

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GEOMAR ANDRÉ BENDER

**A DIVISÃO DO PODER POLÍTICO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO
CONTEMPORÂNEO**

**Porto Alegre
2017**

GEOMAR ANDRÉ BENDER

**A DIVISÃO DO PODER POLÍTICO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito para a obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

**Porto Alegre
2017**

A DIVISÃO DO PODER POLÍTICO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO
CONTEMPORÂNEO

Dissertação defendida por _____ em,
_____ perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área _____, ênfase
_____, como requisito para a obtenção do grau de mestre. Foi
submetida à banca examinadora, que lhe atribuiu a nota: _____, considerando,
portanto:

() aprovado, com o grau correspondente: _____.

() reprovado, com o grau correspondente: _____.

Observações:

Aprovado em: _____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Examinador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Examinador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Examinador: Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar as mudanças ocorridas ao longo do tempo no modo de dividir o poder político do Estado. Neste escopo, como condição preliminar, demonstramos os dois modos básicos de divisão do poder político: um, no sentido vertical, com a divisão do poder político entre entes jurídicos diversos; outro, no sentido horizontal, com a divisão do poder entre órgãos pertencentes a um mesmo ente jurídico. A dissertação centra-se na divisão horizontal, procurando apanhar os modos de divisão do poder desde a antiguidade até o Estado contemporâneo. Neste escopo é necessário examinar a forma como são entendidas as funções do Estado no curso do tempo e a forma de atribuição destas funções a diferentes órgãos. Da inexistência de uma autêntica divisão de poderes na antiguidade, passa-se por uma divisão tripartite no Estado Liberal e chega-se a uma divisão do poder entre, pelo menos, cinco diferentes órgãos no Estado contemporâneo. A par desta evolução e para demonstrar a necessidade de ampliar a tripartição do modelo do Estado liberal, procuramos examinar as transformações sociais que vão conduzindo à necessidade de crescente ampliação e especialização das funções do Estado a ensejar novas divisões do exercício do poder. Por outro lado, estas mesmas transformações sociais, além do aprofundamento da divisão do poder, vão exigindo uma mudança nas atribuições dos poderes, afetando sobremaneira a face do Executivo e do Legislativo.

Palavras-chave: funções estatais, poder político, divisão, determinação, execução e controle.

ABSTRACT

The objective of this paper is to demonstrate the changes that have occurred over time in the way of dividing the political power of the state. In this scope, as a preliminary condition, we demonstrate the two basic means of dividing the political power: one, vertically, with the division of political power between various legal entities, another, horizontally, with the division of power between bodies belonging to the same legal entity. The dissertation focuses on the horizontal division, seeking to capture the ways of dividing power from antiquity to the contemporary state.

In this scope, it is necessary to examine how the functions of the state are understood in the course of time and how these functions are attributed to different bodies. From the absence of an authentic division of powers in antiquity, to a tripartite division in the liberal state, arriving to a division of power between at least five different bodies in the contemporary state. Along with this evolution and to demonstrate the need to broaden the tripartite model of the liberal state, we seek to examine the social transformations that are leading to the need for a growing expansion and specialization of the functions of the state, giving rise to new divisions of the exercise of power. On the other hand, these same social transformations, in addition to deepening the division of power, require a change in the attributions of powers, greatly affecting the Executive and the Legislative branches.

Keywords: state functions, political power, division, determination, execution and control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DO EXERCÍCIO DIRETO DO PODER POLÍTICO À SUA CONCENTRAÇÃO NO ESTADO ABSOLUTISTA.....	10
2.1 O Poder político.....	10
2.2 A divisibilidade do exercício do poder político	13
2.2.1 Dois modos de dividir o exercício do poder político	15
2.2.1.1 a divisão vertical do exercício do poder político	16
2.2.1.2 a divisão horizontal do exercício do poder político.....	18
2.3 A divisão funcional do trabalho na antiguidade	20
2.4 A fragmentação política da sociedade medieval.....	25
2.5 A delimitação do espaço público e a concentração do poder político	30
2.6 A doutrina da soberania do Estado.....	33
2.7 O absolutismo monárquico	355
2.8 A descoberta da técnica da representação política.....	37
3 A DIVISÃO DOS PODERES NO ESTADO LIBERAL	42
3.1 A supremacia do direito e a divisão do poder	42
3.2 A divisão do poder	43
3.2.1 A bipartição do poder. A segregação da função legislativa e a supremacia do Parlamento	44
3.2.2 O postulado do equilíbrio dos Poderes	48
3.3 A tripartição do poder. O ambiente político inglês	50
3.4 Tripartição e equilíbrio dos Poderes	54
3.5 O equilíbrio das forças sociais	55
3.6 A divisão dos Poderes tipo do Estado liberal.....	58
3.6.1 As funções fundamentais	59
3.6.2 O exercício das funções fundamentais	60
3.6.3 Composição e atribuição dos Poderes	600
3.6.3.1 a função legislativa	60
3.6.3.2 a função executiva	61
3.6.3.3 a função jurisdicional	611
3.7 A consagração do Poder Judiciário e o início da superação do modelo liberal	63
4 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL.....	722
4.1 As transformações sociais e a ampliação da divisão do poder político ...	722
4.2 A Chefia de Estado	744

4.3 Governo e Administração	80
4.3.1 O Poder Governamental	811
4.4 Os Poderes Administrativo e Judiciário	822
4.5 A Jurisdição constitucional.....	855
4.6 O Tribunal Constitucional.....	86
5 A DIVISÃO DOS PODERES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	988
5.1 Os Poderes do Estado contemporâneo.....	988
5.2 Uma nova divisão tripartite das funções estatais: determinação política, execução e controle.....	100
5.3 Órgãos de determinação política.....	1022
5.3.1 O Governo ou Poder Governamental.....	1022
5.3.2 O Parlamento ou Poder Deliberativo.....	1044
5.4 Órgãos de execução da determinação política	1088
5.4.1 A Administração Pública ou Poder Administrativo.....	1088
5.4.2 O Poder Judiciário.....	1099
5.5 Órgãos de controle da determinação política.....	11010
5.5.1 O Parlamento	1122
5.5.2 O Tribunal Constitucional	1144
6 CONCLUSÃO	1177
REFERÊNCIAS.....	12020

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo demonstrar a evolução do processo de divisão do exercício do poder político e as transformações havidas no seio dos Poderes encarregados do seu exercício ao longo do tempo, tema que permanece relevante e atual em face da sua permanente transformação demandando uma constante atualização.

A dissertação é fortemente influenciada pelas lições de Cezar Saldanha SOUZA JÚNIOR e Carlos Eduardo DIEDER REVERBEL, Karl LOEWENSTEIN, Giovanni BOGNETTI e José Zafra VALVERDE.

SOUZA JÚNIOR e REVERBEL analisam o modo como o poder político foi se estruturando e se dividindo entre os Poderes ao longo da história, até atingir seis Poderes políticos no Estado contemporâneo¹.

BOGNETTI também analisa a dinâmica da separação dos Poderes e examina as mudanças nas feições dos Poderes políticos, especialmente com a passagem do Estado liberal para o Estado social².

LOEWENSTEIN propõe substituir a tradicional tripartição Legislativo, Executivo e Judiciário por uma nova tripartição, tendo como referência a tomada das decisões políticas, a execução das decisões políticas e o controle das decisões políticas (*policy determination, policy execution, policy control*)³.

VALVERDE intenta formular uma divisão atualizada dos Poderes substituindo a trilogia Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário por uma série quinária que contempla o Poder de Autoridade, o Poder de Direção, o Poder Deliberante, o Poder Judicial e o Poder de Execução⁴.

A dissertação está dividida em quatro partes.

A primeira parte se reporta à natureza social dos seres humanos e da necessidade de instituição de um poder superior para reger e comandar a

¹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. Ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

² BOGNETTI, Giovanni. **La divisione dei poteri**, *seconda edizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

³ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, 2ª ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

⁴ VALVERDE, José Zafra. **Poder y poderes**. Pamplona: EUNSA, 1975.

sociedade: o poder político⁵. Embora o poder político seja por natureza indivisível, o seu exercício pode ser dividido vertical e horizontalmente.

A divisão vertical se efetiva quando dentro de um único sistema jurídico global as capacidades políticas são distribuídas entre diferentes pessoas jurídicas⁶. A divisão horizontal, ao contrário, ocorre no interior de um mesmo ente político, ao se atribuir as diferentes funções estatais a uma pluralidade de órgãos de um Estado.

Nesta parte a dissertação aborda, ainda, a conformação do poder na antiguidade, quando a democracia direta e a confusão entre esferas pública e privada inviabilizaram a instituição de uma autêntica divisão do poder político, havendo, então, uma simples divisão funcional do trabalho.

A mesma situação se observa durante o medievo, agravada pela fragmentação da sociedade política, permanecendo até que se separaram as esferas, pública e privada, e surgisse o Estado moderno que passou a concentrar o poder político.

A segunda parte cuida da resposta política à concentração do poder em um único detentor e descreve os mecanismos institucionalizados para o seu controle: a divisão do poder político entre diversos órgãos e a sujeição dos seus detentores ao direito.

O primeiro Poder a se separar foi o Parlamento, órgão responsável pela criação do direito positivo. Depois, com a independência do Poder Judiciário, buscou-se instituir uma divisão equilibrada do poder político entre Executivo, Legislativo e Judiciário, consagrando-se a divisão tipo do Estado liberal.

Nesta parte do trabalho destaca-se o ambiente político inglês que serviu de modelo e inspiração ao desenvolvimento das teorias da separação dos poderes, com destaque para as ideias de LOCKE, BOLINGBROKE e MONTESQUIEU, principais teóricos do modelo da tripartição dos poderes do Estado liberal. Segue uma descrição das características de cada um dos Poderes neste período e fecha

⁵ VALVERDE dá conta de que no vocabulário político os vocábulos poder e seu plural poderes suscitam intermináveis discussões. Com eles se costuma referir a três dados diferentes: “a capacidade de decisão de umas pessoas sobre outras; logo, às diversas funções ou tarefas concretas em que se articula a ação do governo dentro de um grupo; e por último, aos governantes que de modo individual ou colegiado desempenham estas funções e detêm aquelas capacidades de decidir”. VALVERDE, 1975, p. 17.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 8.

esta parte a análise da consagração e transformação do Judiciário, marcando o começo da superação do modelo liberal de divisão dos Poderes.

A terceira parte do trabalho aborda as transformações sociais ocorridas ao longo dos séculos XVIII e XIX e revela como elas foram impactando a separação dos poderes. As mudanças sociais na passagem do Estado liberal ao Estado social vão interferindo na ordem política e ensejando mudanças também na feição dos Poderes, no desenvolvimento da jurisdição constitucional e na instituição do Tribunal Constitucional como um poder autônomo.

Na quarta parte encontra-se delineada uma divisão dos poderes tipo para o Estado contemporâneo, amparada especialmente nas ideias de LOEWENSTEIN, BOGNETTI e VALVERDE. Para demonstrar o papel de cada Poder nesta nova conformação foi utilizada a fórmula de LOEWENSTEIN, considerando os órgãos de determinação política, de execução da determinação política e do controle da determinação política.

Os poderes políticos nesta nova divisão são assim considerados: o Governo ou Poder Governante e o Parlamento ou Poder deliberativo são os órgãos responsáveis pela determinação política; a Administração Pública ou Poder Administrativo e o Poder Judiciário são os órgãos encarregados da execução da determinação política; os órgãos aos quais incumbe o controle da determinação política são o Parlamento e o Tribunal Constitucional.

O Parlamento, como se percebe, exerce uma dupla função, porque, graças à migração de significativa parcela da função de determinação política ao Governo, restou o aquele Poder por ter fortalecida a sua função de controle.

2 DO EXERCÍCIO DIRETO DO PODER POLÍTICO À SUA CONCENTRAÇÃO NO ESTADO ABSOLUTISTA

2.1 O poder político

ARISTÓTELES afirmou que o homem é um ser social, porque nenhum basta a si mesmo e aquele que não precisa dos outros ou com eles não pode conviver, ou é um “deus”, ou é um bruto⁷.

A inteligência de ARISTÓTELES encontra amparo nos fatos, porque até onde as pesquisas científicas puderam alcançar o homem sempre viveu em grupos, organizados ou não, hierarquizados ou não, regulados ou não, mas o certo é que não viveu em isolamento social⁸.

Já se já disse que o estado de sociedade é o estado natural do homem: que a nossa fraqueza, nossas necessidades múltiplas, nosso perfeccionismo, nossa amplitude linguística, são autênticas provas das intenções da Providência a esse respeito. Talvez fosse mais correto dizer que é a razão e não o instinto que nos leva a viver em sociedade⁹.

Nenhum indivíduo vive isoladamente, nem conta apenas com a sua própria atividade para alcançar a satisfação das suas necessidades físicas e morais¹⁰. “O homem nasce integrado a uma coletividade, vive sempre em sociedade e só pode viver em sociedade”¹¹.

Dentro de um agrupamento social institui-se uma relação de solidariedade, porque os indivíduos desta coletividade têm necessidades comuns e anseios e aptidões diferentes “cuja satisfação efetiva-se pela troca de serviços recíprocos, relacionados exatamente ao emprego de suas aptidões”¹².

⁷ ARISTÓTELES. **A política**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

⁸ BRANDÃO, Adelino. **Salvaguardas populares na constituição**. Campinas: Julex Livros, 1998, p. 13.

⁹ No original: *On a dit que l'etat de société est l'etat naturel de l'homme: que notre faiblesse, nos besoins multipliés, notre perfectibilité, notre aptitude au langage sont autant de preuves des intentions de la Providence à cet égard. Il serait peut-être plus exact de dire que c'est sa raison, et non son instinct, qui le porte à vivre en société*. CHERBULIEZ, A. **Théorie des garanties constitutionnelles**. Genève: Ab. Cherbuliez et C^{ie} Libraries, 1838, p. 1.

¹⁰ CHERBULIEZ, 1838, p. 16.

¹¹ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 25.

¹² DUGUIT divide a solidariedade social em solidariedade por semelhança ou similitude e solidariedade por divisão do trabalho. DUGUIT, 2009, p. 37. Para Émile DURKHEIM a divisão do trabalho é a fonte, se não

Cada indivíduo necessita recorrer a atividades de outros, numa troca de coisas e serviços, numa reciprocidade contínua de prestações¹³. É esta convergência de esforços individuais que forma o que se chama sociedade¹⁴ que será “tanto mais forte quanto mais estreitos forem os laços de solidariedade entre seus integrantes”¹⁵. “A sociedade é a condição imposta à realização da lei suprema da perfectibilidade, que resume e explica os destinos do homem na terra”, disse RIBAS¹⁶.

Entre as sociedades humanas, a sociedade política - ou o Estado - é o primeiro objeto da natureza, disse ARISTÓTELES, do qual a família e os indivíduos não são senão partes integrantes¹⁷.

Quando os agrupamentos humanos se fixam sobre um determinado território, instituindo uma organização da qual resulte para o grupo, considerado em suas relações com seus membros, uma potestade superior, de ação, mando e coerção, formam o que se denomina Estado¹⁸.

Como associação soberana o Estado, de modo sistematizado e centralizador, busca fornecer as condições que favoreçam ao desenvolvimento pessoal de cada um dos seus membros, em todas as suas dimensões¹⁹.

Uma vez organizado, o Estado tende a crescer mais e mais e melhorar em substância, característica que o distingue de outros grupos sociais, como a família e a tribo²⁰.

única, pelo menos a principal da solidariedade social. DURKHEIM, Émile. **De la division du travail social**, Paris: Ancienne librairie germer baillièrre et C^{ie}, 1893, p. 4. *C'est donc la répartition continue des différents travaux humains qui constitue principalement la solidarité sociale et qui devient la cause élémentaire de l'étendue et de la complication croissante de l'organisme social*. DURKHEIM, 1893, p. 5.

¹³ CHERBULIEZ, 1838, p. 16. “Com o progresso, a solidariedade por divisão do trabalho aumenta cada vez mais, permanecendo a solidariedade por similitude em segundo plano”. DUGUIT, 2009, p. 37.

¹⁴ CHERBULIEZ, 1838, p. 3.

¹⁵ DUGUIT, 2009, p. 37.

¹⁶ RIBAS, A.J. **Direito Administrativo Brasileiro**, Rio de Janeiro, F.L. Pinto & C., Livreros, 1866, p. 43.

¹⁷ ARISTÓTELES, 1998, p. 5.

¹⁸ MALBERG, R. Carré de. **Teoría General del Estado**. Versão espanhola de José Lióñ Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 21-8.

¹⁹ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. y prólogo de Fernando de los Ríos, México: FCE, 2000, p. 262. As dimensões do existir humano são as formas de articulação e integração das pessoas com o ambiente interior (suas crenças e anseios) e com o ambiente exterior (o mundo que os circunda e os envolve) que REVERBEL classifica em dimensões religiosa, artística, econômica, científica, ética e política. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 42. SOUZA JUNIOR divide as dimensões humanas em econômica, intelectual (filosófica e científica), artística, política, ética e religiosa. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: S. ed. 2002, p. 24.

²⁰ CHERBULIEZ, 1838, p. 8.

A troca, a divisão do trabalho, as necessidades artificiais da civilização, são elementos de progresso que agem constantemente uns sobre os outros. Mas esse aperfeiçoamento contínuo dos liames sociais só pode ter lugar na medida em que a proteção coletiva estiver organizada adequadamente. A insuficiência desta proteção é o principal obstáculo ao progresso da sociedade²¹.

Garantir a segurança, manter a justiça nas relações sociais e olhar pelo bem-estar de todos, em harmonia com as concepções e os meios técnicos da época, são fins comuns a qualquer Estado²². Organizando a convergência dos esforços individuais, o Estado busca realizar os fins perseguidos pelos indivíduos e para a realização dos quais eles são impotentes isoladamente²³.

A realização dos objetivos sociais depende do reconhecimento de um poder superior que comande a organização social²⁴. “A experiência social mais rudimentar nos mostra suficientemente que fazer parte de qualquer grupo implica submissão a um poder. Este é, por sua generalidade, o fato social do poder”²⁵. Como o homem não é apenas um animal social e racional, mas também tem paixões, que se não forem controladas podem ameaçar o grupo social, é indispensável a instituição de um poder superior que controle as relações sociais²⁶.

Por isso, pertencer a um grupo social exige reconhecer que este grupo pode demandar certos atos, certos comportamentos, de acordo com os fins gerais perseguidos. É admitir que lhe possam ser cominados certos esforços, certos sacrifícios, bem como possam ser impostos certos limites aos desejos individuais. Qualquer um que pertença ao grupo deve consentir com estas exigências. Este é o poder do grupo ao qual corresponde o dever dos seus membros²⁷.

²¹ CHERBULIEZ, 1838, p. 8.

²² CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, Tomo I. p. 143.

²³ “Enfim, os indivíduos e os grupos sociais primários são impotentes para isoladamente satisfazer a todas as necessidades complexas da cultura e da economia que dizem respeito ao seu bem-estar material e espiritual, pelo que o poder político tem de, em maior ou menor escala, prover total ou parcialmente à satisfação delas”. CAETANO, 2010, p. 143.

²⁴ “O poder social é uma instituição de direito absoluto, porque é uma condição indeclinável das sociedades humanas; quer remontemos á região das theorias, ou desçamos á analyse dos factos, não se encontra, nem sequer se concebe, a vida das nações sem este órgão essencial”. RIBAS, 1866, p. 43.

²⁵ No original: *La plus rudimentaire expérience sociale nous apprend suffisamment que faire partie d'un groupe quelconque implique la soumission à un pouvoir. Tel est, dans sa généralité, le fait social du pouvoir*. LAPIERRE, Jean-William. **Le Pouvoir politique**. Paris. PUF - Presses Universitaires de France, 1959, p. 3.

²⁶ CHERBULIEZ, 1838, pp. 5-6.

²⁷ LAPIERRE, 1959, p. 5. A vida em sociedade impõe aos indivíduos uma regra de conduta consistente em “não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, a par com isso,

O Estado, como grupo social máximo, detém um poder superior, o poder político, que rege e domina a todos os demais poderes sociais²⁸. Esta potestade, como máxima instância decisória de uma ordem política, é o elemento que dá substância ao Estado. É através do exercício do poder político que o Estado busca realizar os seus fins²⁹.

Para a realização dos fins do Estado cada elemento componente da sociedade, seja indivíduo ou grupo, deverá ocupar o seu lugar próprio, ao qual corresponda uma função no todo, sem prejuízo das finalidades e atividades particulares de cada um³⁰.

Entretanto, para realizar este desiderato, necessita instituir órgãos adequados, entre os quais deve repartir equilibradamente o exercício do poder político, segundo princípios de especialização funcional e independência orgânica³¹, visando a garantir a eficácia da sua atuação e a controlabilidade do seu poder.

Para o bom funcionamento do Estado é saudável o funcionamento orgânico dos Poderes, que devem atuar de forma complementar, por vezes expandindo sua competência outras recuando seu campo de atuação³².

2.2 A divisibilidade do exercício do poder político

O poder político é a emanção da soberania e como tal é indivisível³³, porque “o fundamento da concepção jurídica do Estado está constituído pelo reconhecimento deste como uma unidade: de onde se segue, como consequência

realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente”. DUGUIT, 2009, p. 41.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 107.

²⁹ RIBAS disse que o poder político não tem por fim apenas interpretar e aplicar o direito, mas que lhe cumpre também coadjuvar o desenvolvimento e a realização da religião, da ciência, da estética e da indústria. RIBAS, 1866, p. 46.

³⁰ CAETANO, 2010, p. 143.

³¹ SILVA leciona que a divisão de poderes se fundamenta nestes dois elementos: a especialização funcional e a independência orgânica. SILVA, 2009, p. 109.

³² CAETANO, 2010, p. 143.

³³ JELLINEK, 2000, p. 450. Otto KIMMINICH também afirma que “uma fragmentação do poder estatal, uma organização jurídica baseada em princípios diferenciados, se mostra inimaginável. Já para LOCKE e MONTESQUIEU”, afirma o autor, “não se cuidava de uma divisão do poder estatal, mas de uma distribuição do seu exercício entre diferentes órgãos, independentes entre si”. KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, ano 27, n. 105. 1990, p. 291.

necessária, a doutrina da indivisibilidade do poder do Estado”³⁴. A divisão do poder político implicaria a redução do Estado a uma multiplicidade de formações políticas³⁵.

O exercício do poder político, contudo, pode ser dividido entre diversos órgãos, coexistindo a indivisibilidade do poder estatal soberano com a divisibilidade do seu exercício³⁶. “A divisão dos poderes constitui o princípio orgânico destinado a assegurar, ao ser posto em prática, a moderação e a possibilidade de controlar a todos os órgãos de poder do Estado”³⁷.

Para que o Estado possa exercer devidamente a sua missão na sociedade, cumpre que se adote o princípio da divisão dos poderes, base de toda doutrina liberal autêntica, que, reconhecendo as deficiências da natureza humana, procura resguardá-la por meio de um conjunto de pesos e contrapesos, de forças em equilíbrio³⁸.

Para a sociedade, destinatária do exercício do poder do político, interessa que o Estado alcance a máxima eficiência e garanta a segurança e o bem-estar dos indivíduos³⁹. Dividir o poder, atribuindo a diferentes órgãos as diferentes funções estatais, cumpre esse duplo papel, porque possibilita, a um só tempo, obter maior eficiência e o controle do poder político⁴⁰.

Definir o quantitativo de órgãos aos quais deva ser delegado o poder político depende da concepção política que domine e comande em cada sociedade. Mas é

³⁴ JELLINEK, 2000, p. 450.

³⁵ JELLINEK, 2000, p. 450.

³⁶ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 47. KELSEN adverte que “o conceito de *separação de poderes* designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos”. Para Kelsen as funções são apenas duas, criação e aplicação, e não é possível definir fronteiras entre elas, já que tem um caráter relativo, pois a maioria dos atos do Estado são ao mesmo tempo criação e aplicação de Direito. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 385-6.

³⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1939, p. 212. Giovanni SARTORI pondera que “*la noción de la separación de poderes, no se debe entender de forma literal como les pasó a los redactores de la Constitución de Estados Unidos en 1787, sino que significa que para limitar el poder debemos contar con un poder no concentrado. Así, se puede lograr de dos maneras la limitación del poder, ya sea dividiéndolo o compartiéndolo, pues en ambas fórmulas la línea base es que ninguna persona sola tenga y controle todo el poder*”. SARTORI, Giovanni. *La ingeniería constitucional y sus límites*. UNED. **Teoría y realidad Constitucional**, n. 3, 1º semestre, 1999, p. 80.

³⁸ TÓRRES, João Camilo de Oliveira. **A Democracia coroadada**, 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1964, p. 43.

³⁹ SARTORI afirma que as constituições não são somente instrumentos de proteção, mas também de governo e, na medida do possível, de um governo eficaz. SARTORI, 1999, p. 80.

⁴⁰ LOEWENSTEIN, 1970, p. 55.

possível imaginar uma divisão que melhor se amolde às necessidades de uma dada sociedade em cada período histórico.

Por essa razão a busca pela melhor forma de articular o poder/órgão com o poder/função é tarefa sobre a qual sempre se tem debruçado importantes pensadores da teoria política do Estado.

O Estado que melhor estructure as suas instituições, que tenha as instituições mais adequadas às necessidades da sua época e que tenha em conta os meios técnicos disponíveis, será, seguramente, aquele que em maior medida poderá realizar os seus fins.

Neste passo, a melhor organização política há de ser aquela que mais fielmente identifique as múltiplas funções estatais, para que cada uma delas seja atribuída a um diferente órgão, especializando-se as atividades da cada um, de acordo com as necessidades de seu tempo.

É por esta razão que desde a antiguidade, os filósofos se ocupam de investigar e descrever o melhor Estado, o Estado ideal (Platão), de conhecer o Estado que melhor realize os seus fins⁴¹.

2.2.1 Dois modos de dividir o exercício do poder político

A divisão do poder político (*rectius* a divisão do exercício do poder político) significa um modo de articular os órgãos com as respectivas funções no seio de um Estado – de um aparato estatal -, normalmente em contraposição ao modelo de concentração do poder⁴². *La distribución del poder existe cuando varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal*⁴³.

Não se trata de uma simples atribuição do exercício das diferentes funções estatais a diferentes órgãos, por necessidade de dividir funcionalmente o trabalho⁴⁴.

⁴¹ JELLINEK, 2000, p. 95.

⁴² BOGNETTI, 2001, p. 11.

⁴³ LOEWENSTEIN, 1970, p. 50.

⁴⁴ LOEWENSTEIN traça uma distinção entre distribuição e separação de poder. A primeira meramente uma necessidade funcional de distribuição de trabalho, imanente a qualquer Estado organizado, e a última, um problema que pertence ao processo de poder ou a ordem de domínio. LOEWENSTEIN, 1970, p. 62, nota de rodapé n° 15.

O exercício de uma função estatal prescinde da delegação do poder político. A divisão do poder político, ao contrário, implica atribuir a determinados órgãos, alojados no interior de um Estado, a titularidade de específicas funções estatais. Isto quer dizer que pode haver função estatal sem um órgão de poder correspondente, mas não pode haver Poder sem função⁴⁵.

Falar de divisão de poder é pressupor que a titularidade das diversas funções estatais esteja atribuída a mais de um órgão, correspondendo a cada órgão, preponderantemente, uma função, evitando-se assim a concentração⁴⁶.

A divisão do poder político pode dar-se por dois processos distintos, geralmente complementares, constituindo mecanismos de atribuição de competências e limitação do poder de império do Estado. Dentro de um determinado ordenamento jurídico-político as funções de império – os poderes – podem repartir-se entre órgãos de um mesmo ente político ou entre entes políticos distintos⁴⁷.

2.2.1.1 a divisão vertical do exercício do poder político

O primeiro modelo consiste de uma divisão vertical do poder político, uma repartição espacial ou territorial, que se manifesta quando a ordem jurídica estatal é politicamente descentralizada⁴⁸, onde, dentro de um único sistema jurídico global, as capacidades políticas são distribuídas entre diferentes pessoas jurídicas⁴⁹. Este regime de divisão do poder contempla pelo menos dois níveis de entes jus-políticos, um central e outro local. É comum encontrar-se organizações de três níveis, no qual,

⁴⁵ SAMPAIO DÓRIA leciona que "poder é, além de função, a faculdade de operar por delegação direta da soberania". DÓRIA, Antônio Sampaio. **Direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1958, 4. ed., vol. I, tomo I, p. 272.

⁴⁶ Neste caso, o órgão titular da função torna-se verdadeiro "presentante" do Estado. Sobre o sentido do termo cunhado por Pontes de Miranda ver o emprego que lhe dão SOUZA JÚNIOR e REVERBEL. SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p.50, nota de rodapé nº 03.

⁴⁷ BOGNETTI, 2001, p. 11.

⁴⁸ "Descentralizar implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando elas a ser próprias do novo centro. Se se fala em descentralização administrativa quer-se significar a existência de novos centros administrativos independentes de outros. Se a referência é a descentralização política, os novos centros terão capacidade política. Mas o que significa ser capaz politicamente? É ter a possibilidade de estabelecer comandos normativos sobre assuntos de sua competência". TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 57-8.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 8.

entre o poder central e o local se aloca um poder de nível regional⁵⁰. A cada um destes entes atribui-se capacidade política, com a designação de atividades e competências específicas para cada um deles e com diferente âmbito de poder normativo⁵¹.

Isto significa que, quando uma comunidade jurídica se desmembra em regiões ou parcelas territoriais, algumas normas deste ordenamento vigoram apenas para territórios parcelares. Neste último caso, a ordem jurídica que constitui a comunidade jurídica é integrada por normas com diferentes âmbitos espaciais de validade⁵².

A divisão do poder, por esta proposição, se dá com a atribuição de parcelas do poder político a entes políticos distintos⁵³, a diferentes pessoas jurídicas, formando um modelo organizativo habitualmente denominado Federalismo⁵⁴. A existência de múltiplos centros de poder é o selo distintivo deste modelo organizacional⁵⁵. Rosah RUSSOMANO afirma que “dentre os princípios gerais do Direito Constitucional Moderno ressalta o do federalismo”⁵⁶.

Reconheceram-no múltiplos Estados, através da concretização da forma estatal que harmoniza a diversidade regional com a unidade nacional e que encontra suas raízes autênticas nas diversidades que caracterizam a existência dos indivíduos e dos grupos sociais, bem como em seus anseios de unidade⁵⁷.

⁵⁰ BOGNETTI, 2001, p. 11.

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 348.

⁵² Segundo KELSEN, “os Estados históricos, isto é, as ordens jurídicas positivas dos Estados singulares, nem são completamente centralizadas nem completamente descentralizadas; são sempre parcialmente centralizadas e, correlativamente, parcialmente descentralizadas, aproximando-se ora mais de um ora mais de outro tipo ideal”. KELSEN, 2000b, p. 348. Segundo MARTINEZ esta é *la separación de poderes, que se produce en los Estados Federales, Regionales o de las Autonomías como el Español, donde los poderes legislativo y ejecutivo, aunque no el judicial que mantiene la unidad, se distribuyen entre los Estados, Regiones, o Comunidades autónomas, sobre la base del principio de competencia, que distingue entre competencias exclusivas, o compartidas, ya sea en ambos casos en el nivel legislativo o ejecutivo*. MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. **Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 92.

⁵³ BOGNETTI, 2001, p. 11.

⁵⁴ BOGNETTI, 2001, p. 11. “A federação é por definição uma forma de Estado em que a unidade do todo, soberano, se concilia com uma multiplicidade de unidades territoriais que gozam de autonomia política e administrativa”. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Manual da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977, p. 56.

⁵⁵ AECKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Traducción Gabriela L. Alonso. Barcelona Editorial Edisa, 1999, p. 53.

⁵⁶ RUSSOMANO, Rosah. Aspectos do Estado Federal e a nova Constituição. *In.*: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz e (org.). **Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Sessenta anos de existência**. Porto Alegre: IARGS, 1986, p. 435.

⁵⁷ RUSSOMANO, 1986, p. 435.

Observando-se a República Federativa do Brasil nota-se que o modelo federativo se manifesta com a União ocupando o posto central, os estados como entes regionais, e os municípios no papel de entes locais. O Distrito Federal acumula elementos dos entes regional e local⁵⁸. A cada um destes entes políticos correspondem determinadas competências, conforme disposto na Constituição Federal⁵⁹.

Cumpra advertir que esta forma de organização não caracteriza uma invalidação da máxima da unidade do poder político do Estado. O poder estatal continua monolítico, referido a um único titular, ocorrendo apenas uma divisão espacial de competências⁶⁰.

2.2.1.2 a divisão horizontal do exercício do poder político

Um segundo modelo de articulação do poder político é justamente aquele mais correntemente identificado com a denominação *separação dos poderes*. Neste arquétipo, o poder político se espalha em sentido horizontal (separação funcional e orgânica), com uma divisão no interior de um mesmo ente político, de uma mesma pessoa jurídica. Este modelo de divisão do poder político consiste em atribuir as diferentes funções estatais a diferentes órgãos de um Estado, ou seja, atribuir parcelas do poder político a órgãos que pertençam ao mesmo ente jus-político.

Considerando a separação de poderes celebrizada por obra de MONTESQUIEU⁶¹, a função legislativa compete ao Poder Legislativo, a função executiva ao Poder Executivo e a função judicial⁶² ao Poder Judiciário⁶³.

⁵⁸ O Brasil adotou um modelo de federalismo de três níveis. Diz o art.1º da Constituição Federal de 1988. CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”:

⁵⁹ Sobre as competências de cada ente político ver os artigos 21 a 32 da Constituição Federal.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência e Política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119.

⁶¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. MONTESQUIEU dividia os poderes do Estado em “poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado”. MONTESQUIEU, 2000, pp. 167-8.

Não é descomedido assinalar que a técnica da divisão dos poderes não tem o desiderato de multiplicar os entes soberanos. Neste sentido a seguinte manifestação de GORDILLO.

Es de cierta importancia destacar que muy a menudo —incluso en fallos— se incurre en el error de suponer que división de poderes significa que cada uno de los tres poderes sea “soberano en su esfera”, es decir, que cada poder legisle, administre y juzgue en lo relativo a su propia actividad. Tal concepción es completamente errada, pues, reiterarnos, lo esencial de la teoría analizada es la división de funciones, y no sólo la división en órganos; una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es verdaderamente garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada. De tal modo, división de poderes significa fundamentalmente que cada poder, cada órgano del Estado, tenga a su cargo una sola función del Estado; que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa en modo alguno que la teoría misma pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder deba realizar las tres funciones en su propia esfera de actividad⁶⁴.

Embora esta divisão interna, em sociedades politicamente descentralizadas, seja mais naturalmente identificada no ente central, nada obsta que também se manifeste nos entes de nível regional e local⁶⁵. Usualmente, pelo princípio da simetria⁶⁶, os demais entes políticos adotam o mesmo modelo de divisão funcional do poder que informa o ente central.

⁶² Utilizamos propositalmente a expressão função judicial ao invés de função jurisdicional, porque, segundo nosso entendimento, esta (a função jurisdicional) possui um âmbito maior do que aquela (a função judicial). A função jurisdicional abarca a jurisdição constitucional (função de controle), que entendemos não deve ser compreendida na função judicial, encarregada da jurisdição ordinária.

