

O princípio da separação de Poderes, limites ao poder do Estado e democracia

Principle of separation of Powers, limitations to State power and democracy

Wilson Alves de Souza*

Resumo

Este trabalho coloca à discussão o problema da efetiva aplicação do princípio da separação de Poderes e questiona se é cabível falar em existência de democracia nos Estados em que isso não ocorre. Após fundamentação a partir do estudo do problema do poder, do conceito de soberania e dos limites ao poder do Estado, defende-se a tese de que sem efetiva separação de Poderes não há democracia.

Palavras-chave: Poder. Democracia. Limites ao poder. Separação de Poderes.

Abstract

This essay discuss the issue of effective application of the principle of separation of Powers and questions whether it is proper to call democratic the States where it is not observed. After a theoretical grounding on the problem of power, the concept of sovereignty and limitations to state power, it advocates the thesis that there is no democracy without effective separation of Powers.

Keywords: Democracy. Limitations to State power. Separation of Powers.

1 Introdução

O problema da democracia está em contínua discussão, a tal ponto, na atualidade, muitos afirmam que ela está em risco por conta de atuações exitosas de populistas antiliberais.

Do mesmo modo, considerando o conceito de democracia, também se tem discutido a respeito do princípio da separação de Poderes, não faltando quem o considere um mito, quem o rejeite enquanto elemento essencial àquele conceito, além do que, tem-se verificado na atualidade a prática de movimentos populistas antiliberais, sobretudo nas redes sociais, contra o Legislativo e o Judiciário.

Assim, põe-se aqui o seguinte problema: a efetiva aplicação do princípio da divisão de Poderes é ou não essencial ao conceito de democracia?

2 Problema do poder

O homem é um ser social. Para que a vida humana ocorra com um mínimo de harmonia necessário se faz que a sociedade se organize. A organização da sociedade, de outro lado, não pode dispensar a instituição do poder. Considerando a condição humana e que os bens da vida existentes na face da Terra são infinitamente inferiores às necessidades humanas, e tendo em vista que os homens nem sempre se apresentam solidários uns com os outros, surge o conflito.¹ Assim, impõe-se a organização da sociedade a partir do poder.

Em todas as sociedades conhecidas existem, existiram e provavelmente existirão diferenças e desigualdades sociais. Os conflitos e lutas sociais se vinculam, precisamente, a essas diferenças e desigualdades, na medida em que os bens existentes são limitados e precisam ser distribuídos entre as

* Professor titular da Universidade Federal da Bahia. Pós-doutor em direito. Desembargador do Tribunal Regional da 1ª Região.

¹ Sobre satisfação das necessidades humanas, interesses, bens e limitações destes, ver, CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus. 1999. p. 92-94.

pessoas (com necessidades ilimitadas) de forma organizada. A desigual distribuição dos recursos e do poder (posto que alguns atores sociais apresentar-se-ão como dirigentes e outros como dirigidos) é consequência desse pressuposto. Não se está aqui expressando adesão à doutrina economicista da gênese do Estado e do direito, na medida em que o sentido da expressão *bens da vida* — associada à ideia de *necessidades humanas* — é o mais amplo possível, ou seja, abrange os bens materiais (patrimoniais em geral) e os bens imateriais (liberdade, estado, honra, etc.).²

Sem essa organização mínima instalar-se-ia o caos social, na medida em que, como salientado acima, a solidariedade entre os homens nem sempre ocorre, sendo inerente à condição humana a não relativização das necessidades. Se a sociedade não se organizasse adequadamente, é bem possível que alguns homens procurassem a satisfação das suas necessidades se sobrepondo a outros homens de qualquer maneira. A vida, então, seria insuportável.³

Deste modo, forçoso é convir que o problema do poder é um dos mais complexos da condição humana e, por isso mesmo, um dos mais discutidos através dos séculos.

De fato, o problema do poder é um dos mais relevantes da vida humana. Nesse sentido, diz-se que o poder fascina, embriaga, corrompe, deslumbra, apaixonava. Isso porque o homem que detém algum tipo de poder, de algum modo decide com autoridade sobre os bens da vida de outros homens.

O fenômeno do poder, no entanto, não ocorre do nada, não se insere no vazio nem acontece isoladamente; ao contrário, ocorre na sociedade, envolve uma situação estabelecida e de luta constante pela sua aquisição e manutenção. De outro lado, partindo do suposto de que, necessariamente, o poder é exercido pelo homem para determinar o destino de

outros homens, tal fenômeno é também uma relação, que exige justificativa por parte de quem o detém. E assim é porque, dentre outras razões, na sociedade humana nem todos aceitam passivamente a condição de governado e muitos também são providos da capacidade e do desejo de governar.

3 Democracia

Sendo o poder algo tão relevante para a convivência dos homens e tão fascinante, a ensejar afirmações no sentido do seu caráter mítico, evidentemente que exigiria uma justificação, envolvendo a problemática da sua legitimidade e, paralelamente, de certo modo, da sua origem. Buscar o fundamento do poder é responder às seguintes perguntas: se a pessoa que detém o poder político tem o monopólio do uso da força para impor suas decisões sobre outras pessoas, a força é suficiente para que os destinatários aceitem as decisões? Se a resposta a tal questão for positiva, qual a diferença entre o poder político e o poder de um bando de ladrões?

Estamos, sem dúvida, diante de um problema da maior complexidade, de ordem multidisciplinar, que envolve diversos fatores e enseja respostas variadas.⁴

Segundo A. L. Machado Neto (1973, p. 296), são muitas as teorias que procuram justificar a origem do poder político, mas “poderemos dividir as grandes concepções da origem do Estado em contratualistas, teológicas e teoria da luta de classes, de raças e de povos ou grupos”.⁵

Explica Norberto Bobbio (1999, p. 90-91) que ao longo da história podem-se destacar pelo menos seis princípios da legitimidade do poder, que podemos resumir, através de duplas antitéticas, a três grandes princípios unificadores: a vontade, a natureza e a história. São doutrinas voluntaristas aquelas indicadas por Gaetano Mosca: os governos recebem o poder da

² Para uma demonstração no sentido de que, a partir de uma interpretação de textos de Marx, a economia não determina o direito, nem o direito determina arbitrariamente a economia, conferir GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 36-44.

³ Nesse sentido, de certo modo, afirma John Kenneth Galbraith, que as fontes do poder são a personalidade, que qualifica, na linguagem comum, como liderança, a propriedade ou riqueza, que proporciona os meios para comprar submissão, e a organização, fonte do poder mais importante nas sociedades modernas. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. Tradução de Hilário Torloni. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1989. p. 6-7.

⁴ Como anotado por Tércio Sampaio Ferraz Junior, o fenômeno do poder é certamente irreduzível, de modo que dizer o seu núcleo essencial é tarefa que esbarra numa sensação de multiplicidade, individual e socialmente dispersa. Daí porque o poder está na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, e se vê na força, na violência, na persuasão, no convencimento, na vitória, na resistência e até na fraqueza e no desamparo. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 16.

⁵ Como visto no texto principal, esse autor apresenta as concepções da origem do Estado, mas entendemos que, de alguma maneira, explicar a origem do Estado implica também em fundamentar o poder.

vontade de Deus ou da vontade do povo. A doutrina naturalista se sustenta, em resumo, na assertiva de que o direito de comandar (atribuído a uns) e o dever de obedecer (imposto a outros) está em que os homens são desiguais por natureza. As doutrinas historicistas se fundam na força da tradição (explicação do poder dos reis) ou na necessidade de mudança como referência à história futura (justificação do poder obtido por meio da revolução).

