado o engano do ínclito filósofo liberal, engano que, segundo certo autor, foi “o mais fecundo” de que há notícia na história das políticas da humanidade, por haver permitido o advento do constitucionalismo democrático” (41).

Entendendo-a como técnica de limitação do poder ou arma de combate aos sistemas tradicionais de opressão política, BONAVIDES percebe, entretanto, que ela contribuiu para a limitação máxima dos fins do Estado. O Estado social fez crescer os fins do Estado, pelo que entende ser o princípio de MONTESQUIEU favorável à diminuição e não ao alargamento dos seus fins, circunstância que determinou o recuo ou o abandono desse princípio na doutrina moderna.

Na apresentação dos corretivos à técnica separatista, verifica que técnicas existem, como desmentido à teoria da separação de poderes na sua interpretação rigorosa:

“O sistema de freios e contrapesos constitui a primeira correção essencial que se impôs ao referido princípio, como decorrência até certo ponto empírica da prática constitucional, bem que não estivesse ausente das reflexões de MONTESQUIEU (42).

Institutos provenientes da impossibilidade de manter os poderes afastados propiciaram a maior intercomunicação dos poderes, solidariedade que corrige no Estado democrático moderno o melhor entrosamento entre o indivíduo e as garantias que lhes são ampliadas no elenco constitucional e nos remédios favoráveis à sua efetivação.

O princípio que para DEL VECCHIO foi impropriamente denominado da *divisão dos poderes*, pois com maior rigor deveria chamar de *distinção das funções*, constitui, ainda hoje, motivo para profundas discussões, mesmo para aqueles que procuram afastá-lo da análise do constitucionalismo moderno. Não se pode negar que a repartição do poder do Estado, com distinções precisas, teve grande significação técnica e valor jurídico, ao mesmo tempo que propiciou a demarcação de limites inerentes a cada um dos órgãos e permitiu ações legais reparadoras nos casos de transgressão (43).

(41) BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, ob. cit., p. 43.

(42) BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, ob. cit., p. 51.

(43) VECCHIO, Giorgio Del, *Teoria del Estado*, Bosch, Barcelona, 1956, trad. de EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ, pp. 139 e ss.