⁶³ Trata-se de separação relativa, porque uma separação rigorosa implicaria que o Executivo sob nenhuma forma pudesse participar da elaboração legislativa, o Parlamento não pudesse ter nenhuma influência sobre o governo, nem poderia haver o controle sobre os atos legislativos, o que inviabilizaria completamente o controle de constitucionalidade como praticado nos Estados Unidos da América. SCHMITT, 1939, p. 216.

⁶⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**, tomo 9: Primeros manuales, Buenos Aires, 1ª edición, FDA, 2014, p. 109-10. Texto disponível em: <<http://www.gordillo.com/cv.html>>. Acesso em: 03 out. 2016.

⁶⁵ *La divisione orrizzontale dei poteri riguarda, in modo preminente, la distribuzione delle funzioni tra gli organi dello stato-apparato (sia questo configurato formalmente come persona giuridica o no). Ma naturalmente il concetto può applicarsi anche ala situazione interna dei governi regionali e di quelli municipali, nonché in genere a quella di qualsiasi insieme aunitaio di autorità esercitanti funzioni di império.* BOGNETTI, 2001, p. 12.

⁶⁶ Este princípio postula uma relação simétrica entre as normas da Constituição Federal e das Constituições Estaduais, e das Leis Orgânicas Municipais. A capacidade de auto-organização dos Estados e Municípios se sujeita aos limites fixados na Constituição Federal. Assim, os Estados-Membros se organizam obedecendo ao modelo constitucional adotado pela União e devem estruturar os seus governos de acordo com o princípio da separação de poderes. “Pensa-se que deveria haver uma “regra de ouro” para a utilização do princípio da simetria. Para privilegiar a autonomia dos Estados-membros, a extensão de normas federais pelo princípio da simetria apenas deveria ser realizada quando a não reprodução pudesse afetar a harmonia entre os poderes locais. Ou seja, se há uma estruturação de Poderes e Órgãos estaduais de modo dessemelhante ao modelo federal, mas, mesmo assim, não há qualquer prejuízo para a harmonia entre tais Poderes locais, então entende-se que o

Este segundo modelo de *divisão ou separação dos poderes*, do tipo horizontal, efetivada no interior do mesmo sujeito político, será o nosso objeto de trabalho. Antes, porém, é necessário fazer uma referência à organização do poder político na antiguidade e na idade média.

2.3 A divisão funcional do trabalho na antiguidade

A divisão horizontal do exercício do poder político é possível porque a soberania estatal se manifesta através de uma pluralidade de funções⁶⁷. Esta característica do poder estatal já fora notada na antiguidade. ARISTÓTELES afirmava haver “em todo governo três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente”⁶⁸.

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição⁶⁹.

princípio da simetria não deve ser aplicado. Caso contrário, aplicar-se-ia o princípio da simetria em tudo, e, conseqüentemente, a ideia matriz do federalismo restaria aniquilada no Brasil, já que não haveria identificação de diversidades, em vista da reprodução *in totum* daquilo que é federal para o plano local”. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 536. A história político-constitucional pátria autoriza, em concordância com Nelson Oscar de Souza, adjetivar o federalismo brasileiro de flutuante, dado o caráter cambiante dos termos em que conferida autonomia ao ente estadual. Sendo um poder constituído, o poder constituinte do Estado-membro não possui os atributos de inicial, incondicionado e ilimitado, com os quais o poder constituinte originário é qualificado. Ao revés, podem ser-lhe imputados três elementos informadores, quais sejam, a origem jurídica, a delimitação da competência e a atividade sucessiva à do constituinte federal³³, o que explica, do ponto de vista teórico, as variações acima verificadas. Ver: SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 73.

⁶⁷ KELSEN, Hans. 2000-a, p. 385.

⁶⁸ ARISTÓTELES, 1998, p. 127. “Na política, o Estagirita distingue um Poder Deliberativo – “o que delibera sobre os negócios públicos” – um Poder Executivo, que engloba as magistraturas, e um Judiciário (1928a). Daí se pode inferir uma distinção entre função deliberativa, função administrativa e função jurisdicional. Cumpre observar, todavia, que a função deliberativa tem maior extensão que a função legislativa para Montesquieu e os modernos. De fato, ensina Aristóteles que “o elemento deliberativo tem autoridade em matéria de guerra e paz, de alianças; aprova leis, inflige a pena de morte, de exílio, de confisco; elege magistrados e toma suas contas” (1298. 3 a 6). FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82, nota de rodapé nº 3.

⁶⁹ ARISTÓTELES, 1998, p. 127.

Segundo ARISTÓTELES, das atividades que estes três “poderes” exerciam derivava uma divisão dos assuntos do Estado⁷⁰. Quando em um Estado o poder estivesse bem dividido, quando as três partes estivessem bem constituídas, um governo seria necessariamente bom⁷¹.

A vastidão do poder soberano - pelo menos nas repúblicas – revelou a necessidade de uma repartição prática do seu exercício. “Então vemos em Atenas uma assembleia popular, um Areópago, um Senado, os Arcontes”⁷².

Esta repartição funcional não significava propriamente uma divisão do poder, no sentido específico e estrito de atribuição de parcelas do poder político, de delegação de parcelas da soberania estatal. As funções se misturavam ocasionando uma sobreposição das atividades, que os órgãos exerciam cumulativamente. A assembleia popular deliberava sobre questões de governo, de administração e de justiça e os Arcontes, ao mesmo tempo, governavam, administravam e dirigiam os tribunais⁷³. Tratava-se de uma divisão “embrionária e confusa, que se foi alterando sempre mais com o progresso da democracia”⁷⁴.

Em uma análise mais rigorosa, havia uma divisão funcional do trabalho, uma simples atribuição de específicas tarefas a diferentes órgãos. Uma especialização funcional, sem delegação de competências políticas, porque o poder político, de fato, era exercido diretamente pelos cidadãos⁷⁵.

A Grécia antiga praticava uma democracia direta, com plena identidade entre governantes e governados⁷⁶, em um regime de governo no qual as Cidades-Estados eram governadas diretamente pelos cidadãos⁷⁷.

⁷⁰ JELLINEK, 2000, pp. 528-9.

⁷¹ ARISTÓTELES, 1998, p. 127.

⁷² Fragmento do texto original em italiano: *Ab antiquo difatti l'immensità del potere sovrano, almeno nelle repubbliche ha fatto vedere la necessità di una qualche ripartizione pratica. Quindi noi vediamo in Atene una assemblea popolare, un Areopago, un Senato, gli Arconti.* PALMA, Luigi. **Corso di diritto costituzionale**. 2. ed. Firenze: Giuseppe Pellas Editore, 1881, vol. I, p. 164.

⁷³ PALMA, 1881, vol. I, p. 164

⁷⁴ Fragmento do texto original em italiano: *La divisione delle funzioni dello Stato tra i suoi varii organi non era dunque organica, era embrionale e confusa, ma era pur sempre una ripartizione; però non può negarsi che venne sempre più alterandosi coi progredire della democrazia.* PALMA, 1881, vol. I, p. 164.

⁷⁵ Atenas foi uma democracia, no período referido, porque durante este o povo se governava diretamente. Quer dizer, no citado período, a constituição ateniense previa como órgão principal a assembleia popular (eclesia). Dessa assembleia deveriam participar todos os cidadãos atenienses. Estes podiam, no curso da reunião, usar da palavra, fazer propostas, inclusive propor leis. E era por maioria de votos dos presentes que se tomavam as decisões. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4.

⁷⁶ *La democracia directa de las ciudades-Estado griegas en el siglo V es el único ejemplo conocido de un*

Não havia, em suma, uma autêntica separação de poderes, no sentido moderno da expressão. Primeiro porque a vida do Estado não era separada da vida privada. “Não se compreendia na Grécia uma comunidade de vida fora do Estado ou autônoma dentro dele”⁷⁸. A antiguidade não distinguia “em substância os aparatos estatais e a sociedade civil”, encontrando-se misturadas as esferas, pública e privada⁷⁹.

Depois, porque não havia uma burocracia, um estável corpo de funcionários. Não havia, por exemplo, um exército permanente e “os cargos públicos eram exercidos por rodízio pelos cidadãos, muitas vezes mesmo os cargos eram conferidos por sorteio”⁸⁰.

Isso ajuda a compreender porque a célebre manifestação de ARISTÓTELES sobre as três partes do poder do Estado se limitasse a descrever os caracteres típicos do Estado grego de então, não se identificando nela uma pretensão de sustentar uma efetiva divisão do poder político⁸¹.

Es curioso observar que el constitucionalismo de la Antigüedad funcionó sin la separación de funciones y frecuentemente en conflicto con dicho principio. Es cierto que tanto en la polis como en la República romana se asignaban determinadas tareas a funcionarios elegidos; sin embargo, funciones materialmente diferentes – ejecución, legislación, judicial – estaban frecuentemente unidas en la persona de una misma magistratura. Los griegos no parecen haberse alarmado ante el hecho de que la ekklesia ateniense realizara simultáneamente funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, aunque por razones prácticas – para evitar colisiones temporales

sistema político con plena identidad entre gobernantes y gobernados, en el cual el poder político está igualmente distribuido entre todos los ciudadanos activos, tomando parte en él por igual. LOEWENSTEIN, 1970, p. 154. Pero el fundamentalismo democrático fue, sin embargo, llevado hasta tal extremo que la asamblea de los ciudadanos activos (ekklesia) se tuvo que sentir todopoderosa, no sometándose a ningunas limitaciones constitucionales, excepción hecha de aquellas inherentes a la tradición moral de la comunidad. Las ventajas de la democracia directa griega se convirtieron en vicios, teniendo que fracasar al final por mostrarse el Pueblo incapaz de refrenar su propio poder soberano. En ninguna época de su agitada historia, las Ciudades-Estado griegas, Atenas la que menos, alcanzaron estabilidad interna. Su misma forma de gobierno, junto con la inconstancia de su carácter nacional se convirtió en el suelo fecundo para lo que más temían los griegos: stasis o, con las palabras del profesor McIlwain, “la ausencia de equilibrio, el estadio de la desarmonía estatal. LOEWENSTEIN, 1970, p. 156.

⁷⁷ KELSEN afirma que mesmo nas democracias diretas que encontramos entre tribos germânicas e a Grécia antiga, o princípio democrático é consideravelmente restringido. Nem todos os membros da comunidade têm, em absoluto, direito de tomar parte nas deliberações e decisões da assembleia popular. Crianças, mulheres e escravos, onde a escravidão houvesse, estavam excluídos. KELSEN, 2000a, pp. 412-3.

⁷⁸ JELLINEK, 2000, p. 94.

⁷⁹ BOGNETTI, 2001, p. 19.

⁸⁰ MOSCA. Gaetano. **História das doutrinas Políticas desde a Antigüidade**. Completada por Gaston Bouthoul. As doutrinas desde 1914. Tradução Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 1958, p. 37.

⁸¹ JELLINEK, 2000, pp. 528-9.

*y en interés de la división del trabajo – estas actividades estaban a cargo de diferentes comités y departamentos inferiores*⁸².

ARISTÓTELES empreendeu uma análise das funções estatais de acordo com a sua substância, mas “nada permite deduzir que observasse empiricamente ou desejasse teoricamente a atribuição destas três funções a diferentes órgãos ou pessoas”⁸³. Portanto, “a compreensão aristotélica da diferença entre estas categorias não pode equiparar-se com a exigência atual de separação de funções estatais”⁸⁴.

Para ARISTÓTELES, a sujeitos distintos deveriam corresponder funções distintas, denotando uma relação de derivação de órgão para função e não de função para órgão⁸⁵.

PALMA afirma que a divisão funcional em Roma era ainda melhor do que na Grécia. “As funções dos comícios, do Senado, dos cônsules e dos outros magistrados, pretores, chefes de polícia, edis e tribunos, eram muito melhor assinalados. Os comícios, principalmente, eram distintos dos magistrados”⁸⁶.

Embora representando um instrumento de eficiência, de otimização da atividade estatal, tanto na Grécia quanto em Roma, a divisão das funções não representava um mecanismo de controle do poder político e de proteção das liberdades individuais, não os impressionando o fato de que uma mesma pessoa ou órgão exercesse simultaneamente funções materialmente diferentes.

Tampoco preocupó al alto sentido de justicia y rectitud de los romanos el hecho de que la magistratura – cónsul, pretores, ediles, tribunos del pueblo – reuniese estas tres funciones. Probablemente, la razón íntima de esta indiferencia fue el poco interés que el constitucionalismo clásico tuvo por la libertad, centrándolo todo en la igualdad ante la ley y el Estado de derecho. Ni la polis griega ni la República romana reconocieron derechos del individuo inviolables para el poder estatal. Frente a la ideología del constitucionalismo liberal de la época moderna, la separación de funciones y su asignación a diferentes órganos estatales no fue, para la ética política

⁸² LOEWENSTEIN, 1970, p. 56.

⁸³ LOEWENSTEIN, 1970, p. 57.

⁸⁴ LOEWENSTEIN, 1970, p. 57.

⁸⁵ JELLINEK, 2000, p. 529

⁸⁶ *A Roma i poteri erano anche meglio divisi che in Grecia, le funzioni dei comizi, del senato, dei consoli e degli altri magistrati, pretori, questori, edili, e dei tribuni erano molto meglio distinte, eccitarono come vedremo l'ammirazione di Polibio e di tutti gli scrittori. I comizi massimamente erano distinti dai magistrati.* PALMA, 1881, vol. I, p. 165.

*de los antiguos, un principio esencial en su concepción del Estado de derecho*⁸⁷.

Sendo a soberania exercida diretamente pelos cidadãos, não os preocupou o eventual abuso do poder. Na medida em que a totalidade dos cidadãos podia participar da tomada das decisões políticas e da sua execução, não lhes ocorreu de instituir a separação de poderes como instrumento de controle do poder⁸⁸.

O poder político, pode assim dizer-se, era em certa medida concentrado no “Estado”, mas o seu exercício era diluído entre a totalidade dos cidadãos, porque as esferas pública e privada se confundiam, sem uma separação entre elas⁸⁹. O “Estado” era uma sociedade política e também religiosa⁹⁰. Assim, a mera atribuição das funções a determinados “órgãos” não implicava uma autêntica separação dos poderes, porque ditos órgãos não se configuravam organismos de representação ou de “presentação” do Estado.

Seja como for, disse LOEWENSTEIN, a descoberta de ARISTÓTELES se perdeu para a posteridade, pois no milênio que se seguiu ao constitucionalismo grego e romano o monarca concentrou o poder, reunindo em sua pessoa as três funções, ainda que por razões práticas as delegasse a funcionários, autoridades ou conselhos⁹¹. “O Imperador, porém, foi gradualmente concentrando todo o poder soberano, não só a administração, o comando militar, a diplomacia, o governo em geral, mas também o pontificado, a potestade legislativa e a justiça”⁹².

Com o declínio dos impérios grego e romano a organização social foi-se tornando gradativamente mais fragmentada, deixando de existir verdadeiros Estados, unidades sociais na qual se concentrasse o poder político, que passou a ser dividido entre diversos detentores⁹³.

⁸⁷ LOEWENSTEIN, 1970, p. 56.

⁸⁸ É importante destacar que “somente era considerado cidadão ateniense o homem, filho de pai ateniense e de mãe filha de pai ateniense”. FERREIRA FILHO, 2001, p. 4. Para maiores esclarecimentos quanto ao conceito aristotélico de cidadão compulsar: ARISTÓTELES, 1998, pp. 41-7.

⁸⁹ BOGNETTI, 2001, p. 19.

⁹⁰ JELLINEK, 2000, p. 94.

⁹¹ LOEWENSTEIN, 1970, p. 57.

⁹² No original: *L'Imperatore però andò man mano concentrando tutto il potere sovrano, non solo l'amministrazione, il comando militare, la diplomazia, il governo in genere, ma ancora il pontificato, la podestà legislatrice e la giustizia*. PALMA, 1881, vol. I, p. 165.

⁹³ Gaetano MOSCA relaciona entre as causas da fragmentação social a falta de capacidade de expansão das cidades gregas, o que se procurou suprir através da instituição “da hegemonia, isto é, pela formação de confederações em que uma Cidade importante anexava pela força certo número de cidades menores. Entretanto,

Para que o poder político voltasse a se concentrar em um único centro decisório foi necessária uma longa jornada, iniciada após o fim do Império Romano e que somente se foi completar, séculos depois, com o surgimento do Estado Ocidental Moderno⁹⁴.

2.4 A fragmentação política da sociedade medieval

O equilíbrio do poder representado pela democracia direta praticada na antiguidade se rompe com a fragmentação da organização política que se seguiu ao fim dos Impérios Grego e Romano.

Além da quebra da unidade política⁹⁵ a ordem social do medievo trazia como característica não distinguir “em substância os aparatos estatais e a sociedade civil”, encontrando-se misturadas as esferas, pública e privada⁹⁶. Também não distinguia a ordem total das ordens parciais, manifestando-se a inexistência de ordens políticas organizadas como verdadeiros Estados Nacionais⁹⁷, como unidades em que se concentrasse o poder político⁹⁸.

uma derrota da cidade principal era bastante para dissolver a confederação, uma vez que os outros membros se aproveitavam do fato para recuperar a sua independência. Foi o que aconteceu a Atenas após o término infeliz da guerra do Peloponeso, e a Esparta após a batalha de Leuctres. Somente no século III antes de Cristo é que se constituíram ligas aqueias e etólicas pelas quais várias cidades se uniram à base de mútua igualdade. Este acontecimento verificou-se, no entanto, quando a Grécia já se encontrava pobre de homens, de riquezas e de energias, e quando graças aos elementos que ela própria forneceu, constituíram-se ao seu redor Estados de uma tal importância que a missão política de Hélade no mundo podia considerar-se como terminada. É preciso ter em mente, ainda, que ao Estado-Cidade helênicos faltaram dois grandes elementos de estabilidade que encontramos nos Estados Modernos: a burocracia e o exército permanente. Na cidade grega os cargos públicos eram exercidos por rodízio pelos cidadãos, muitas vezes mesmo os cargos eram conferidos por sorteio”. MOSCA, 1958, p. 37.

⁹⁴ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 27.

⁹⁵ “Nesse período, as invasões dos povos “bárbaros” (que, não obstante, possuíam cultura própria) alteraram as organizações então existentes, causando relevantes transformações sociais, políticas e econômicas no mundo (europeu) considerado civilizado”. ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo**, v. 95, 2000, p. 150.

⁹⁶ BOGNETTI, 2001, p. 19.

⁹⁷ Para REVERBEL o termo Estado só é imaginado quando existe uma esfera pública separada da esfera privada, possuindo um corpo burocrático de funcionários pagos e mantidos pelo Rey, concentrado nas mãos do Rey, com força coercitiva e poder de mando sobre um território delimitado, unificando o poder político, formando, assim, uma nação. REVERBEL, 2012, p. 36.

⁹⁸ *La soberanía es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva. Este concepto, en su aspecto positivo, significa que la unidad de voluntad a la que corresponde la soberanía es la unidad decisoria universal suprema del orden de poder de que se trate.* HELLER, Hermann. **La soberanía**. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Traducción y estudio preliminar de Marcio de La Cueva. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 197. JELLINEK sublinha que “A evolução histórica da soberania demonstra que ela significou a negação de toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder. Poder soberano de um Estado é, portanto, aquele

Neste sentido a lição de GARCIA-PELAYO:

Durante la alta Edad Media no hay, estrictamente hablando, centros políticos, en el sentido de capitales de Estado, pues tal fenómeno presupone una organización política relativamente centralizada, racionalizada e impersonal, circunstancias que no se daban en aquella época. No sería, sin embargo, cierto afirmar que los reinos medievales o los complejos de tales reinos no tenían centros. Lo que sucedía era que sus centros poseían una naturaleza originariamente sacra, a la que se adhirieron significaciones políticas⁹⁹.

“O Estado feudal não conheceu uma relação de súdito de caráter unitário, nem uma ordem jurídica unitária, nem um poder estatal unitário, no sentido em que nós o compreendemos”¹⁰⁰. A ordem política era extremamente fragmentada, com uma disputa horizontal e vertical do poder político¹⁰¹. “Quase todas as funções que o Estado moderno reclama para si achavam-se então repartidas entre os mais diversos depositários: a Igreja, o nobre proprietário de terras, os cavaleiros, as cidades e outros privilegiados”¹⁰².

que não reconhece nenhum outro superior a si; é, por conseguinte, o poder supremo e independente. Esta última nota se manifesta predominantemente em sua vida exterior, isto é, na relação do Estado soberano com outros poderes, enquanto a primeira qualidade é fácil de ver, exclusivamente, considerando-o em sua vida interior, em sua relação com as personalidades que encerra dentro de si” JELLINEK, 2000, p. 432.

⁹⁹ GARCIA-PELAYO, Manuel. **El Reino de Dios**: arquetipo político. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 793-4.

¹⁰⁰ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 160.

Edmir ARAÚJO afirma que “Do ponto de vista administrativo, costuma-se dividir esse período em *fase da administração feudal*, cuja organização administrativa era apenas incipiente, baseada no arbítrio e na propriedade das terras, com o poder europeu pulverizado entre os senhores feudais, que permitiam aos suseranos (pouco mais que servos) o cultivo de terras e m troca de seu trabalho e sua lealdade na defesa de seus feudos e burgos que se erguiam em volta de seus castelos, e *fase da administração comunal*, quando os burgos medievais se organizaram, mais por volta do século XII, em *comunas*, com base no modelo romano dos *municípios* e do direito das cidades da Gália romana, com o poder exercido de forma algo mais democrática, por influência dos burgueses e das corporações de artes e ofícios, adaptando-se os usos e costumes medievais ao que diziam os textos jurídicos latinos”. ARAÚJO, Edmir, 2000, pp. 150-1.

¹⁰¹ “O fenômeno ocorre basicamente na Europa Ocidental. Tal fenômeno decorre de uma série de fatores, basicamente resumidos na afirmação e espraiamento do cristianismo, bem como na mitigação do tradicional poder real, substituído, ou disputado com o poder senhorial, de matriz privada”. BEÇAK, Rubens. A Soberania, o Estado e sua Conceituação. **R. Fac. Dir. Univ. São Paulo** v. 108, p. 343-351 jan./dez. 2013, p. 344.

¹⁰² HELLER, 1968, p. 158. Eugen EHRLICH afirma que “a grande dificuldade que o homem moderno tinha para entender o Estado feudal consistia no erro de se procurar por uma constituição deste Estado. O que caracteriza o Estado feudal, porém, é justamente a ausência de uma constituição, havendo apenas contratos. O rei mantém uma relação contratual com seu vassalo e este com seu próprio vassalo e assim sucessivamente. No nível mais baixo estão os servos. Evidentemente podem existir diversos níveis de suserania e vassalagem e os suseranos de qualquer nível podem ter servos. Quem por isso quisesse descrever exaustivamente o direito público de um Estado feudal, deveria relacionar o conteúdo de todos os contratos dos suseranos com seus vassalos e seu relacionamento com os servos, que freqüentemente também tem caráter contratual”. EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 32.

Segundo lição de SOUZA JUNIOR e REVERBEL, o Reino Medieval Feudal se caracteriza essencialmente pela fragmentação territorial e social do poder político entre os feudos e a hierarquização da sociedade em forma piramidal, com os servos na base e o Rei no cume da pirâmide. SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 20-1.

Os guerreiros, ao receberem do Imperador as terras, tornavam-se senhores quase onipotentes e passavam a desempenhar, sobre as terras e sobre as pessoas que nelas viviam, funções de administrador e de juiz¹⁰³. Tornavam-se, muitas vezes, mais ricos e mais fortes que o Rei, ele mesmo um senhor sobre seus feudos¹⁰⁴. Tamanha era a independência local do senhor feudal que historiadores importantes negam a natureza estatal do Reino Medieval: cada feudo teria sido em si uma unidade estatal¹⁰⁵, cada uma das baronias formava um Estado à parte¹⁰⁶.

O Rei medieval¹⁰⁷ tinha os seus poderes significativamente limitados pela autoridade dos senhores feudais, que, por serem os proprietários da terra, controlavam de fato o poder. Enquanto ao senhor feudal competiam funções *administrativa e judicial* de primeiro grau¹⁰⁸, ao Rei cumpria instituir Cortes recursais de Justiça e exercer uma função executiva mínima, consistente em atividades de guerra e fiscal¹⁰⁹.

No medievo, ainda que reaparecesse uma nova divisão embrionária, na coexistência das assembleias nacionais com o rei (...), novamente os poderes se misturaram. Os condes, por exemplo, a um só tempo possuíam poderes militares e civis, atribuições administrativas e judiciárias¹¹⁰.

Em outra frente o Rei enfrentava a concorrência da igreja, instituição que com a afirmação e disseminação do cristianismo, passou a desempenhar papel relevante e ocupar crescente espaço de poder¹¹¹. Desde a época de Constantino a

¹⁰³ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 28-9.

¹⁰⁴ HELLER, 1968, p. 160.

¹⁰⁵ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 28-9.

¹⁰⁶ HELLER, 1968, p. 160.

¹⁰⁷ “Mesmo a denominação de Estado Medieval para este modelo associativo é de validade mais que duvidosa, pois, no contexto social de então, não havia propriamente Estado, no sentido de uma unidade de dominação, independente no exterior e interior, com atuação de modo contínuo, com meios próprios e claramente delimitada, pessoal e territorialmente”. HELLER, 1968, p. 158.

¹⁰⁸ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 31.

¹⁰⁹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 32. O Rei, no confronto com os senhores feudais, buscava fundamentar o seu poder em origens históricas, muitas vezes imemoriais, frente à vontade particular do Senhor feudal nos limites de suas propriedades. BEÇAK, 2013, p. 345.

¹¹⁰ Tradução nossa do original italiano: *Nel Medio Evo, benché riapparisse una nuova divisione embrionale nella coesistenza coi re delle assemblee nazionali, di cui discorreremo altrove, pure di nuovo i poteri si mescolarono. I Conti per esempio avevano a un tempo poteri militari e civili, attribuzioni amministrative e giudiziarie.* PALMA, 1881, vol. I, p. 165.

¹¹¹ BEÇAK, 2008, p. 344. Se podemos dizer que a Igreja vai atingir o auge de seu poder com Inocêncio III (1198-1216), o papa que intervinha em tudo e todas as partes, a situação vai refluir muito um século depois, com Felipe, o Belo, de França. É com ele e a submissão do papado ao seu poder, com a transferência realizada para Avignon, em 1308 (o denominado “cativo da Babilônia”), que perceber-se-á a afirmação do poder real.

igreja havia assumido muitas tarefas públicas, sociais e morais do antigo império¹¹².

Depois do colapso deste, ela subsistiu como um abrigo para as populações romanas e, para os germanos, como algo aceite, na maior parte dos casos, desde cedo e voluntariamente. [...] Os seus dignitários substituíram, de forma de longe mais eficaz que tudo o resto, a administração, a autoridade, a cultura, a jurisdição e as técnicas documentais, processuais e notariais das autoridades seculares¹¹³.

Sobre a influência da igreja neste período WIEACKER afirma que “era a força espiritual de longe mais importante; era, ao mesmo tempo, a mais coerente e mais extensa organização social da Idade Média; finalmente, a sua ordem jurídica interna era a mais poderosa da Idade Média, em termos gerais¹¹⁴.”

A permanente luta pelo poder tornava a sociedade civil largamente despolitizada, composta de segmentos juridicamente compartimentados, entre os quais os indivíduos eram distribuídos e ordenados, dispendo de prerrogativas muito dessemelhantes¹¹⁵. Os indivíduos que não detinham poder encontravam-se em

BEÇAK, 2013, p. 345. “A igreja aparecia aos jovens como uma poderosa criação real, na qual sobreviviam ao mesmo tempo, com realidades presentes em carne e osso, Roma e o império romano; isto muito depois de o império ter caído”. WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 17-8.

¹¹² WIEACKER, 1980, p. 17.

¹¹³ WIEACKER, 1980, p. 17-8. “...a prática do ler e escrever e da expressão literária escrita – a primeira condição da superveniência da legislação, administração, jurisprudência e tráfico jurídico – se tornou num monopólio da formação literária da antiguidade tardia e das escolas conventuais e catedrais da alta Idade Média. Significou, depois, que cada redução a escrito de um processo jurídico, de uma lei, de uma minuta ou documento, ficava ligado à linguagem da igreja e da escola e que as formas jurídico-negociais do direito romano vulgar faziam parte da circulação sanguínea da cultura jurídica alto-medieval. Significou, por fim, que todas as declarações acerca de objectos abstractos, toda a percepção das realidades exteriores ou interiores, passava pelas figuras escolares da gramática, da retórica e da lógica e ficava, portanto, limitada às possibilidades de expressão destes instrumentos. Até ao aparecimento das compilações em línguas vulgares na alta Idade Média, estes esquemas serviram, portanto, (com a única excepção do norte escandinavo e das leis anglo-saxônicas), de molde obrigatório e permanente a toda a reflexão escrita sobre o direito. O ensino “trivial” [i.e., do *trivium*] e o ensino eclesiástico, nele baseado, das disciplinas mais avançadas do *quadrivium* – que até ao séc. XI era a única preparação para a função pública de escrivão – constituem, apesar da sua aparente modéstia, o terceiro componente fundamental da antiguidade tardia”. WIEACKER, 1980, pp. 19-20.

¹¹⁴ WIEACKER, 1980, p. 67. “... a cristandade fixou desde o início o conceito de direito. Na medida em que a fonte de todo o direito não escrito - que arrancava da consciência vital espontânea – continuou a ser a ética social, e na medida em que toda a ética europeia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando legislador e juristas estavam pouco conscientes desta relação. Através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legitimar. A partir do momento em que Santo Agostinho pensou a comunidade jurídica terrena do império romano como cópia da cidade divina, a metafísica do direito – ainda que sob a forma de sua negação – tornou-se o tema condutor de todo pensamento jurídico até o século passado. Esta metafísica, inteiramente estranha às origens da cristandade, bem como às do direito romano, foi a descoberta de Platão, descoberta que os Padres da Igreja receberam e a teologia da alta Idade Média renovou. Ainda que ela seja considerada uma descoberta do espírito grego, o certo é que, para o pensamento jurídico europeu até o início da época moderna, foi quase exclusivamente mediada pela teologia”. WIEACKER, 1980, p. 67.

¹¹⁵ BOGNETTI, 2001, p. 19.

situação de grave insegurança, porque sujeitos ao poder de diversas autoridades: o senhor feudal, o Rei Medieval e os representantes da Igreja.

A desagregação política e as constantes lutas das corporações entre si e contra o príncipe produziram uma geral intranquilidade e uma terrível ausência de direito. *Uma Guerra geral de todos contra todos originou-se no interior das nações*¹¹⁶.

A desagregação da comunidade política mostrava-se insatisfatória tanto para o corpo social quanto para os indivíduos. A inexistência de uma autoridade central, que concentrasse a burocracia e olhasse pelo todo, dificultava a condução dos negócios do Estado e colocava o indivíduo diante de diferentes autoridades.

O poder era um atributo pessoal dos seus detentores, decorrente da sua condição pessoal, o que gerava uma acentuada desigualdade entre os indivíduos sujeitos ao poder. A condição do indivíduo era definida especialmente pela sua ligação ao feudo, o que o colocava sob intensa insegurança, porque, salvo as sujeições de cunho moral, a única garantia de liberdade era a autolimitação do poder que o senhor feudal exercia¹¹⁷.

Todos estes fatores impulsionaram a sociedade medieval na busca de outra forma de organização, mais igualitária, sujeitando a todos a uma única potestade.

Esta nova ordem social surgiu primeiramente na Europa, quando se logrou suplantar o pluralismo político com a concentração dos poderes de império¹¹⁸, formando o que veio a ser chamado de Estado Nacional Moderno. A sua consolidação resultou da unificação de um espaço territorial onde haveria um único centro decisório, um único poder político supremo, um poder dito soberano¹¹⁹.

¹¹⁶ HELLER, 1968, p. 161.

¹¹⁷ Arturo Enrique SAMPAY afirma que *quando se relaxam las sujeciones morales, la única forma que la Edad Media encontró como garantía de los derechos de la libertad, que era la autolimitación del poder que el señor feudal ejercía como función, los siervos y artesanos quedaron en una situación de exasperada esclavitud, que los llevó al remedio heroico de las grandes sublevaciones. Así, conocemos la rebelión de Milán en el año 957, posteriormente la de Cremona y Brescia; la revuelta de Metz en el 950 y en el 1014, la de Vaucouleurs en 1057, las sangrientas luchas de Noyen, Laón, Reims, Beauvais y Cambrai, y muy especialmente, la "magna conjuratio pro libertate" de 1112 en Flandes.* SAMPAY, 1942, p. 113.

¹¹⁸ BOGNETTI, 2001, p. 20.

¹¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito social aos interesses transindividuais:** o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 30.

2.5 A delimitação do espaço público e a concentração do poder político

A concentração do poder de império, com o aparecimento do poder estatal monista, produziu-se segundo formas e tempos muito diferentes nas diversas nações¹²⁰.

O processo de unificação política iniciado após o desaparecimento do Império Romano¹²¹ tomou impulso a partir do século XI, quando as monarquias feudais serviram de base para a formação de governos centralizados, como foi o caso de França, Inglaterra, Espanha e Alemanha, onde os poderes passaram a se concentrar fortemente nas mãos dos Reis¹²².

Uma primeira manifestação do Estado moderno surgiu na Sicília, na primeira metade do século XIII, quando Frederico II retirou do sistema feudal o exército, a justiça, a polícia e a administração financeira, e centralizou tudo de modo burocrático¹²³.

No espaço de tempo entre os séculos XV e grande parte do século XVIII diversos fatores favoreceram o surgimento de uma nova organização política:

[...] o impacto tecnológico das novas invenções e das grandes descobertas, o encurtamento crescente das distâncias, a aproximação das populações, a formação de estamentos unificados nos parlamentos, a expressão suprafeudal da economia de mercado, a acumulação nacional de capitais, o fortalecimento da monarquia e a revolução empirista nas ciências e racionalista na filosofia determinaram o crescente distanciamento entre os que tomavam as decisões e os que sofriam os seus efeitos, minando a viabilidade e a legalidade da ordem feudal, forçando-a a se abrir a uma ordem territorialmente maior e politicamente mais centralizada, num processo de nacionalização da sociedade política¹²⁴.

Para superar a fragmentação da ordem política feudal foi necessário também reconhecer uma entidade que concentrasse o poder e se colocasse acima

¹²⁰ HELLER, 1968, p. 161.

¹²¹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 27.

¹²² BOGNETTI, Giovanni. **Lo spirito del costituzionalismo americano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, v. 1., pp. 11-12.

¹²³ HELLER, 1968, p. 161.

¹²⁴ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 37.

Hilário FRANCO JÚNIOR afirma que os quatro movimentos que se convencionou considerar inauguradores da Modernidade — Renascimento, Protestantismo, Descobrimientos, Centralização — são em grande parte medievais. FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade média: nascimento do ocidente**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2001, pp. 207-8.

dos diversos grupos em conflito “para limitar os poderes individuais destes grupos e alegar uma posição de imparcialidade, impessoalidade ou harmonia providencial que justifique a sua exigência de submissão”¹²⁵.

Tanto o corpo social quanto os governantes começaram a almejar uma continuidade na gestão dos interesses coletivos e um modo de transmitir a autoridade que pusesse fim aos conflitos que acompanhavam a mudança das personalidades dirigentes, com uma organização política que garantisse a conformidade das decisões dos governantes e as aspirações da coletividade¹²⁶. Já não bastava saber quem manda, era imperioso saber quem tem o direito de mandar. Este direito não podia resultar exclusivamente das vitórias nas lutas pelo poder, porque isto desacreditaria o seu fundamento¹²⁷.