Na realidade, o fundamento teológico do poder não tem sustentação aceitável. Mas não se pode negar sua importância histórica. Destaque-se, por exemplo, a *teoria do direito divino sobrenatural*.⁶

Outra concepção teológica a merecer análise é a *teoria do direito divino providencial*, segundo a qual Deus criou o Estado, mas também designa expressamente em cada sociedade política quem deve exercer o poder ou a família de onde deve sair o monarca, de maneira que os reis devem contas do seu modo de governar apenas a Deus, não existindo na Terra nenhum outro poder superior à autoridade real.⁷

Um dos mais destacados pensadores que desvincularam o fundamento do poder do caráter teológico foi Nicolau Maquiavel, que, partindo da observação, procurou explicar como se adquire e como se deve conservar o poder. Para Maquiavel, o poder é exercido por aquele que teve a audácia e a *virtú*. Ao acomodado, ao que espera apenas pela sorte, não resta senão a posição de governado. A sorte (fortuna) ajuda, mas sem a ousadia não se alcança o poder. (MAQUIAVEL, 1996, p. 52-53). Mas até a fortuna está

afastada dos desígnios de Deus, dado que “o seu poder é manifesto onde não existe resistência organizada, dirigindo ela a sua violência só para onde não se fizeram diques e reparos para contê-la”. (MAQUIAVEL, 1996, p. 131-132)

Como fica perceptível, Maquiavel não se preocupou em fundamentar o poder, mas em lecionar como o poder deve ser adquirido e conservado. De qualquer modo, tal filósofo pode ser considerado um voluntarista não teológico.⁸

Em sentido semelhante, Thomas Hobbes (1979, p. 107-108) repeliu de maneira clara e contundente qualquer fundamentação do poder em Deus.⁹ Defende Hobbes o absolutismo partindo da ideia de que os homens são aproximadamente iguais por natureza, de maneira que o homem mais fraco pode, em determinadas circunstâncias, subjugar o homem mais forte.¹⁰ Partindo de tais premissas, Hobbes constrói o fundamento do poder no contrato social como algo necessário à convivência social até mesmo por puro instinto de conservação. Deste modo, da lei fundamental de natureza, segundo a qual se impõe que todos os homens procurem a paz, deriva uma segunda lei, que consiste numa espécie de renúncia bilateral

⁸ Observe-se, por exemplo, a seguinte afirmação de Maquiavel: “Todos os Estados, todos os domínios que tem havido e que há sobre os homens foram e são repúblicas ou principados. Os principados ou são hereditários, cujo senhor é o príncipe pelo sangue, por longo tempo, ou são novos. Os novos são totalmente novos, como Milão com Francesco Sforza, ou são como membros acrescentados a um Estado que um príncipe adquire por herança, como o reino de Nápoles ao rei da Espanha. Estes domínios assim adquiridos são, ou acostumados à sujeição a um príncipe, ou são livres, e são adquiridos com tropas de outrem ou próprias, pela fortuna ou pelo mérito”. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Cit., p. 33.

⁹ Diz o referido filósofo: “E quando alguns homens, desobedecendo a seu soberano, pretendem ter celebrado um novo pacto, não com homens, mas com Deus, também isto é injusto, pois não há pacto com Deus a não ser através da mediação de alguém que represente a pessoa de Deus, e ninguém o faz a não ser o lugar-tenente de Deus, o detentor da soberania abaixo de Deus. E esta pretensão de um pacto com Deus é uma mentira tão evidente, mesmo perante a consciência de quem tal pretende, que não constitui apenas um ato injusto, mas também um ato próprio de um caráter vil e inumano”.

¹⁰ Afirma o mencionado autor que “à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo”. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Cit., p. 74. Por isso mesmo — aduz Hobbes —, o homem vive em estado de solidão, embrutecido, travando uma luta contra o próprio homem, ou seja, “tudo aquilo que é válido para um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, o mesmo é válido também para o tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida por sua própria força e sua própria invenção”. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Cit., p. 76.

⁶ Informa Raymond G. Gettell que Santo Agostinho, em sua obra *A Cidade de Deus*, sustenta a origem divina do Estado, de modo que, em oposição aos donatistas, o governante representa a vontade de Deus na Terra, apesar de que o verdadeiro reino de Deus não tem esse caráter. Aduz o referido autor que Santo Tomás de Aquino também buscou em Deus a justificação do poder político, porquanto fundamenta sua teoria da autoridade política na concepção aristotélica da natureza social do homem, em harmonia com a doutrina sobre a origem divina do Estado. GETTELL, Raymond G. *Historia de las ideas políticas*. Tradução de Teodoro González García. 2. ed. Barcelona: Labor, 1950. v.1, p. 162 e 198.

⁷ Dessa maneira, como adverte Darcy Azambuja, estão equivocados os que afirmam que os papas sustentavam uma teoria do poder absoluto dos reis. Na realidade, estes, por intermédio dos seus legistas, é que sustentaram a ideia de um poder internamente supremo, ou seja, acima do povo e dos nobres, e externamente independente da Santa Sé, com base na seguinte máxima: “O rei não recebeu de ninguém o seu Reino, senão de Deus e da sua espada”. AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 1975. p. 56. Observa-se, no caso, uma combinação do fundamento na vontade divina e na tradição.

e recíproca.¹¹ Segundo Hobbes, o poder gerado pelo contrato social é absoluto, de maneira que a soberania do Estado se funda na obediência cega dos súditos. Vale dizer, o Estado é o grande Leviatã, um gigante formado por todos os homens, que encerra a unidade absoluta e o poder absoluto na pessoa do soberano, o qual não é parte no contrato.¹²

Outro filósofo que rechaçou a fundamentação teológica do poder foi John Locke, o qual se opôs à teoria do direito divino, defendida pelos anglicanos. Como salientado por Raymond G. Gettell (1950, p. 366), Locke concordou com Hobbes no que concerne à concepção individualista e na teoria do pacto social como justificativa do poder, mas ao contrário deste, sustentou que prevalecem no estado de natureza primitivo a ordem e a razão, existindo preceitos jurídicos que nascem do direito natural. O pacto social não é geral, mas específico e limitado. De outro lado, o poder não passa a ser patrimônio de um órgão ou uma única pessoa, mas sim reside no conjunto da comunidade social, tendo o Estado unicamente o fim de defesa e proteção da lei natural, ressaltando que a existência de tal contrato implica a necessidade do governo de maioria.¹³

Para Luciano Gruppi (1980, p. 14) há ponto diferenciador do pensamento de Locke em relação à filosofia de Hobbes, visto que para este o contrato social não pode ser desfeito, enquanto para aquele isso é possível caso não seja respeitado pelo Estado ou pelo governo, notadamente se não garantir a propriedade, a liberdade política, a liberdade de iniciativa econômica e a segurança pessoal.

Como lembrado por Raymond G. Gettell (1950, v. 1, p. 367), outro aspecto importante do pensamento de Locke é o de o Poder Executivo e o Poder Judiciário dependerem estreitamente de quem faz a lei. Conforme acima salientado, apesar de Locke não ter desenvolvido uma verdadeira teoria de separação de Poderes, influenciou decisivamente a Montesquieu, no particular. Além disso, Locke sustentou que a

democracia, representada por delegados eleitos pelo povo, é a melhor forma de governo, enquanto a monarquia é respeitável, desde que o rei seja privado do poder de fazer as leis e reconheça a vontade do povo.

Também merece destaque o pensamento de Jean-Jacques Rousseau (1997, p. 52), que se insurgiu contra as teses naturalistas ao sustentar que “os filósofos que examinaram os fundamentos da sociedade sentiram todos a necessidade de voltar até o estado de natureza, mas nenhum deles chegou até lá”. Sustenta Rousseau (1997, v. 2, p. 51) que há dois tipos de desigualdade na espécie humana: a natural ou física e a moral ou política.¹⁴ Aduz Rousseau que “a ordem social, porém, é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. Tal direito, no entanto, não se origina da natureza; funda-se, portanto, em convenções” (1997, p. 53-54).

Depreende-se do até aqui exposto, para não alongar a indicação de outras teorias em torno do assunto, que em muitas das doutrinas aqui apresentadas há uma mistura de fundamentos. De qualquer modo, pensamos que, na atualidade, por mais que se acredite em Deus, fica difícil aceitar que o poder temporal decorre da vontade dele. Em verdade, acreditar, em sã consciência, que o poder político deriva da vontade divina é uma ingenuidade.

Com efeito, o poder político é uma criação do homem para o homem, de maneira que a única solução aceitável para a sua fundamentação só pode estar na vontade humana.

Sendo assim, a doutrina contratualista é nitidamente superior à doutrina teológica. No entanto, é engano pensar que todas as doutrinas contratualistas expressam um fundamento democrático. Assim, por exemplo, Hobbes é um teórico contratualista, mas sua doutrina, com raízes naturalistas, teve como objetivo sustentar o absolutismo, e não a democracia. De outro

¹¹ Assevera Hobbes, no particular: “Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo”. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Cit., p. 79.

¹² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Cit., p. 105-106.

¹³ GETTELL, Raymond G. *Historia...*, cit., p. 366.

¹⁴ Explica Rousseau que a desigualdade “natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos vários privilégios de que gozam alguns em prejuízo de outros, como o serem mais ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda por fazerem-se obedecer por eles”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso...*, cit., vol. II, p. 51.

lado, o contratualismo não é a única doutrina que procurou fundamentar a democracia.

Na perspectiva contratualista-democrática, a justificativa do poder está na vontade geral, ou seja, no povo. Entretanto, cabe perguntar o que é a vontade geral ou encampar a indagação proposta por Friedrich Müller (2000), que dá título a um dos seus livros: *Quem é o povo? Aí está, pois, a questão fundamental da democracia*, como sugere o subtítulo do livro ora mencionado. Neste ponto, como adverte Georges Burdeau (s.d, t. 5, p. 571), “se é verdade que não há democracia sem governo do povo pelo povo, a questão importante está em saber o que é preciso entender por povo e como ele governa”.

Os conceitos de *povo* e de *democracia* são por demais vagos e podem ser vistos e analisados em diversas perspectivas. Aqui interessa a conotação jurídica, a qual, no entanto, não pode perder de vista os enfoques axiológico e histórico. Vale dizer, os significados jurídicos de *povo* e de *democracia* variam a depender da visão ideológica de quem os define e tendo em consideração determinadas circunstâncias históricas. Por isso mesmo tais conceitos são apropriados sem a menor cerimônia por todas as ideologias, por todos os regimes políticos. E o fazem mediante defesa feroz do posicionamento adotado com críticas contundentes aos adversários, buscando demonstrar a ilegitimidade dos Estados que adotam posicionamento diferente. Por isso mesmo, não concordamos com José Afonso da Silva (2004, p. 125) quando afirma que “*democracia* é conceito histórico”. Sem dúvida que o dado histórico é relevante, mas esse reducionismo é inaceitável.

Quando as constituições dos Estados consagram expressamente a democracia¹⁵ e, em consequência, que “todo o poder emana do povo”,¹⁶ buscam a legitimação daqueles que detêm o poder. É justamente neste ponto que se põem os questionamentos acima apresentados. Assim, por exemplo, todos os Estados que se proclamam democráticos reconhecem formalmente que nem todos podem votar e, muito

menos, ser votados¹⁷. Ademais, fica sem explicação aceitável o problema da minoria.¹⁸

Apesar de se bradar em algumas constituições, que se afirmam democráticas, que “todo o poder emana do povo”, o fato é que nos Estados que adotam o sistema presidencialista de governo os ocupantes dos mais altos cargos do Executivo (salvo, evidentemente, o presidente da República), com largos poderes (por exemplo, os ministros ou secretários de Estado, o presidente do Banco Central), não são eleitos pelo povo, mas sim nomeados pelo presidente da República, embora demissíveis *ad nutum*.¹⁹ Em muitos Estados, como o Brasil, por exemplo, os juízes são investidos no cargo, em linhas gerais, por concurso público, como qualquer funcionário público, e ascendem aos órgãos superiores mediante promoção por antiguidade e merecimento.²⁰

Entra em discussão, de outro lado, o abismo entre a forma jurídica e a realidade social. Com efeito,

¹⁷ A Constituição brasileira, por exemplo, dispõe sobre diversas restrições à qualidade do eleitor — para votar e ser votado — (§§ 1º e 2º, do art.14) e de condições de elegibilidade — pessoas que podem votar, mas não podem ser votadas — (§§ 3º a 9º, do art. 14 e art. 95, parágrafo único, III).

¹⁸ O assunto foi muito bem percebido por Friedrich Müller, ao advertir que nem sempre se permite que todos os cidadãos votem, e nem todos os eleitores votam efetivamente. O referido autor põe em dúvida o enunciado constitucional de se atribuir todo poder ao povo, ao questionar se isso se sustenta sobre a realidade, vez que há uma impressão difundida de que as coisas não se passam assim. Vale dizer, o constituinte *se atribui* legitimidade, mas silencia sobre o fato de que essa atribuição não alcança a realidade ou, como no caso da Lei Fundamental alemã, que não conheceu nenhum procedimento de outorga da constituição, sobre o fato de que ela também não pode mais alcançá-la. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?...*, cit., p. 49-50. Nesse contexto, a atual Constituição brasileira teve origem na proposta de emenda constitucional “convocando a Assembléia Nacional Constituinte”, apresentada pelo então presidente da República, José Sarney, eleito indiretamente vice-presidente, e que assumiu o cargo de presidente em decorrência da morte de Tancredo Neves, eleito indiretamente, mas que falecera no dia anterior ao da sua posse. Tal proposta fora aprovada como Emenda Constitucional 26 e promulgada em 27 de novembro de 1985, pela qual, na verdade, foram convocados como constituintes os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, eleitos em 1986, para se reunirem dia 1º de fevereiro de 1987. Portanto, os nossos “constituintes” de 1988 não foram eleitos legitimamente para a elaboração da atual Constituição, como desejava a maioria da população. Daí observa José Afonso da Silva que “ao se convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembleia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte”. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 89.

¹⁹ Conferir, por exemplo, Constituição brasileira, arts. 87 e 84, I.

²⁰ Conferir Constituição brasileira, arts. 93, I e II, 94, 107, I e II, 115, parágrafo único, II, 104, e 111-A, 119 e 120, § 1º, 123 e 101.

¹⁵ Por exemplo, a Constituição brasileira, logo no art. 1º, atribui à República Federativa do Brasil a qualidade de “Estado Democrático de Direito”.