Em um determinado momento as qualidades pessoais de um chefe já não eram capazes de explicar a autoridade que exercia, uma vez que a consciência política dos súditos negava a possibilidade de que toda a organização social pudesse amparar-se unicamente na vontade de um indivíduo¹²⁸.

Para legitimar-se e vencer as resistências de setores estratégicos da sociedade, o detentor do poder político unificado teria de oferecer uma garantia razoável de que as decisões não seriam parciais e dirigidas para interesses setoriais, decorrendo daí a necessidade de constituição de um espaço autônomo em face dos interesses privados, um espaço que contemplasse toda a coletividade, um espaço público¹²⁹.

*Los hombres para evitar estos inconvenientes han imaginado otra forma de Poder Político. En lugar de considerar que el Poder es una prerrogativa propia del que lo ejerce, han inventado un soporte de Poder que sea independiente de las personalidades gobernantes. Este soporte es el Estado. El Estado es el titular abstracto y permanente del Poder, del que los gobernantes sólo son agentes esencialmente pasajeros*¹³⁰.

¹²⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. Título original: LAW IN MODERN SOCIETY – *Toward a criticism of social theory*. Tradução de Roberto Raposo, p. 71.

¹²⁶ BURDEAU, G. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Madrid: Nacional, 1981. 832, p. 23.

¹²⁷ BURDEAU, 1981, p. 23.

¹²⁸ BURDEAU, 1981, p. 23.

¹²⁹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 38.

¹³⁰ BURDEAU, 1981, p. 23.

A unificação da ordem política exigia determinar a quem cumpriria exercer o poder político. Os soberanos, geralmente identificados na pessoa de um príncipe ou monarca hereditário¹³¹, já exerciam certa autoridade na sociedade feudal, através das atividades de guerra e fiscal¹³² e das Cortes Recursais de Justiça. Estas competências se foram fortalecendo ao longo do medievo e com elas o poder dos soberanos, e assim, no período que abarca do século XVI ao XVIII, passaram a reivindicar vigorosamente os poderes de império subtraídos da sociedade civil¹³³. Com isso, o soberano tende a restar como a única e última fonte de comando com capacidade de vincular a massa das pessoas¹³⁴.

En el continente europeo, en España, Francia y en los Estados territoriales alemanes, se desarrolla el Estado moderno al hacerse “absoluto” el príncipe, es decir mediante la supresión de los bien ganados derechos feudales y estamentales y el quebramiento y aniquilación del principio de la legitimidad del status quo en que descansa aquella situación feudal. Las formaciones políticas así surgidas eran Monarquías absolutas. Consiste lo “absoluto” en que el príncipe es legibus solutus, es decir, que está autorizado y en condiciones de despreñar, por razones políticas, sobre las que sólo él decide, las pretensiones legítimas de los estamentos y los privilegios y convenios existentes. (...) Este Estado moderno es soberano; su poder, indivisible¹³⁵.

Dá concentração do poder político surgiu o Estado Nacional Moderno, com o qual emerge um novo tipo de poder, que veio a ser chamado pelos juristas de poder soberano, poder que não está subordinado, pelo menos na esfera temporal ou política, a nenhum outro¹³⁶.

¹³¹ BOGNETTI, 2001, pp. 20-1.

¹³² SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 40.

¹³³ No original: *In questa fase storica, che abbraccia i secoli tra XVI e il XVIII, i poteri di imperio sottratti ai soggetti della società civile - così del resto come quelli che vengono rapidamente tolti alla superiore autorità dell'Impero, ormai sulla strada del totale tramonto - sono rivendicati con forza da un sovrano che, di solito identifica con la persona di un principe o monarca ereditario (ma può talvolta venir impersonato anche dall'organo supremo di una repubblica)*. BOGNETTI, 2001, pp. 19-20.

FRANCO JÚNIOR verbera que “a Centralização Política, por fim, era a conclusão lógica de um objetivo perseguido por inúmeros monarcas medievais. O Estado moderno, unificado, caracterizava-se pelo fato de o soberano ter jurisdição sobre todo o país, poder de tributação sobre todos os seus habitantes, monopólio da força (exército, marinha, polícia). Esta tinha sido a tripla meta de reis como Henrique II da Inglaterra (1154-1189) ou Luís IX da França (1226-1270). FRANCO JÚNIOR, 2001, pp. 207-8.

¹³⁴ PALMA, 1881, vol. I, p. 163.

¹³⁵ SCHMITT, 1939, pp. 55-6. Sobre o tema REVERBEL anota que “a centralização da Espanha com o casamento de Fernando de Aragão e Isabel de Castela transformou-a em monarquia absoluta e durante a maior parte do século XVI, na maior potência europeia”. REVERBEL, 2012, p. 37.

¹³⁶ SOUZA JUNIOR e REVERBEL preferem denominar o poder desse Estado de *concentrado* envolvendo: a absolutização numa mesma instituição, pública e autônoma, do poder político em sua essência una e soberana; a

2.6 A doutrina da soberania do Estado

No início da época do renascimento e da reforma surgiram investigações de natureza política que transformariam a feição da organização social¹³⁷. Com o aparecimento das obras de Nicolò di Bernardo dei MACHIAVELLI, Jean BODIN e Thomas HOBBS a literatura passou a tratar da natureza, propriedades e modos de organização do Estado¹³⁸. O primeiro autor a dar um tratamento doutrinário às novas figuras surgidas neste período foi MAQUIAVEL, que introduziu na literatura o termo Estado para designar o novo *status* político¹³⁹.

A visão de MAQUIAVEL veio contrastar com o pensamento que dominou a antiguidade e perpassou a Idade Média. Para os gregos o Estado não era apenas uma comunidade política, mas também religiosa. “Não se compreendia na Grécia uma comunidade de vida fora do Estado ou autônoma dentro dele”¹⁴⁰. As relações políticas reais também estavam fora das reflexões dos pensadores políticos da Idade Média. Para a literatura cristã deste período, o valor do saber consistia em estudar o que o Estado deve ser e não o que ele é¹⁴¹.

Foi a partir de MAQUIAVEL que a ciência política começou a ter lineamentos de ciência autônoma, separada da moral e da religião.

*Machiavelli puede formular - trágica y genial progenitura - una ciencia política sustantiva, con fines específicos y únicos en sí mismo, amoral en su esencia, ya que se la desvincula radicalmente de todo sistema ético de validez universal*¹⁴².

cumulação de todas as funções de exercício da soberania, na cabeça coroada (potencialmente divisíveis em órgãos); e a centralização, numa capital, da função política de administração. SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 33.

¹³⁷ *En el Renacimiento y la Reforma puede fijarse el grávido giro de la historia occidental que es el momento nodal en que se opera el relevo de un humanismo de integración teocéntrica por un individualismo egocéntrico, y que jalona, justamente el nacimiento del subjetivismo de la libertad. Augusto Comte percibió meridianamente - aunque de allí enhestó un universo de ingenuidades- que el Renacimiento señala la transmigración del hombre desde una edad teológica unificada por una métaphisique, hacia una edad positiva ordenada y gobernada por una physique.* SAMPAY, 1942, p. 103.

¹³⁸ Embora, assim como ARISTÓTELES, partam do mundo que lhes é dado, buscam uma nova base para fundar as novas relações, fundamento que encontram na doutrina do direito natural, que, desligado de todo fundamento teológico, afirma seu valor em razões de necessidade interna. JELLINEK, 2000, p. 98

¹³⁹ HELLER, 1968, p. 161-2. Sobre o tema ver também, JELLINEK, 2000, pp. 94-110.

¹⁴⁰ JELLINEK, 2000, p. 94.

¹⁴¹ JELLINEK, 2000, p. 96.

¹⁴² SAMPAY, 1942, p. 132.

Com O Príncipe (1513) e Discurso sobre a primeira década de Tito Lívio (1519) MAQUIAVEL empregou o termo Estado para descrever as novas entidades que observava surgir na Europa¹⁴³, a cuja organização atribuiu grande importância como instrumento de segurança para a população.

De fato, que é um governo senão o meio de conter os cidadãos de modo que eles não se injuriem mutuamente? Meio que consiste em dar completa segurança à população ou em reduzi-la a impossibilidade de praticar o mal; ou ainda em fazer tantos benefícios ao povo que este não tenha razão para procurar mudar seu destino¹⁴⁴.

Coube, entretanto, a BODIN, com “Os seis Livros da República” (1576), a primazia de afirmar a soberania como nota característica do Estado¹⁴⁵, como elemento essencial à definição de Estado¹⁴⁶. Coube-lhe, igualmente, estabelecer a imanência daquela nova realidade¹⁴⁷, e com sua obra “produziu enorme impacto nas elites dirigentes da França e da Inglaterra, tanto na estruturação do direito público, quanto na constituição jurídica do Estado Nação”¹⁴⁸. *Secularizada la política y el Estado, en sus fines y en su justificación, Jean Bodin descubre que la supremacía de éste, sobre toda potestad humana, es absoluta e ilimitada*¹⁴⁹.

L'État est un droit gouvernement de plusieurs menages et de ce que leur es commun avec puissance souveraine. Esta definición del Estado de Bodin contiene algo esencialmente nuevo que no existe en la literatura anterior: que todo dominio sobre una pluralidad de familias, dotado de poder

¹⁴³ BEÇAK, 2013, p. 346. MAQUIAVEL afirmou que todos os Estados e todos os governos que exerceram ou exercem certo poder sobre a vida dos homens foram e são repúblicas ou principados. MACHIAVELLI, Nicolò di Bernardo dei, 1469-1527. **O Príncipe**; tradução de Antônio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: LP&M, 2008, p. 5.

¹⁴⁴ MACHIAVELLI, Nicolò di Bernardo dei. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**, pp.263-4.

¹⁴⁵ HELLER, 1968, p. 80.

¹⁴⁶ JELLINEK, 2000, p. 415.

¹⁴⁷ BEÇAK, 2013, p. 346.

¹⁴⁸ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 44.

¹⁴⁹ SAMPAY, 1942, p. 131. Diz SAMPAY: *Bodin, avanzando sobre la ruta moderna y deduciendo una inédita consecuencia lógica de la rotura del unitario sistema de Cultura católica formula la doctrina que considera al Estado como la potestad soberana - de superanus -, que en latín vulgar significa el supremo- y cuya concretización real-histórica es el Estado absoluto, que desenvuelve al más alto grado la individualidad del Monarca.* SAMPAY, 1942, p. 132. Segundo BODIN, *La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République, que les Latins appellent majestatem, les Grecs [en grec], et [en grec], et [en grec], les Italiens seignoria, duquel mot ils usent aussi envers les particuliers, et envers ceux-là qui manient toutes les affaires d'état d'une République: les Hébreux l'appellent [en hébreux], c'est-à-dire la plus grande puissance de commander. Il est ici besoin de former la définition de souveraineté, parce qu'il n'y a ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie, [bien] que c'est le point principal, et le plus nécessaire d'être entendu au traité de la République.* JEAN BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993, p. 74.

soberano, esto es, revestido de un poder supremo e independiente en lo exterior y en lo interior, represente un Estado. Esto ni nada análogo se había dicho antes de Bodin.

(...)

*Antes de él se reconoció uno de los aspectos de la soberanía: el de la independencia exterior y la suprema potestas de algunos príncipes, del emperador y del rey de Francia; pero la resolución de todos los elementos del concepto de soberanía en una unidad, no tiene lugar antes de Bodin; a él se debe que el comparativo *souveraine* haya sido elevado definitivamente a superlativo y la *superiorita* a *suprema potestas*¹⁵⁰.*

BODIN teve o mérito de identificar na soberania o elemento essencial à definição do Estado. Mas o conceito de soberania ainda não alcançaria a sua expressão máxima, porque para ele o soberano estava obrigado pelas leis divinas e pelas leis da natureza¹⁵¹.

A máxima da ilimitação jurídica do poder soberano (*summum imperium*) aparece pela primeira vez em Thomas HOBBS¹⁵². Para HOBBS a soberania era “absoluta, indivisível e concentrada, com o poder de promulgar e de abolir as leis”¹⁵³. Admitir a possibilidade de dividir a soberania entre vários membros do Estado era uma doutrina revolucionária que conduziria à dissolução do mesmo¹⁵⁴.

2.7 O absolutismo monárquico

A reivindicação dos príncipes ou monarcas hereditários de concentrar os poderes políticos encontrou fundamentação filosófica na doutrina do direito natural. Para os teóricos da corrente contratualista denominada por BOBBIO de Hobbesiana¹⁵⁵, admitir a divisão do poder soberano implicava a dissolução do

¹⁵⁰ JELLINEK, 2000, p. 415.

¹⁵¹ JELLINEK, 2000, p. 415.

¹⁵² JELLINEK, 2000, p. 415.

¹⁵³ PALMA, 1881, vol. I, p. 210.

¹⁵⁴ JELLINEK, 2000, p. 451. Segundo HELLO trata-se de mero sofisma, pois *di una questione tutta politica fa una questione metafisica; ciò che si tratta di dividere non è né la volontà, né il potere per ciascun atto che si presenti; relativamente a quest'atto è certamente contraddittorio il volere e il disvolere, il potere e il non potere, o il potere e il non volere che per metà; ma ciò che è divisibilissimo si è l'assunto immenso del governo di un gran popolo, ciò che è possibilissimo è la ripartizione in varie mani delle parti ond'è composto.* HELLO, Charles Guillaume. **Du Régime constitutionnel**. 2. ed. Paris: Chez Gustave Pissin, 1830, Apud PALMA, 1881, vol. I, p. 172.

¹⁵⁵ Segundo esta corrente, aqueles que estipulam o contrato social renunciam completamente a todos os direitos do estado natural, e o poder civil nasce sem limites: qualquer limitação futura será uma autolimitação. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio De

próprio Estado soberano¹⁵⁶, por isso o poder do Estado deveria estar necessariamente em uma só vontade, seja de uma pessoa física ou de um *corpus*¹⁵⁷.

O poder político devia estar necessariamente concentrado no monarca, que o recebia por delegação direta de Deus, e assim o exercia por direito próprio. O monarca absolutista era o representante de Deus na terra, diziam autores como Jacques BOSSUET, Jean BODIN e Thomas HOBBS.

BOSSUET sustentava que o poder real era também um poder divino, já que os monarcas eram representantes de Deus na terra. Como o príncipe recebia o poder por direito divino, aquele que a ele resistisse estava em pecado, porque o príncipe só era responsável perante Deus¹⁵⁸.

Este também o sentido da doutrina de BODIN:

Nada havendo de maior sobre a terra, depois de Deus, que os príncipes soberanos, e sendo por Ele estabelecidos como seus representantes para governarem os outros homens, é necessário lembrar-se de sua qualidade, a fim de respeitá-los e reverenciá-los a majestade com toda a obediência, a fim de sentir e falar deles com toda a honra, pois quem despreza seu príncipe soberano, despreza a Deus, de Quem ele é a imagem na terra¹⁵⁹.

O poder do monarca não podia ser suprimido ou mesmo diminuído, disse HOBBS¹⁶⁰, porque somente a autoridade e o poder real têm as condições concretas de assegurar a paz da sociedade e a permanência do Estado¹⁶¹.

Foi de HOBBS o remate teórico final do processo de concentração do poder político no monarca, através da “deificação do Estado com a geração do

Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília - UnB, 1997, pp. 43-4.

¹⁵⁶ JELLINEK, 2000, p. 450.

¹⁵⁷ JELLINEK, 2000, p. 451.

¹⁵⁸ PALMA, 1881, vol. I, p. 210.

¹⁵⁹ BODIN, Jean. República. In: CHEVALIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1966. p. 61. Em BODIN: *Puisqu'il n'y a rien plus grand en terre, après Dieu, que les Princes souverains, et qu'ils sont établis de lui comme ses lieutenants, pour commander aux autres hommes, il est besoin de prendre garde à leur qualité, afin de respecter et révérer leur majesté en toute obéissance, sentir et parler d'eux en tout honneur, car qui méprise son Prince souverain, il méprise Dieu, duquel il est l'image en terre*. BODIN, 1993, p. 95.

¹⁶⁰ PALMA, 1881, vol. I, p. 210.

¹⁶¹ BEÇAK, 2013, p. 346.

Leviatã, deste Deus mortal, a quem devemos toda paz e toda proteção sob o Deus imortal”¹⁶².

2.8 A descoberta da técnica da representação política

A unificação do poder político em um único centro, em uma esfera pública separada da esfera privada, teve grande significado para a *separação dos poderes*. Para alcançar este modo de organização do poder foi necessário, contudo, descobrir a técnica de representação política, que completou os requisitos para a divisão orgânica do poder estatal¹⁶³.

A descoberta da técnica da representação foi a condição prévia e indispensável para distribuir o poder político entre órgãos diversos¹⁶⁴. O fenômeno era desconhecido, ou quase desconhecido, na antiguidade, porque o tamanho reduzido da cidade permitia reunir o conjunto dos cidadãos na *ágora* e no *fórum* e organizar a democracia direta, sem interposição de representantes¹⁶⁵.

¹⁶² SAMPAY, 1942, pp. 132. “Na medida em que expressa a ideia do “*homo homini lupus*” e a renúncia original do exercício de soberania pelo povo vai construir teoria que dará roupagem doutrinária ao fenômeno político em andamento. O absolutismo solidificará a reunião da soberania com a pessoa do monarca”. BEČAK, 2013, pp. 346-7.

¹⁶³ Segundo LOEWENSTEIN, a técnica da distribuição do poder político está essencialmente unida à teoria e prática da representação, em que os representantes recebem o encargo e a autorização de atuar em nome dos representados, vinculando-os por suas decisões coletivas. LOEWENSTEIN, 1970, pp. 57-8. Roberto GARGARELLA sustenta que *en El Federalista*, nº 10 — *que constituye la contribución más extraordinaria de James Madison al pensamiento político* —, *el sistema representativo es defendido como un mecanismo que «refina y extiende la opinión pública, pasándola a través del tamiz de un cuerpo escogido de ciudadanos, cuya sabiduría les permite discernir los verdaderos intereses del país y cuyo patriotismo y amor a la justicia hace que tengan una menor propensión a sacrificarlos por consideraciones parciales o temporales*. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**; prólogo de Cass Sunstein, 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 13.

¹⁶⁴ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 58-9.

¹⁶⁵ HAURIOU, 1971, p. 56. LOEWENSTEIN afirma que *en los Estados constitucionales de la Antigüedad, en Grecia y Roma, se celebraron frecuentemente elecciones para cubrir determinados cargos unidos a determinada funciones; esta técnica fue escogida por la organización de la Iglesia católica y de sus órdenes religiosas, que sirvieron así de importante lazo de unión. Pero, en absoluto se puede equiparar elección y representación, aunque la elección es una técnica indispensable en un auténtico, es decir, no solo simbólico, proceso de representación*. LOEWENSTEIN, 1970, p. 58.

Não é demasiado assinalar, ainda, que a representação só foi possível quando se separaram as esferas públicas e privadas, porque “a representação não pode ter lugar senão na esfera do público. (...) Um Parlamento somente tem caráter representativo na medida em que a sua atividade própria seja revestida de publicidade”. SCHMITT, 1939, p. 241.

Porém, com o agigantamento do Estado, a democracia direta já não era possível, por isso foi necessário descobrir outros meios de propiciar a participação do povo na tomada das decisões políticas.

En Roma, después de Augusto, el carácter a la vez gigantesco y heteróclito del Imperio impidió el gobierno directo sin hacer practicable un sistema representativo. Se pasa de una democracia de fórum a una monarquía administrativa. Por el contrario las dimensiones y la homogeneidad de las sociedades modernas han tendido hacia el sistema representativo, estableciendo, junto a los monarcas, súbditos o ciudadanos encargados de presentar reclamaciones, votar impuestos y más tarde leyes e, incluso, controlar al ejecutivo. El Derecho constitucional de la época moderna se organiza a partir del fenómeno representativo y en torno al mismo¹⁶⁶.

LOEWENSTEIN diz não ser possível estabelecer com clareza as raízes da técnica representativa, mas se poder afirmar que no seu processo de desenvolvimento a situação da Inglaterra foi particularmente significativa¹⁶⁷.

[...] al final del periodo feudal, cuando la corona estaba necesitada de dinero, los delegados de las capas sociales poderosas financieramente que estaban convocados por el rey, se emanciparon – probablemente en virtud de los primitivos medios de comunicación – de las instrucciones y mandatos imperativos que habían recibido, y tomaron allí mismo sus decisiones bajo su propia responsabilidad. De esta manera obligaron y “representaron” a los grupos o asociaciones de personas, de los que eran portavoces y mandatarios¹⁶⁸.

As delegações, que decidiam nos estritos termos das procurações de direito civil recebidos, conquistaram para suas ações e decisões autonomia e cogência em face da sociedade, da qual expressavam, originariamente, meros interesses privados¹⁶⁹.

Enquanto em toda a Europa o absolutismo monárquico montava aparatos administrativos cada vez mais eficientes, na Inglaterra o Parlamento se elevou a

¹⁶⁶ HAURIOU, 1971, p. 56.

¹⁶⁷ LOEWENSTEIN, 1970, p. 59.

¹⁶⁸ LOEWENSTEIN, 1970, p. 59.

¹⁶⁹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 50. Os autores preferem empregar o vocábulo apresentação, expressão cunhada por PONTES DE MIRANDA. “Na verdade, a esfera pública *presenta* (dá existência, funda abstratamente), em plano transcendente e autônomo, diante dos interesses sociais, a unidade social, um espaço para a deliberação da razão prática, tendo em vista exclusivamente o bem comum, pela ponderação das necessidades concretas da sociedade”. SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 50.

categoria de poder separado e independente, representando interesses financeiros e territoriais, aspirando a uma legítima participação no processo de poder¹⁷⁰.

De nuevo por razones totalmente determinadas por el ambiente, el Parlamento triunfó finalmente sobre la prerrogativa real en la Revolución Puritana y en la Glorious Revolution, elevándose al puesto de detentador central del poder en la nueva sociedad estatal, que quedó así convertida en “constitucional”¹⁷¹.

A Inglaterra retirou do rei a posição de soberano, estabelecendo o que se denominava de “soberania parlamentar”, sobretudo com a promulgação, pelo próprio Parlamento, em 1689, da Declaração de Direitos que a institucionalizou¹⁷².

A Revolução Gloriosa, que despachou para os anais da história inglesa a monarquia absoluta e a concentração dos poderes, limitou-se, em 1689, a retirar do Rei a função de legislar, consolidando-a definitivamente nas casas legislativas do Parlamento (a dos Comuns e a dos Lordes)¹⁷³.

A elevação do parlamento ao centro do poder conduziu ao desenvolvimento da teoria da separação dos órgãos estatais e de distribuição do poder político¹⁷⁴. A luta vitoriosa – conduzida pela burguesia e parte da aristocracia - contra o absolutismo monárquico, transformou o Parlamento, de órgão de representação do povo diante do Soberano, a órgão ele mesmo soberano, capaz de exprimir a vontade do Estado, como o detentor do poder de aprovar as leis¹⁷⁵.

¹⁷⁰ LOEWENSTEIN, 1970, p. 59.

¹⁷¹ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 59-60.

¹⁷² HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 155. “Na Revolução Gloriosa (1688), Jaime II foi expulso do trono, principalmente por ter interferido no âmbito legislativo e ter tentado anular, em larga medida, as leis do direito da igreja oficial da Inglaterra, através do uso excessivo de um direito de dispensa deduzido de uma prerrogativa real. Após a revolução, a Câmara Alta e a Câmara Baixa tinham acordado na *Declaration of Rights* as condições sob as quais Guilherme III e Maria Orange viriam a ser chamados ao trono inglês. Um dos princípios mais importantes era o preceito de que o rei em cujas mãos se depositava o poder executivo deveria respeitar as leis não podendo suspendê-las, nem em geral nem para um caso particular, e tão pouco podia delegar a jurisdição numa comissão nomeada por ele”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**, 3ª ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, coord. J.J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 408.

¹⁷³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia política do Estado e sistema de poderes**. 2003. 114 f. Tese (Doutorado em Teoria Geral do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

¹⁷⁴ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 59-60.

¹⁷⁵ *La vittoriosa lotta condotta dalla borghesia e da una parte dell'aristocrazia control'assolutismo monarchico degli Stuart, complice la loro debolezza economica, trasformò il Parlamento da organo di rappresentanza del popolo dinanzi al Sovrano ad organo esso stesso sovrano, capace di esprimere la volontà dello Stato, detentore del potere di approvare le leggi e di “disporre” della stessa Corona*. CURRERI, Salvatore. **Democrazia e**

O êxito da Revolução Gloriosa implicou importante mudança na natureza da função representativa, pois, a partir de então, os mandatários já não seriam simples mensageiros da vontade dos delegantes, mas se tornariam efetivamente representantes¹⁷⁶. O mandato imperativo transmudou-se em representativo, condição essencial para permitir que o Parlamento exercesse plenamente a soberania, porque os eleitos puderam representar não somente os interesses dos eleitores do seu distrito, mas os de todo o Reino, gozando da confiança de toda a comunidade¹⁷⁷.

(...) fue la técnica de la representación la que hizo posible la institución del parlamento como un detentador del poder separado e independiente del gobierno. La independencia de los tribunales fue el complemento lógico de todo un sistema de detentadores del poder independiente entre sí. Sin la introducción del principio de la representación, el poder político hubiese permanecido monolítico indefinidamente, como así ha ocurrido fuera del mundo occidental hasta que finalmente en estos territorios el absolutismo ha sucumbido al tomar contacto con la idea del constitucionalismo liberal¹⁷⁸.

O Parlamento tornou-se o poder supremo na Inglaterra, tendo o poder de modificar qualquer lei, mesmo as materialmente constitucionais, sem que qualquer autoridade, judiciária ou não, possa declarar nulo ou anular um ato parlamentar.

rappresentanza politica: dal divieto di mandato al mandato di partito. 2. ed. rivista e accresciuta. Firenze: Firenze University Press, 2004, p. 43. SCHMITT esclarece que “a representação não é um fenômeno de caráter normativo, não é um procedimento, mas algo existencial. Representar é fazer perceptível e atualizar um ser imperceptível mediante um ser de presença pública. A dialética do conceito está em que se supõe como presente o imperceptível, ao mesmo tempo em que se o faz presente”. SCHMITT, 1939, p. 241. Sobre a evolução histórica que culminou na “Revolução Gloriosa” ver: MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern.** Indianapolis: Liberty Fund, 2007, pp. 115-136.

¹⁷⁶ Sobre os diversos papéis que podem ser desempenhados por um representante ver: DEUTSCH, Karl Wolfgang, 1912. **Política e Governo**, trad. de Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 191. Título original: *Politics and Government: how people decide their fate.*

¹⁷⁷ *In Inghilterra il principio per cui each member of the House of Commons is deputed to serve, not only for its constituents, but for the whole kingdom, presente già nel XVI secolo, si affermò definitivamente nel secolo successivo con la conquista della sovranità da parte del Parlamento.* CURRERI, 2004, pp. 42-3. *Rispetto però ad altri paesi dell'Europa continentale, in Inghilterra la sovranità del Parlamento si affermò per prima, in modo incruento e per via consuetudinaria. La rappresentanza medioevale, basata sui vincoli di mandato, non s'interruppe bruscamente ma si evolvette gradualmente e progressivamente, mantenendo i gruppi un forte potere di condizionamento. Al contrario del costituzionalismo continentale, dove come vedremo il Parlamento fu concepito come luogo d'espressione della superiore volontà della Nazione o dello Stato, in quello anglosassone si affermò l'idea di un Parlamento composito, luogo di rappresentanza e di mediazione politica di quel tessuto pluralistico che ne aveva storicamente segnato la genesi.* CURRERI, 2004, p. 43.

¹⁷⁸ LOEWENSTEIN, 1970, p. 60.

*Todo esto es bien conocido. Fue esta configuración del poder la que condujo al desarrollo de la teoría de la separación de los órganos estatales y de la distribución del poder político, llevada a cabo por Harrington, Locke, Bolingbroke y finalmente Montesquieu y la ilustración francesa*¹⁷⁹.

A unificação do poder político em único centro decisório, a separação das esferas pública e privada, e a descoberta da técnica de representação política forneceram os elementos teóricos necessários ao desenvolvimento da técnica da divisão dos poderes¹⁸⁰.

Estes fatores permitiram realizar o que havia sido descoberto por Jean BODIN. Embora sustentasse a concentração do poder no Monarca, foi ele quem primeiro reconheceu a possibilidade de dividir o exercício do poder político¹⁸¹. Coube-lhe a originalidade de identificar a separação entre a soberania e o seu exercício, distinção fundamental para a divisão do poder político¹⁸², porque o direito público passou a admitir a possibilidade de coexistirem a indivisibilidade do poder estatal soberano com a divisibilidade do seu exercício, da sua distribuição entre diversos órgãos¹⁸³.

¹⁷⁹ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 59-60.

¹⁸⁰ Sobre a origem da separação entre direito e política ver: MCILWAIN, 2007, notadamente as páginas 94-45.

¹⁸¹ “O poder soberano do Estado deve ser único, no sentido de que não deve haver duas potestades que comandem igualmente na mesma esfera, mas o exercício desta soberania consta de várias partes ou funções e reclama vários órgãos. A divisão racional das funções entre órgãos diversos não só é possibilíssima, como representa um grande progresso e também uma verdadeira necessidade de um Estado livre”. PALMA, 1881, vol. I, p. 173.

¹⁸² SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 47.

¹⁸³ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 47.

3 A DIVISÃO DOS PODERES NO ESTADO LIBERAL

3.1 A supremacia do direito e a divisão do poder

A concentração do poder político permitiu racionalizar as atividades do Estado, porque o detentor do poder haveria de olhar pelo todo e não por interesses parcelares. Significou também maior igualdade jurídica, porque colocou os indivíduos diante de uma única potestade.

Mas isso não representou a libertação dos indivíduos da arbitrariedade dos detentores do poder¹⁸⁴. A inexistência de limites firmes aos detentores do poder se traduzia frequentemente em abusos, como a imposição forçada da religião às consciências, a subtração arbitrária da propriedade, o impedimento ao comércio e a imposição de tributos opressivos¹⁸⁵.

Esta situação de insegurança demonstrou a necessidade de desenvolver mecanismos de limitação e controle do poder¹⁸⁶. A reação ao poder absoluto teve causas e tempos diferentes, mas a submissão ao direito e divisão do poder político foi o modo como se concebeu limitar e controlar o poder dos detentores. Com a derrota dos Stuart na Inglaterra¹⁸⁷ e a edição do *Bill of Rights*, de 1688 e do *Act of Settlement*, de 1701, que seguiram à revolução gloriosa, se institucionalizou pela primeira vez uma divisão funcional e orgânica dos poderes políticos¹⁸⁸.

¹⁸⁴ BOGNETTI, 1998, vol. I, pp. 11-12

¹⁸⁵ BOGNETTI, 1998, vol. I, pp. 11-12.

¹⁸⁶ As sociedades da Antiguidade não possuíam *verdadeiras declarações dos direitos dos cidadãos, frente à suprema e ilimitada autoridade do Estado*, as quais só começaram a surgir na idade média por conta das organizações feudais em que aos poucos toma forma a ideia de que as obrigações em relação à autoridade superior são somente aquelas *voluntariamente aceitas no pacto de vassalagem*, onde os direitos e deveres públicos vinculavam reciprocamente apenas o soberano e seus *feudatários*, sem alcançar à *massa submissa dos súditos* que restava privada de defesa jurídica eficaz contra os próprios governantes. DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional: instituições de direito público**. Tradução de Maria Helena Diniz, revisão de Ricardo Olivo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 515.

¹⁸⁷ Em vários países da Europa continental a divisão de poderes somente foi plenamente posta em prática depois de meados do século XIX. Mas o fato de que realmente no longo curso e, ao fim dele, os desenvolvimentos da história político-jurídica de países tão diferentes tiveram o mesmo escopo, indica que, para além de motivos ocasionais, pelo menos um fator comum operou em todos os ambientes em favor do triunfo de uma nova estrutura organizacional do estado-aparato. BOGNETTI, 2001, p. 21.

¹⁸⁸ Entre outras coisas, se negava à Coroa a pretensão de poder emanar normas derogantes das normas do *common law* e dos *statutes* e garantia a independência dos juízes. BOGNETTI, 2001 p. 24.

Sobre as limitações impostas ao rei e as garantias conferidas ao povo e ao legislativo no *Bill of Rights*, vale referir as seguintes: a impossibilidade de o rei, sem autorização do parlamento, suspender leis (*dispensing power*) e criar ou manter um exército, em tempo de paz (*standing army*); o direito de petição (*right to petition*); a

3.2 A divisão do poder

A divisão funcional e orgânica do exercício do poder político encontrou em John LOCKE, Henry St. John, o Visconde de BOLINGBROKE e Charles de Secondat, o Barão de MONTESQUIEU, a sua fundamentação teórica. Para eles o povo é o titular da soberania, sendo o monarca mero delegado do seu exercício¹⁸⁹. A partir das ideias liberais concebidas no século XVII, muda-se a forma de ver as relações entre o Estado e os súditos porque se entendeu o governo como algo decorrente da concordância dos governados¹⁹⁰.

No Estado liberal, os indivíduos esperam gozar de uma esfera de liberdade que o sistema jurídico deve reconhecer e proteger. Esta esfera de liberdade, que abarca a todos os setores da vida dos indivíduos, exige um tratamento formalmente igual perante a lei. A sociedade civil se organiza por si mesma, e ao Estado cumpre tutelar de forma apropriada o desenvolvimento autônomo da sociedade civil¹⁹¹.

Percebe-se que o exercício do poder político, por quem quer que seja, não decorre de renúncia ao exercício da soberania, mas de mera delegação feita pelos seus titulares¹⁹².

eleição dos membros do parlamento sem interferência da Coroa (*freedom of election*); a liberdade de expressão no parlamento, não podendo ser o direito de manifestação cassado ou impugnado em instâncias externas ao parlamento (*freedom of speech*); a impossibilidade de fixação de multas excessivas e penas cruéis (*excessive bail*); e a impossibilidade de imposição de multas ou penas antes da condenação (*grants of forfeitures*). Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>. Acesso em: 25 ago. 2016.

¹⁸⁹ SALDANHA, Nelson. A Revolução Francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 27 n. 105, jan./mar. 1990, p. 176.

¹⁹⁰ SALDANHA, 1990, p. 176.

¹⁹¹ BOGNETTI, 2001, p. 22.