¹⁶ Assim, por exemplo, o parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira.

de um lado, apesar das constituições que se afirmam democráticas pregarem a igualdade do voto dos que podem votar,²¹ fica fácil perceber que as coisas, na realidade, funcionam de maneira bem diferente. Essa distorção é mais perceptível principalmente nas sociedades com maior grau de desigualdade social, educacional e econômica. Nestas, prevalecem, normalmente, as manobras dos detentores do poder econômico e das comunicações (numericamente bem inferior) sobre a massa popular pobre, quando não miserável, analfabeta e desinformada (numericamente bem superior), levando de roldão a classe média, normalmente dividida e sem maiores condições de exercer influência no jogo político.²²

De outro lado, agravando o problema da democracia e da legitimação do poder, é perceptível, principalmente nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos que praticam o denominado *capitalismo selvagem*, a existência de milhões de seres humanos completamente marginalizados, verdadeiros deserdados do mundo, párias sociais, desprovidos das mais elementares condições de uma vida humana digna: não têm emprego, moradia, saúde, educação nem mesmo alimentação suficiente. Vivem desprotegidos do Estado e da sociedade. Na verdade, não vivem, vegetam, sobrevivem da boa vontade de um ou de outro ao mendigarem um pedaço de pão no campo ou nas cidades. São os miseráveis, excluídos, seres humanos tratados sem o menor respeito numa sociedade que formalmente diz ter “a dignidade da pessoa humana” como um dos seus “fundamentos”.²³

Norberto Bobbio (1999, p. 157-158) admite que numa perspectiva histórica se possa falar numa democracia formal que não consegue cumprir as promessas que ensejariam qualificar o regime como

uma democracia substancial, ou então, ao contrário, uma democracia substancial, mas cujo poder não fora obtido democraticamente.²⁴

Não podemos emprestar apoio a tudo quanto afirmado por Norberto Bobbio. Não há dúvida que a democracia efetiva deveria ser ao mesmo tempo formal e substancial; pode ser que um regime assim, até agora, pertença ao gênero dos futuríveis. No entanto, não se deve aceitar como democrático um regime que se sustenta apenas no papel e promove a desigualdade social. É que, no fundo, um governo assim, ao expressar que se inspira no *princípio do governo do povo*, é uma farsa democrática, na medida em que a maioria da população é afastada do processo de acesso ao poder; também não se pode admitir como democrático um governo que promove a igualdade social, e, assim, se inspira no *princípio do governo para o povo*, mas que não alcançou o poder por meio da participação popular. Se é assim, forçoso é convir que em nenhum lugar deste planeta se praticou ou se pratica a verdadeira democracia. Fora daí, ter-se-á que adjetivar o conceito de democracia, ou seja, o que se tem percebido no mundo até aqui é uma *democracia relativa*.

Mas não é só isso. Numa democracia é fundamental que o poder seja efetivamente exercido por órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, além do que o poder dos agentes do estado seja exercido de forma limitada e controlada.

Assim, não há dúvida que não se pode aceitar a farsa da democracia formal numa sociedade composta majoritariamente de excluídos. Países assim não podem ser qualificados como democráticos.

Deste modo, a dissintonia entre a forma e a substância, com a exclusão da maioria das pessoas do processo político, ou “participação” subserviente, manipulada e corrompida neste processo, deslegitima qualquer regime que se declare democrático.²⁵

²¹ O princípio do valor igual do voto está consagrado na Constituição brasileira (art. 14).

²² Luciano Gruppi percebeu o problema ao sustentar que na sociedade medieval o burguês não podia ser representado numa assembleia, mas todos podem ser eleitos para o Parlamento a partir do momento que se afirma o sufrágio universal, e a lei é igual para todos. Apesar de ser um progresso enorme o fato de que o voto de Gianni Agnelli tenha peso um, assim como o de quaisquer operários da Fiat, e que, para ser eleito, ele precise do mesmo número de votos que seria necessário a um empregado de suas fábricas, a realidade é que se um Agnelli disser que quer ser eleito senador, ele vai ser eleito de qualquer jeito. GRUPPI, Luciano. *Tudo começou...*, cit., p. 34. Tal afirmação, conquanto deva ser vista com algumas reservas e certo grau de relatividade, o fato é que em grande medida, está conforme a realidade.

²³ Conferir, exatamente assim, a Constituição brasileira (art. 1º, III).

²⁴ Diz, pois, o referido autor que pode ocorrer historicamente uma democracia formal que não consiga manter as principais promessas contidas num programa de democracia substancial, como também uma democracia substancial que se sustente e se desenvolva através do exercício não democrático do poder. Aduz que cada um se acha democrático e o adversário não democrático, e que o único ponto sobre o qual um e outro poderiam concordar é que democracia perfeita o é, ao mesmo tempo, formal e substancial, algo que, até agora, pertence ao gênero dos futuríveis. BOBBIO, Norberto. *Estado...*, cit., p. 157-158.

²⁵ Como observado por Friedrich Müller, a exclusão deslegitima, isto é, a legitimidade somente pode advir da fundamentação no povo real,

Em resumo, cabe sustentar que só se pode qualificar um governo de determinado Estado como democrático se existir confluência entre a democracia formal e a democracia substancial. Fora daí tem-se, como salientado acima, uma democracia relativa ou uma tentativa de se alcançar a democracia substancial, de maneira que nesse sentido, e só nesse sentido, se pode dar certa dose de razão àqueles que definem a democracia como um processo.

4 Poder, Estado e separação de Poderes

O poder se realiza e se efetiva em determinadas sociedades dispensando o Estado. Mas forçoso é convir que nas sociedades modernas o exercício do poder se dá mediante algum grau de organização. Vale dizer, a sociedade humana chegou a ponto tão elevado de organização política que o exercício do poder se dá apenas por meio do Estado, com exceção, evidentemente, das sociedades que ainda vivem sob forma primitiva e da sociedade política internacional. Tem-se que considerar, no entanto, que se algum dia a sociedade humana se organizar politicamente no plano internacional ao máximo, não mais haverá Estados, mas apenas um centro de poder na face da Terra. Como se sabe, já existe no plano internacional algo de concreto, de forma incipiente, em termos parciais e bem restritos, com a formação de blocos políticos ou apenas econômicos, de maneira que no futuro, se houver a continuidade dessa política, é possível que haja grande redução do número de Estados. A Comunidade Europeia, por exemplo, é um bloco político, na medida em que tem moeda própria e órgãos comuns de decisão em todos os planos: de administração, de legislação e de jurisdição. Atualmente, o que existe de concreto e de mais relevante como forma mais organizada de poder político é, inegavelmente, o Estado.

Partindo do pressuposto da existência de determinado Estado (presença dos seus elementos constitutivos), essa expressão representa a própria encarnação do poder, que se define como soberania.

Considerando a finalidade do Estado, as principais atividades deste (que também podem ser qualificadas como funções e, ao mesmo tempo,

poderes) se reduzem a três: legislativa, administrativa e jurisdicional.²⁶

5 Limites ao poder do Estado e separação de Poderes

Nenhum poder é absoluto. Neste sentido, não é exato dizer que toda e qualquer atividade das pessoas subordinadas à autoridade do Estado está sujeita a autorização deste. Mesmo nos governos absolutistas há sempre uma margem de liberdade para o agir das pessoas, isto é, o Estado, qualquer que seja o regime, não tem condição de monitorar toda a vida humana.

De outro lado, existe relação jurídica entre os Estados, disciplinada pelo direito internacional, entre o Estado e os indivíduos que vivem em seu território, regulada pelo próprio Estado. Desta maneira, é imperiosa, do ponto de vista jurídico, a fixação de limites ao poder do Estado, tema que nem sempre é tratado com a devida atenção.²⁷

De fato, é necessário lembrar que o Estado existe em função do homem e não o contrário. O homem busca proteger seus bens, notadamente os mais superiores, no caso, a própria vida e a liberdade, razão da sua própria existência. Mas como o homem vive e convive com outros homens, não há lugar para o livre arbítrio. Por outras palavras, a vida em sociedade não comporta a liberdade absoluta. Daí o sábio aforismo popular, mas de inegável elevado senso jurídico, de que “o nosso direito termina onde começa o direito do outro”.

O Estado deve dar segurança aos seus jurisdicionados tendo em conta fatores internos e externos e, para tanto, precisa manter a ordem. Deve, igualmente, assegurar a todos os seus cidadãos o máximo de bem-estar social em todos os aspectos. Para realizar seus objetivos com eficiência, o Estado precisa buscar recursos, primeiramente junto a seus

que é invocado pelo texto da constituição. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?...*, cit., p. 105. (Os grifos são do autor.)

²⁶ Identificando função jurisdicional à função administrativa, ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2, p. 268.

²⁷ Como adverte Wilhelm von Humboldt, quando se comparam entre si as constituições dos Estados mais notáveis e se comparam com as opiniões dos filósofos e políticos mais acreditados, causa espanto verificar que se trata de um modo tão completo e que se resolve de um modo tão pouco preciso um problema que parece digno de chamar a atenção, qual seja o dos fins para os quais deve dirigir-se a instituição do Estado no seu conjunto e dos limites a fixar na sua ação. VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do estado*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés, 1990. p. 11.

próprios cidadãos. Por isto mesmo, o Estado pode exigir das pessoas sob sua autoridade determinados comportamentos — o que, por si só, já é restrição da liberdade — e, em caso de transgressão, privar o transgressor de determinados bens da vida, inclusive a liberdade. Existem Estados, ditos democráticos e defensores dos direitos humanos, que aplicam até mesmo a sanção de eliminação da própria vida humana. No entanto, o Estado deve agir no sentido de observar o *princípio da menor restrição possível*, ou, em outros termos, do *princípio da permissão da mais ampla liberdade*.²⁸

A ação do Estado, tendo em consideração sua necessidade e seus fins, é, pois, limitada, a começar pela necessidade de atuação jurídica, ou seja, fundada no direito. Essa atuação jurídica deve primordialmente preservar a liberdade individual ao máximo. A liberdade é tão essencial à condição humana que quando se torna indispensável a sua restrição, ou mesmo a sua privação, o interesse individual cede em favor do interesse coletivo, exatamente para o melhor bem-estar social. Se assim não fosse, o sistema de convivência social seria insustentável.²⁹

Está-se, aqui, frente ao velho e inevitável problema da relação entre o Estado e o indivíduo, ou, por outras palavras, da autoridade e da liberdade, cuja solução terá que ser encontrada pela fórmula do equilíbrio. A hipertrofia do poder (superioridade do Estado) em detrimento da liberdade (inferioridade do indivíduo) conduz ao autoritarismo ou mesmo à ditadura, o que está em desacordo, como visto acima,

com os fins do Estado. A hipertrofia do indivíduo (individualismo) em detrimento da autoridade conduz à debilidade do Estado, e se apresenta como uma falsa vantagem. É que Estado excessivamente fraco tende a não realizar os seus fins. Fora daí a humanidade terá chegado a nível tão elevado de consciência política e social que não mais se justificará a existência do Estado.

Com efeito, é crucial a busca incessante do equilíbrio entre o Estado e o indivíduo. Isto é, impõe-se o exercício racional do poder, para que, fundado nas ideias de solidariedade e de aproximação máxima entre governantes e governados, haja uma sociedade com o máximo de igualdade e bem-estar social, e o mínimo de restrição à liberdade.³⁰

É, pois, injustificável qualquer assertiva com sentido destrutivo envolvendo essa relação. Enquanto o Estado for necessário, e se é certo dizer que a verdadeira finalidade deste é a segurança e, até mesmo, o bem-estar individual, descabe qualquer conduta individual que objetive destruir a organização estatal, como também não se pode conceber qualquer iniciativa estatal que não seja para beneficiar o indivíduo. Há que ser buscado um ponto de equilíbrio, no particular.³¹ Assim, se algum dia o Estado deixar de existir, como não admitimos a possibilidade de sociedade humana sem poder, a fórmula jurídica correta é a mesma, substituindo-se o vocábulo *Estado* pela expressão *poder* ou *centro de poder*. Por outras palavras, o poder (com ou sem Estado) existe em função do indivíduo, e não o contrário, de maneira que toda a sua atuação deve ser limitada e controlada, impondo-se a justificativa das suas decisões sempre que restringirem direitos dos cidadãos.

Destarte, não paira dúvida de que um dos princípios mais relevantes para o estabelecimento de

²⁸ Conforme afirma expressivamente Wilhelm von Humboldt, “a verdadeira razão não pode desejar para o homem nenhum outro estado senão aquele em que não somente cada indivíduo goze da mais completa liberdade para desenvolver-se por si mesmo e em sua própria individualidade, mas no que, além disso, a natureza física não receba da mão do homem mais forma que a que queira imprimir-lhe livre e voluntariamente cada indivíduo, na medida das suas necessidades e inclinações, restringidas apenas pelos limites da sua força e do seu direito. A razão não deve ceder deste princípio, na minha opinião, mais do que o necessário para a sua própria conservação. Este princípio, portanto, deverá servir de base para toda a política e especialmente para a solução do problema do que aqui se trata”. VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites...*, cit., p. 23.

²⁹ Invoca-se, mais uma vez, a lição de Wilhelm von Humboldt, ao afirmar que empregando uma fórmula muito geral, poderíamos descrever o verdadeiro alcance da atividade do Estado dizendo que abarca tudo aquilo que pode realizar para o bem da sociedade, mas sem ferir o princípio da mais ampla liberdade. Daí o corolário de que é reprovável todo o esforço do Estado para se imiscuir nos assuntos privados dos cidadãos, sempre que estes não se refiram diretamente à lesão dos direitos de um pelo outro. VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites...*, cit., p. 25.

³⁰ Assiste-se, segundo B. Mirkine-Guetzevitch, ao processo da racionalização do Poder, à tendência de submeter ao direito todo o conjunto da vida coletiva. De outro lado, não só aparece a democracia de fato, como também a democracia de direito, que se traduz pela racionalização jurídica da vontade geral (do povo), justificando-se não apenas porque ela é a vontade da maioria, como também porque contém formas que garantem a expressão mais razoável e mais justa desta vontade, aproximando o Estado livre da verdadeira antropocracia. MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Las nuevas constituciones del mundo*. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931. p. 12-13.

³¹ Segundo anotado por Orlando Gomes dos Santos, a fórmula de SPENCER (“o indivíduo contra o Estado”) é substituída pela de WILSON (“o Estado pelo indivíduo”). SANTOS, Orlando Gomes dos. *O estado e o indivíduo*. Bahia: Gráfica Popular, 1933, p. 78.

limites ao poder estatal é o da *separação de Poderes*, que consiste na atribuição das funções básicas do Estado (legislativa, administrativa e judicial) a órgãos diferentes e independentes entre si. Trata-se, pois, de princípio fundamental no Estado constitucional democrático. O princípio da separação de Poderes é tão essencial que não deve ser qualificado como democrático o Estado que não o adota.