¹⁹² BEÇAK, 2013, pp. 346-7. Às objeções da corrente *Hobbesiana*, de que a divisão do poder implicaria a dissolução do próprio Estado, se contrapunha a divisibilidade do seu exercício e a necessidade de participação dos diversos órgãos na formação da vontade estatal, os quais, embora independentes, necessitam agir em cooperação. A participação conjunta na formação da vontade do Estado restabelece a unidade da soberania. LOEWENSTEIN, 1970, p. 69. Norberto BOBBIO dá conta de algumas diferenças entre estas duas correntes naturalistas, a *Hobbesiana* e a *Lockeana*. “Segundo o pensamento jusnaturalista, o poder civil originário forma-se a partir de um estado de natureza através do procedimento característico do contrato social. Mas existem duas maneiras de conceber esse contrato social. Como primeira hipótese, que podemos chamar de hobbesiana, aqueles que estipulam o contrato renunciam completamente a todos os direitos do estado natural, e o poder civil nasce sem limites: qualquer limitação futura será uma autolimitação. Como segunda hipótese, que podemos chamar de lockiana, o poder civil é fundado com o objetivo de assegurar melhor o gozo dos direitos naturais (como a vida, a propriedade, a liberdade) e, portanto, nasce originariamente limitado por um direito preexistente. Na primeira hipótese o Direito natural desaparece completamente ao dar vida ao Direito positivo; na segunda, o Direito positivo é o instrumento para a completa atuação do preexistente direito natural. Ainda: na primeira teoria a soberania civil nasce absoluta, quer dizer, sem limites. Os juristas positivistas que aceitam essa hipótese serão constrangidos a falar de autolimitação do Estado para dar uma explicação ao fato de que também, num ordenamento centralizado e que se proclama originário, como o Estado moderno, existem poderes normativos

O Primeiro autor a traçar tal distinção foi LOCKE, ao final do século XVII, quando expõe as suas concepções políticas em “Dois Tratados sobre o Governo Civil” (*Two Treatises of Civil Government*)¹⁹³, contrapondo-se à ideia do direito divino e do absolutismo¹⁹⁴. LOCKE idealizou um modo de assegurar as liberdades individuais, através da submissão do poder público às leis. Por isso concebeu o Parlamento como o supremo poder da comunidade política, permanecendo o exercício da sua soberania sagrado e inalterável nas mãos de quem o recebeu por delegação da sociedade civil¹⁹⁵.

BOLINGBROKE acresce às ideias de LOCKE a necessidade de distribuir equilibradamente as funções estatais entre os órgãos destinatários e MONTESQUIEU completa o quadro ao conceber uma divisão do poder em três partes, com três órgãos diferentes exercendo as funções estatais.

3.2.1 A bipartição do poder. A segregação da função legislativa e a supremacia do Parlamento

A prática política inglesa, com a consagração do Parlamento como um poder separado, estruturou uma divisão dos poderes entre o legislativo e o executivo,

descentralizados ou suplementares, ou zonas de liberdade, em que esbarra o poder normativo do Estado. Na segunda teoria, ao contrário, a soberania nasce já limitada, porque o Direito originário não é completamente suplantado pelo novo Direito positivo, mas conserva em parte a sua eficácia no interior do mesmo ordenamento positivo, como direito aceito”. BOBBIO, 1997, pp. 43-4.

¹⁹³ MELLO. José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**: as Côrtes Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 14.

¹⁹⁴ MELLO, 1968, p. 15.

¹⁹⁵ SAMPAY, 1942, p. 73. LOCKE sustenta expressamente a supremacia do Parlamento: *Though in a constituted commonwealth, standing upon its own basis, and acting according to its own nature, that is, acting for the preservation of the community, there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate, yet the legislative being only a fiduciary power to act for certain ends, there remains still in the people a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them*: LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. London: Whitmore and Fenn, Charing Cross and C. Brown, 1821, pp. 316-7. LOCKE desconfiava também do poder legislativo, exigindo, em termos gerais, a separação dos poderes legislativo e executivo: “Atendendo à fraqueza da natureza humana, sempre disposta a usurpar o poder, seria uma tentação demasiado grande para aqueles que têm a faculdade da feitura das leis, disporem também do poder de execução destas mesmas leis. Pois poderiam por esta via excepcionar-se a si próprios da obediência face às leis por eles emanadas, e adaptar a lei que na sua conformação quer na sua execução ao seu próprio benefício particular, chegando ao ponto de prosseguir um interesse distinto daquele do resto da comunidade e contrário à finalidade da sociedade” (*Two treatises of Government*, II§ 143). O remédio geral contra tal concentração de poder no Estado é “*balancing the power of government by placing several parts of it in diferents hands*” (II § 107). ZIPPELIUS, 1997, p.408. A formulação de LOCKE separou o Legislativo do Executivo, levando a efeito a supremacia daquele em relação ao Poder Executivo. ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do Direito e do Estado**. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Safe, 2001. Vol. II. p. 102. Título original: *Rechts und Staatsphilosophie*. LOCKE identificou quatro funções estatais e atribuiu o seu exercício a dois órgãos: o Rei e o Parlamento JELLINEK, 2000, p. 532.

superando o modelo absolutista. Estas mudanças estruturais não escaparam à percepção de John LOCKE, que forneceria o embasamento teórico desta nova organização política. LOCKE percebeu os riscos que a ampliada potestade do príncipe no Estado absoluto representava para a liberdade individual, para aqueles que esperavam gozar dos benefícios do direito em paz e segurança¹⁹⁶.

A concentração do poder preocupava a LOCKE, porque para ele era muito pior a sujeição do indivíduo ao poder arbitrário de alguém que tem sob seu comando muitos homens do que ao poder de muitos homens isoladamente, já que não há garantias de que vontade daquele que concentre o poder seja melhor, embora muito mais forte¹⁹⁷.

Para remediar esta situação era necessário impor limites ao detentor do poder, para controlá-lo e evitar os seus excessos. A fundamentação para a imposição de limites ao poder do soberano se encontra na sujeição do governo à lei, com base na ideia do contrato social, mais tarde aprofundada por ROUSSEAU¹⁹⁸.

Segundo LOCKE, os homens vivem em sociedade com o propósito de preservar as suas vidas, liberdades e bens e garantir a paz e a tranquilidade. Por isso, não se pode imaginar que abandonariam voluntariamente a liberdade que desfrutavam no estado de natureza, abrindo mão do próprio poder, para, voluntariamente, se submeter a outro poder, se não para alcançar estes objetivos¹⁹⁹.

Estes intentos não podem ser alcançados em um Estado em que o poder seja absolutamente arbitrário e o governo não se fundamente em leis permanentes e previamente assentadas²⁰⁰. Seja qual for o modo de constituição de uma comunidade civil, o poder que a comanda deve conduzir a comunidade por leis previamente declaradas e aceitas, e não por leis extemporâneas e resoluções imprecisas²⁰¹.

Para LOCKE no estado de natureza o homem está sujeito somente às leis da natureza. Na sociedade civil está sujeito apenas às leis criadas pelo poder

¹⁹⁶ PALMA anota que a concentração de todo o poder em um único centro, príncipe ou assembleia, constitui o absolutismo que, pela própria natureza, resulta em despotismo e tirania. PALMA, 1881, vol. I, p. 163.

¹⁹⁷ LOCKE, 1821, pp. 306-7.

¹⁹⁸ Ver: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 7. ed. Curitiba: Hemus, 2000.

¹⁹⁹ LOCKE, 1821, pp. 306-7.

²⁰⁰ LOCKE, 1821, pp. 306-7.

²⁰¹ LOCKE, 1821, pp. 306-7. LOCKE traduz nestas expressões a ideia de Estado de Direito, que “tem por finalidade a subordinação de toda atividade estatal às normas jurídicas e à idéia de justiça”. KIMMINICH, 1990, p. 287.

legislativo, ao qual ele reconhece, e que as leis estejam conformes ao direito que lhe foi conferido²⁰². É no legislativo, que os membros de uma comunidade são unidos e combinados em um corpo vivo e coeso²⁰³.

Por isso, quando o governo ultrapassa os limites fixados (de antemão), legitima o direito de resistência das pessoas aos que os ultrapassaram²⁰⁴. Com esta definição LOCKE assentou a noção de Estado de Direito, fundado em leis positivas fixadas de antemão (*antecedent, standing, positive law*) e designando como antijurídicas todas as leis *ex-post-facto*²⁰⁵.

A sujeição do governo à lei, entretanto, se tornaria inócua se o mesmo órgão estivesse encarregado de formular as normas e de aplicá-las. Por isso LOCKE procede a uma divisão do governo em duas partes, em dois órgãos. Um destes deve ser encarregado da elaboração das normas e o outro da sua execução.

LOCKE demonstrou, claramente, que as funções estatais devem ser exercidas por mais de um órgão. Antes dele todos assumiam que a soma do poder, ou seja, as funções de governo não podiam ser divididas²⁰⁶. A ideia dos três "poderes" de ARISTÓTELES expressou o desenvolvimento inicial da doutrina da separação dos poderes, mas se limitava a descrever o quadro ateniense. A partir de LOCKE a separação dos poderes passou a se converter em autêntica reivindicação²⁰⁷.

Segundo o constitucionalista lusitano J. J. Gomes Canotilho, foi LOCKE quem, "de forma sistemática traçou algumas das premissas do padrão básico referente à organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes"²⁰⁸.

A antiga divisão aristotélica foi desenvolvida por LOCKE, com os princípios da liberdade política, que distinguiu no Estado os poderes legislativo e executivo²⁰⁹.

²⁰² PALMA, 1881, vol. I, p. 150.

²⁰³ *Civil society being a state of peace, amongst those who are of it, from whom the state of war is excluded by the umpirage which they have provided in their legislative, for the ending all differences that may arise amongst any of them, it is in their legislative, that the members of a commonwealth are united, and combined together into one coherent living body.* LOCKE, 1821, p. 371.

²⁰⁴ PALMA, 1881, vol. I, p. 210.

²⁰⁵ SCHMITT, 1939, p. 163.

²⁰⁶ PALMA, 1881, vol. I, p. 210.

²⁰⁷ KIMMINICH, 1990, p. 290.

²⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 580.

²⁰⁹ PALMA, 1881, vol. I, p. 167.

A doutrina de LOCKE surgiu em um momento em que se buscava limitar o poder monárquico, por isso a supremacia do Parlamento sobre o Executivo²¹⁰.

LOCKE não apenas separou o Legislativo do Executivo, mas identificou dentro deste mais de uma função estatal²¹¹. Distinguiu um poder federativo, com a função de estabelecer alianças e relações diplomáticas, e um poder prerrogativo, consistente em um poder discricionário para os casos em que não houvesse previsão legal²¹².

Além da função legislativa típica, como função de deliberação da sociedade, identificou outras funções que depositou no Poder Executivo²¹³: (a) a função executiva típica, entendida esta como a função de aplicação das leis vigentes; (b) a função federativa, tida como a função de representação externa do Estado, de aliança e de relações diplomáticas; e (c) a função de prerrogativa, entendida como uma função de deliberação interna, eminentemente política, um poder discricionário do Governo nos casos não previstos em lei²¹⁴.

LOCKE não propugnou uma divisão equilibrada do poder entre os órgãos, mas a supremacia do Parlamento, porque a sua teoria foi formulada em momento histórico de luta política entre o Parlamento e o Monarca, tendo ele buscado fornecer um arsenal teórico às reivindicações parlamentares²¹⁵.

LOCKE também não viu a necessidade de um terceiro órgão, um poder imparcial em relação ao Parlamento e ao Monarca, ao qual se cometesse uma função de controle sobre os atos estatais. LOCKE não percebeu que o mesmo órgão não deveria ser encarregado da aplicação geral e particular das leis aprovadas pelo

²¹⁰ ADOMEIT, 2001, vol. II, p. 102.

²¹¹ BLANCO VALDÉS, Roberto L. **El Valor de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 57.

²¹² PALMA, 1881, vol. I, p.167. O poder federativo de LOCKE é, segundo SCHMITT, um poder exterior que não pode ligar-se às normas gerais produzidas pelo legislativo, por estar demasiadamente ligado à cambiante situação da política externa. SCHMITT, 1939, p. 213.

Sobre a visão de LOCKE ver: LOCKE, 1821, pp. 315-6.

²¹³ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 56-9. Ver também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 134.

²¹⁴ PALMA, 1881, vol. I, p. 167.

Acerca das funções executiva, federativa e prerrogativa em LOCKE, ver: PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 73-74.

²¹⁵ BURATTI, Andrea. Fondare l'equilibrio. Il veto sulle leggi nelle due costituenti settecentesche. **Giornale di Storia Costituzionale**, n. 23, , 2012, p. 32. Disponível em:

https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/99420/203473/Buratti_GSC_23.pdf. Acesso em: 01 Out 2016.

Parlamento. A função judicial permanecia com o chefe do executivo, o que tendia a inviabilizar o pretendido controle do poder²¹⁶.

3.2.2 O postulado do equilíbrio dos Poderes

Conforme vimos de ver, LOCKE concebeu uma separação dos poderes que denota a supremacia do Parlamento. A idealização de uma divisão equilibrada do poder político foi aparecer nos escritos políticos de Henry St. John, o Visconde de BOLINGBROKE²¹⁷. Enquanto “para Locke os poderes não deviam equilibrar-se em pé de igualdade: o Legislativo teria preponderância sobre o Executivo. Bolingbrocke construiu, ao contrário, uma doutrina do equilíbrio de poderes”²¹⁸.

*La concepción teórica-constitucional del equilibrio de los poderes pertenece al Vizconde de Bolingbrocke, quien, como político militante, expuso la doctrina en escritos polémicos en consonancia con la situación interna de Inglaterra, sin ensayar una elucidación sistemática. Ministro de Estado de la Reina Ana con la ascensión de los Hannover fué reemplazado por Walpole. A partir de entonces, formó un plan con el objeto de derribar a su sucesor y expuso en sucesivos escritos: *Dissertation on Parties* (1734), *Letters on the study of history* (1735), e *Idea of a Patriot King* (1738), la necesidad para Inglaterra de un gobierno mixto, con un equilibrio y control recíproco de los poderes del Estado. Las expresiones empleadas por él son: frenos recíprocos, retenciones y reservas reciprocas. Según Bolingbrocke, se conseguirá establecer un gobierno libre, si Inglaterra recurre a un equilibrio de poderes entre el Monarca y sus súbditos, que siguiendo la tendencia general de la época lo fundamenta con el consenso de un contrato, y si se consagra, también, por la misma relación contractual, el equilibrio entre los distintos órganos del gobierno*²¹⁹.

SCHMITT também reconhece em BOLINGBROKE o autor efetivo da teoria do equilíbrio dos poderes. Mesmo sem uma exposição sistemática, foi BOLINGBROKE quem divulgou a ideia e forneceu os lineamentos da doutrina teórico-constitucional do equilíbrio dos poderes, alegando a necessidade de um tríptico controle e equilíbrio entre Rei, Câmara Alta e Câmara Baixa, introduzindo o

²¹⁶ O Judiciário somente viria a se tornar órgão independente com o *Act of settlement* de 1701, posterior à obra de LOCKE. Ver sobre o assunto: FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 140-58.

²¹⁷ BOLINGBROKE, Henry St. John, Lord Viscount of Bolingbroke. **The Works**, London: David Mallet, 1754. Disponível em: <https://archive.org/stream/worksofhenrystjo01boliuoft#page/8/mode/2up>. Acesso em: 23 nov. 2016.

²¹⁸ LEAL, Victor Nunes. A divisão dos poderes no quadro político da burguesia. Rio de Janeiro, **R. Ci. pol.**, v. 20, n. esp., p. 127-142, outubro 1971, p.132.

²¹⁹ SAMPAY, 1942, pp. 75-6.

conceito de *check and balances*²²⁰. Para BOLINGBROKE, as diversas partes do governo deviam ter o poder de checar e controlar uma à outra, criando uma espécie de dependência constitucional recíproca, necessária para a preservação do próprio Governo e resultante da divisão do poder entre elas²²¹.

*Bolingbroke, impegnato in una dura battaglia politica contro Walpole e la sua strategia di consolidamento di una maggioranza parlamentare manovrabile da parte del gabinetto, invocò la restaurazione delle risorse della ancient constitution, esaltò l'equilibrio dei poteri e la «mutual dependency» tra di loro, ed enfatizzò gli strumenti posti dalla costituzione inglese a salvaguardia dei Fundamentals della costituzione*²²².

O equilíbrio dos poderes e a mútua dependência entre os órgãos, contudo, não deveria impossibilitar que cada parte tomasse suas próprias resoluções, de forma independente e sem qualquer influência, direta ou indireta, das outras,

²²⁰ *El autor efectivo de la doctrina teórico-constitucional del equilibrio de poderes es BOLINGBROKE, que por lo demás divulgó la idea de un equilibrio y control recíproco sólo en escritos políticos de carácter polémico y memorias, pero no en una exposición sistemática. Las expresiones empleadas por él son: frenos recíprocos, controles recíprocos, retenciones y reservas recíprocas, etc. De especial significación para las construcciones ideales de la Constitución inglesa es su pensamiento del triple contrapeso y del equilibrium of powers, de donde resulta el Gobierno libre o liberal: Rey, Cámara alta y Cámara baja; entre Rey y Parlamento (es decir, aquí, Cámaras alta y baja tomadas en conjunto); entre Legislativo y Ejecutivo, entre las prerrogativas del Rey y la libertad del pueblo debe tener el equilibrio. SCHMITT, 1939, pp. 213-4. Ver también: MELLO, 1968, p. 16. Segundo BOLINGBROKE, os fundamentos da grandeza da França e da Áustria estavam na distribuição mais equilibrada do poder, quando o poder do príncipe era menor, servindo de modelo a outros países europeus. *The foundations of the grandeur of France, and those of the grandeur of the house of Austria, were laid very near at the same period. Ferdinand and Isabella began the latter; and in Charles the fifth their grandson, and almost immediate successor, it was carried up to that exorbitant height, which made Europe tremble under his reign, under that of his son, and upon some occasions even later. The progress which France made was not so rapid, but was perhaps as sure; she shared with her rival the spoils of the house of Burgundy, by the address and vigor of Lewis the eleventh, who not only extended the bounds, and strengthened the frontier of that close compact body, whose very figure is an addition to the force of it, but assured it's inward tranquility better, and rendered that monarchy more formidable than it had been in the time of his predecessors, when the authority of the prince was less. The forming of two such powers, in Europe, made it the interest of all other princes and states, to keep as much as possible a balance between them. And here began that principle of English policy to be established, which, however true and wise in itself has hardly ever been truly and wisely pursued.* BOLINGBROKE, 1754, p. 152.*

²²¹ *To speak again without any metaphor, the power, which the several parts of our government have of controlling and checking one another, may be called a dependency on one another, and may be argued for by those who want to throw darkness round them, as the dependency opposed to the independency, mentioned in the proposition. But the fallacy is gross. We have shown that this power of control in each, which results from the division of power amongst all the parts of our government, is necessary to the preservation of it: and thus a sort of constitutional dependency, if I may have leave to express myself in that manner, is created among them; but this mutual dependency cannot be opposed to the independency pleased for.* BOLINGBROKE, 1754, p. 341.

²²² Tradução nossa do texto original em italiano: Bolingbroke, empenhado em uma dura batalha política contra Walpole e a sua estratégia de consolidação de uma maioria parlamentar manobrável pelo Gabinete, invocou a restauração dos recursos da antiga constituição, e exaltou o equilíbrio dos poderes e a mútua dependência entre eles, e enfatizou os instrumentos postos pela constituição inglesa à salvaguarda dos fundamentos da constituição. BURATTI, 2012, p. 38.

evitando-se uma paralisia do governo²²³. A dependência constitucional propugnada consistia em que o proceder de cada parte do governo, quando afetasse ao todo, fosse susceptível de exame e controle pelas outras²²⁴.

Com este arremate à formulação de LOCKE, BOLINGBROKE completou o conjunto de fundamentos teóricos necessários ao desenvolvimento da teoria da tripartição dos poderes empreendida por MONTESQUIEU.

3.3 A tripartição do poder. O ambiente político inglês

A concepção da divisão dos poderes de cunho liberal deriva menos dos escritos dos grandes pensadores desta orientação do que da observação das instituições dos ordenamentos em cuja esta orientação foi de fato efetivada²²⁵.

A ideia liberal dos direitos fundamentais e da relação estado-sociedade civil penetrou e plasmou progressivamente – à guisa de constituição material – por vezes também traduzida em explícitas disposições de Constituições formais – todos os maiores ordenamentos dos povos ocidentais entre o século XVIII e XIX. A sua penetração começou nos ordenamentos da família do *Common Law* (Grã-Bretanha e Estados Unidos). Após a Revolução Francesa tomou conta também da Europa continental, expandindo lentamente em todos os lugares o seu domínio²²⁶.

²²³ *On the contrary, this mutual dependency cannot subsist without such an independency; for whenever this independency is lost, the mutual dependency is that moment changed into a particular, constant dependency of one part on two; or, which is still more unreasonable, of two parts on one.* BOLINGBROKE, 1754, p. 341.

²²⁴ *The constitutional dependency, as I have called it for distinction is fake, consists in this; that the proceedings of each part of the government, when they come forth into action and affect the whole, are liable to be examined and controuled by the other parts. The independency pleaded for conflicts in this; that the resolutions of each part, which direct these proceedings, be taken independently and without any influence, direct or indirect, on the others.* BOLINGBROKE, 1754, p. 341. KIMMINICH, analisando a função do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) adverte que “o controle recíproco, a limitação e moderação do poder do Estado dele resultante não têm por escopo o enfraquecimento ou a incapacitação do Estado para o cumprimento de suas funções, mas visam, sobretudo, à proteção do indivíduo e à preservação de seus direitos e interesses no complexo emaranhado de normas e dos órgãos incumbidos de sua aplicação. Por isso, à própria Lei Fundamental pôde estabelecer exceções ao princípio da divisão de poderes. Mas, quando ameaçam a defesa da liberdade dos cidadãos, essas restrições ao princípio a divisão de poderes tornam-se inconstitucionais. Por essa razão, deve-se exercer o controle das faculdades legislativas desempenhadas pelo Poder Executivo, procedendo-se à rigorosa aferição de sua compatibilidade com o parâmetro estabelecido no art. 80 da Lei Fundamental. Há de se evitar, por outro lado, a politização do Poder Judiciário. Da mesma forma, não deve o Legislativo, simultaneamente, exercer atividades jurisdicionais”. KIMMINICH, 1990, pp. 291-2.

²²⁵ BOGNETTI, 2001, pp. 43-4.

²²⁶ BOGNETTI, 2001, p. 23.

O *Bill of Rights* na Inglaterra foi primeiro passo no sentido de uma divisão orgânica dos poderes políticos, porque institucionalizou o Parlamento como poder independente. A separação funcional e orgânica se acentuou com o *Act of Settlement* que garantiu a independência dos juízes²²⁷. O *act of settlement* vedou a demissão livre dos funcionários da Justiça. A garantia contra a livre demissão permitiu que se instaurasse efetivamente o controle da Administração por um órgão autônomo²²⁸.

A função jurisdicional somente se revelou nitidamente quando surgiu dentro da Administração, a par de uma divisão funcional, uma separação orgânica, operando-se gradativamente uma distinção entre os funcionários que administravam propriamente e aqueles que resolviam as contendas²²⁹.

O Ato do Estabelecimento retirou do Rei a função judicial e determinou que os magistrados não mais exercessem seu cargo por beneplácito real, mas enquanto demonstrassem zelo no cumprimento de suas funções e que somente seriam afastados por decisão do Parlamento. “Nascia no Ocidente – com essa autêntica certidão – o Judiciário como poder independente”²³⁰.

Com o *Act of Settlement* vingava o entendimento de que também não há liberdade se o poder judicial não for separado do legislativo, porque o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria legislador²³¹.

Foi dessa realidade político-social que MONTESQUIEU colheu a ideia de que a garantia da liberdade dos indivíduos dependia da instituição de uma divisão

²²⁷ Entre outras coisas, se negava à Coroa a pretensão de poder emanar normas derogantes das normas do *common law* e dos *statutes* e garantia a independência dos juízes. BOGNETTI, 2001, p. 24. Sobre as limitações impostas ao rei e as garantias conferidas ao povo e ao legislativo no *Bill of Rights*, vale referir as seguintes: a impossibilidade de o rei, sem autorização do parlamento, suspender leis (*dispensing power*) e criar ou manter um exército, em tempo de paz (*standing army*); o direito de petição (*right to petition*); a eleição dos membros do parlamento sem interferência da Coroa (*freedom of election*); a liberdade de expressão no parlamento, não podendo ser o direito de manifestação cassado ou impugnado em instâncias externas ao parlamento (*freedom of speech*); a impossibilidade de fixação de multas excessivas e penas cruéis (*excessive bail*); e a impossibilidade de imposição de multas ou penas antes da condenação (*grants of forfeitures*). Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>. Acesso em: 25 ago. 2016.

²²⁸ FAGUNDES, 2010, p. 143. “Por isso se pode dizer que esboçar a história do controle jurisdicional da Administração Pública, por intermédio da jurisdição ordinária, é acompanhar a gradativa formação do Poder Judiciário como órgão autônomo na estrutura política do Estado, porque é exatamente através desse fenômeno que se efetiva, com nitidez, a sua aparição no mecanismo estatal”. FAGUNDES, 2010, p. 144.

²²⁹ FAGUNDES, 2010, p. 144.

²³⁰ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 61.

²³¹ *Non vi ha ancora libertà se il potere giudicante non sia separato dal legislativo, la podestà sopra la vita o la libertà dei cittadini, sarebbe arbitraria, perchè il giudice sarebbe legislatore*. PALMA, 1881, vol. I, p. 167.

não apenas funcional, mas também orgânica, atribuindo a um órgão separado do Poder Executivo o poder de julgar.

Não é por outra razão que Locke, poucos anos antes, ao desenvolver o alicerce teórico da *Glorious Revolution* de 1689, concebeu o poder de julgar sob uma ótica eminentemente funcional, concentrando no órgão representativo do Estado (v.g.: o rei) o exercício das funções administrativa e judicial: reconhecia-se a divisão funcional do poder, não a orgânica. Já Montesquieu, escrevendo em momento posterior ao *Act of Settlement* e utilizando as instituições inglesas como referencial, aperfeiçoou a construção de Locke e traçou as linhas estruturais da clássica tripartição do poder, consagrando-a também sob o prisma orgânico²³².

Foi com a independência assegurada aos juizes, de modo a pô-los acima das influências do soberano, com a fixação das atribuições deles de maneira a lhes tornar eficientes a autoridade, que surgem, compondo o Poder Judiciário, autônomo e equivalente aos demais, os funcionários incumbidos de administrar a justiça²³³.

Admite-se, geralmente, que as instituições políticas inglesas orientaram a doutrina de MONTESQUIEU, de três poderes independentes, iguais entre si, que se equilibram mutuamente e que mantém, não obstante, pontos de contato entre si²³⁴.

Este entendimento, entretanto, não é totalmente amparado na realidade, porque na época da redação da sua teoria, ainda que o parlamentarismo não estivesse plenamente formado, “já era o regime britânico um governo de gabinete, ligado umbilicalmente ao Parlamento, com o monarca reduzido a um papel secundário. De modo algum, pois, um regime de “separação de poderes”²³⁵.

A reconhecida admiração de MONTESQUIEU pelo sistema inglês levou alguns críticos a negarem-lhe a teoria da separação dos poderes, porque teria se limitado a descrever o modelo institucional que viu ou imaginou ter visto na Inglaterra. “Todavia, admite-se, em geral, ter sido ele o fundador da doutrina da divisão de poderes e o precursor na luta contra o absolutismo”²³⁶.

FERREIRA FILHO prefere acreditar que, devido às necessárias cautelas da época, MONTESQUIEU tenha se valido da “descrição” da Constituição inglesa como

²³² GARCIA, Emerson. **Direito Judicial e Teoria da Constituição**: conteúdo Jurídico. Brasília-DF, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25190&seo=1>>. Acesso em: 03 set. 2016.

²³³ PALMA, 1881, vol. I, p. 163.

²³⁴ KIMMINICH, 1990, p. 290.

²³⁵ FERREIRA FILHO, 2012, p. 83.

²³⁶ KIMMINICH, 1990, p. 290.

um artifício para recomendar a divisão do poder como remédio contra o absolutismo e de garantia da liberdade, especialmente com a independência do Judiciário²³⁷.

JELLINEK vai além, afirmando que MONTESQUIEU não poderia ter dito com mais clareza que não era a Inglaterra real a que realiza a liberdade política, mas uma Inglaterra construída por ele como protótipo de Estado, tomando por base determinados dados concretos²³⁸.

Certo é que as ideias políticas de LOCKE e BOLINGBROKE e a observação da realidade inglesa forneceram o manancial que ensejou a formulação da teoria de MONTESQUIEU, onde a tentativa de estabelecer um equilíbrio dos poderes como garantia das liberdades é a nota mais significativa²³⁹.

Da sua observação sobre as instituições inglesas, “onde uma luta secular permitiu alcançar um equilíbrio entre o Parlamento e a Coroa”, MONTESQUIEU extraiu uma teoria geral, “que superou em precisão e eficácia as instituições observadas”²⁴⁰.

²³⁷ FERREIRA FILHO, 2012, p. 83.

²³⁸ JELLINEK, 2000, p. 534.

²³⁹ *De la consideración de las ideas dominantes oficialmente por entonces en la Constitución inglesa, saca Montesquieu esta convicción: que a órganos completamente separados unos de otros en su funciones corresponden poderes completamente separados también, pues a pesar de todos los contactos que pueden establecerse entre los titulares de los poderes, las funciones de cada uno de éstos quedan separadas entre sí.* JELLINEK, 2000, p. 534. “O gênio político de Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (faculté de statuer) da faculdade de impedir (faculté d’empêcher)”. BONAVIDES, 2011, p. 150.

²⁴⁰ *De la observación directa y personal que hiciera de las instituciones públicas inglesas, donde una lucha secular había conseguido un equilibrio entre la Corona y el Parlamento, Montesquieu extrajo una teoría general que formula como la condición indispensable para la buena organización del Estado, y a la que expone en el más célebre de los capítulos: VI del Libro XI • del Esprit des Lois, intitulado "De la Constitución d'Angleterre". En realidad, tras este título, Montesquieu traza el esquema de un esquema de una Constitución ideal, donde universaliza una teoría sobre la separación de los poderes, que supera en precisión y eficacia a las instituciones prácticas por él observadas en Inglaterra. El punto de partida de la doctrina de la separación de los poderes está en el capítulo anterior al antes indicado, en la parte que Montesquieu afirma que sólo es posible la libertad en un Estado cuya Constitución establezca los medios técnicos para impedir las demasías del poder, ya que, "una experiencia eterna nos ha enseñado que todo hombre investido de autoridad abusa de ella: él llega hasta donde se encuentra con sus límites ... Para que no se abuse del poder, es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder" (le pouvoir arrete le pouvoir, Liv. XI, chap. IV).* SAMPAY, 1942, pp. 76-7.

3.4 Tripartição e equilíbrio dos Poderes

LOCKE e BOLINGBROKE delinearão uma proposição de separação dos poderes²⁴¹, mas foi MONTESQUIEU quem realmente completou a teoria que se tornaria célebre “na linguagem comum do povo, dos parlamentos e da doutrina”²⁴². JELLINEK afasta a ideia de que MONTESQUIEU foi um mero repetidor de pontos de vista estranhos, porque nenhum outro concebeu todos os elementos da divisão dos poderes²⁴³.

Foi necessário chegar a MONTESQUIEU para que se completasse a moderna teoria da separação dos poderes, afirma SAMPAY²⁴⁴. A experiência eterna demonstra, disse MONTESQUIEU, que todo homem que possui poder é levado a dele abusar, indo até onde encontrar limites. Para evitar o abuso é necessário que, pela mesma disposição das coisas, o poder contenha o poder²⁴⁵. Alcançar este propósito exige que sejam atribuídos a órgãos completamente separados uns dos outros em suas funções, poderes também inteiramente separados²⁴⁶.

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca, ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do Poder Legislativo e do Executivo²⁴⁷.

MONTESQUIEU revela nitidamente a sua preocupação com a situação do indivíduo, tendo a sua fórmula um caráter instrumental, de garantia da liberdade da

²⁴¹ MELLO, 1968, p. 16. *Según BOLINGBROKE, el verdadero Estado está instituido como el Cosmos: dirigido por quien todo lo sabe, y gobernado por quien todo lo puede, apoya su ordenación en la unión de sabiduría y poder, lo que para él significa Legislativo y Ejecutivo, esto es, Parlamento y Monarca; el Parlamento da las Leyes, que deben valer sin excepción, siendo la sabiduría del Estado, the wisdom of the State, y prescribe al power del Rey las reglas. Ni Dios ni el Rey pueden quebrantar una Ley.* SCHMITT, 1939, p. 163.

²⁴² PALMA, 1881, vol. I, p. 167. “Com a superação da Revolução Francesa e a restauração da monarquia, essa idéia de divisão de poderes estava de tal forma arraigada na teoria e na prática que acabou por ser consagrada em todas as Constituições promulgadas a partir da Charte Constitutionelle de 1814. Esta serviria, por sua vez, de modelo para as Constituições liberais do sul da Alemanha. Tal concepção subsiste até os dias atuais. Mesmo os regimes totalitários preservam formalmente essa fórmula tríplice, ainda que, na prática, os ditadores logrem acumular poderes que os monarcas absolutos jamais puderam reunir. Dessarte, empresta-se a esse princípio, desenvolvido na luta contra o absolutismo, caráter meramente formal, permitindo a sua utilização como simples roupagem de ditaduras”. KIMMINICH, 1990, p. 290.

²⁴³ JELLINEK, 2000, p. 534.

²⁴⁴ SAMPAY, 1942, p. 76.

²⁴⁵ PALMA, 1881, vol. I, p. 171. Ver também MONTESQUIEU, 2000, p. 166.

²⁴⁶ JELLINEK, 2000, p. 534.

²⁴⁷ MONTESQUIEU, 2000, p. 168.

pessoa humana²⁴⁸. A fórmula de MONTESQUIEU supõe um governo representativo, significando que cada uma das funções específicas do Estado - a legislativa, a executiva e a judiciária - deveria ser atribuída a órgãos distintos²⁴⁹.

O Poder Judiciário que na fórmula de LOCKE continuava na alçada do Poder Executivo, com MONTESQUIEU adquiriu o *status* de Poder autônomo, como arremate da divisão tripartite²⁵⁰.

3.5 O equilíbrio das forças sociais

A mera divisão do poder político não colocava os Poderes em condição de igualdade, nem era em si suficiente para evitar que um deles adquirisse suficiente superioridade que lhe permitisse dominar os outros. Por isso era imperioso outorgar-lhes independência e igualdade jurídica, um frente aos outros²⁵¹, produzindo-se uma neutralização, da qual deveria brotar uma situação de repouso ou inação²⁵².

²⁴⁸ LEAL, 1971, p. 131. “Os pontos principais do ideário liberal podem ser resumidos nos seguintes: Em primeiro lugar, o poder constituinte do povo, já mencionado, isto é, a faculdade que tem a nação, por direito imanente à condição humana dos seus componentes, de se organizar politicamente, haurindo o seu poder político de si mesma e não por delegação de qualquer outra fonte de poder. O segundo ponto - indissoluvelmente ligado ao primeiro - é a proclamação dos direitos do homem e do cidadão. De acordo com a doutrina racionalista, esses direitos individuais são concebidos como naturais, inalienáveis, imprescindíveis, inerentes à natureza humana. E os governos só se constituíam e só deveriam subsistir para salvaguarda daqueles direitos inalienáveis”. LEAL, 1971, p.129.

²⁴⁹ LEAL, 1971, pp.131-2. “Todavia, nem Locke, nem Montesquieu, como observa Kranenburg (e muito menos os escritores mais antigos), definiram ou distinguiram claramente os conceitos de função e de órgão: usaram o conceito unitário de poder, que tanto significava a função, como o órgão. (...) No seu pensamento, entretanto, estava claro (pelo menos na primeira parte do capítulo VI do livro XI) que a cada órgão deveria corresponder uma das três funções específicas do Estado. A reunião destas funções em um só órgão seria um descalabro. “Tudo estaria perdido - disse ele - se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as disputas dos particulares”. LEAL, 1971, p.132.

²⁵⁰ Como se verá mais adiante, tanto o “Executivo”, quanto o “Judiciário” aplicam as normas criadas pelo Legislativo. A separação, entretanto se justifica por dois motivos: em primeiro, lugar, porque há uma especialização na forma de aplicar as leis; em segundo, porque por vezes o Estado poderá estar em um dos polos das demandas, não sendo conveniente, por isso, que o mesmo órgão seja parte e julgador.

²⁵¹ *Pero, como la separación de las competencias y la especificación de las funciones, no son, por si solas, suficientes para realizar una limitación de los poderes, es indispensable, para conseguirlo, que ninguno de los órganos estatales tenga o pueda adquirir superioridad jurídica, que le permita dominar a los otros dos, y que por lo mismo pueda degenerar en omnipotencia. Por esta razón, los titulares de los tres poderes, no solamente deben estar investidos de competencias diferenciadas, sino que también es necesario otorgarles independencia e igualdad jurídica, uno frente a los otros.* SAMPAY, 1942, p. 80.

²⁵² SAMPAY, 1942, p. 78.

A natural necessidade de movimento do Estado obrigaria os poderes a agirem em concerto²⁵³. Nenhuma função deveria ser totalmente confiada a um órgão, mas todas deveriam ser distribuídas de tal modo que os diversos órgãos participassem, em medida variável, do exercício daquelas funções, para que cada um pudesse impedir os eventuais abusos dos outros, estabelecendo-se um sistema de freios e contrapesos²⁵⁴.

O Poder Legislativo encontrava-se no centro do aparato estatal, em posição de superioridade, porque ao dar ao Parlamento a potestade de definir o direito que os outros Poderes deveriam obedecer, restavam os demais em posição de subordinação²⁵⁵.

Por isso MONTESQUIEU tentou formular um arranjo institucional que sistematizasse a ideia de equilíbrio esboçada por BOLINGBROKE. Para equilibrar o jogo do poder, concedeu ao Poder Executivo duas prerrogativas. A primeira consistente no poder de convocar o Legislativo e determinar a duração das suas sessões. Essa prerrogativa seria perigosa se pertencesse ao próprio Legislativo²⁵⁶. A outra, em permitir a participação do Poder Executivo no processo legislativo, impedindo a formação das leis²⁵⁷.

Se o Poder Executivo - dizia - não tiver o direito de vetar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico, porque, como poderá atribuir-se todo o poder que imaginar, anulará todos os outros poderes. Entretanto, dava ao Legislativo o poder de controlar, *a posteriori*, a ação do Executivo, isto é, a faculdade de examinar de que maneira as leis que ele fez são executadas²⁵⁸.

²⁵³ SAMPAY, 1942, p. 78. "*Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction, mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert*". MONTESQUIEU, 2000, p. 167.

²⁵⁴ LEAL, 1971, p. 133-4.

²⁵⁵ BOGNETTI, 2001, pp. 43-4.

²⁵⁶ "Refletiria MONTESQUIEU, ainda neste ponto, a experiência inglesa, especialmente o exemplo da Revolução Puritana, quando o parlamento se declarou em sessão permanente, grande momento da sua rebeldia, que culminou na decapitação do Rei Carlos I". LEAL, 1971, p. 134.

²⁵⁷ MONTESQUIEU, 2000, pp. 172-6. "O Poder Legislativo, embora exercido por mais de uma camara, e com dependencia do Chefe do Estado para a sanção, é sempre unico, qualquer que seja a esfera em que funcione; porque a lei não pôde ser formada por uma só dessas entidades separadamente, e sim pelo concurso harmonico de todas; só no caso de descentralisação política ou administrativa elle se fracciona em relação ás divisões territoriais". RIBAS, 1866, p. 50.

²⁵⁸ LEAL, 1971, p. 134-5.

Concebeu, também, uma divisão interna no Parlamento, de modo a equilibrar a correlação das forças sociais atuantes na definição da política do Estado²⁵⁹. “Montesquieu não perdia de vista as três forças concretas, cuja componente faz o governo inglês: povo, nobreza, monarca”²⁶⁰. Por isso, junto à Câmara dos Comuns, informou o seu modelo com uma segunda câmara, a Câmara dos Lordes²⁶¹, composta por nobres hereditários²⁶².

Servindo de instrumento de equilíbrio entre os poderes, aparece enfim o “bicameralismo”. Freio de debilitação do Parlamento, mecanismo de resistência à absorção pelo legislativo dos demais poderes, limite posto aos excessos do poder parlamentar, eis os fins a que atende o “bicameralismo”. As duas câmaras não surgiram na Inglaterra como cálculo político ou freio deliberado ao poder uno da representação parlamentar. A instituição do regime parlamentar com o exemplo inglês fez, porém, da dualidade uma técnica conscientemente concebida para mitigar a força do legislativo, dividindo-o²⁶³.

Cada uma das casas podia reunir-se e deliberar em separado e também exercer o poder de veto. Podiam deste modo impedir a concreção da vontade da outra, criando-se uma barreira à atuação do Poder Legislativo, porque era necessário conjugar o pensamento das duas câmaras²⁶⁴. “Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir”²⁶⁵.

MONTESQUIEU imaginou que nas relações entre o Executivo e o Parlamento poderiam brotar certos conflitos a demandar a intervenção de um poder moderador.

²⁵⁹ BOGNETTI afirma que a escolha entre as várias formas de governo – monarquia limitada, presidencialismo e parlamentarismo – foi sem dúvida o jogo do equilíbrio entre as maiores forças político-sociais operantes em cada momento histórico. Por isso, a escolha de uma forma particular de governo foi sempre feita intencionalmente para assegurar uma estável presença dos componentes sociais de maior relevo nas instituições governamentais, com o escopo de manter entre eles um equilíbrio durável. BOGNETTI, 2001, pp. 43-4.

²⁶⁰ LEAL, 1971, pp.131-3.

²⁶¹ LASSALE afirmou que a essência da constituição de um país é a soma dos fatores reais de poder, os fatores que regem uma determinada sociedade, assim considerado o conjunto de forças que atuam politicamente para conservar as instituições “essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinado que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”. Estes fatores, à época, seriam a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 10-17.

²⁶² MONTESQUIEU, 2000, pp. 172-3.

²⁶³ BONAVIDES, 2011, p. 349.

²⁶⁴ LEAL, 1971, p. 134.

²⁶⁵ MONTESQUIEU, 2000, p. 176.

A despeito de divisar na separação dos poderes um mecanismo de equilíbrio, inesperadamente, em uma linguagem carregada de mistério, como a definiu SAMPAY²⁶⁶, veio afirmar que dos três poderes mencionados, o de julgar é quase nulo, restando o legislativo e o executivo²⁶⁷, que necessitavam de um poder regulador para moderá-los, sendo adequada para tal propósito aquela parte do legislativo composta por nobres²⁶⁸.

Como o poder moderador também podia ser induzido a seguir os seus interesses particulares e esquecer os do povo, em algumas questões, como nas leis concernentes à arrecadação de dinheiro, a sua participação deveria limitar-se a impedir a criação da lei, mas não de estatuí-la²⁶⁹.

3.6 A divisão dos Poderes tipo do Estado liberal

O modelo da tripartição consagrado por MONTESQUIEU se multiplicou em diferentes versões, mas é possível identificar um núcleo comum, ou um “mínimo denominador comum”²⁷⁰.

As funções fundamentais do Estado, para o modelo liberal, são três: a função normativa ou legislativa (a de editar regras abstratas e gerais aptas para formar ou modificar o sistema jurídico da comunidade); A função executiva (ou de atuar os interesses públicos por atos singulares ou pontuais em rigoroso respeito - na execução - às normas postas pela função legislativa); a função jurisdicional (ou de decidir controvérsias surgidas em face de suposta violação de normas do sistema jurídico, aplicando, se for o caso, as correspondentes sanções)²⁷¹.

²⁶⁶ SAMPAY, 1942, p. 78.

²⁶⁷ MONTESQUIEU, 2000, p. 172.

²⁶⁸ MONTESQUIEU, 2000, pp. 172-3.

²⁶⁹ A função moderadora, entretanto, não foi reconhecida a dignidade com que distingue as funções legislativa, executiva e judicial. Por isso não mereceu ser atribuída a um órgão de poder autônomo. A sua competência, ademais, era bastante limitada, restringindo-se à faculdade de impedir a formação de certas normas. JELLINEK afirma que o poder legislativo não pode deter a marcha do executivo, mas lhe compete determinar o modo como este há de executar a lei. JELLINEK, 2000, p. 535. “Chamo faculdade de estatuir ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo faculdade de impedir ao direito de anular uma resolução tomada por outrem; o que era poder dos tribunos de Roma. E ainda que aquele que possua a faculdade de impedir também possa ter o direito de aprovar, no entanto, esta aprovação não é mais do que uma declaração de que ele não faz uso da faculdade de impedir e deriva desta faculdade”. MONTESQUIEU, 2000, p. 172.

Esta distinção, diz SAMPAY, se traduz na moderna linguagem constitucional do século XIX pela oposição dos conceitos de sanção, que corresponde à faculdade de estatuir, e de veto, que corresponde à de impedir. SAMPAY, 1942, p. 78.

²⁷⁰ BOGNETTI, 2001, p. 24.

²⁷¹ *Le funzioni fondamentali dello stato sono, per il modello liberale, tre: la funzione normativa o legislativa*

A classificação liberal das funções estatais evidencia a essencialidade da relação entre normas gerais e atos singulares, distinguindo, na categoria dos atos singulares, aqueles que asseguram situações não contenciosas e aquelas que decidem controvérsias, colocando em segundo plano o problema da matéria²⁷².

Em outras palavras, o modelo liberal distingue os atos de legislação da sua execução, momento em que aparece a distinção entre a administração e jurisdição, onde tem relevância a matéria.

Os elementos essenciais da divisão dos poderes no Estado liberal são resumidos por BOGNETTI nos seguintes termos:

3.6.1 As funções fundamentais

As funções fundamentais do Estado são a legislativa ou normativa, a executiva e a jurisdicional. Estas três funções abarcam todas as atividades que o Estado deve desenvolver. O elemento central da divisão dos poderes do tipo liberal está na função legislativa. Através da função legislativa o Estado edita normas gerais e abstratas, com aptidão para constituir ou modificar o ordenamento jurídico da comunidade. Na função executiva o Estado efetiva os interesses públicos mediante atos singulares ou pontuais, agindo nos estritos limites das normas editadas pelo órgão responsável pela função legislativa. A função jurisdicional, deve ser exercida para resolver as controvérsias que venham a surgir em decorrência de violações – ou supostas violações - das normas do ordenamento jurídico, aplicando, se for o caso, as correspondentes sanções²⁷³.

(quella del porre norme generali e astratte atte a formare o a modificare il sistema giurídico della comunità); la funzione esecutiva (o dell'attuare interessi pubblici mediante atti singolari o puntuali nel rigoroso rispetto - in esecuzione - delle norme poste dalla funzione legislativa); la funzione giurisdizionale (o del decidere controversie insorte in ordine alla presunta violazione di norme del sistema giurídico, applicando, se del caso, le relative sanzione).

²⁷² BOGNETTI, 2001, p. 25.

²⁷³ BOGNETTI, 2001, p. 24-5.

3.6.2 O exercício das funções fundamentais

O exercício das três funções fundamentais do Estado deve ser atribuído, de forma tendencialmente exclusiva, a três órgãos ou grupos de órgãos estatais distintos e independentes uns dos outros²⁷⁴. Como regra geral, é conveniente que os sujeitos encarregados de emanar as regras gerais e abstratas não sejam os mesmos que as aplicarão em situações particulares. Isto significa que o legislador não deve ser nem o executor nem o juiz. É aconselhável, ainda, que a autoridade responsável por emanar atos autorizativos singulares, em situação contenciosa ou não, não detenha a competência para forjar as regras gerais²⁷⁵.

3.6.3 Composição e atribuição dos poderes

Por último, devem ser observadas algumas características concernentes ao papel e composição de cada um destes poderes.

3.6.3.1 a função legislativa

A função legislativa deve estar fortemente concentrada no Poder Legislativo. O Poder Legislativo é o órgão competente para ditar as normas que integram o ordenamento jurídico e vinculam os demais poderes²⁷⁶. Este órgão deve ditar as normas que definem de modo positivo, preciso e certo, os direitos de liberdade das pessoas e as limitações aos direitos individuais. A divisão liberal não se satisfaz com a orientação que os princípios constitucionais abstratos possam imprimir à ação legislativa, sendo necessário que sejam concretamente operantes no confronto da lei que se desvia dos valores liberais²⁷⁷. Na composição do Poder Legislativo há um forte componente democrático, representado pela exigência de que ao menos um dos órgãos deve ser eleito pela sociedade civil²⁷⁸.

²⁷⁴ BOGNETTI, 2001, p. 26.

²⁷⁵ BOGNETTI, 2001, p. 29.

²⁷⁶ BOGNETTI, 2001, p. 29.

²⁷⁷ BOGNETTI, 2001, p. 31.

²⁷⁸ BOGNETTI, 2001, pp. 31-2.

3.6.3.2 a função executiva

O que caracteriza a função do Poder Executivo no Estado liberal é que nela se compreende toda sorte de atividades administrativas, desde a manutenção da ordem interna, a gestão das finanças públicas, o controle das atividades privadas por razões de segurança e saúde, até a política externa²⁷⁹. Mas, há uma forte tendência de restringir a atividade administrativa ao que for estritamente necessário ao exercício do poder político e da autoridade, vigorando a ideia do Estado mínimo e de máxima separação entre as esferas públicas e privada²⁸⁰. A presença do Estado em atividades que possam ser executadas pela sociedade civil deve ser reduzida ao mínimo, devendo abranger apenas o indispensável para a manutenção da organização social²⁸¹.

Como modelo ideal a função executiva deve restringir-se à execução da lei, ainda que de fato isso não seja efetivamente realizado, porque há campos em que o Estado necessita de uma liberdade de ação que a mera execução da lei não tolera, como nas relações externas ou de política externa²⁸². Para a composição do Poder Executivo não há exigências específicas e rígidas²⁸³.

3.6.3.3 a função jurisdicional

A função jurisdicional deve ser confiada a um corpo de juízes capazes de julgar imparcialmente, de forma a garantir aos cidadãos que os seus direitos, como definidos em lei, serão efetivamente reconhecidos e realizados²⁸⁴.

A independência do judiciário frente aos outros poderes é um princípio basilar da divisão do poder liberal²⁸⁵. “O juiz deve julgar estritamente sobre a base de direito positivo preestabelecido”²⁸⁶, como um fiel porta-voz da lei, “impermeável às tentações de integração criativas”, razão pela qual é visto como um não-poder,

²⁷⁹ BOGNETTI, 2001, p. 36.

²⁸⁰ BOGNETTI, 2001, p. 36.

²⁸¹ BOGNETTI, 2001, p. 36.

²⁸² BOGNETTI, 2001, p. 37.

²⁸³ BOGNETTI, 2001, p. 37.

²⁸⁴ BOGNETTI, 2001, p. 38.

²⁸⁵ BOGNETTI, 2001, p. 38.

²⁸⁶ BOGNETTI, 2001, p. 39.

porque não há espaço para vontade própria, já que a sua atuação deve ser de simples escolha entre vontades alheias pré-determinadas²⁸⁷. Por isso o sistema liberal “abraça o ideal de um sistema jurídico composto de regras precisas, simples e coerentes, raramente sujeitas a mutações”, o que torna possível ao juiz emitir sentenças que sejam apenas aplicação da lei aos fatos, mediante deduções lógicas dos existentes preceitos de direito objetivo²⁸⁸.

O fator determinante do êxito da divisão dos poderes do tipo liberal é que o ordenamento deve prever também remédios jurisdicionais para o controle de atos ilegítimos oriundos administração pública. Também a ação do Estado deve ser posta sob o império do direito, porque a sujeição da administração pública ao controle da justiça é uma exigência imprescindível a um modelo constituído em função dos direitos individuais²⁸⁹.

A sujeição da Administração Pública à lei e ao controle do Judiciário foi mais facilmente aceita na Inglaterra e nos Estados Unidos e com maior resistência na França, porque isso significava uma interferência no exercício de outra função, contrariando a visão que ali vigorava de uma genuína divisão do poder. Por isso se criou na França a figura do Conselho de Estado, órgão encarregado de sindicar a validade das ações administrativas. O Conselho foi pouco a pouco se tornando independente do executivo e se tornando verdadeiro juízo, aplicando procedimentos tipicamente jurisdicionais²⁹⁰.

Com o devido tempo a instituição de mecanismos para a resolução dos conflitos que envolvam a administração pública passou a ser característica dos ordenamentos ocidentais, “sem a qual o modelo haveria perdido boa parte do seu valor e do seu significado”²⁹¹.

²⁸⁷ BOGNETTI, 2001, p. 39.

²⁸⁸ BOGNETTI, 2001, p. 39.

²⁸⁹ BOGNETTI, 2001, p. 40.

²⁹⁰ BOGNETTI, 2001, pp. 40-42.

²⁹¹ BOGNETTI, 2001, pp. 40-42. No mesmo sentido: FAGUNDES, 2010, p. 150.

3.7 A consagração do Poder Judiciário e o início da superação do modelo liberal

A separação dos poderes concebida por MONTESQUIEU visava a dividir o exercido do poder político tendo como principal escopo garantir as liberdades individuais²⁹². A posição central do Parlamento²⁹³, em maior ou menor escala, é uma característica essencial do modelo liberal de divisão dos poderes, e foi uma realidade nos ordenamentos que acolheram o modelo²⁹⁴. A normalização era quase monopólio do Legislativo, cujos preceitos os outros Poderes deveriam apenas aplicar. Ao Judiciário era dado o papel de fiel porta-voz da lei²⁹⁵.

Como o modelo de separação dos poderes do período liberal visava especialmente a garantir as liberdades individuais, era necessário que o ordenamento previsse remédios legais para os confrontos com a administração pública, inclusive por sua ação legiferante. A ação do Estado devia estar submetida ao império do direito e por isso a sua sujeição ao controle judicial era imprescindível²⁹⁶.

MONTESQUIEU, porém, considerava o Judiciário – ou o poder de julgar - quase nulo, restando como Poderes efetivos o Legislativo e o Executivo.

A consagração do Judiciário como um Poder relevante, em condições de igualdade com os demais, veio depois de MONTESQUIEU, já nos fins do século XVIII, por efeito, especialmente, das Declarações de Direitos proclamadas na Virgínia, em 1776, e na França, em 1789, e do advento das Constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791²⁹⁷.

²⁹² Ver MONTESQUIEU, 2000, p. 172.

²⁹³ Segundo BOGNETTI, no Reino Unido a soberania ou supremacia do Parlamento é o único dogma de uma Constituição sem dogmas, ocupando um lugar quase tão importante como o próprio Estado nos países europeus continentais. BOGNETTI, 1998, p. 117.

²⁹⁴ BOGNETTI, 2001, p.50.

²⁹⁵ BOGNETTI, 2001, p.51.

²⁹⁶ BOGNETTI, 2001, p.40.

²⁹⁷ MELLO FILHO, José Celso de. **A tutela judicial da liberdade**, pp.37-8. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/43cwa1.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016. Os autores da constituição francesa de 1791 consagraram o princípio da separação dos poderes no artigo 16, o qual dispunha que toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não criou uma verdadeira constituição. Cuidaram de ordenar a sua Constituição com uma repartição geométrica entre uma assembleia única, legislativa, o rei como chefe do poder executivo e um corpo judiciário. PALMA, 1881, vol. I, p. 167. A Revolução francesa acolheu a doutrina de MONTESQUIEU, com a importante modificação de que o poder legislativo seja supremo. JELLINEK, 2000, p. 536.

Neste campo, merecem especial consideração os eventos ocorridos nos Estados Unidos da América. As colônias inglesas, ao conquistarem a sua independência, buscaram reforçar o papel do Parlamento²⁹⁸, porque a revolução americana não havia produzido apenas uma ruptura dos vínculos com o Império britânico. Havia desenvolvido sentimentos igualitaristas e democráticos, com a consequente busca de ampliação do sufrágio²⁹⁹.

Após a conquista da independência, as ex-colônias, no curso de poucos anos, trataram de substituir os antigos *Estatutos Régios*, impostos pela metrópole inglesa, por Constituições “votadas por assembleias populares, caracterizadas pela rigidez variavelmente reforçada, contendo uma mais ou menos longa lista de direitos fundamentais e o delineamento de uma certa divisão dos poderes”³⁰⁰.

O caráter nitidamente popular da nova forma de governo instaurada não dependia apenas da eliminação da Monarquia (que havia operado na América através de governadores por ele nomeados), em particular da sua titularidade exclusiva da função executiva. Dependia da forte predominância do legislativo no quadro global da divisão dos poderes, que ultrapassa aquilo que acontecia então na Inglaterra e que aconteceu nas Colônias. O governador americano, eleito pelos legisladores, acabava por ser de qualquer forma um mero executor, um pouco, segundo uma vaga lógica, de governo parlamentar antes do seu tempo. Os parlamentares se imiscuíam inclusive na administração da justiça³⁰¹.

A necessidade de apertar os laços e fortalecer a defesa conjunta das ex-colônias contra os inimigos externos, especialmente contra a metrópole inglesa, impulsionou os novos estados independentes a se reunirem em uma federação, sob uma Constituição Federal, que viria a ser ratificada em 1787³⁰².

²⁹⁸ Ruy BARBOSA, citando lição de Horace DAVIS diz que “o período colonial assinalou-se pela dominação do executivo, eclipsando os outros poderes; mais tarde, no calor da revolução, o sentir do povo não admittia senão a absoluta supremacia do Congresso. O fructo sazonado da experiencia americana, porém, é essa idéa hodierna do governo constitucional, que eleva o poder judiciario a uma posição independente e augusta, collocando a lei, serena, impessoal, impassível, no santuario intimo do templo, resguardada de contactos profanos”. BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893, p. 245.

²⁹⁹ BOGNETTI, 1998, vol. I, p. 24.

³⁰⁰ BOGNETTI, 1998, vol. I, p. 23.

³⁰¹ BOGNETTI, 1998, vol. I, p. 24.

³⁰² “Em setembro de 1787, a Constituição foi ratificada. Mas para obter a sua aprovação, os Federalistas cederam aos Antifederalistas a hoje consagrada primeira emenda — ou *Bill of Rights* (Carta de Direitos) — na qual se assegurava a liberdade de expressão, de reunião, de religião e, por fim, liberdade de imprensa. A verdade é que os Antifederalistas com a sustentação da *Bill of Rights* garantiram a possibilidade de que houvesse oposição ao governo instituído no jovem país. Foi uma conquista e tanto! Ainda que os Antifederalistas tenham praticamente desaparecido da memória nacional”. JUNQUEIRA, Mary Anne. **Estados Unidos da América: formação do**

Nos escritos federalistas, série de artigos destinados a convencer o eleitorado de Nova York da necessidade de ratificar a Constituição nacional³⁰³, Alexander HAMILTON manifestou a preocupação com o desequilíbrio entre os poderes, em especial de uma alegada fragilidade do Judiciário frente aos outros. O Federalista nº 78 trouxe escrito de HAMILTON ressaltando a necessidade de assegurar a independência judicial para proteger a constituição e os direitos individuais dos efeitos dos maus humores e das conjunturas especiais que aparecem às vezes no seio do povo³⁰⁴.

HAMILTON procurou demonstrar que a Constituição é a lei fundamental do Estado, superior às demais normas, por isso as demais leis ou atos normativos devem ser com ela compatíveis. Em caso de divergência inconciliável entre a Constituição e as demais normas do ordenamento, cumpriria ao Poder Judiciário, como interprete das leis, preferir a Constituição³⁰⁵. Mas o Judiciário, dizia HAMILTON, na comparação com os demais, é o mais fraco dos *departamentos*, que não pode atacar a nenhum dos outros com sucesso e que necessita de todos os cuidados possíveis para que ele possa se defender dos seus ataques³⁰⁶.

Para garantir a integridade da constituição era necessário impor limites às ações do Poder Legislativo, o que exigia reforçar o papel do Poder Judiciário³⁰⁷. Para garantir a uniformidade, as decisões judiciais haveriam de ser submetidas a uma Suprema Corte:

*Laws are a dead letter, without courts to expound and define their true meaning and operation. The treaties of the United States, to have any force at all, must be considered as part of the law of the land. Their true import, as far as respects individuals, must, like all other laws, be ascertained by judicial determinations. To produce uniformity in these determinations, they ought to be submitted, in the last resort, to one SUPREME TRIBUNAL*³⁰⁸.

Estado Nacional. Disponível em: <<http://anphlac.fflch.usp.br/eua-formacao-apresentacao>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

³⁰³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James, JAY, John. **The federalist**: on the new constitution. Hallowell: Masters, Smith & Co., 1857, p. 357-8.

³⁰⁴ HAMILTON; MADISON; JAY, 1857, p. 357.

³⁰⁵ HAMILTON; MADISON; JAY, 1857, pp. 357-8.

³⁰⁶ HAMILTON; MADISON; JAY, 1857, p. 357. *The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited constitution. By a limited constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice in no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.*

³⁰⁷ GARGARELLA, 2011, p. 60.

³⁰⁸ Tradução nossa: “Leis são letras mortas sem cortes que as possam expor e definir seu verdadeiro sentido e

Isso não significaria a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, mas a superioridade do povo sobre ambos³⁰⁹, porque a magistratura era concebida como um corpo intermediário, situado entre o povo, criador da Constituição, e o Legislativo, responsável pela elaboração de normas ordinárias, com a atribuição de manter a atuação do Legislativo dentro dos limites da sua autoridade³¹⁰.

Nos debates que antecederam a convenção constituinte discutiu-se o papel que deveria tocar ao Poder Judiciário. Havia a clareza de que era necessário colocar freios às assembleias legislativas, de forma a controlar os seus previsíveis excessos e para prevenir seus possíveis avanços sobre os demais poderes, porque a usurpação pelo legislativo representava um risco maior que qualquer outro³¹¹. Era claro, também, que o Poder Judiciário haveria de ter um papel de destaque nesta empreitada³¹².

A ideia de equilibrar o jogo do poder político esteve no centro das atenções dos constituintes reunidos em Filadélfia para ratificar a Constituição Federal. A principal preocupação era estabelecer um governo fundado em um equilíbrio estável entre os poderes, tendo a doutrina da separação dos poderes jogado um papel determinante nesta tarefa³¹³.

operação. Os tratados dos Estados Unidos, para ter qualquer força em tudo, devem ser considerados como parte da lei do país. Sua verdadeira importância, no que diz respeito aos indivíduos, deve, como todas as outras leis, ser determinada por decisões judiciais. Para produzir uniformidade nessas decisões, deveriam ser submetidas, em última instância, a um TRIBUNAL SUPREMO". HAMILTON; MADISON; JAY, 1857, p. 102.

³⁰⁹ HAMILTON; MADISON; JAY, 1857, p. 357-8.

³¹⁰ Foi no escrito Federalista de n. 78 que HAMILTON fez a defesa mais efusiva da independência judicial. GARGARELLA, 2011, p. 60.

³¹¹ GARGARELLA, 2011, pp. 37-43. Neste texto GARGARELLA relata forte motivação política subjacente ao controle dos poderes pelo Judiciário, em especial do Legislativo, como reação contra o movimento de um grupo, especialmente de camponeses empobrecidos e endividados após a luta pela independência, os quais haviam organizado e passaram a eleger governantes e legisladores para defender os seus interesses em busca do alívio dos seus problemas. Foi no fortalecimento do papel do judiciário que viram o caminho para controlar principalmente as ações do legislativo. Sobre este ponto ver também: WALKER, Francis A. *The Making of Nation 1783-1817*. NEW YORK - CHARLES SCRIBNER'S SONS, 1897, pp. 1-20.

³¹² GARGARELLA, 2011, pp. 56-7.

³¹³ *L'esigenza di stabilire un governo fondato su di uno stabile equilibrio dei poteri rappresentò la principale preoccupazione dei costituenti riuniti a Filadelfia nel 1787. Già nei documenti costituzionali adottati dagli Stati in seguito alla Dichiarazione di indipendenza la dottrina della separazione dei poteri aveva svolto un ruolo determinante, anche se, durante la stagione rivoluzionaria, il richiamo delle carte costituzionali alla separazione dei poteri servi principalmente a ridimensionare le prerogative degli esecutivi e a giustificare il predominio dei legislativi, in ragione del rifiuto dei modelli di governo coloniali e della prevalenza di concezioni democratiche radicali.* BURATTI, 2012, p.32. *All'interpretazione dei poteri presidenziali di interdizione e freno dell'indirizzo legislativo — che senz'altro coinvolgono valutazioni di ordine formale e di compatibilità con l'assetto costituzionale della forma di governo — sembra necessario disporsi, anzitutto, secondo una prospettiva di storia la previsione di un potere di veto averso le delibere legislative del Parlamento si rinviene già nelle*

Para dar mais solidez à união, os novos Estados vedaram expressamente o direito de secessão. A ameaça de ruptura da unidade, contudo, embora formalmente vedada, ainda pairava sobre a federação. John MARSHALL, ex-militar, ao tornar-se Presidente da Suprema Corte, percebeu que a manutenção da Federação era vital à independência das ex-colônias frente ao Império Britânico. A separação significaria a fragmentação do poder, enfraquecendo a defesa conjunta. Era imperioso, portanto, manter a unidade da federação³¹⁴.

MARSHALL identificou na Constituição o componente comum, o elemento agregador ideal para a manutenção e valorização do pacto federativo. Por isso a maior importância da Constituição em relação às demais normas jurídicas³¹⁵.

Antes disso os Judiciários dos novos Estados já haviam começado a declarar a nulidade das leis que violassem a Constituição. *Diferentes tribunales estatales, en New Jersey, Virginia, New York, Massachusetts y North Carolina, entre varios otros Estados, habían controlado leyes de sus Legislaturas*³¹⁶.

O controle judicial sobre o legislativo pelos Tribunais Estaduais não se limitava ao confronto das normas com a Constituição. Inicialmente, o controle era feito com o confronto das normas editadas pelos parlamentos com os princípios do *Common Law*, como anota Douglas E. EDLIN:

Muitas destas decisões das cortes estaduais não baseiam o “*judicial review*” em nenhum parâmetro legal escrito; ao invés disto, eles baseiam a

prime Costituzioni moderne, la Costituzione federale statunitense del 1787 e la Costituzione rivoluzionaria francese del 1791. All’esito dei dibattiti costituenti di Filadelfia e Parigi, il rifiuto di un potere di veto assoluto, e l’affermazione di un veto qualificato da aggravati procedurali a carico del legislativo, nel primo caso, o meramente sospensivo, nel secondo, segna il passaggio ai moderni assetti del costituzionalismo, caratterizzati dal rifiuto della preminenza politica del Capo dello Stato, dal monopolio parlamentare della funzione legislativa e dalla difficile ricerca di strumenti di equilibrio tra i poteri e di controllo della legislazione. BURATTI, 2012, p. 31.

³¹³ GORDILLO, 2014, p. 41. Segundo BONAVIDES, o texto constitucional não menciona o princípio uma única vez e, no entanto, a Constituição seria ininteligível se omitíssemos a presença da separação de poderes que é a técnica de repartição da competência soberana naquele documento público. BONAVIDES, 2011, p. 153.

³¹⁴ MELO FILHO, João Aurino de. Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado: influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, p. 50. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11158&p=>

³¹⁵ MELO, 2008, p. 50.

³¹⁶ SEGADO, Francisco Fernández. *La judicial review en la pre-marshall court*. UNED. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, 2011, pp. 133-178, p. 137. A experiência colonial fornecia um precedente direto no instituto da *Charters* que as Assembleias legislativas deviam respeitar e que as Cortes locais procediam para assegurar esse respeito. BOGNETTI, 1998, vol. I, p. 23.

autoridade dos juizes para controlar a legislação nos princípios do “*Common Law*”³¹⁷.

A novidade do julgamento do caso *MARBURY v. MADISON* consistia em que a Constituição havia sido obra de deliberação de um povo soberano, e não uma concessão de um rei. Esta Constituição legava agora um Legislativo não mais subordinado e periférico, mas o máximo órgão normativo do Estado. As Cortes julgando a lei inconstitucional se permitiam syndicar justamente a obra deste órgão máximo³¹⁸.

A autorização para o Poder Judiciário controlar a atividade do Poder Legislativo resultava da necessidade de preservar a supremacia da Constituição, fruto da soberania popular e da necessidade de proteger os direitos individuais da liberdade, acima inclusive da soberania popular³¹⁹.

A consagração da supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento se cristalizou no julgamento do célebre caso *MARBURY V. MADISON*, em que a Constituição foi contrastada com uma lei ordinária³²⁰.

Em março de 1801 o Presidente John Adams seria substituído por Thomas Jefferson, mas Adams pretendia manter aliados na conflitiva esfera judicial, e por isso nomeou o Secretário de Estado, John Marshall, militar que havia combatido na Guerra da Independência e participado das convenções de ratificação da constituição, como Presidente da Suprema Corte. Um dia antes da posse de Jefferson, Adams nomeou diversos juizes de paz, mas muitas das nomeações sequer foram notificadas a seus titulares. Jefferson então decidiu não reconhecer as designações não enviadas pela administração anterior, entre as quais a de Marbury o qual impetrou mandado de segurança contra o novo secretário de Estado, Madison, originando o famoso caso Marbury versus Madison, no qual o Juiz Marshall

³¹⁷ EDLIN, Douglas E. Judicial Review Without a Constitution, *Polity*, v. 38, n. 3, 2006, p. 10. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1124590>. Acesso em: 19 fev. 2017. No original: *Many of these state court decisions do not base judicial review on any canonical text; instead, they base the authority of judges to review legislation upon common law principles.* EDLIN demonstra por intermédio de análise dos casos *Ham v M’Claws*, 1789 e *Bowman v Middleton*, 1792, *Lindsay v. Commissioners*, 1796, da Carolina do Sul, *Jones v. The Commonwealth*, 1799 de Virgínia, *Holmes v. Walton*, 1780, de Nova Jérsei, a evolução da ideia do controle judicial por cortes estaduais nos Estados Unidos da América antes do célebre caso *Marbury v. Madison*. Nestes precedentes as cortes valiam-se dos princípios do *Common Law* para exercer o controle sobre as normas legisladas. EDLIN, 2006, pp. 10-18. Também na Suprema Corte houve decisões que precederam *Marbury v. Madison*, sendo citados por EDLIN os casos *Calder v. Bull* (1798), *Chisholm v. Geórgia* (1793), *Fletcher v. Peck*, 1810.

³¹⁸ BOGNETTI, 1998, vol. I, p. 23.

³¹⁹ “Para formar a Constituição de um Estado”, observava DE LOLME, “é absolutamente necessario limitar o poder executivo; mas ainda mais necessario é restringir o legislativo. Imbuídos neste sentir, os organizadores da Constituição executada por WASHINGTON e MARSHALL compreenderam que, assim como acima da função legislativa está a soberania popular, acima da soberania popular estão os direitos da liberdade”. BARBOSA, 1893, pp. 34-5.

³²⁰ Em decisões anteriores já se havia afirmado a supremacia da constituição. GARGARELLA, 2011, p. 61.

assentou o direito de os juizes negarem validade às leis nacionais que se interpretassem contra a Constituição³²¹.