Atribui-se a Montesquieu o desenvolvimento da *teoria da separação de Poderes*, mas é fato reconhecido que sua doutrina se assentou no pensamento de Locke, o qual, apesar de não desenvolver a referida teoria, firmou as bases da mesma ao salientar que o Poder Executivo e o Poder Judiciário dependem estreitamente de quem faz a lei. (GETTEL, 1950, p. 367)

A principal obra de Montesquieu se intitula *Do espírito das leis*. Trata-se de um trabalho de filosofia política, cujos pontos principais são a análise da liberdade e o mecanismo político pelo qual ela deve ser assegurada, fundamentalmente pela separação de Poderes. Em primeiro lugar, o referido pensador analisa a liberdade política em consonância com o direito e em total rejeição ao despotismo, ao salientar que

[...] num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. Deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que as leis proibem, não teria liberdade, porque os outros também teriam tal poder.. (MONTESQUIEU, 1997, p. 200)

A preocupação de Montesquieu foi a de procurar estabelecer um sistema governamental que garantisse melhor liberdade política, e isso só é possível quando se limitam os poderes governamentais, de maneira que a salvaguarda mais conveniente para se evitar a tirania está na separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tal como, segundo ele imaginava, existia na Inglaterra.³²

³² MONTESQUIEU. *Do Espírito...*, cit., p. 200/202. Nesse particular, o equívoco do mencionado filósofo é evidente, porque, como percebido por Raymond G. Gettell, a obra de Montesquieu, apesar da profunda influência que exerceu na América, se funda numa errônea interpretação da Constituição inglesa, posto que a existência do governo de gabinete supõe uma combinação de funções executivas e legislativas; aplica-se na constituição federal e nas constituições dos estados; aparece em muitas petições de direitos e foi incluída

Montesquieu volta a defender a separação de Poderes como condição da liberdade política ao se insurgir de maneira contundente contra o despotismo, deixando claro, ao fazer comparação com o que ocorria na Turquia e em algumas repúblicas da Itália, que a concentração dos três Poderes é a forma utilizada pelo príncipe que pretende ser despótico. (MONTESQUIEU, 1997, p. 202)

Observou Montesquieu que o Poder Executivo deve ser concentrado em uma só pessoa, porque suas ações são mais imediatas, ocorrendo o contrário em relação ao Poder Legislativo. De outro lado, ponderou que, como meio de garantir a liberdade, o corpo legislativo não deveria ficar muito tempo sem se reunir, porque essa demora poderia resultar em concentração de poder no âmbito do Executivo e em absolutismo. (MONTESQUIEU, 1997, p. 206)

Está evidente na obra de Montesquieu, a despeito do marco de uma teoria dos três Poderes e da separação entre eles, ênfase aos Poderes Legislativo e Executivo e menor relevância ao Poder Judiciário. O referido filósofo chegou ao ponto de qualificar o Judiciário como *poder nulo*. Por isso, defendeu ele a necessidade de um poder regulador para moderar os dois verdadeiros Poderes (Legislativo e Executivo), tarefa que poderia ficar a cargo dos nobres do corpo legislativo. (MONTESQUIEU, 1997, p. 205)

Com efeito, sabe-se que só muito tempo depois, sobretudo em decorrência da doutrina americana formada em torno das discussões a respeito da federação, o Poder Judiciário ganhou força e uma posição autônoma em relação aos demais Poderes.³³

De qualquer modo, é inegável a influência da obra de Montesquieu na América. (GETTEL, 1950, v. 2, p. 35.)

A doutrina de Montesquieu avançou por todo o mundo com imensa repercussão, de maneira que foi extraordinária a sua influência no mundo, em especial nos países da América Latina, inclusive no Brasil.

na Declaração dos Direitos do Homem. GETTELL G., Raymond. *Historia...*, cit., vol. II, p. 35.

³³ Como lembrado por José Luiz de Anhaia Mello, foi nos Estados Unidos que o Judiciário começou realmente a assumir o seu lugar ao sol entre os Poderes do Estado e, mais tarde, uma posição de realce entre eles. MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de Poderes à guarda da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 28.

Em síntese, o princípio da separação de Poderes tem marco na atribuição das três funções essenciais do Estado a órgãos autônomos e independentes.

Assim, a função legislativa se caracteriza, fundamentalmente, pela edição de lei geral e abstrata.

A função administrativa se caracteriza pela atuação primária de execução das leis no sentido de prover as necessidades da população e seu relacionamento com os demais entes no âmbito internacional.

A função jurisdicional se caracteriza pela atuação secundária de julgamento dos litígios entre os cidadãos ou entre estes e o próprio Estado e remoção de obstáculos postos pela própria ordem jurídica envolvendo interesses das pessoas, como terceiro desinteressado (imparcial), em caráter substitutivo e definitivo.³⁴

Apesar da inegável relevância da doutrina da divisão de Poderes, há quem afirme que a mencionada teoria não passa de um mito.

Duguit (1923, p. 165), por exemplo, após deixar claro que toda pessoa é indivisível, acrescenta que esta concepção de um poder separado, é uma concepção metafísica, análoga ao mistério cristão da Santíssima Trindade.³⁵

A doutrina de Montesquieu é criticada por outros autores sob diversa perspectiva. Afirma, por exemplo, Marcelo Caetano que o Estado exerce funções não jurídicas, como a *política* e as *técnicas*. (CAETANO, 1987, v. 1, p. 197.)

Em verdade, tem-se por certo que não há como não falar em ato de Estado que não seja jurídico. A chamada função política também é jurídica e se encaixa no âmbito da função executiva; a denominada função técnica não passa de subsídio para a prática de alguma decisão que importa na função executiva

(administrativa ou política), de modo que não existe uma função técnica em si mesma.

Karl Loewenstein (1964, p. 62) fala numa tripartição de funções que denomina de decisão política conformadora ou fundamental, execução da decisão e controle político.³⁶

Essa tripartição exposta por Loewenstein (1964, p. 63-72), na realidade, procede enquanto crítica no sentido de que há que distinguir poder de função. Entretanto, a tese não pode ser aceita e, em verdade, não inova. O que o referido autor denomina de função política se enquadra como função legislativa ou administrativa. A denominada função de execução ou é função administrativa ou é função jurisdicional, conforme o caso. A dita função de controle é legislativa, a exemplo do veto a projeto de lei, ou é jurisdicional, a exemplo do controle de constitucionalidade das leis, em nada importando se determinado ordenamento jurídico entrega tal função a órgão não integrante do Poder Judiciário.

Em outra perspectiva, Kelsen (1990, p. 263 e 266) defende que as funções básicas do Estado são apenas duas: a função de criação e de aplicação do direito, funções essas que são infra e supraordenadas. Aduz o referido autor que

[...] mesmo quando a constituição sustenta expressamente o princípio da separação de poderes, a função legislativa — uma mesma função e não duas funções diferentes — é distribuída entre vários órgãos, mas apenas a um deles é dado o nome de “órgão legislativo”.

Mais:

[...] uma separação estrita dos dois poderes — judiciário e executivo — é impossível, já que os dois tipos de atividade habitualmente designados por esses termos não são funções essencialmente distintas. Na verdade, a função judiciária é executiva no mesmo sentido em que a função comumente

³⁴ A definição ora apresentada indica nosso posicionamento no sentido de que a denominada jurisdição voluntária também é jurisdição, e não administração.

³⁵ DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. 4. ed. Paris: Boccard, 1923. p. 165. Em idêntico sentido, afirma Paulo Ferreira da Cunha que ao tentar deslindar as confusões teóricas entre órgãos, Poderes, funções e até fins do Estado, que incidentalmente se mesclavam, vimos logo que alguns mito-ilusão, ou antes, preconceito aí se apresentavam. O mito do número perfeito *três* contribuiu, como vimos, para não poucos mal-entendidos. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o direito: do realismo clássico à análise mítica*. Coimbra: Almedina, 1990. v. 1, p. 299.

³⁶ Escreve o referido autor, ao criticar a doutrina de Montesquieu, que o iconoclasta não pode sentir-se satisfeito apenas em remover de seu pedestal o ídolo da trílice separação da ordem do domínio nos *Poderes* Legislativo, Executivo e Judiciário. Em seu lugar estará obrigado a colocar outra análise da dinâmica do poder mais de acordo com a sociedade pluralista de massas de nosso século. Segue-se uma nova divisão tripartite: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*). LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 62.

descrita por esse termo; a função judiciária também consiste na execução de normas gerais.