MARSHALL confrontou a Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Judiciário a expedir mandados para o caso de ilegalidades cometidas pelo Poder Executivo, com a Constituição Federal, que disciplinava a competência originária da Suprema Corte (art. III, seção 2)³²². MARSHALL admitiu que a conduta de Madison, ao se negar a reconhecer as nomeações feitas por Adams, era ilegal. Afirmou, no entanto, que a Suprema Corte era incompetente para deferir o mandado de segurança requerido, porque a Constituição estabelecia, de forma exaustiva, a sua competência originária, que não contemplava a pretensão de Marbury e não poderia ser ampliada pela Lei Judiciária, norma de hierarquia inferior³²³.

Em um dos parágrafos mais destacados da sentença Marshall sustentou que “há somente duas alternativas — demasiado claras para ser discutidas—: ou a Constituição controla qualquer lei contrária àquela, ou a legislatura pode alterar a Constituição mediante uma lei ordinária. Entre tais alternativas não há meios-termos: ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível que as leis, e, por conseguinte, como qualquer delas pode reformar-se ou deixar-se sem efeito sempre que ao Congresso lhe convenha. Se é certa a primeira alternativa, então uma lei contrária à Constituição não é lei; porém se ao contrário, é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos intentos do povo para limitar um poder ilimitável por sua natureza [...]”³²⁴.

MARSHALL retomou os argumentos de HAMILTON para ressaltar a superioridade da Constituição, fruto da *vontade do povo*, em face das outras normas jurídicas, elaboradas por *representantes do povo*. A Constituição é só uma, disse ele, caracterizando-se por sua solidez e segurança, enquanto as leis mudam e alternam-se com frequência³²⁵.

³²¹ GARGARELLA, 2011, p. 63.

³²² GARGARELLA, 2011, p. 64.

³²³ GARGARELLA, 2011, p. 63.

³²⁴ GARGARELLA, 2011, p. 64.

³²⁵ GARGARELLA, 2011, p. 64. KELSEN refuta o argumento da incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador. Por uma parte, diz ele, “não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal”. Demais, disso, “é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração”. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 150-1.

Com esses fundamentos, embora indeferindo o pedido, MARSHALL concluiu que cumpria aos juízes verificar a compatibilidade das normas ordinárias com a constituição. Assim, plantou os fundamentos para o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América. Desde esta decisão emblemática, fixou-se o entendimento de que qualquer juiz está autorizado a confrontar as leis com a Constituição e julgar com base nesta, e não na lei, sempre que se verificar uma incompatibilidade entre estas normas³²⁶.

O Poder Judiciário passou a ostentar nos Estados Unidos da América a sua posição de grandeza e de importância, destacando-se entre os demais poderes, porque a ele se confiou a suprema missão de, ao solucionar controvérsias objetivas, velar, guardar e proteger as leis fundamentais da nascente república³²⁷.

Assim, o Judiciário deixou de ser simples aplicador da lei para se tornar o guardião da constituição e controlar as atividades dos poderes Legislativo e Executivo, elevando-se acima destes. Junto da jurisdição ordinária passou a exercer a jurisdição constitucional³²⁸.

A importância que MONTESQUIEU não havia atribuído ao Judiciário foi reconhecida nos Estados Unidos da América. O equilíbrio que pretendia alcançar mediante um controle sobre o Legislativo a cargo do próprio Legislativo, por uma divisão interna, e do Executivo, por efeito da sanção e do veto, vai ser buscado no Estados Unidos através de um controle pelo Judiciário.

Por razões de natureza política – controlar o Parlamento e proteger a federação -, e para a proteção das liberdades individuais, o Poder Judiciário elevou-se acima dos demais poderes, cumprindo-lhe a dupla função de aplicar as leis e controlar a constitucionalidade, ocupando assim o posto central na divisão do poder político. O Judiciário sofreu uma sensível transformação, acumulando uma nova

³²⁶ A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168 (1880) reafirmou o postulado da separação tripartite dos poderes: *The Constitution divides the power of the government which it establishes into the three departments - the executive, the legislative, and the judicial - and unlimited power is conferred on no department or officer of the government. It is essential to the successful working of the system that the lines which separate those departments shall be clearly defined and closely followed, and that neither of them shall be permitted to encroach upon the powers exclusively confided to the others.* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Kilbourn v. Thompson*. Whashington: **United States Reports**. Suprema Corte, v. 103, p. 168, 1180. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/103/168/case.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

³²⁷ MELLO FILHO, José Celso de, pp. 37-8.

³²⁸ Sobre a definição de jurisdição ordinária e jurisdição constitucional e a distinção entre elas ver: GIORGI JR., Romulo Ponticelli. **Controle de constitucionalidade pelo Juiz de primeiro grau**. Charleston, SC, USA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015a, pp. 50-52, 63-64 e 87 90.

função, a função de controle. Embora sem o reconhecimento explícito, deixou de ser um mero aplicador do direito para se transformar em órgão controlador da atividade dos demais poderes, inclusive com a prerrogativa de impor-lhes limitações de ordem política, em face da supremacia da constituição.

Pode considerar-se que a emergência do Judiciário marca o ápice da divisão tripartite e o começo da superação do modelo de MONTESQUIEU, visto que o Judiciário deixou de ser um mero aplicador do direito para tornar-se também órgão de controle das atividades do Estado, assumindo uma nova função estatal: a função de controle político³²⁹.

³²⁹ LOEWENSTEIN anota que alguns autores, para refutar a ideia da tripartição dos poderes, sustentaram a existência de apenas duas funções de governo, isto é, a legislação e a administração, ou a *policy decision* y *policy execution*, sem reconhecer o controle político como uma função especial e separada. LOEWENSTEIN, 1970, p. 62, nota de rodapé nº 15.

4 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

4.1 As transformações sociais e a ampliação da divisão do poder político

A divisão dos poderes formulada por MONTESQUIEU teve na sua simplicidade o grande mérito que a tornou popular e fez adquirir enorme prestígio, razão pela qual foi amplamente seguida³³⁰. Teve grande aceitação a ideia das três funções do Estado - legislativa, executiva e judicial – distribuídas entre três diferentes órgãos, como mecanismo de divisão e controle do exercício do poder político³³¹.

Essa trilogia conquistou na massa social, “graças a um intenso e fácil mimetismo, a categoria de uma fórmula dogmática que se acata sem discutir”³³². Contudo, não se pode afirmar que esta divisão seja a mais adequada e realizável na prática, em qualquer lugar e em qualquer tempo³³³, porque o evoluir histórico provoca mudanças sociais que vão exigindo um rearranjo da organização estatal. Os organismos encarregados do exercício do poder em uma época revelam-se frequentemente inadequados em momentos seguintes.

A passagem dos séculos XVIII para o XIX e do século XIX para o século XX, trouxe importantes mudanças sociais que haveriam de impactar inevitavelmente a divisão do poder³³⁴.

A revolução industrial, o desenvolvimento tecnológico e o crescimento econômico foram fatores que ensejaram diversas consequências na organização do Estado. Como um primeiro efeito pode-se mencionar o crescimento da demanda de mão-de-obra nos centros urbanos e a necessidade de especialização em diversas atividades. Disso decorreu um deslocamento de contingentes rurais para os centros urbanos, o que, a sua vez, determinou o aparecimento de novas demandas sociais a reclamar ações do poder público³³⁵.

³³⁰ PALMA, 1881, vol. I, pp. 167-8.

³³¹ PALMA, 1881, vol. I, pp. 167-8.

³³² VALVERDE, 1975, pp. 150-1.

³³³ PALMA, 1881, vol. I, p. 167.

³³⁴ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 72.

³³⁵ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 72.

Estas mudanças foram minando pouco a pouco a viabilidade de uma organização em que um órgão concentrasse diversas funções. No âmbito das competências tradicionalmente associadas ao Poder Executivo, a nova realidade favoreceu a realização de uma divisão interna e o aparecimento de uma nova função: a função governamental moderna³³⁶.

A realidade contemporânea, pôs em cheque a tripartição montesquiana. É que coube ao dito “Executivo” exercer, juntamente com a chefia de Estado e com o comando da Administração, a função “governamental” hoje em enorme expansão. Com o governo de nossos dias, a acumulação Estado-Governo-Administração tornou-se, impraticável³³⁷.

A conformação à nova realidade social veio por diferentes modos. Em alguns estados unitários o caminho escolhido foi introduzir uma forma de divisão vertical do poder³³⁸. Nos Estados Unidos da América, o processo de formação histórica, em que Estados independentes, sem abrir mão de amplos âmbitos de competência, se uniram para formar uma federação, favoreceu um aprofundamento da divisão vertical.

Em outras sociedades, especialmente na Europa, optou-se por ampliar a divisão horizontal do poder. Neste caminho destaca-se o protagonismo da Inglaterra, em que a reação ao novo estado de coisas foi retirar do rei a função governamental, transferindo-a “na sua totalidade, para uma instituição política nova, responsável politicamente perante o órgão representativo da sociedade”³³⁹.

Da divisão interna do Poder Executivo medrou um novo arranjo político, ampliando-se a divisão dos poderes. Do antigo Poder Executivo resultaram dois novos órgãos: a Chefia de Estado e o Governo.

³³⁶ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 72.

³³⁷ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 73.

³³⁸ BOGNETTI cita como exemplos de Estados que optaram por esta solução Itália, Espanha e Bélgica. BOGNETTI, 2001, p. 59.

³³⁹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 77.

4.2 A Chefia de Estado

Coube a Henri-BENJAMIN CONSTANT de Rebecque (1767-1830)³⁴⁰, intelectual e político de origem suíça, a primazia de traçar os contornos teóricos da nova divisão dos poderes. BENJAMIN CONSTANT considerou a função do Chefe de Estado, como um Poder Moderador, a chave de toda a organização política³⁴¹.

Para BENJAMIN CONSTANT os poderes políticos eram cinco, e não três, como nos demais autores³⁴²: poder real (*pouvoir royal*), poder executivo (*pouvoir exécutif*), poder representativo da duração ou da tradição, de natureza hereditária (*pouvoir représentatif de la durée*), poder representativo da opinião, eletivo (*pouvoir représentatif de l'opinion*), e poder judiciário (*pouvoir judiciaire*)³⁴³.

Louvando-se também na experiência política da Inglaterra, país que admirava³⁴⁴, foi BENJAMIN CONSTANT quem primeiro sustentou teoricamente a necessidade de um quarto poder, apartado dos demais. A tradicional divisão tripartite entre legislativo, executivo e judiciário não era plenamente satisfatória, por isso a necessidade de se institucionalizar um poder neutro, externo ao âmbito dos

³⁴⁰ As ideias de Benjamin Constant tiveram forte influência no Brasil, inspirando a Constituição do Império, de 1824, que institucionalizou a função moderadora como poder autônomo. Dispunham os art. 10 e 98 da Constituição do Império: Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos. “A criação do Poder Moderador, só adotada em duas Constituições – a do Brasil e a de Portugal, ambas outorgadas pelo mesmo príncipe – foi uma fantasia de teórico, que muito longe pretendeu levar a análise das coisas. Benjamin Constant foi quem a sugeriu. Em verdade, as atribuições deste quarto poder, a que se quis atribuir preeminência sobre os demais, são as do Chefe de Estado, que não é por si um poder nas democracias representativas, mas participa dos outros poderes e, além disso personifica a Nação”. MELO FRANCO, Afonso Arinos e PILLA, Raul. **Presidencialismo ou parlamentarismo?** Rio de Janeiro: José Olympio, 1958, p. 172. “O poder moderador nada mais foi que o poder real de CONSTANT”. MELLO, 1968, p. 20. “Os brasileiros adotaram integralmente essa divisão, alterando-a apenas no que se refere ao poder representativo da tradição, substituindo a Câmara hereditária preconizada por Benjamin Constant — em contradição com a tendência brasileira a igualdade - por um senado vitalício, câmara representativa da tradição política”. TÔRRES, 1964, p. 44. “*Bisogna dire che il Brasile con tal costituzione ha vissuto e progredito, vive e progredisce meglio delle repubbliche americane-, tranne, s'intende, quella in cui la libertà britannica è indigena, come quella degli Stati Uniti, e il Ga nadà che è una vera repubblica sotto la protezione inglese*”. PALMA, 1881, vol. I, p. 334.

³⁴¹ CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. 2. ed. Paris Librairie de Guillaumin, 1872, p. 19.

³⁴² TÔRRES, 1964, p. 44

³⁴³ CONSTANT, 1872, p. 20. Ver também: MELLO, 1968, pp. 20-1.

³⁴⁴ TÔRRES, 1964, p. 43.

demais poderes, para velar pelo equilíbrio entre os outros poderes e resolver os possíveis conflitos entre eles³⁴⁵.

Seguindo uma linha já desenvolvida por MONTESQUIEU, BENJAMIN CONSTANT via no Poder Legislativo, dividido entre duas câmaras, uma assembleia hereditária e outra constituída de representantes eleitos, uma função moderadora, a cargo da assembleia hereditária³⁴⁶.

A opinião pública atual pertence a uma câmara eleita pelo povo, por um curto prazo, podendo ser dissolvida, quando houver necessidade de uma apelação ao juízo do povo, nos casos de conflito entre a câmara e o ministério. Para contrabalançar a extrema mobilidade da Câmara dos Deputados, vem o Senado, que Benjamin Constant queria hereditário, representando a nobreza tradicional. Seria o voto da “qualidade” em face do voto da “quantidade” da Câmara³⁴⁷.

BENJAMIN CONSTANT articula outra divisão, no seio do Poder Executivo. Enquanto no Legislativo há uma simples divisão funcional, interna, representada pelas duas câmaras, no Executivo, além da divisão funcional, há uma divisão orgânica, com duas funções atribuídas a órgãos autônomos – a Chefia de Estado e o Gabinete.

O Poder Executivo, portanto, decompunha-se em Poder Executivo propriamente, ou o Governo, assim sendo considerado aquele confiado aos ministros, para a execução geral das leis, e a Chefia de Estado - o Poder Real ou Moderador -, função confiada ao Rei, se se considera uma monarquia constitucional³⁴⁸.

[...] muitos se espantarão com que eu distinga o poder real do poder executivo. Essa distinção, sempre ignorada, é muito importante. Ela talvez seja a chave de toda a organização política. (...) há no poder monárquico, dois poderes distintos, o poder executivo, investido de prerrogativas positivas, e o poder real, que é sustentado por lembranças e por tradições religiosas³⁴⁹.

³⁴⁵ MELLO, 1968, pp. 20-1.

³⁴⁶ CONSTANT, 1872, p. 19.

³⁴⁷ TÔRRES, 1964, p. 44.

³⁴⁸ Segundo JELLINEK, o poder real serve para justificar teoricamente a existência do Rei nos Estados parlamentaristas, pois o poder executivo compete ao ministério, segundo a divisão de MONTESQUIEU, e ao rei não resta atribuição alguma. JELLINEK, 2000, p. 536.

³⁴⁹ CONSTANT, 1872, p. 19.

Ao Chefe de Estado – o Rei em uma monarquia parlamentar - cumpriria manter o equilíbrio entre os demais poderes.

Ao monarca cabe o poder moderador, o poder neutro que mantém os demais poderes em equilíbrio: pertence a um príncipe hereditário, sem interesses concorrentes com os dos particulares e cujo bem particular é o bem comum: o rei nunca é “parte” e sim o juiz nato na sociedade e no Estado. O poder executivo é um poder ativo, exercido pelos ministros: e a força impulsiva do bem comum e promotora da vida social. Deve ser responsável perante a opinião pública, enquanto que o poder moderador é, tècnicamente, “irresponsável”, como órgão julgador da responsabilidade dos ministros³⁵⁰.

Ao Parlamento (Poderes Representativos) cumpre fazer as leis, ao Poder Executivo a missão de execução geral e ao Judiciário a sua aplicação aos casos particulares. O poder real é um poder que está entre os outros, mas em posição de superioridade, uma autoridade ao mesmo tempo superior e intermediária, sem nenhum interesse em perturbar o equilíbrio, mas, ao contrário, com todo interesse em mantê-lo³⁵¹.

Os três poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário – são entendidos como três forças que devem cooperar, cada uma de sua parte, para o movimento geral do Estado. Quando essas forças se turbam mutuamente, é necessária uma força que as reponha em seu lugar. Esta força não pode estar em nenhuma das três referidas, porque lhes serviria de meio para destruir as outras. Por isso é necessário que ela seja externa e de certo modo neutra³⁵².

BENJAMIN CONSTANT cita a constituição inglesa como o exemplo em que se pode observar o desempenho do poder moderador:

(...) vejam como a Constituição inglesa emprega o poder real para pôr fim a qualquer luta perigosa e para restabelecer a harmonia entre os outros poderes.

³⁵⁰ TÔRRES, 1964, p. 44.

³⁵¹ *Les deux premiers pouvoirs font les lois, le troisième pourvoit à leur exécution générale, le quatrième les applique aux cas particuliers. Le pouvoir royal est au milieu, mais au-dessus des quatre autres, autorité à la fois supérieure et intermédiaire, sans intérêt à déranger l'équilibre, mais ayant au contraire tout intérêt à le maintenir.* CONSTANT, 1872, p. 19. “No sistema da Constituição brasileira de 1824, conquanto ao Poder Moderador não tocassem funções administrativas, cabia-lhe importante influencia na administração, decorrente da sua atribuição de nomear e demitir *livrement* os ministros de estado (Const. art. 101 § 6o), a cujas diversas repartições se prende toda publica administração”. RIBAS, 1866, pp. 58-9.

³⁵² CONSTANT, 1872, p. 180.

Se a ação do poder executivo é perigosa, o rei destitui os ministros. Se a ação da câmara hereditária torna-se funesta, o rei lhe dá uma nova tendência, criando novos pares. Se a ação da câmara eletiva se anuncia ameaçadora, o rei faz uso do seu veto ou dissolve a câmara eletiva. Se, enfim, a própria ação do poder judiciário é desastrosa, na medida em que aplica a ações individuais penas gerais demasiado severas, o rei tempera essa ação com seu direito de agraciar³⁵³.

A divisão dos poderes proposta por CONSTANT fundava-se em monarquia parlamentar, em que a Chefia de Estado é atribuída ao Rei. A monarquia constitucional teria a grande vantagem de criar este poder neutro na pessoa de um rei, figura já cercada da tradição e memória, revestida de uma potência de opinião que serviria de base à sua potência política³⁵⁴.

A divisão havida no seio do Poder Executivo, da qual se originaram a Chefia de Estado e a Chefia do Governo,³⁵⁵ decorre de um processo que se iniciou com a vitória do Parlamento sobre a realeza em 1688 - Revolução Gloriosa - e que “para instaurar-se de modo definitivo, com a adoção e prática da responsabilidade ministerial, percorre ainda quase um século de vagaroso desenvolvimento das instituições”³⁵⁶.

Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder neutro, apoia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto “passivo” é que tal poder seria “neutro”. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a

³⁵³ CONSTANT, 1872, p. 20.

³⁵⁴ CONSTANT, 1872, p. 180. A História do sistema parlamentar na Inglaterra distingue duas fases. A primeira que vai das lutas para a formação de um governo representativo em face de uma monarquia, período compreendido entre os séculos XIII e XVII, e o segundo, de transformações pacíficas que se desenvolvem na vida política inglesa durante o século XVIII, com a passagem de um regime representativo modesto à forma parlamentar com influência preponderante das duas casas legislativas: a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes. BONAVIDES, 2011, p. 343. SAMPAY observa que para Benjamin Constant *as formas de governo no oferecem propriamente virtudes ínsitas, de maneira que a monarquia, a república, o império, são boas organizações políticas se elas se ordenam com uma Constituição que ponha a salvaguarda os direitos individuais*. SAMPAY, 1942, p. 180. PALMA diz que nos Estados Unidos, o chefe de Estado é eleito necessariamente por um partido enquanto na Inglaterra como o rei é hereditário, está acima dos partidos e, portanto, em si seria mais apto a proteger as minorias e as partes vencidas. PALMA, 1881, vol. I, p. 11.

³⁵⁵ Com a criação de um gabinete homogêneo, escolhido pelo rei, mas responsável política e solidariamente perante o Parlamento e dirigido por um Primeiro-Ministro. BONAVIDES, 2011, p. 346.

³⁵⁶ Pertence ainda à natureza do sistema parlamentar, para a conservação da igualdade do executivo e do legislativo, a dualidade do poder executivo. Manifesta-se essa dualidade pela presença de um Chefe de Estado, que representa todo o País, bem como a independência do executivo, e pelo gabinete, que atua em conexão com o legislativo, trazendo ao observador a reminiscência do fundamento democrático do governo. BONAVIDES, 2011, p. 346.

nomeação de funcionários e juízes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo³⁵⁷.

A organização dos poderes preconizada por BENJAMIN CONSTANT não é exclusividade das monarquias, mas realizável em governos representativos, tanto monárquicos quanto republicanos³⁵⁸.

A técnica da separação dos poderes tanto pode desembocar no sistema parlamentar, onde as prerrogativas do poder político são repartidas entre o rei constitucional, de competência limitada, legitimado pelo princípio monárquico hereditário, e o parlamento, que busca sua fonte de autoridade na legitimação do mandato representativo de fundo relativamente democrático³⁵⁹, quanto confluir para o presidencialismo que, com uma separação desde logo mais rígida, visto que surge historicamente associado à forma republicana de governo, não tendo, tanto quanto o parlamentarismo, que estatuir nenhum equilíbrio político de competência com as forças vencidas do passado absolutista, de que a monarquia limitada no regime parlamentar se fizera sempre representativa³⁶⁰.

Independentemente da forma adotada, dois aspectos definem o governo de gabinete:

- a) o afastamento do chefe tradicional do poder executivo, rei ou Presidente da República, de qualquer participação efetiva do governo, ficando sua missão essencial circunscrita apenas ao papel de Chefe de Estado; e
- b) a entrega da autoridade soberana a um único poder: o gabinete, operando-se, segundo Bagehot, não a absorção do poder executivo pelo poder legislativo, mas a fusão de ambos os poderes³⁶¹.

Na função de Chefe de Estado “o elemento da configuração ativa recua a favor do elemento da preservação da unidade estatal”³⁶².

³⁵⁷ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão de Alexandre Krug, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 242-5.

³⁵⁸ PALMA, 1881, vol. I, p. 213.

³⁵⁹ BONAVIDES, 2011, p. 153.

³⁶⁰ BONAVIDES, 2011, p. 153.

³⁶¹ BONAVIDES, 2011, p. 354.

³⁶² HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre. SAFE, 1998, p. 401.

A função constitucional do Presidente Federal está na conservação e na representação desta unidade. Por certo, na democracia uma única pessoa não é capaz de garantir a unidade estatal. Porém, uma conciliação ou mediação pelo Presidente Federal pode, em situações de crise, converter-se em um fator tanto mais significativo quanto mais o Presidente Federal aparece com força neutra e quanto mais ele, por causa de sua neutralidade, ganhou a confiança do opositor. Justamente isso, todavia, pressupõe que a função do Presidente Federal seja ressaltada jurídico-constitucionalmente daquela das forças politicamente moventes. Como representante da unidade estatal e conservador das bases firmes, subtraídas ao conflito, da continuidade jurídico-constitucional, ele deve ficar subtraído ao processo de condução geral e configuração política³⁶³.

Diferentemente de MONTESQUIEU, BENJAMIN CONSTANT antecipou-se à realidade da Inglaterra, afirmam SOUZA JÚNIOR e REVERBEL³⁶⁴.

A substância de sua tese – exposta em 1814 – somente veio a ganhar plenitude no próprio país inspirador com a Reforma Eleitoral de maio de 1832, um ano e cinco meses depois da morte do meteco. Ademais, a teoria da tetrapartição na Inglaterra, junto com a do sistema de governo que lhe corresponde, teve de esperar até 1867, quando WALTER BAGEHOT, pela primeira vez, descreveu o *cabinet system* lá vigorante, confrontando-o e contrastando-o com o sistema de governo dos Estados Unidos, por ele próprio denominado, nessa oportunidade, de *presidential system*, expressão que alcançaria foros de universalidade³⁶⁵.

As ideias de BENJAMIN CONSTANT tiveram forte influência no Brasil, inspirando a Constituição do Império, de 1824, na qual se institucionalizou a função moderadora em um poder autônomo. Sob tal constituição, segundo PALMA, o Brasil experimentou o progresso, tendo vivido e progredido melhor do que as repúblicas americanas³⁶⁶.

A teoria de BENJAMIN CONSTANT influenciou em outras organizações estatais, como na Monarquia orleanista instalada em Julho de 1830, na Constituição belga de 1831, no Estatuto Albertino de 1848, entre outras, e veio a consagrar-se na IIIª República Francesa, a partir de 1873³⁶⁷.

³⁶³ HESSE, 1998, pp. 401-2.

³⁶⁴ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 88.

³⁶⁵ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 88.

³⁶⁶ PALMA, 1881, vol. I, p. 334.

³⁶⁷ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 89.

4.3 Governo e Administração

As mudanças sociais que se operaram na passagem do século XVIII ao século XIX e que impactaram na divisão do Poder Executivo, tendo como primeira resposta o afastamento do chefe tradicional da participação efetiva do governo e a entrega delas ao gabinete³⁶⁸ exigiu outras adaptações, como o aumento do corpo funcional e uma crescente especialização das suas atividades, revelando a necessidade de reconhecer a Administração como um Poder autônomo.

Antônio Joaquim RIBAS³⁶⁹, em obra concluída em 1860 e publicada em 1866, mostrou ter apreendido a nova realidade social e produziu estudo de grande valia para o perfeito delineamento das modernas funções estatais. No seu direito administrativo brasileiro, RIBAS afirmou que quanto à natureza de suas funções o poder político se divide em legislativo e executivo³⁷⁰.

Nesta mesma linha é o entendimento de PALMA. O que importa, disse ele, é examinar quantas e quais são as funções orgânicas do corpo social que mereçam ser denominadas de poder do Estado. A maioria responderia que são o legislativo, o executivo e o judiciário, mas, tomados no sentido de funções do Estado, abstratamente e independentemente das pessoas e órgãos reais que os representam e exercem, os poderes são verdadeiramente dois: legislativo e executivo³⁷¹.

KELSEN também considerou a legislação e a execução como as funções estatais, ainda assim como tipos ideias, porque a maior parte dos atos estatais seriam simultaneamente de legislação (criação) e de execução (aplicação)³⁷².

A esfera de ação do poder, entretanto, varia, disse RIBAS, “porque diversa é a matéria sobre que se exercem as funções”. No campo da atuação o poder se

³⁶⁸ BONAVIDES, 2011, p. 354.

³⁶⁹ Antônio Joaquim Ribas, o Conselheiro Ribas, patrono da cadeira n° 39 da Academia Paulista de Direito. BARROS JÚNIOR. Carlos S. de. Antonio Joaquim Ribas: o Conselheiro Ribas. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66742/69352>> Acesso em: 23 nov. 2016.

³⁷⁰ RIBAS, 1866, p. 49.

³⁷¹ PALMA, 1881, vol. I, p. 173.

³⁷² KELSEN, 2000a, p. 368. UNGER, analisando a evolução do direito administrativo na Alemanha, mostra que de início não havia diferença entre a burocracia administrativa e a judiciária, já que “ambas deveriam aderir estritamente a regras e interpretá-las mais ou menos literalmente”. Com a institucionalização do *Rechtsstaat* a burocracia conquistou grande dose de poder independente e as funções executadas vão se mostrar mais claramente diversificadas. UNGER, 1979, p. 198.

divide em três esferas, onde se encontram sucessivamente o Poder Legislativo, ditando as normas gerais e o Executivo (dividido em Governo, Administração e Judiciário), tornando efetiva a sua realização³⁷³.

Na função legislativa, o Estado estabelece regras gerais e abstratas³⁷⁴. O Estado primeiro forma a sua vontade sobre determinada coisa e a manifesta em forma de lei. Portanto, o primeiro poder do Estado é o Legislativo³⁷⁵. O conceito de legislação se identifica com os de produção ou criação de Direito³⁷⁶.

Depois, o Estado deve traduzir a sua vontade em atos, o que faz por intermédio do Poder Executivo³⁷⁷, que se divide em três ramos distintos, o governamental, o administrativo e o judiciário, segundo a esfera dentro da qual cada um atua³⁷⁸.

Na medida em que as chamadas funções executiva e judiciária consistem na criação de normas individuais com base em normas gerais e na execução das normas individuais, o poder legislativo, por um lado, e o poder executivo e o judiciário, por outro, representam apenas diferentes estágios no processo por meio do qual a ordem jurídica nacional – de acordo com os seus próprios dispositivos – é criada e aplicada³⁷⁹.

Por intermédio da legislação o Estado estabelece os marcos dentro dos quais os poderes devem se mover. O marco mais importante é a Constituição, porque baliza também a função legislativa ordinária.

4.3.1 O Poder Governamental

O ramo governamental é o ramo político (do Governo), tem uma missão de superintendência, de perscrutar as tendências da opinião pública, esclarecê-las e guiá-las. É o ramo que deve fixar a orientação política, formular princípios claros e

³⁷³ RIBAS, 1866, p. 50.

³⁷⁴ KELSEN, 2000a, p. 368.

³⁷⁵ PALMA, 1881, vol. I, p. 173.

³⁷⁶ KELSEN, 2000a, p. 368.

³⁷⁷ PALMA, 1881, vol. I, p. 173.

³⁷⁸ RIBAS, 1866, p. 50.

³⁷⁹ KELSEN, 2000a, p. 368.

exequíveis, transmiti-los aos agentes da administração, e traçar-lhes as vias que no seu desenvolvimento devem trilhar³⁸⁰.

PALMA disse que “a essência do Poder Governamental não está na execução, mas na potestade de ordenar e comandar, de proteger o território e o povo, de representá-lo e guarda-lo dos males comuns”³⁸¹. Os atos deste órgão não são de mera execução, mas de governo e de império, um poder de decisão entre interesses contrastantes³⁸².

O Governo não é mero executor, nos casos particulares, do que determina a lei geral, mas, nos limites desta, trata com outros Estados, emite ordens e regulamentos, nomeia os seus empregados e constitui o gabinete³⁸³, exerce enfim, funções de comando, ainda que subordinadas à lei ou nos limites da lei, mas que resolve, ordena, veta, enfim, tem vontade própria³⁸⁴.

4.4 Os Poderes Administrativo e Judiciário

Conforme acima referido, na função legislativa o Estado estabelece regras gerais e abstratas³⁸⁵. O Judiciário e a Administração atuam na concreção das decisões manifestadas na legislação, cada um a seu modo próprio. Por intermédio da jurisdição e da administração, o Estado exerce uma atividade individualizada, resolvendo diretamente tarefas concretas. A distinção entre as atividades destes dois órgãos, portanto, consiste na especialidade de cada um³⁸⁶.

Ao ramo administrativo toca a gerência prática dos interesses públicos, internos e externos, por isso deve estar estruturado hierarquicamente, para prestar os serviços que a comunidade necessitar. A sua missão é a execução das leis de interesse geral ou coletivo, adotando as medidas de conservação ou prevenção

³⁸⁰ RIBAS, 1866, p. 51.

³⁸¹ PALMA, 1881, vol. I, p. 174. O autor se apoia em lições de Teoria Geral do Estado de Johan Caspar Bluntschli. BLUNTSCHLI, Johann Caspar, 1808-1881. *Allgemeines Statsrecht*. München: J. G. Cottaschen buchhandlung, 1863, pp. 449-459.

³⁸² PALMA, 1881, vol. I, p. 174.

³⁸³ PALMA, 1881, vol. I, p. 174.

³⁸⁴ PALMA, 1881, vol. I, p. 174. Estas funções viriam mais tarde a ser denominadas por VALVERDE de Poder de Direção e Poder de Execução. VALVERDE, 1975, pp. 158-70.

³⁸⁵ KELSEN, 2000a, p. 365.

³⁸⁶ KELSEN, 2000a, p. 365.

necessárias para tal fim, seja por medidas gerais, locais ou individuais³⁸⁷. A administração cuida dos interesses comuns, dos serviços públicos, do direito social, usando de prudência e equidade³⁸⁸.

Ao ramo judiciário toca velar pelas relações individuais e recíprocas dos membros da sociedade, fazendo respeitar os direitos e deveres que delas nascem e aplicar as leis penais³⁸⁹. O Judiciário também executa a lei, mas de uma maneira muito particular. “É subordinado ao Legislativo, no sentido de dever julgar *secundum legem, non de legibus*, mas quando o direito é por ele declarado de certo modo, nem o legislador nem o governo podem legitimamente sindicá-lo na sua interpretação”³⁹⁰.

O Poder Judiciário é essencial para a proteção dos direitos individuais.

Quando a administração se apresenta como representante da pessoa jurídica — o Estado, e reclama de algum individuo um direito, ou conteste uma obrigação em virtude de títulos de Direito Privado, ou quando, como autora ou como ré, sustenta um litigio sobre materia pertencente ao direito dos bens, acha-se em identica posição á daquelle com quem litiga, e, não devendo fazer-se justiça por suas proprias mãos, submete-se á autoridade do Poder Judiciario, a quem cabe decidir entre ella e o outro litigante, com a independencia e soberania que lhe são proprias³⁹¹.

Judiciário e Administração são formas de desenvolvimento do poder soberano e da execução das leis, mas são distintos. Não há órgãos apropriados e adaptados para resolver as disputas dos particulares com o Governo se se misturam as funções de justiça entre as partes com as de governo e de administração³⁹².

Em sua esfera o Judiciário é livre e independente e deve também ter o direito de recolocar o poder executivo nos seus limites, seja rejeitando os seus atos

³⁸⁷ RIBAS, 1866, pp. 51-2.

³⁸⁸ PALMA, 1881, vol. I, p. 178.

³⁸⁹ RIBAS, 1866, p. 52.

³⁹⁰ PALMA, 1881, vol. I, p. 177.

³⁹¹ RIBAS, 1866, pp. 52-3.

³⁹² Tradução nossa do original em italiano: *L'amministrazione cura gl'interessi comuni, i servizii pubblici, il diritto sociale, usando anche della prudenza e dell'equità; la giustizia tutela stricto jure il diritto della famiglia, la capacità individuale, i beni privati, applica le pene. Tutte e due sono forme di sviluppo del potere sovrano, e dell'esecuzione delle leggi, ma sono distintissime; non si avrebbero altrimenti organi appositi ed adatti per risolvere le contestazioni dei singoli collo stesso Governo; si confonderebbero le funzioni della stretta giustizia fra le parti con quelle di governo e di amministrazione, ossia d'imperio e di cura degli interessi pubblici, entro bensì la sfera del diritto ma ampiamente operante secondo gl'intendimenti del legislatore, secondo l'equità e l'utilità pubblica.* PALMA, 1881, vol. I, p. 178.

ilegais, como decretos e regulamentos de natureza legislativa, seja julgando e punindo os atos arbitrários de seus agentes³⁹³.

Embora distinta dos poderes políticos, a Administração a eles se encontra ligada por relações íntimas e perenes, da qual nasce uma influência recíproca³⁹⁴.

Com lealdade, eficiência e discrição, a Administração serve o legislador, serve o Judiciário e serve, principalmente, o governo do dia. Mas antes de tudo, serve, pelo direito, o interesse público mais elevado, que transcende o de seus agentes, ao qual se orientam também os demais poderes políticos³⁹⁵.

A Administração liga-se ao “Poder Executivo governamental” tão intimamente que é árduo traçar entre eles uma linha divisória³⁹⁶.

Ao governo, como poder governamental ou político, compete indicar a direção, inspirar o pensamento geral e imprimir o impulso a todo o funcionalismo administrativo, tanto nas relações internacionais como nas internas.

A missão da administração, pelo contrário, é por assim dizer toda material ou mecânica; cumpre-lhe organizar os meios práticos, e pô-los em ação, para a realização do pensamento governamental.

Ela deve, pois, ser um instrumento docil e seguro nas mãos do governo, enquanto este obra dentro da sua esfera própria. Assim, não deve imprimir nos serviços públicos um impulso contrário ou diverso daquele que o governo lhe quer dar; não pode ter um pensamento, uma vontade, que não sejam o pensamento e a vontade do governo, enquanto este se limita às suas funções de iniciativa, de apreciação e de direção geral.

Aqui, porém, deve parar a subordinação e começar a sua independência. Quando a administração trata de organizar os serviços públicos, não deve postergar as vantagens d'elle em atenção às predileções ou anti-pathias políticas; quando se occupa com a execução de um preceito legislativo, não deve sofisticá-lo, torcê-lo, ou illudi-lo para comprazer ao systema preferido pelo governo; quando se acha em presença dos cidadãos, dos seus direitos e obrigações, deve, como verdadeira magistratura, fazer respeitar esses direitos e cumprir essas obrigações, collocando a sua rectidão e imparcialidade acima de todas as considerações da política³⁹⁷.

O Poder administrativo, ou ramo administrativo do governo, é função estatal que se avulta em importância com o avanço do Estado Social ao longo dos séculos XIX e XX, dada a exigência de uma atuação propositiva do Governo (Estado), que

³⁹³ PALMA, 1881, vol. I, pp. 177-8.

³⁹⁴ RIBAS, 1866, p. 59.

³⁹⁵ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p.100.

³⁹⁶ RIBAS, 1866, p. 59.

³⁹⁷ RIBAS, 1866, pp. 59-60.

deixa de ser mero garantidor das liberdades individuais para ser ele mesmo realizador de direitos fundamentais. Neste momento, a necessidade de um poder neutro (técnico e não político), materializado na Administração, se faz sentir com maior intensidade.

À medida que o Estado liberal vai se convertendo em Estado Social e aumentando as atividades gerenciais que necessita desempenhar, precisa intervir em áreas “nas quais a complexidade e a variabilidade dos fatores relevantes de decisão parecem demasiado grandes para admitir regras gerais”³⁹⁸ que satisfaçam as necessidades da comunidade, precisa lançar mão de normas vagas que, para serem concretizadas e individualizadas, demandam a interpretação dos ramos administrativo e judicial, reforçando a relevância e a independência destes ramos do poder público.

A administração passa a deter significativo âmbito de poder normativo, especialmente através das suas agências, autarquias, fundações e outras autoridades especiais ou instituições congêneres³⁹⁹.

4.5 A jurisdição constitucional

A necessidade de adequar a organização estatal aos novos tempos não se fez notar apenas na esfera de atuação do “Poder Executivo”, mas, igualmente, no âmbito de atuação tradicionalmente atribuído ao Poder Judiciário, instituição que deixou de ser simples aplicadora do direito para se transformar em órgão de controle das atividades dos demais poderes, inclusive com a prerrogativa de impor-lhes limitações de ordem política⁴⁰⁰.

³⁹⁸ UNGER, 1979, p. 206.

³⁹⁹ BOGNETTI, 2001, p. 84.

⁴⁰⁰ LOEWENSTEIN anota que alguns autores, para refutar a ideia da tripartição dos poderes, sustentaram a existência de apenas duas funções de governo, isto é, a legislação e a administração, ou a *policy decision* y *policy execution*, sem reconhecer o controle político como uma função especial e separada. LOEWENSTEIN, 1970, p. 62, nota de rodapé nº 15.

Razões políticas - controlar o Parlamento e fortalecer a federação - e jurídicas - garantir as liberdades individuais – orientaram o desenvolvimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América⁴⁰¹.

Este novo campo de atuação não se amolda às características da jurisdição ordinária⁴⁰². Como anota GIORGI JR, “o controle das principais decisões políticas, instrumentadas na forma das leis e de sua interpretação frente aos princípios constitucionais, igualmente não se enquadra na jurisdição ordinária”⁴⁰³.

Esta atividade integra aquilo que se denomina jurisdição constitucional “uma forma de controle do poder, diferenciando-se substancialmente da jurisdição ordinária”⁴⁰⁴.

Nos Estados Unidos da América esta função ficou a cargo do Poder Judiciário, para o qual os juízes tiveram a sua competência funcional ampliada, passando a exercer também o controle de constitucionalidade das leis. Viu-se no Judiciário - a quem cumpriria determinar o sentido da constituição e de todos os outros atos do corpo legislativo - o ponto de equilíbrio entre os Poderes, como um corpo intermediário, situado entre o povo, criador da constituição, e o Legislativo, responsável pela elaboração de normas ordinárias⁴⁰⁵.

4.6 O Tribunal Constitucional

A necessidade de controlar o poder público também se fez sentir na Europa, mas o modelo se desenvolveu sobre outras bases. Surgiu em um cenário de importantes mudanças sociais que começaram a se delinear em meados do século XIX e se avolumaram e se consolidaram no decorrer do século XX, quando as

⁴⁰¹ MELO, 2008, p. 50. Conforme destacado, antes mesmo do celebre caso *marbury x madison*, houve decisões de cortes estaduais declarando o poder de anular legislação inconstitucional. “Muitas destas decisões das cortes estaduais não baseiam o “*judicial review*” em nenhum parâmetro legal escrito; ao invés disto, eles baseiam a autoridade dos juízes para controlar a legislação nos princípios do “*common law*”. Sobre este ponto ver EDLIN, 2006, p. 10.

⁴⁰² GIORGI JR., 2015, p. 63.

⁴⁰³ GIORGI JR., 2015, p. 63.

⁴⁰⁴ GIORGI JR., 2015, p. 63.

“O controle de constitucionalidade foge da divisão clássica de poderes e ultrapassa amplamente o campo legítimo da atividade dos tribunais (a jurisdição *stricto sensu*, que se configura como execução da decisão política tomada). O controle de constitucionalidade é, essencialmente, uma decisão política de controle do poder”. GIORGI JR., 2015, p. 63.

⁴⁰⁵ GARGARELLA, 2011, p. 60.

constituições passaram a consagrar os direitos sociais. KELSEN foi quem forneceu os fundamentos teóricos que ensejaram o desenvolvimento do modelo, tendo sido um dos seus idealizadores, especialmente pela sua participação na elaboração da Constituição da Áustria, a primeira a instituir uma Corte Constitucional⁴⁰⁶.

A posição central do Parlamento embora em nível variável, era a nota característica no modelo liberal da divisão dos poderes⁴⁰⁷. Aos demais restava a tarefa de atuar concretamente as regras fixadas pelo legislativo, no mais das vezes voltadas para uma regulação restritiva das atividades do Estado.

De esta manera, el Estado de Derecho liberal-burgués, se conforma como un Estado de competencias reguladas por las normas jurídicas, que en el desempeño de sus funciones no se vale sino de medios autorizados por el derecho positivo vigente, y cuya acción es totalmente normada por las leyes. Los órganos del Estado obran sobre los sujetos de acuerdo a una regla preexistente, y de ellos, no puede exigir sino en virtud de normas preestablecidas⁴⁰⁸.

Para que permanecesse válida uma divisão de poderes do “tipo liberal” nos ordenamentos do mundo ocidental pós-liberal seria necessário que se mantivessem inalteradas as condições político-sociais em razão das quais o modelo foi constituído, vale dizer, um Estado-aparato mínimo e uma separação rígida entre o Estado e a sociedade, entre as esferas, pública e privada⁴⁰⁹.

Esta condição, contudo, vai se tornando mais frágil com o avançar do século XIX. As mudanças sociais que conduziram a uma divisão no seio do Poder Executivo vão se aprofundando e exigindo novas adequações na organização dos Poderes. Com o gradual advento do Estado Social, de índole marcadamente intervencionista⁴¹⁰, o indivíduo perde a condição de personagem central e cede espaço ao grupo⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Desde o ano de 1917 KELSEN era assessor jurídico do Ministério da Guerra da Áustria, sendo convocado em 1918 a colaborar na redação da constituição austríaca, onde defendeu a criação de uma Corte Constitucional, “como elemento de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. KELSEN, 2007, pp. VIII-XIII.

⁴⁰⁷ A centralidade do Parlamento é mínima nas monarquias limitadas e máxima nos governos parlamentares. BOGNETTI, 2001, pp.46-7 e 91.

⁴⁰⁸ SAMPAY, 1942, p. 80.

⁴⁰⁹ BOGNETTI, 2001, p. 55.

⁴¹⁰ BOGNETTI, 2001, p. 55.

⁴¹¹ MORAIS, 1996, p.79.

SOUZA JÚNIOR e REVERBEL asseveram que o “Estado liberal sobreviveu até a primeira guerra mundial”⁴¹².

[...] o Estado, para o novo século, deveria atender a três objetivos. Primeiro, preservar as conquistas valiosas do Estado Liberal: os direitos de liberdade e a supremacia do Direito. Segundo, harmonizar essa herança liberal com as novas e prementes exigências da igualdade de condições econômicas mínimas e de justiça social, o que já não seria uma tarefa fácil. E, terceiro – o que tornava a equação ainda mais complexa – compatibilizar essa constelação harmonizada de valores com um processo político legitimamente democrático, ou seja, aberto, pluralista e universal⁴¹³.

A missão do Estado já não podia se limitar a *lasciar fare da sé la società civile*, dotando-a de institutos de autonomia e auto-organização, mas, preservando os dispositivos de garantia da liberdade do indivíduo, havia de estender o seu campo de atuação para prestar auxílio aos grupos menos favorecidos⁴¹⁴. O Estado deve agora cuidar de promover o desenvolvimento econômico e social da coletividade⁴¹⁵.

O Estado pós-liberal revela duas características fundamentais: “a franca intervenção do governo em áreas anteriormente consideradas fora do alcance da ação do Estado” e uma consequente reversão do processo de separação entre Estado e sociedade civil - iniciado no medievo e que desembocou no Estado moderno -, com uma “gradual aproximação entre o Estado e a sociedade, entre as esferas pública e privada”⁴¹⁶.

O advento do Estado intervencionista foi gradativamente mudando a face do poder. A maioria dos ordenamentos ocidentais foi se organizando segundo um modelo em que a relação entre o Estado e a sociedade civil substituiu a ideia de separação pela de cooperação⁴¹⁷.

“Por um lado, já não se pretende que o Estado seja um guardião neutro da ordem social. Por outro, certas organizações privadas são cada vez mais reconhecidas e tratadas como entidades que têm o tipo de poder que a doutrina tradicional via como prerrogativa do governo”⁴¹⁸.

⁴¹² SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 95.

⁴¹³ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 96.

⁴¹⁴ BOGNETTI, 2001, p. 55.

⁴¹⁵ BOGNETTI, 2001, p. 57.

⁴¹⁶ UNGER, 1979, p. 203.

⁴¹⁷ BOGNETTI, 2001, p. 58.

⁴¹⁸ UNGER, 1979, p. 203. Segundo UNGER, neste período “os homens tendem a se tornar mais conscientes daquilo que sempre foi parcialmente verdadeiro, embora talvez o fosse em menor escala em períodos anteriores:

As leis, que no estado liberal cuidam de preservar a igualdade formal entre os indivíduos, devem agora reconhecer certas desigualdades que estavam a exigir um tratamento mais favorecido aos mais necessitados⁴¹⁹.

Os direitos de liberdade tinham como finalidade precípua demarcar uma área de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual⁴²⁰, evidenciados como direitos de resistência ou oposição perante o Estado⁴²¹.

Os direitos sociais para serem materialmente eficazes, demandam uma intervenção ativa e continuada dos poderes públicos⁴²². De nada adiantava assegurar a liberdade aos indivíduos se as condições socioeconômicas excluíaam alguns indivíduos de qualquer oportunidade⁴²³.

A mudança da realidade social vai gradativamente alterando a face das constituições, nela sendo reconhecidos e incorporados sempre novos direitos. A Constituição francesa de 1848 trouxe regras concernentes ao trabalho e a previdência social, dispondo sobre o estabelecimento, pelo estado, de departamentos e comunas, de trabalhos públicos próprios para empregar braços desocupados e sobre assistência às crianças abandonadas, aos enfermos e aos idosos. A Constituição do México de 1917 também já revelava uma feição mais social, dispondo sobre intervenções pontuais na ordem econômica e, sobretudo, em questões agrárias. Foi a Constituição ou Lei Fundamental de Weimar, de 11 de agosto de 1919, contudo, a primeira a dar tratamento sistemático à ordem econômica e social, dispondo sobre questões relacionadas à educação e ao ensino. Foi pioneira em albergar princípios e legislação social intervencionista e a dar à ordem econômica e social um tratamento sistematizado⁴²⁴.

Com a crescente necessidade de intervenção dos poderes públicos para dar conta das novas demandas, muda a fisionomia do Estado, transmutando-se de

a sociedade é uma constelação de governos, e não uma associação de indivíduos reunidos por um governo”.

⁴¹⁹ BOGNETTI, 2001, p. 57.

⁴²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 50.

⁴²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 563-4.

⁴²² FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 129.

⁴²³ GORDILLO, Augustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 70.

⁴²⁴ BARROS, Sérgio Resende de. **Medidas, Provisórias**, pp. 4-5. Disponível em: <www.srbarros.com.br/pt/medidas---provisórias-.cont>. Acesso em: 23 jul. 2013.

absenteísta em intervencionista, de legislativo em administrativo. O Estado deixa de ser um simples garantidor da liberdade para se tornar um promotor da igualdade.

Por efeito desta transformação borram-se as linhas que separam a função legislativa da executiva, porque há necessidade de uma apropriação das funções inerentes ao Parlamento pelo Governo, para poder oferecer prontas respostas aos anseios sociais, produzindo-se um importante desequilíbrio entre os Poderes e evidenciando-se a necessidade de fortalecer os controles sobre os poderes públicos⁴²⁵.

A delimitação clássica entre os âmbitos do poder legislativo e do poder executivo perdeu a sua nitidez devido às leis-medida. O moderno Estado social viu-se cada vez mais na contingência de regular, por via de lei, situações concretas da vida social e económica. Deste modo, surgiu ao lado da lei em sentido clássico, que, pelo menos na teoria, pretende ser uma regulação com permanência, a lei intervencionista que regula uma situação concreta (§30 III)⁴²⁶.

Neste novo cenário a função de controle de constitucionalidade é compelida a ampliar o seu espectro de atuação, porque já não basta controlar as ações do Estado, é necessário também controlar a sua inação. Os poderes públicos já não descumprem a constituição apenas ao atuarem positivamente em desacordo com a lei maior, mas também quando se omitem do dever de agir, do dever de prestar os direitos exigidos pela comunidade. Robert ALEXY afirma que as “constituições modernas dão aos direitos fundamentais em geral a força de concretização suprema

⁴²⁵ *El decreto-ley, desde una consideración flexible y matizada de su presupuesto habilitante, sirve para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual en función de los concretos objetivos gubernamentales, aunque seguidamente ha subrayado que ello es así siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas; acción normativa inmediata o bien, rápidas respuestas exigidas por las conjunturas económicas pero siempre un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación de las leyes.* CONTRERAS, Ana M. Carmona. **La configuración constitucional del decreto-ley.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 71. KELSEN chama atenção para o risco que decorre da apropriação legislativa pelo Executivo, citando o que aconteceu na Alemanha com os Decretos de necessidade, instrumentos semelhantes às medidas provisórias brasileiras. Segundo o autor “o uso impróprio do art. 48 da Constituição de Weimar, que autorizava o governo a promulgar decretos de necessidade, foi o meio pelo qual se destruiu o caráter democrático da República alemã e se preparou o advento do regime nacional-socialista. Cabe mencionar que a Constituição austríaca semifascista de 1934 foi promulgada por um decreto do governo (de 24 de abril de 1934, livro 1, 239)”. KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade. In: **Jurisdição Constitucional.** Tradução do alemão de Alexandre Krug, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 306, nota de rodapé. “O primeiro Presidente, Friedrich Ebert, emitiu nos anos de 1919-1925, nada menos de 163 decretos emergenciais”. MÜLLER, Friedrich. As Medidas Provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: **Direito Constitucional:** estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 341-2.

⁴²⁶ ZIPPELIUS, 1997, p. 416.

e quando elas não o fazem deveriam, ou ser interpretadas neste sentido ou, quando isso não fosse possível, modificadas”⁴²⁷.

À medida que o Estado vai aumentando as atividades gerenciais e precisa intervir em áreas “nas quais a complexidade e a variabilidade dos fatores relevantes de decisão parecem demasiado grandes para admitir regras gerais”⁴²⁸ que satisfaçam as necessidades da comunidade, precisa lançar mão de normas vagas que, para serem concretizadas e individualizadas, demandam a interpretação dos ramos administrativo e judicial, reforçando a relevância e a independência destes ramos do poder público.

Foi neste ambiente político-social que KELSEN desenvolveu a sua teoria, advogando a instituição de um órgão autônomo de poder, o Tribunal Constitucional, a quem deveria tocar a função de controle de constitucionalidade, função com matizes diferentes dos três poderes clássicos.

SOUZA JÚNIOR e REVERBEL anotam que foi para dar conta dos “desafios da nova fase do constitucionalismo que esboçava seus passos em Weimar” que o Tribunal Constitucional foi inventado⁴²⁹.

KELSEN admitiu o acerto do argumento central da teoria americana, que havia colocado a Constituição como norma superior de todo o ordenamento jurídico, com a qual todas as demais normas devem de ser compatíveis. O autor austríaco avançou nesta ideia central, demonstrando que a ordem jurídica não representa um conjunto de normas situadas no mesmo plano, mas um sistema hierarquizado, “uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”. A unidade deste sistema resulta de uma relação de interdependência entre as normas, onde a validade de uma norma depende de que seja produzida de acordo com outra norma superior e assim sucessivamente⁴³⁰. Esta ordem normativa hierarquizada forma uma pirâmide, no topo da qual, como norma superior de todo o sistema normativo, encontra-se a Constituição⁴³¹.

⁴²⁷ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, trad. de Luiz Afonso Heck. **RDA**, n. 217/66, 1999, p. 63.

⁴²⁸ UNGER, 1979, p. 206.

⁴²⁹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 121.

⁴³⁰ KELSEN, 2000b, p. 217.

⁴³¹ Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma

A supremacia da Constituição, todavia, não a imuniza contra as leis aprovadas pelo Parlamento em desacordo com os seus postulados, por isso a necessidade de um órgão de controle da atuação legislativa, para manter a sua integridade.

A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício das funções estatais [...] ⁴³², da qual a anulação do ato inconstitucional representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição ⁴³³.

[...]

Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos - na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados - equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória ⁴³⁴.

KELSEN possivelmente tenha sido influenciado pelo pensamento político francês pós-revolucionário, marcado pela desconfiança aos juízes, por efeito do comportamento conservador deles antes da revolução ⁴³⁵.

Embora a submissão a mecanismos de controle seja imprescindível em um modelo de Estado erigido para dar proteção aos indivíduos, a legislação francesa, por muito tempo, impediu o controle judicial sobre os atos da Administração ⁴³⁶.

pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. KELSEN, 2000b, p. 217. A norma superior do sistema, a Constituição, deve ser entendida em dois sentidos: um jurídico-positivo e outro em sentido lógico-jurídico. “Em sentido positivo, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado. É a norma ou o conjunto de normas jurídicas através das quais se regula a produção de normas jurídicas gerais; e esta produção de normas jurídicas gerais reguladas pela Constituição tem, dentro da ordem jurídica estadual, o carácter da legislação. Em sentido lógico-jurídico, a Constituição consiste na norma fundamental hipotética, pois, como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria ainda de se fundar numa norma ainda mais elevada”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo II, p. 55.

⁴³² KELSEN, 2007, p. 124.

⁴³³ KELSEN, 2007, p. 148.

⁴³⁴ KELSEN, 2007, p. 179.

⁴³⁵ A França negava aos juízes a possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade, porque isto implicaria dar muito poder aos juízes. Instituiu, por isso, um controle político de constitucionalidade, “que o viu nascer por obra de um dos principais legisladores da Revolução Francesa: o jurista Sieyès. Com propor ele um mecanismo político de controle, cuidava interpretar e remediar o sentimento nacional de desconfiança contra os tribunais do *ancien régime*”. BONAVIDES, 2008, p. 299.

⁴³⁶ FAGUNDES, 2010, p. 150.

O repúdio ao estabelecimento de um freio às ações administrativas ilegítimas foi um princípio que permeou não só o ordenamento francês, mas a quase totalidade dos ordenamentos europeus do século XIX⁴³⁷, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, onde não se verificaram grandes resistências ao controle das ações dos funcionários e agentes da Coroa ou do Estado⁴³⁸.

KELSEN sabia que o modelo da Suprema Corte dos Estados Unidos não poderia ser aplicado em uma realidade sócio-histórica totalmente diversa⁴³⁹. A par disso, KELSEN enumerou razões de ordem lógico-jurídicas para defender a instituição de um órgão independente, fora da estrutura dos três poderes tradicionais, ao qual deveria ser confiada a tarefa específica de realizar o controle de constitucionalidade.

O seu raciocínio lógico permitiu diferenciar a jurisdição constitucional da jurisdição ordinária, o que demandaria a instituição de um órgão especial para exercício desta função. Este órgão, denominado Tribunal Constitucional, faria apenas o controle abstrato, não resolvendo casos concretos. Cumpriria uma função de "legislador negativo", anulando as leis incompatíveis com a Constituição⁴⁴⁰.

O Tribunal Constitucional é uma instituição que não se amolda a nenhum dos três poderes clássicos. Apesar de ter forma de tribunal e atuar, em geral, da mesma forma como atua uma corte judicial, não faz parte do Poder Judiciário⁴⁴¹, mas constitui "uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos"⁴⁴².

A especificidade da função de controle de constitucionalidade justificava a criação de um órgão especial para o seu exercício. Conforme já anotamos, KELSEN considera fundamentalmente que as funções estatais são apenas duas, legislação e

⁴³⁷ BOGNETTI, 2001, p. 40.

⁴³⁸ BOGNETTI, 2001, p. 40-1.

⁴³⁹ SOUZA JUNIOR e REVERBEL afirmam que "era uma singularidade que só podia operar na realidade sócio-histórica das instituições (a começar pelas judiciais) próprias de *Common Law*". SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 113.

⁴⁴⁰ CANOTILHO, 2003, p. 124.

⁴⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134.

⁴⁴² FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 15.

execução, ou criação e aplicação. Tanto a função legislativa quanto a jurisdicional criam norma jurídicas. A diferença reside em que aquela cria normas gerais e esta cria normas individuais. Nesta linha de entendimento, a anulação de uma norma constitui um ato de legislação, atuando o órgão de controle como um legislador negativo⁴⁴³.

Do controle de constitucionalidade, portanto, pode resultar a anulação de uma lei, o que equivale a criar uma norma geral, com o mesmo “caráter de generalidade que a sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo”, ou, o exercício de uma função do órgão legislativo⁴⁴⁴.

[...] a competência para revogar a lei é reservada à fonte de onde ela promana: *cuius est instituere, eius est abrogare*. Se a lei se revoga por outra lei, ao Poder a quem pertence votá-la é que cabe cassar-lhe a força obrigatória. Por isso mesmo, ao Poder Judiciário, não cabe a atribuição de abolir uma lei, de vez que tem competência é para aplicá-la, nem o Poder Executivo pode revogá-la, porque sua competência não pode ultrapassar a faculdade de regulamentá-la [...] ⁴⁴⁵.

A atividade legiferante tem uma natureza eminentemente política, razão pela qual é confiada ao órgão de representação política da comunidade, em geral o Parlamento. Por isso, o Tribunal Constitucional deve ser composto por representantes do conjunto da sociedade⁴⁴⁶, denotando a sua natureza política⁴⁴⁷, mas ter autonomia em face dos demais poderes, para “garantir o pluralismo político e, ao mesmo tempo, delinear seus limites legítimos diante dos valores do regime democrático”⁴⁴⁸.

⁴⁴³ KELSEN, 2007, p. 148.

⁴⁴⁴ KELSEN, 2007, p. 152.

⁴⁴⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1991, p. 93.

⁴⁴⁶ Sobre propostas de indicação dos membros para compor o Tribunal Constitucional ver: KELSEN, 2007, p. 154.

⁴⁴⁷ A sua atividade, entretanto, é jurisdicional, como afirma KELSEN, no sentido de que sua atuação é de aplicação do direito, como qualquer outro tribunal, e, apenas em pequena medida, de criação do direito, como legislador negativo. KELSEN, 2007, pp. 152-3. Referindo-se ao Tribunal Constitucional da Alemanha, KIMMINICH afirma que “a outorga de competência a uma instância jurisdicional para a aferição da compatibilidade do direito ordinário com norma superior, levada a efeito pela Lei Fundamental, não constitui obra do acaso, mas é uma consequência do princípio do Estado de Direito, que exige um controle jurisdicional, isto é, um *controle independente*. A realização do controle de constitucionalidade por um Tribunal não deve dar a impressão de que esse órgão jurisdicional está impedido de desempenhar atividade totalmente diversa, isto é, a de *Guardião da Constituição*”. KIMMINICH, 1990, p. 206.

⁴⁴⁸ SOUZA JÚNIOR e REVERBEL afirmam que graças à sua natureza política é o Tribunal Constitucional a instituição que viabiliza “o delicadíssimo trânsito do *Rechtsstaat* para o *Verfassungsstat*”. SOUZA JÚNIOR;

Embora as decisões prolatadas em controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional tenham também a natureza de jurisdição, na medida em que ele aplica a norma constitucional, o órgão de controle não tem propriamente a natureza de tribunal judiciário, porque as suas decisões não se aplicam diretamente a fatos concretos, limitando-se a controlar, abstratamente, a compatibilidade de duas normas: uma superior, a Constituição, outra, inferior, a lei, objeto de controle, resultando, em caso de incompatibilidade entre elas, a anulação da norma inferior⁴⁴⁹.

Portanto, esta função não deve ser confiada a um tribunal judiciário, porque as funções legislativa e jurisdicional são diversas e, principalmente, porque a organização do órgão legislativo é essencialmente dominada por considerações políticas, pela liberdade de criação que caracteriza a legislação⁴⁵⁰.

Por estas razões o órgão de controle de constitucionalidade – o Tribunal Constitucional - não deve integrar o Poder Judiciário⁴⁵¹. Com mais razão, não deve integrar os Poderes Legislativo ou Executivo. Entram aqui questões de ordem lógica, “porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional”⁴⁵².

O controle de constitucionalidade também não deve ser conferido ao Chefe do Executivo porque como “detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado”, não poderia ser a “instância neutra em relação ao exercício de tal poder”⁴⁵³.

REVERBEL, 2016, p. 122. KELSEN sustenta que não há uma contradição essencial entre funções jurisdicionais e funções políticas, havendo na jurisdição também um caráter político, como um elemento de exercício de poder. “O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política - mas não a "verdadeira" jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter "político" que possui - ainda que em maior medida - a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”. KELSEN, 2007b, pp-250-1.

⁴⁴⁹ KELSEN, 2007, pp. 148-9.

⁴⁵⁰ KELSEN, 2007, pp. 148-9.

⁴⁵¹ KIMMINICH diz que aqueles que classificam o Tribunal Constitucional alemão, o *Bundesverfassungsgericht*, como simples órgão judicial cometem erro fundamental. KIMMINICH, 1990, p. 205.

⁴⁵² KELSEN, 2007, p. 153.

⁴⁵³ KELSEN, 2007, p. 242. KELSEN não exclui completamente o Chefe de Estado como defensor da constituição, apenas não concorda que seja o único. SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 127. “Dentro da atmosfera política da monarquia, essa doutrina do monarca como guardião da Constituição era um movimento eficaz contra a busca, que já então aflorava de quando em quando, por um tribunal constitucional. [...] Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder neutro, apoia essa tese essencialmente na suposição

Pelo inconveniente lógico de atribuir a função aos outros poderes e em face da especialidade de suas atribuições, o controle de constitucionalidade das normas deve estar confiado exclusivamente ao Tribunal Constitucional⁴⁵⁴. Por isso, se a questão for suscitada incidentalmente pelas instâncias ordinárias, o juiz haverá de suspender o processo e submetê-lo à decisão do Tribunal Constitucional⁴⁵⁵.

KELSEN observa que o princípio da separação dos poderes na república, cujo verdadeiro sentido é o de função do equilíbrio constitucional, só pode ser levado razoavelmente em conta se a expressão for tomada no sentido de “divisão dos poderes”, que traduz a ideia de repartição entre vários órgãos, não para isolá-los, mas para permitir um controle recíproco. A divisão dos poderes “não tem por finalidade apenas impedir a concentração do poder nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia -, mas também de garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos, razão pela qual a instituição de uma jurisdição constitucional não se acha em contradição com o referido princípio, mas, ao contrário, é uma afirmação dele⁴⁵⁶.

A instituição de um tribunal com a competência para anular as leis, competência legislativa, portanto, não significaria uma usurpação da competência do Parlamento.

Porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha de conta quando se trata da anulação das leis. [...] A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios e diretivas gerais – a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que

de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto “passivo” é que tal poder seria “neutro”. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo”. KELSEN, 2007, pp. 242-5.

⁴⁵⁴ Cuida-se, a toda evidência, do controle repressivo e não do controle prévio à edição dos atos normativos.

⁴⁵⁵ CANOTILHO, 2003, p. 900.

⁴⁵⁶ KELSEN, 2007, p. 152. Esta a linha de entendimento adotada pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/DF: “...a atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República”.

sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação de direito. É por conseguinte, efetivamente jurisdicional⁴⁵⁷.

Os conceitos de Kelsen foram acolhidos primeiramente na Áustria⁴⁵⁸, cuja Constituição de 1920 trouxe duas novidades: a criação de uma Corte especializada em conflitos constitucionais e uma competência, por provocação dos governantes, federais e estaduais, de anulação de atos normativos que violassem a Constituição Federal, com eficácia geral, vale dizer, contra todos e não apenas contra as partes em litígio⁴⁵⁹.

A genialidade de Kelsen foi ter inventado, no projeto da Constituição Austríaca de 01.10.1920, um modelo de controle de constitucionalidade compatível com a cultura jurídica romano-germânica, em que um Tribunal especializado, concentrava, em abstrato, a fiscalização constitucional, circunscrita, inicial e cautelosamente, às lides intrafederativas⁴⁶⁰.

A Áustria instituiu órgão de controle de constitucionalidade, distinto e independente dos três Poderes clássicos, para manter a efetiva supremacia jurídica e política da Constituição Federal⁴⁶¹.

Nesse modelo de controle, não haveria direito individual a ser defendido, por isso o cidadão comum não possuiria legitimidade para propor ação visando ao controle em abstrato. A Constituição, em rol exaustivo, listava as pessoas legitimadas a propor esse controle abstrato. Tinha-se uma ação direta e abstrata ajuizada diretamente na corte constitucional, tentando-se evitar os eventuais danos em casos concretos⁴⁶².

Depois da instituição de um Tribunal Constitucional na Áustria outros apareceram nas constituições da Checoslováquia, Espanha, Itália e Alemanha⁴⁶³.

⁴⁵⁷ Kelsen, 2007, p. 152.

⁴⁵⁸ GARGARELLA, 2011, pp. 133-4.

⁴⁵⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 38.

⁴⁶⁰ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 125.

⁴⁶¹ HORTA, 2003, p. 155.

⁴⁶² MELO, 2008, p. 50.

⁴⁶³ *Tribunales especiales similares aparecieron luego en la Constitución de Checoslovaquia de 1920, y en la española de 1931. Las constituciones de Italia y Alemania, dictadas después de la segunda guerra mundial, tendieron a retomar este tipo de controles concentrados. En Italia, la adopción del modelo austríaco fue promovida por el famoso jurista kelseniano Pietro Calamandrei, y en Alemania, por Hans Nawiaski, un discípulo directo de Kelsen. De todos modos, tanto en Alemania como en Italia se terminó por adoptar un*

5 A DIVISÃO DOS PODERES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

5.1 Os Poderes do Estado contemporâneo

Luigi PALMA afirmou que a verdadeira teoria da divisão dos poderes é aquela que reconhece que o poder soberano, teoricamente, abstratamente, intrinsecamente, é uno, ainda que as funções estatais se possam racionalmente dividir entre diferentes órgãos⁴⁶⁴.

Quanto às funções, subsiste com grande vigor a classificação que separa as funções essenciais do Estado em legislativa, executiva e judicial, sem considerar a natureza e o modo de estarem relacionadas estas funções, sem ter em conta a sua superação e distanciamento da realidade social contemporânea, disse JELLINEK⁴⁶⁵.

LOEWENSTEIN afirma que é necessário reconhecer a dificuldade de desalojar este esquema mental profundamente arraigado, o da tríplice separação dos poderes entre legislativo, executivo e judicial, uma perfeita ilustração de um pensar mecanicista, “uma fórmula dogmática que se acata sem discutir”⁴⁶⁶.

Entretanto, um simples olhar para a forma mais corrente de governo do século XX, o parlamentarismo, permitiria ver que os poderes legislativo e executivo não estão separados, nem pessoal nem funcionalmente, pois os membros do governo são os membros do parlamento, tendo sido produzida uma integração dos poderes⁴⁶⁷.

A tradicional separação tripartite entre Legislativo, Executivo e Judiciário, deve ser compreendida no contexto histórico em que concebida e pelo seu caráter nitidamente instrumental, direcionada que foi a limitar e assim permitir controlar o

sistema intermedio, que conservaba rasgos propios del modelo norteamericano (ya que, por ejemplo, el tribunal no va actuar como un «legislador negativo»), y rasgos propios del modelo de Kelsen (jurisdicción concentrada; acción directa de constitucionalidad; validez erga omnes de las decisiones, etcétera). GARGARELLA, 2011, pp. 133-4.

⁴⁶⁴ PALMA, 1881, vol. I, pp. 193-4.

⁴⁶⁵ JELLINEK, 2000, p. 528.

⁴⁶⁶ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 55.

⁴⁶⁷ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 55

exercício do poder e a impedir a tirania, sem uma real pretensão de identificar a natureza das múltiplas funções estatais⁴⁶⁸.

Contudo, quem se propõe examinar o estágio atual da organização dos poderes não pode desprezar a existência de outros órgãos constitucionais de soberania, ainda que o constituinte não os tenha nominado de Poder, como fez com o Legislativo, Executivo e Judiciário⁴⁶⁹.

A identificação das diversas funções estatais que mereçam ser atribuídas a órgãos autônomos, da qual a jurisdição constitucional é apenas a mais recente, permitiu o desenvolvimento de outras divisões dos poderes para além da tradicional tripartição liberal.

Escritos contemporâneos convergem para a identificação de cinco e até seis funções estatais que mereçam ser confiados a órgãos estatais independentes e que devem ser considerados legítimos poderes políticos.

VALVERDE, progredindo na identificação das diversas funções Estatais e na articulação destas com os órgãos do Estado, propõe uma divisão dos poderes mais consentânea com o estágio atual da organização política. Para VALVERDE, a trilogia Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário deve ser desclassificada, por insuficiente e desorientadora⁴⁷⁰, e deve ser substituída por uma série ao menos quinária, na qual se compreendem os seguintes poderes: Poder de Autoridade, Poder de Direção, Poder Deliberante, Poder Judicial e Poder de Execução. O autor destaca que não é satisfatório encerrar dentro do conceito unitário de Poder Executivo o Chefe de Estado, o Governo e a Administração⁴⁷¹.