Ocorre que, como reconhece o próprio Kelsen (1990, p. 250),

[...] a palavra "poder" tem significados diferentes nesses usos distintos. O poder do Estado, ao qual o povo está sujeito, nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resulta a unidade do território e a do povo. O "poder" do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder. Porque a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos. Quando, por outro lado, se fala dos três poderes do Estado, o poder é compreendido como uma função do Estado, sendo distinguidas três funções do Estado.

Com efeito, a doutrina da separação de Poderes, como se sabe, não pode, na prática, ser aplicada de maneira absoluta, conforme admitiu o próprio Montesquieu, até porque se essa aplicação absoluta fosse possível, um Poder atingiria a independência do outro. Assim, por exemplo, é indispensável a atribuição de função administrativa ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário no que diz respeito ao funcionamento desses órgãos, porque fosse entregue tal função ao Poder Executivo o princípio da independência dos Poderes estaria comprometido.

Por isso, a doutrina da separação de Poderes não pode ser vista como divisão do poder, porquanto o poder do Estado é uno e indivisível, poder esse que numa sociedade democrática pertence ao próprio povo. O que existe é uma divisão de funções entregue a órgãos diferenciados com autonomia e independência no exercício de suas atribuições com o objetivo de garantir os direitos dos cidadãos, sem prejuízo do melhor desempenho das atribuições do Estado.³⁷ Assim, tendo em conta a condição humana dos agentes do poder, é inegável que quando as diversas funções do Estado são exercidas pela mesma ou sob o comando da mesma pessoa tende-se ao despotismo,

³⁷ Consoante afirmado por Otto Kimminich, há de ser ressaltado que a chamada divisão de Poderes não se confunde, sobretudo no chamado no Estado de Direito democrático, com uma divisão do poder do Estado. Uma fragmentação do poder estatal, ou seja, uma organização jurídica baseada em princípios diferenciados, afigura-se inimaginável. KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de Poderes. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, n. 27, p. 290-291, jan./mar. 1990.

de maneira que, nesse sentido, também é inegável que essa divisão de funções do Estado por meio de órgãos e agentes independentes e autônomos propicia maior garantia da liberdade individual.³⁸

Inequivocamente, não se deve confundir função com poder. A ideia de função se relaciona com procedimento, enquanto a ideia de poder se liga com soberania.³⁹

Não paira dúvida que a separação absoluta de Poderes, no sentido de atribuir a cada um deles apenas sua função específica, é impossível. Aliás, essa impossibilidade fora admitida pelo próprio Montesquieu: primeiro, ao sustentar, conforme observado acima, (MONTESQUIEU, 1997, p. 205) a necessidade da instituição do quarto Poder (regulador), cuja função seria regular o Executivo e o próprio Legislativo, e que seria exercida pelos nobres integrantes do Legislativo; segundo, ao defender a participação do Poder Executivo no exercício da função legislativa "através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas". (MONTESQUIEU, 1997, p. 208)

Nos Estados democráticos, Executivo, Legislativo e Judiciário exercem funções uns dos outros, até como meio de garantir a independência de cada um deles, devendo ser evitada ao máximo a atribuição jurisdicional ao Poder Legislativo e não permitida a mesma atribuição ao Poder Executivo.

Deste modo, vê-se uma variação de atribuições, com a participação de outros Poderes (órgãos de soberania) no processo legislativo quando o tema envolver diretamente a organização e funcionamento do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, a exemplo da criação ou extinção de cargos no âmbito desses órgãos, de maneira que os ordenamentos jurídicos costumam atribuir legitimação apenas a esses Poderes

³⁸ Nesse sentido, destaca Raúl Gustavo Ferreyra que a garantia da separação de Poderes, ao apontar para impedir a concentração dos poderes, põe claramente, ao menos em teoria, um novo princípio na vida das grandes comunidades humanas, qual seja o de que o fracionamento do poder do Estado é um formidável escudo de proteção para a liberdade dos habitantes. FERREYRA, Raúl Gustavo. Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado. *Academia: Revista sobre enseñanza del derecho*, v. 8, n. 15, p. 101, 2010.

³⁹ Segundo observa Antônio Sampaio Dória, função é a faculdade e o ato de proceder dentro das leis. Poder é, além da função, a faculdade de operar por delegação direta da soberania. DÓRIA, Antônio Sampaio. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958. v. 1, t. 1, p. 272.

para a iniciativa de projetos de leis alusivos a tais assuntos.⁴⁰

Percebe-se, ademais, a participação do Poder Executivo no processo legislativo, na medida em que é comum os ordenamentos atribuírem ao chefe desse Poder a competência para sancionar, promulgar e publicar as leis ou vetar projetos de lei.⁴¹

De outro lado, não se deve concordar com o posicionamento de Kelsen no sentido de identificar a função jurisdicional à função administrativa. Aquela se caracteriza pelo fato de determinada demanda ser julgada por terceiro imparcial e desinteressado, não sendo outra a razão que justifica a independência assegurada aos juízes, sobretudo quando uma das partes litigantes é o próprio Estado. Aliás, Kelsen (1990, p. 268) não teve como deixar de reconhecer que

[...] os juízes, por exemplo, são em geral "independentes", isto é, estão sujeitos apenas às leis e não às ordens (instruções) de órgãos judiciários ou administrativos superiores.

Não pode haver dúvida quanto ao fato de que a função jurisdicional não se confunde com a função administrativa. A expressão *administração da justiça*, frequentemente usada na linguagem jurídica, só faz sentido se relacionada com a estrutura administrativa dos órgãos judiciais para o melhor desempenho da atividade jurisdicional (atividade-meio); não deve ser empregada para referir-se à função judicante dos juízes (atividade-fim). No entanto, não se deve perder de vista que nem toda função jurisdicional é atribuída aos órgãos do Poder Judiciário.

Reconhece-se maior proximidade entre as funções administrativa e jurisdicional. Tanto assim que não há dificuldade em distinguir a função legislativa das funções jurisdicional e administrativa, enquanto não é fácil distinguir a função jurisdicional da função administrativa.

A definição de *jurisdição*, acima apresentada, que segue, em parte, a doutrina de Chiovenda (1998, p. 17-18), revela que a principal nota distintiva entre jurisdição e administração está em que, como observado pelo ora referido autor, "a atividade jurisdicional é sempre uma *atividade de substituição*", enquanto a administração

"é uma atividade por si mesma imposta direta e imediatamente pela lei a órgãos públicos". Vale dizer,

[...] a própria administração julga, pois que não se age a não ser com apoio num juízo, *mas julga sobre a própria atividade*. Ao contrário, a jurisdição julga *da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a outrem*.

Tudo quanto acima afirmado aplica-se à chamada jurisdição voluntária. Não merece apoio a assertiva de Chiovenda (1998, p. 23-24) no sentido de que

[...] a jurisdição voluntária é uma forma especial de atividade do Estado, exercida em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos órgãos administrativos, e *pertencente à função administrativa*.⁴²

É que, como admitido pelo próprio Chiovenda, se a substituição de atividade é a nota realmente diferencial entre jurisdição e administração, na jurisdição voluntária o juiz também age em caráter substitutivo como terceiro desinteressado (imparcial); não julga sobre a própria atividade, mas sobre atividade alheia.

A diferença fundamental está em que na jurisdição contenciosa a atividade do juiz se faz necessária em vista da existência de uma lide (situação obstáculo posta por um sujeito contra outro), enquanto na jurisdição voluntária a atividade do juiz é exigida por necessidade de controle de determinados interesses sem qualquer lide (situação obstáculo que o Estado, enquanto ordem jurídica, para fins de controle, põe às pessoas em relação a determinados interesses, ainda que todos os interessados estejam de acordo). Isto sem contar os casos de jurisdição contenciosa com lide presumida pelo Estado (ação contenciosa necessária), mas que pode não existir na realidade (lide fictícia). Assim, por exemplo, a ação proposta por um cônjuge contra outro para anular casamento, quando, na verdade, ambos têm o mesmo interesse.⁴³

⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições..., cit., p. 23-24.

⁴³ Nesse sentido, embora com diferentes fundamentos, é o pensamento de Ovídio A. Baptista da Silva, ao escrever que a jurisdição voluntária distingue-se da contenciosa em que na primeira há jurisdição *declarativa* de direitos, marcada pela ausência de coisa julgada. SILVA, Ovídio. A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 82. No entanto, pensamos que na jurisdição voluntária também há formação de coisa julgada, do mesmo modo que nas ações constitutivas contenciosas. Como a jurisdição voluntária normalmente envolve situações jurídicas continuativas, a sentença prolatada em tais processos, apesar de passar em julgado, está sujeita a revisão a qualquer tempo, o que impõe a necessidade de outra ação (revisional) e, conseqüentemente, de outro processo para tanto, bem assim de um fundamento fático superveniente,

⁴⁰ Conferir o § 1º do art. 61 e art. 96 da Constituição brasileira.

⁴¹ Conferir art. 84, IV e V, da Constituição brasileira.

O Poder Judiciário, como afirmado acima, ganhou relevância. Atualmente, a importância do Poder Judiciário nos Estados democráticos se situa, fundamentalmente, em dois aspectos: a) a independência e as garantias constitucionais da magistratura; b) a atribuição de controlar os atos da Administração Pública e a constitucionalidade das leis.

No entanto, no que se refere ao controle dos atos da Administração Pública existem países que adotam o sistema especial de justiça administrativa, com fundamento na constituição (por exemplo, Portugal).⁴⁴

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis alguns países instituíram o sistema de controle não judicial (por exemplo, França,⁴⁵ Espanha⁴⁶ e Portugal⁴⁷).

De todo modo, não importa se os controles dos atos da Administração e da constitucionalidade das leis são entregues a órgãos judiciais ou não judiciais. O fundamental é todos esses órgãos sejam autônomos e todos seus agentes sejam independentes e imparciais.

Nesse sentido, procede a crítica à afirmada magia que representa o número três. Assim, quando se estabelece a previsão de órgãos de governo (Poder Executivo), órgãos de legislação (Poder Legislativo) e órgãos de jurisdição (Poder Judiciário), mas também se institui órgãos independentes e imparciais com função jurisdicional, mas que não integram nenhum dos três clássicos órgãos de soberania (por exemplo, tribunal militar, tribunal de contas, tribunal administrativo, tribunal constitucional, todos fora do Poder Judiciário), já não mais se pode falar em três Poderes, mas em tantos quantos sejam os órgãos de soberania instituídos pelo constituinte. No entanto, esse dado, no fundo, não tem a menor importância prática.

Deste modo, o que importa é que está fora de dúvida que a teoria da separação de Poderes representou um grande avanço para a humanidade.

A despeito de muitos entenderem que se trata de um mito, forçoso é convir que, se aplicada com correção e equilíbrio, representa um mecanismo, até hoje não superado, de limitação do poder.⁴⁸

Assim, pode-se afirmar que o princípio da separação de Poderes é uma realidade. Não resta dúvida que o problema do poder, por envolver a condição humana, é da maior gravidade, sendo impossível seu exercício com equilíbrio absoluto.

Destarte, a aplicação da teoria da separação (ou divisão) de Poderes ou divisão de funções gera conflitos entre os agentes que integram tais órgãos, havendo, em maior ou menor extensão, supremacia de determinado órgão de Poder sobre outro. É possível ocorrer, na prática, hipertrofia de determinado órgão de Poder, normalmente do Executivo, em relação aos demais. Essa hipertrofia pode ser tão exacerbada que o princípio da separação de Poderes venha a se tornar uma farsa, mas esta distorção não autoriza a generalização das afirmativas de que tal princípio é um mito ou uma utopia. Muito ao contrário, o princípio da separação de Poderes é fundamental para o regime democrático, uma vez que a repartição de Poderes entre órgãos diferentes é fator decisivo de limitação e controle do poder, sem o que não já não se pode em democracia.

Dito de outro modo, o princípio da separação de Poderes pode não ocorrer na realidade. No entanto, operaria como uma utopia sociopolítica válida, no sentido de constituir uma meta política a alcançar, algo assim como o horizonte, do qual buscamos nos aproximar, mas a ele nunca chegamos plenamente. Por isso é importante que exista a teoria e a norma que a consagre, ainda que idealmente, a partir de uma situação que, ainda que ideal, fala de significações teóricas muito concretas e ideais políticos vigentes a partir da aparição da modernidade no mundo ocidental e a concepção de Estado que ela traz aparelhada.

sem prejuízo dos efeitos já produzidos. Mas isso também pode ocorrer com ações de jurisdição contenciosa, a exemplo da sentença prolatada em ação de alimentos, apesar da expressão da lei de que esse tipo de decisão não transita em julgado (cf. art. 15, da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968).

⁴⁴ Conferir Constituição portuguesa, arts. 209º, 1, b, e 212º, 1 a 3.

⁴⁵ Ver Constituição francesa, arts. 56-63, onde se verifica maior atribuição preventiva que repressiva do Conselho Constitucional.

⁴⁶ Conferir Constituição espanhola, arts. 159-165.

⁴⁷ Conferir Constituição portuguesa, arts. 209º, 1, 221º a 224º e 277º a 283º.

⁴⁸ Como salientado por José Luiz de Anhaia Mello, "mito ou realidade, separação ou distribuição de funções, concepção de efeitos absolutos ou prática de diversificação para maior eficiência do todo governamental, a doutrina da separação de Poderes serviu para cindir o poder no seu sentido absoluto e, até hoje, permanece, sem encontrar uma fórmula jurídica que o substitua". MELLO, José Luiz Anhaia de. *Da separação...*, cit., p. 27.

6 Conclusão

À vista do exposto, é possível concluir que princípio da separação de Poderes é essencial ao conceito de democracia, pois se trata de mecanismo fundamental de limitação do poder exercido pelos agentes do Estado, de modo que sem sua efetiva aplicação a atuação estatal tende a ser absolutista em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

7 Referências

- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 1975.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2. ed. Paris: LGDJ, s/d. t. 5.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o direito: do realismo clássico à análise mítica*. Coimbra: Almedina, 1990. v. 1.
- DÓRIA, Antônio Sampaio. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958. v. 1, t. 1.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. 4. ed. Paris: Bocard, 1923.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho*, v. 8, n. 15, 2010. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/15/derecho-constitucional-del-ciudadano-y-derecho-constitucional-del-poder-del-estado.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. Tradução de Hilário Torloni. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1989.
- GETELL, Raymond G. *Historia de las ideas políticas*. Tradução de Teodoro González García. 2. ed. Barcelona: Labor, 1950. v. 1.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Tradução de Dario Canali. Porto Alegre: L & PM, 1980.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990.
- KIMMINICH, Otto. *A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de Poderes*. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, v. 27, n. 105, jan/mar., 1990. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175832/000452796.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 22 ago. 2019.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.
- MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de Poderes à guarda da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Las nuevas constituciones del mundo*. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. [Sem indicação do tradutor]. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Nauman. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v. 2.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v. 1.

SANTOS, Orlando Gomes dos. *O estado e o indivíduo*. Bahia: Gráfica Popular, 1933.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ovídio. A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés, 1990.