BOGNETTI também considera pelo menos cinco os Poderes no Estado social, considerando para tanto a opção política pelo sistema presidencialista (.....). Se a opção política conduzir ao modelo parlamentarista, os Poderes serão no mínimo seis, com a separação entre a Chefia de Estado e o Governo⁴⁷².

⁴⁶⁸ LEAL, 1971, pp.131-3.

⁴⁶⁹ PEDRA, Anderson Sant'Ana. (Im) Possibilidade do Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas: uma análise da Súmula N. 347 do STF. In.: ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Chem (coord.). **Direito processual e a administração pública**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 23.

⁴⁷⁰ VALVERDE, 1975, p. 19.

⁴⁷¹ VALVERDE, 1975, pp. 149-70.

⁴⁷² BOGNETTI, 2001, pp. 75-90.

SOUZA JÚNIOR e REVERBEL historicam a evolução da organização política estatal, demonstrando como ela foi se transformando ao longo do tempo e ampliando a divisão dos poderes, até atingir uma separação entre seis órgãos independentes: Chefia de Estado, Governo, Administração, Parlamento, Judiciário e Tribunal Constitucional⁴⁷³.

Estas concepções levam e em conta a crescente necessidade de especialização das atividades estatais, o que torna desejável que o modelo tipo de divisão dos poderes para o Estado contemporâneo compreenda a atribuição de cada função a um órgão diferente, ou, dito de outro modo, que cada órgão exerça, preponderantemente, apenas uma das funções estatais.

5.2 Nova divisão tripartite das funções estatais: determinação política, execução e controle

JELLINEK afirma que do ponto de vista das funções do Estado, MONTESQUIEU, assim como todos os seus predecessores, deduziu a diferença dos sujeitos a partir das funções por eles exercidas⁴⁷⁴. Isso porque as doutrinas sobre política e direito político, em larga medida, tomaram por base a realidade histórica da vida do Estado da época em que foram concebidas e dela buscaram abstrair as atividades observadas e formular uma teoria geral, apenas aparentemente racional, mas tendo algo de arbitrário⁴⁷⁵.

As diversas tentativas de formular uma teoria geral sobre os poderes do Estado apenas deixaram como ensinamento ser “inteiramente anticientífico querer esgotar os poderes do Estado por uma enumeração de seus conteúdos”, disse JELLINEK⁴⁷⁶.

LOEWENSTEIN procura superar estas dificuldades formulando uma nova divisão tripartite das funções estatais, tendo como referência as decisões políticas e dividindo as funções estatais entre órgãos encarregados da tomada das decisões,

⁴⁷³ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016.

⁴⁷⁴ JELLINEK, 2000, p. 535.

⁴⁷⁵ JELLINEK, 2000, p. 528.

⁴⁷⁶ JELLINEK, 2000, p. 529-321.

da sua execução e do seu controle (*policy determination, policy execution, policy control*)⁴⁷⁷.

Toda sociedade politicamente organizada, em muitos momentos da dinâmica social, se defronta como a necessidade de tomar decisões políticas fundamentais ou conformadoras. Como decisão política fundamental entende-se a opção ou escolha de uma, entre as várias possibilidades, em face das quais se encontra determinada a sociedade estatal e que sejam decisivas e determinantes para a conformação da referida sociedade, isto é, a opção por aquela que melhor realize os anseios da sociedade, no presente e no futuro⁴⁷⁸.

A decisão política fundamental mais importante neste sentido é a que define o sistema político da referida sociedade e a forma de governo, em suma, a forma como será organizado o poder político⁴⁷⁹.

Mas há outros campos em que devem ser tomadas decisões políticas conformadoras, nem sempre facilmente identificadas como tal. Questões que demandem decisões conformadoras podem dizer respeito à religião (separação entre Estado e Igreja), sistema educacional (público, privado ou misto), livre comércio ou protecionismo, relações de trabalho, regime tributário, relações com outros Estados, entre outras⁴⁸⁰.

Uma vez tomadas as decisões políticas elas devem ser executadas. A execução das decisões políticas pode alcançar qualquer campo da atividade estatal, estando frequentemente relacionada à execução da legislação, porque é por intermédio da legislação que grande parte das decisões políticas se manifesta⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 56-69. ⁴⁷⁷ REVERBEL propõe uma leitura vertical destas funções. A *policy control* (função última do Estado), a *policy determination* (função intermediária do Estado) e a *policy execution* (função próxima do Estado). REVERBEL, 2012b, pp. 19-47. BOGNETTI sustenta que as funções fundamentais em torno das quais se organizam os Poderes do Estado são a orientação política, a convalidação-integração e controle da orientação política, a realização dos fins públicos de acordo com a orientação política convalidada e integrada, a garantia de aplicação correta aos casos concretos do sistema normativo e a garantia dos valores da Constituição. BOGNETTI, 2001, p. 91.

⁴⁷⁸ LOEWENSTEIN, 1970, p. 63.

⁴⁷⁹ LOEWENSTEIN, 1970, p. 63.

⁴⁸⁰ LOEWENSTEIN, 1970, p. 63.

⁴⁸¹ LOEWENSTEIN, 1970, p. 66.

A legislação deixou de ser uma categoria funcional separada ou separável das outras atividades estatais, como fora concebida na teoria clássica da separação os poderes⁴⁸².

A separação clássica dos poderes, por influência da ideia de equilíbrio, se revela em um corte horizontal, em que no mesmo nível encontram-se Executivo, Legislativo e Judicial. O modelo tripartite proposto por LOEWENSTEIN, além do corte horizontal, permite vislumbrar um corte vertical⁴⁸³.

Os órgãos a quem cumpre a tomada das decisões políticas encontram-se no nível intermediário. Os órgãos encarregados da sua execução no nível inferior e os órgãos incumbidos do seu controle no nível superior⁴⁸⁴.

Esta nova forma de olhar para a divisão dos poderes se amolda perfeitamente às funções políticas mínimas do Estado contemporâneo.

5.3 Órgãos de determinação política

5.3.1 O Governo ou Poder Governamental ou de Direção

O elemento central da nova divisão dos poderes migrou da legislação, para a orientação política ou tomada da decisão política, dominada, em grande medida, pelo Governo ou Poder Governamental. O conjunto de órgãos denominado Governo ou Poder governamental é a instituição política central do Estado contemporâneo, assim considerada aquela que “está mais capacitada para decidir de modo básico, geral e contínuo sobre o desenvolvimento da vida coletiva”⁴⁸⁵.

Segundo LOEWENSTEIN,

“Nada muestra más claramente la superación de la tradicional “separación de poderes” que la posición del gobierno en el proceso legislativo. El gobierno está precisamente obligado a asumir el liderazgo en la toma de decisión política cuya técnica es la legislación, y también tiene que asumir la responsabilidad por la ejecución de la decisión tomada, que normalmente se da también en forma de ley. En

⁴⁸² LOEWENSTEIN, 1970, p. 66.

⁴⁸³ Ver REVERBEL, 2016, pp. 19-47.

⁴⁸⁴ Ver REVERBEL, 2016, pp. 19-47.

⁴⁸⁵ VALVERDE, 1975, pp. 158-61.

*lugar de estar excluído del proceso legislativo, el gobierno está inseparablemente unido a él*⁴⁸⁶.

Dentre a pluralidade de atribuições que incumbem ao Governo pode-se mencionar o impulso em reformas constitucionais, a promoção das leis, a edição de decretos e regulamentos, e até certa interferência nas funções jurisdicionais. É um órgão dirigente, cujo trabalho é, em substância, muito mais do que execução das decisões políticas, porque assume as mais importantes atividades de ideação política global do Estado, que dirige a política nacional⁴⁸⁷.

É o órgão encarregado da orientação política, da escolha, entre os vários caminhos possíveis, do mais adequado à realização dos fins do Estado. O Governo é o principal responsável pela formulação dos princípios básicos para o desenvolvimento do Estado, da política interna e externa⁴⁸⁸ e da sua transmissão aos agentes da administração⁴⁸⁹. É um órgão de tomada de decisões políticas e de comando, um organismo com vontade própria, dentro dos limites fixados na lei e na Constituição⁴⁹⁰. É o órgão encarregado da orientação política do Estado, a indicação das linhas fundamentais para o desenvolvimento do ordenamento estatal⁴⁹¹.

O Governo apresenta diferentes feições, conforme definido em cada ordenamento estatal. No sistema presidencialista aparece sob as vestes de Presidente, no sistema Parlamentarista, como Primeiro Ministro ou Chanceler e, às vezes, como um a combinação destes, quando se defronta com um sistema semipresidencialista⁴⁹².

⁴⁸⁶ LOEWENSTEIN, 1970, p. 269.

⁴⁸⁷ VALVERDE, 1975, pp. 158-61.

⁴⁸⁸ BOGNETTI, 2001, p. 78.

⁴⁸⁹ RIBAS, 1866, p. 51.

⁴⁹⁰ PALMA, 1881, vol. I, p. 174.

⁴⁹¹ BOGNETTI, 2001, p. 77.

⁴⁹² BOGNETTI, 2001, p. 77. A organização política da Inglaterra denota uma concentração da orientação política em torno do Primeiro Ministro, que centraliza o Poder Governamental e, graças a um estável apoio político, consegue exercer com regularidade a função. No sistema semipresidencialista francês a orientação política se aloca principalmente no Presidente da República, que a exerce diretamente ou por intermédio do Primeiro Ministro, de sua escolha. Necessita, contudo, de amplo apoio parlamentar para o exercício da função. Quando o Primeiro Ministro representa uma maioria parlamentar adversa, ocorre o fenômeno da “coabitação” e a orientação política se divide entre o Presidente da República e o Primeiro Ministro, prevalecendo em larga medida a do segundo, por força da maioria parlamentar e das competências constitucionais majoritariamente a ele assinaladas. Na Alemanha, a orientação política esta sensivelmente centrada na figura do Chanceler, em que pese o complexo sistema de freios que lhe são oponíveis nos termos do ordenamento constitucional. BOGNETTI, 2001, pp. 103-121.

5.3.2 O Parlamento ou Poder Deliberativo

A designação de Poder Legislativo ao Parlamento liga-se fortemente à sua finalidade no modelo liberal. Ali a normalização podia ser moderada e a legislação relativamente estável, porque a finalidade precípua consistia em veicular disposições gerais, uma vez que a legislação era voltada, sobretudo, a prover os instrumentos jurídicos de proteção da liberdade individual.

Esta característica da legislação permitia que, ao menos na sua maior parte, fosse produzida pelo Parlamento, remanescendo ao Executivo espaço de normalização extremamente limitado⁴⁹³. O advento do Estado intervencionista, todavia, tornou impossível a continuidade deste modelo⁴⁹⁴.

Por uma parte, ao passo que vão aumentando as atividades gerenciais que o Estado deve desempenhar, precisa intervir em áreas “nas quais a complexidade e a variabilidade dos fatores relevantes de decisão parecem demasiado grandes para admitir regras gerais”⁴⁹⁵ que satisfaçam as necessidades da comunidade. Por isso, necessita lançar mão de normas vagas que, para serem concretizadas e individualizadas, demandam a interpretação dos ramos administrativo e judicial, reforçando a relevância e a independência destes ramos do poder público.

Por outra parte, *l'attuale divisione dei poteri vuole che lo stato possa legiferare con ragionevole speditezza*⁴⁹⁶. A necessidade de dar prontas e objetivas respostas fez as normas perderem em generalidade e ganharem em profusão⁴⁹⁷ e ampliar a participação do “Poder Executivo” na produção de normativa⁴⁹⁸.

Para dar conta das ampliadas demandas sociais que o legislativo não lograva fazer face, com a necessária celeridade⁴⁹⁹, alguns Estados modificaram a

⁴⁹³ BOGNETTI, 2001, pp. 59-60. No Estado Liberal de Direito privilegia-se as liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade do Estado, funcionando a lei – ordem geral e abstrata - como instrumento de legalidade, tendo como ator característico o indivíduo. MORAIS, 1996, p. 79.

⁴⁹⁴ BOGNETTI, 2001, p. 81.

⁴⁹⁵ UNGER, 1979, p. 206.

⁴⁹⁶ BOGNETTI, 2001, p. 81.

⁴⁹⁷ BOGNETTI, 2001, pp. 59-60.

⁴⁹⁸ FERREIRA FILHO diz que “o aspecto mais singular do processo de elaboração das leis no Estado contemporâneo é, sem dúvida, o surgimento de uma *legislação* editada pelo *Executivo*”. FERREIRA FILHO, 2012, p. 181.

⁴⁹⁹ BOGNETTI, 2001, pp. 59-60.

organização política, introduzindo uma divisão vertical dos poderes com a atribuição de competências legislativas aos entes locais e regionais⁵⁰⁰.

Em outros, a participação do Executivo, até então extremamente limitada - restringindo-se quase somente à sanção ou ao veto e a regulamentação das normas produzidas pelo Parlamento - passou a ser fortemente ampliada, tornando-se verdadeiro protagonista na criação do direito positivo, ocupando espaço que era do Parlamento⁵⁰¹.

“De outro lado, a crescente necessidade de enfrentar e solver problemas a curto prazo determinou que as decisões se viessem a tomar sem as delongas enfrentadas no processo legislativo ou nos procedimentos judiciais. As decisões, na atualidade, hão de ser tomadas com celeridade. Não se admitem mais os adiamentos ou delongas”⁵⁰².

Embora de mais fácil adaptação ao sistema parlamentarista, em que o Gabinete exprime a vontade da maioria parlamentar, operou-se também em Estados presidencialistas uma crescente produção legislativa pelo Executivo⁵⁰³.

Os antigos decretos emergenciais insculpidos no art. 48 da Constituição de Weimar, os decretos do art. 80 da Lei fundamental de Bohn, os provimentos provisórios previstos no art. 77 da Constituição italiana de 1948⁵⁰⁴, os decretos-lei do art. 80 da Constituição espanhola e os decretos-lei da Constituição brasileira de 1967 e as medidas provisórias inseridas no art. 62 da Constituição brasileira de 1988, são alguns exemplos de atos normativos editados pelos Chefes do Executivo e não pelo Parlamento⁵⁰⁵, embora sujeitos ao controle deste.

⁵⁰⁰ Assim, a título apenas exemplificativo, os casos de Itália, Espanha e Bélgica. BOGNETTI, 2001, pp. 59-60.

⁵⁰¹ TÁCITO, Caio. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**, nº 90, abril-junho de 1989. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.50.

⁵⁰² SOUZA, Nelson Oscar de. Manual de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 102.

⁵⁰³ Para FERREIRA FILHO, o regime parlamentarista “facilita essa prática, já que no fundo não há diferença de origem entre as leis votadas pelo Parlamento e os textos promulgados pelo Gabinete, dado que este é necessariamente a cúpula da maioria parlamentar”. FERREIRA FILHO, 2012, p. 189.

⁵⁰⁴ Promulgada em 27 de dezembro de 1947, a nova Constituição vigorou em primeiro de janeiro de 1948.

⁵⁰⁵ Sobre estes institutos, entre tantos: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida Provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e sua conversão em Lei: a emenda n. 32 e o papel do congresso nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, CONTRERAS, Ana M. Carmona. **La configuración constitucional del decreto-ley**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, D’ANDREA, Antônio. **Le Nuove Procedure Regolamentari per l’esame dei Decreti Legge in Parlamento: Un Primo Bilancio**. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1983. MÜLLER, Friedrich. **As Medidas Provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs**. In.: **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

A profusa utilização destes atos normativos pelo Governo demonstra que conceituar o Parlamento contemporâneo como o Poder Legislativo já não define com a precisão necessária a função deste órgão político, porque, em medidas variáveis, a normalização migrou do Legislativo para o Governo⁵⁰⁶.

A preponderância do Governo no estado contemporâneo se revela especialmente na sua ampliada participação no processo legislativo, a ponto de ter-se transformado também em “Poder Legislativo”. “Hoje, não só conta ele com a iniciativa, como, em verdade, é dele que provém o impulso inicial da grande maioria das leis promulgadas”⁵⁰⁷.

Também a Administração passou a exercer, em boa medida, uma função normativa, denotando com mais força a imprecisão da denominação Poder Legislativo ao Parlamento⁵⁰⁸.

O moderno Parlamento, ou Poder Deliberante, não é mais um simples dador de leis, mas constitui um organismo de representação da sociedade, no seio do qual, em discussões públicas, de forma detida e progressiva se delibera sobre as grandes questões de interesse coletivo⁵⁰⁹. *As decisões políticas abrangem objetivos específicos e, quanto mais importantes eles são, mais o são, também as decisões*⁵¹⁰. O Parlamento cuida especialmente de políticas de longo prazo, de valores permanentes⁵¹¹ e por isso deve adotar um ritual mais democrático e demorado.

A deliberação faz parte de qualquer organização política, mesmo de uma ditadura, mas constitui o aspecto essencial da política democrática. Ela constitui o processo principal pelo qual a política é determinada. É um processo contínuo de debate. Tal como qualquer debate genuíno, a deliberação não só permite a cada participante promover os seus próprios interesses e pontos de vista, mas também ajustar a sua própria visão da realidade e, até, mudar os seus valores, como resultado desse processo. Todas as decisões políticas implicam deliberação, que, como a política, é dirigida para os mesmos dois fins distintos. Primeiro, como vimos, a deliberação e a política têm como finalidade estabelecer fins ou objetivos

⁵⁰⁶ BOGNETTI, 2001, pp. 80-2.

⁵⁰⁷ FERREIRA FILHO, 2012, p. 125.

⁵⁰⁸ BOGNETTI, 2001, pp. 83-5.

⁵⁰⁹ BOGNETTI, 2001, pp. 80-2. Como afirma PALMA, “la funzione legislativaj cioè la determinazione del volere giuridico dello Stato, richiede degli organi proprii per manifestarlo, e questi non può essere principalmente che la rappresentanza della nazione”. PALMA, 1881, vol. I, p. 179.

⁵¹⁰ DEUTSCH, 1979, p. 185.

⁵¹¹ BOGNETTI, 2001, p. 82.

comuns. Segundo, todos os debates e deliberações políticos concernem à escolha de meios para alcançar o objetivo definido⁵¹².

O Parlamento contemporâneo é o órgão encarregado da *estratégia* estatal, ao passo que ao Governo toca a *tática* da sua aplicação, da governança política⁵¹³. Nesta seara exerce um poder de controle sobre o Governo, na medida em que certas medidas exigem a forma de lei em sentido mais estrito, exigindo por isso a aprovação do Parlamento⁵¹⁴.

VALVERDE assevera que, ao longo do tempo, o Parlamento foi caracterizado pela referência a três fenômenos: representação, discussão e publicidade. Cada um destes fenômenos ocupou, sucessivamente, o papel preponderante. Hoje, a característica mais significativa do Parlamento é a publicidade, isto é, que no seu âmbito “as alegações de interesses e os debates se desenvolvam com publicidade”⁵¹⁵. Vejamos as palavras do autor:

*Gracias a ella pueden los ciudadanos, más que sentirse autores de las leyes que en el Parlamento se votan, participar de las razones y sinrazones que las motivan y obtener alguna información crítica fiable sobre la línea de conducta del Poder de Dirección, que es el animador principal de esas leyes*⁵¹⁶.

É neste sentido a assertiva de Carl Schmitt de que “um Parlamento somente tem caráter representativo na medida em que se acredita que a sua atividade própria seja revestida de publicidade”⁵¹⁷.

⁵¹² DEUTSCH, 1979, p. 187.

⁵¹³ Segundo DEUTSCH, “a estratégia consiste em definir uma série de objetivos ou alvos a longo prazo: a tática em selecionar e ajustar os meios a curto prazo para os alcançar. Geralmente, a estratégia visa mais o futuro e implica o estabelecimento de um conjunto mais amplo de objetivos, enquanto que a tática caracteriza-se por escolher uma série mais limitada de passos intermédios no interior do conjunto maior. DEUTSCH, 1979, p. 184.

⁵¹⁴ BOGNETTI, 2001, p. 82. *Per la funzionalità del sistema (la sua piena “governabilità”) occorre che, di massima, l’indirizzo político del governo sia convalidato nel suo insieme dal legislativo. La “governabilità” non viene disolito compromessa se il legislativo procede a “integrazione”. Diverso sarebbe però il giudizio se le Camere si arrogassero di interferir in profondità, regolarmente, nell’indirizzo del governo, spezzandone la logica e sostituendone le linee con linee proprie. IL sistema no funzionerebbe bene, sarebbe dominato da ispirazione confuse e confliggenti e all’opinione pubblica non riuscirebbe facile attribuire le responsabilità degli eventuali difetti dell’azione statale. (...) il potere di “arresto” che possiede il legislativo dovrebbe essere esercitato solo eccezionalmente, in circostanze più o meno straordinarie e quando siano in gioco interessi davvero supremi.* BOGNETTI, 2001, p. 81.

⁵¹⁵ VALVERDE, 1975, p. 165-6.

⁵¹⁶ VALVERDE, 1975, p. 165.

⁵¹⁷ Não é demasiado assinalar que o desenvolvimento da técnica da representação só foi possível quando se separaram as esferas pública e privada, porque, “a representação não pode ter lugar senão na esfera do público”. SCHMITT, 1939, p. 241.

5.4 Órgãos de execução da determinação política

No campo da execução da determinação política, além da própria legislação, quando considerada em seu aspecto técnico-utilitária⁵¹⁸, encontram-se a Administração Pública e o Poder Judiciário.

La administración es el aspecto de la ejecución de decisiones políticas que surgen con más frecuencia en la vida diaria, y este aspecto corresponde a lo que tradicionalmente se ha llamado "ejecutivo". Bajo esta categoría se debe entender la aplicación, tanto de las decisiones políticas como de aquellas disposiciones de carácter técnico-utilitario a las necesidades de la comunidad⁵¹⁹.

La función judicial, el tercero de los poderes equiparado a los otros dos en la división tripartita clásica, debe sufrir también bajo la nueva división una significativa capitis deminutio. [...] lo que el juez realmente hace es aplicar la norma general al correspondiente caso concreto. Dado, pues, que el juez ejecuta la ley en una forma parecida, aunque con diferentes técnicas, a como lo hace la administración, no realiza una función independiente en el proceso del poder. La función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presente en forma legal⁵²⁰.

5.4.1 A Administração Pública ou Poder Administrativo

A Administração contemporânea difere daquela do Estado liberal não somente pela sua ampliada dimensão, mas também por estar composta por uma “complexa rede de órgãos nos quais existem centros de autêntica autonomia não sujeitas hierarquicamente ao comando superior do governo”⁵²¹.

A Administração não pode mais ser vista como uma *longa manus* do Governo, mas deve ser tratada como um Poder separado. A administração não é um órgão que executa mecanicamente as decisões do Governo, porque em muitos casos toma decisões próprias, independentes, competindo-lhe, inclusive, editar pontualmente atos normativos.

⁵¹⁸ Como leis de caráter puramente técnico-utilitárias LOEWENSTEIN cita disposições sobre saúde pública, pesos e medidas e regulações análogas. LOEWENSTEIN, 1970, p. 66.

⁵¹⁹ LOEWENSTEIN, 1970, p. 66.

⁵²⁰ LOEWENSTEIN, 1970, p. 67.

⁵²¹ BOGNETTI, 2001, p. 83-5.

Por outra parte, a Administração exerce também atividades de natureza nitidamente contenciosa, semelhante às do Poder Judiciário⁵²².

Contudo, a Administração Pública é um órgão com caráter eminentemente instrumental, a serviço de projetos e intentos mais ou menos preconcebidos. Incumbe-lhe a tarefa de levar a cabo uma multiplicidade de ideias e propósitos de gestão e serviços inicialmente concebidos no plano superior, onde se movem os órgãos encarregados da tomada da decisão política, notadamente o Governo e o Parlamento⁵²³.

VALVERDE acentua que este poder está em uma zona crepuscular, onde separar de modo terminante os Poderes de Direção e de Execução, identificando os critérios que permitam concluir quando um órgão atua com um ou outro caráter, é algo impossível⁵²⁴.

Esta também é a percepção de RIBAS, para quem, em teoria é fácil discriminar as funções políticas e administrativas, mas, na prática, nem sempre se pode determinar quando eles exercem umas ou outras⁵²⁵.

5.4.2 O Poder Judiciário

O Poder Judiciário é o segundo órgão de execução política. Este Poder é constituído pelo conjunto de juízes e Tribunais, com a atribuição de julgar e executar os julgados, “de projetar em sua máxima intensidade a força jurídica do Estado sobre pessoas concretas, para corrigir anomalias da vida social e reafirmar com ele a vigência dos mandamentos legais”⁵²⁶.

A função judicial manifesta-se, inclusive, no controle da Administração Pública, ou em ações que envolvam a Administração Pública, por isso os seus

⁵²² BOGNETTI, 2001, pp. 83-5.

⁵²³ VALVERDE, 1975, p. 166-7.

⁵²⁴ VALVERDE, 1975, p. 168-9.

⁵²⁵ RIBAS, embora distinta dos poderes políticos, a Administração a eles se encontra ligada por relações íntimas e perenes, da qual nasce uma influência recíproca. Administração está tão intimamente ligada ao “Poder Executivo governamental” que é árdua a tarefa de traçar entre eles uma linha divisória. RIBAS, 1866, p. 51

⁵²⁶ VALVERDE, 1975, p. 170-1.

integrantes devem agir com independência, que deve ser assegurada por garantias institucionais como a inamovibilidade⁵²⁷.

O deslocamento de certas atividades contenciosas para a Administração Pública produziu uma mudança na conceituação de jurisdição⁵²⁸. A evolução da jurisdição administrativa e as investigações científicas evidenciam que a distinção entre Justiça e Administração é cada vez mais formal, mais referida a fenômenos exteriores e às pessoas que às executam, não se prestando, porém, para definir a natureza mesma da função⁵²⁹. A administração moderna atua muitas vezes para dirimir controvérsias, sendo dotada de poderes quase-jurispcionais⁵³⁰.

Por isso uma definição atualizada da atividade judicial se afirmar melhor como “a função de garantir de modo definitivo, de uma posição independente e como terceiro (*terzietà*), a correta aplicação do direito às situações concretas, seja nos confrontos entre sujeitos privados seja entre sujeitos públicos”⁵³¹.

5.5 Órgãos de controle da determinação política

A nova conformação dos poderes não prescinde da instituição de mecanismos de controle, o que, ademais, não discrepa da procura histórica de moderar e limitar o poder político⁵³². Se se aceita como fim do Estado prover as condições para o desenvolvimento pleno das potencialidades de cada um dos seus membros, em todas as suas dimensões, é possível afirmar que as sociedades que mais se aproximam deste propósito são aquelas que desenvolvem adequadas instituições de controle do poder político⁵³³.

LOEWENSTEIN destaca que os controles do poder político são de dois tipos: o controle *intraórgãos* e o controle *interórgãos*. Há controle *intraórgãos* quando as instituições de controle operam dentro da organização de um só detentor de

⁵²⁷ BOGNETTI, 2001, pp. 86-8.

⁵²⁸ BOGNETTI, 2001, pp. 86-8.

⁵²⁹ JELLINEK, 2000, p. 532.

⁵³⁰ BOGNETTI, 2001, p. 84.

⁵³¹ BOGNETTI, 2001, pp. 86-8.

⁵³² LOEWENSTEIN, 1970, p. 69.

⁵³³ LOEWENSTEIN, 1970, p. 69.

poder político. Quando, ao contrário, o controle opera entre diversos detentores, ocorre o controle interórgãos.

Para o nosso propósito interessa examinar os instrumentos de controle do segundo tipo, o controle interórgãos.

Neste escopo, o mecanismo mais eficaz de controlar o poder, conforme já foi visto, consiste na atribuição das funções estatais a órgãos diversos, que embora agindo com independência, devem cooperar para formar validamente a vontade estatal⁵³⁴.

A necessidade de cooperação entre os detentores do poder implica limitação e controle mútuo, na medida em que nenhum dos detentores pode impor ao outro o seu entendimento ou a sua vontade. Mesmo o Tribunal Constitucional atua em face de preceitos predeterminados.

A divisão do parlamento em sistema bicameral, a exigência de confirmação do Senado para a nomeação de autoridades públicas, a realização de plebiscitos ou referendos, são exemplos de como é exercida a função de controle, em virtude de que estes atos políticos somente serão eficazes na medida em que houver a colaboração na sua realização⁵³⁵.

O ponto crítico da função de controle encontra-se na possibilidade de exigir responsabilidade política. Existe responsabilidade política quando um determinado detentor do poder tem que dar conta a outro detentor do poder sobre o cumprimento da função que lhe foi assinalada, por exemplo, o governo ao parlamento, o parlamento ao governo e, em último caso, ambos ao eleitorado. A responsabilidade política se converteu na técnica mais eficaz para controlar ao detentor do poder. Pode-se considerar um governo como responsável quando o exercício do poder político está distribuído e controlado entre os diversos detentores do poder. A supremacia da constituição é o remate de um sistema integrado de controles políticos⁵³⁶. Somente quando o processo político está submetido às normas da constituição escrita, estará considerado um Estado de direito⁵³⁷.

Segundo BOGNETTI, no estágio atual da divisão dos poderes, o Parlamento e a Corte Constitucional são, por excelência, os centros de resistência da nova

⁵³⁴ LOEWENSTEIN, 1970, p. 68.

⁵³⁵ LOEWENSTEIN, 1970, p. 70.

⁵³⁶ LOEWENSTEIN, 1970, p. 71.

⁵³⁷ LOEWENSTEIN, 1970, p. 163

divisão de poderes⁵³⁸. O Parlamento por motivações de natureza eminentemente política. A Corte Constitucional pela consideração dos valores de fundo, dos valores fundamentais e irrenunciáveis incorporados à Constituição⁵³⁹.

5.5.1 O Parlamento

Examinando a evolução do processo de separação dos poderes percebe-se que o Poder Legislativo foi o primeiro a se separar, passando a exercer, por intermédio do Parlamento, certo controle sobre os atos da Coroa⁵⁴⁰.

Por isso, não causa surpresa que no Estado contemporâneo o Parlamento, além de coadjuvar o Governo na orientação política, exerça também um significativo papel de controle da determinação política. Este órgão dispõe de diversos mecanismos de controle da ação governamental, como a nomeação do Governo, a derrubada do Gabinete pelo voto de desconfiança (ou do *Impeachment* no sistema presidencialista) e, especialmente, o controle do processo legislativo, o mais importante controle do Parlamento frente ao Governo⁵⁴¹.

⁵³⁸ BOGNETTI, 2001, p. 92

⁵³⁹ BOGNETTI, 2001, pp.92-93

⁵⁴⁰ FAGUNDES, 2010, p. 142.

⁵⁴¹ LOEWENSTEIN, 1970, p. 260-6. Segundo LOEWENSTEIN, *el control interórgano más importante de que está dotado el parlamento frente al gobierno, y que existe en todas las formas de democracia constitucional, es rechazar una propuesta legislativa apoyada directa o indirectamente por el gobierno, y su acción equivalente, esto es, negar una autorización monetaria pedida por el gobierno*. Este controle do Parlamento frente ao Governo não é característica exclusiva do parlamentarismo, pois, *también en el presidencialismo, el rechazar una propuesta legislativa funciona como el control interórgano más eficaz frente al presidente, aunque éste sea inamovible durante la duración de su cargo: el presidente tendrá que abandonar dicha medida o cambiarla según los deseos del Congreso*. LOEWENSTEIN, 1970, pp.- 261-2. LOEWENSTEIN arrola os seguintes meios correntes de controle político do parlamento sobre o governo, verbatim: 1) *Por medio de preguntas e interpelaciones se investigará, criticará y controlará la situación del gobierno. Ningún gobierno, por muy seguro que esté de su mayoría, puede minimizar este interrogatorio*. 2) *Un medio de control específico son las comisiones o comités parlamentarios de investigación. Durante las últimas décadas han adquirido en los Estados Unidos una especial importancia, quizá menos por las irregularidades que han descubierto, como por la ingrata publicidad que suponen para la administración. En Inglaterra, las comisiones parlamentarias son, en primer lugar, comités para la investigación de hechos concretos; suelen estar organizados como Royal Commissions y constituídas por personalidades políticamente neutrales y ajenas al Parlamento. En Francia y en Alemania, las comisiones de investigación no están integradas, todavía de esta manera en la vida política*. 3) *Existen en la mayor parte de los Estados democrático-constitucionales eficaces controles interórganos en la necesaria ratificación parlamentaria de tratados internacionales firmados anteriormente por el gobierno – encargado del liderazgo en política exterior – siempre y cuando sea necesaria para su ejecución interna*. 4) *En los Estados Unidos, el Senado ejerce un control eficaz sobre el gobierno, ya que le corresponde confirmar determinados nombramientos hechos por el presidente – puestos judiciales, militares, alta administración y altos cargos políticos –; la aptitud del candidato será sometida, con frecuencia, a un detenido examen*. O autor cita, ainda, os mecanismos de “voto de desconfiança”, no sistema parlamentarista, e no processo de *impeachment*, no sistema presidencialista. LOEWENSTEIN, 1970, pp. 262-5.

O sinal mais claro da superação do modelo de separação de poderes tradicional está na posição do Governo, que necessitou assumir a liderança da tomada da decisão política, manifestada na legislação, e também na necessidade de assumir a responsabilidade pela sua execução, também em forma de lei⁵⁴².

As mudanças sociais que conduziram a uma forte intervenção do Estado e ao conseqüente protagonismo do Poder Governamental exigem que os órgãos com ampla e direta representação do Estado controlem a ação do Governo. Para o funcionamento do sistema convém que a orientação política do governo seja, em certa medida, controlada e convalidada pelo Parlamento⁵⁴³, órgão que “até mesmo etimologicamente fala em nome do Povo”⁵⁴⁴.

Esta condição denota uma nova característica do Parlamento, em que se reforçou sobremaneira a sua função de controle da ação governamental, para convalidá-la, integrá-la e, excepcionalmente rejeitá-la⁵⁴⁵. A rejeição de uma proposição legislativa, apoiada direta ou indiretamente pelo governo e por ele considerada politicamente vital, conduziria, normalmente a demissão do governo⁵⁴⁶.

Por esta razão, a função do Parlamento, que o distingue dos demais Poderes, é hoje mais adequadamente definida como uma função de controle, de legitimação e integração, e, de modo excepcional, de rejeição da orientação política do Governo⁵⁴⁷.

A integração feita pelo Legislativo não compromete a governabilidade, salvo quando ele se arroga de interferir profunda e regularmente na orientação política⁵⁴⁸.

Conforme já se disse acima *as decisões políticas abrangem objetivos específicos e, quanto mais importantes eles são, mais o são, também, as decisões*⁵⁴⁹ e por isso também a necessidade de maior controle político pelos representantes da sociedade.

⁵⁴² LOEWENSTEIN, 1970, pp. 268-9.

⁵⁴³ BOGNETTI, 2001, pp. 81.

⁵⁴⁴ TÁCITO, 1989, p. 50.

⁵⁴⁵ BOGNETTI, 2001, p. 80.

⁵⁴⁶ LOEWENSTEIN, 1970, p. 21.

⁵⁴⁷ BOGNETTI, 2001, pp. 80-2.

⁵⁴⁸ BOGNETTI, 2001, pp. 80-2.

⁵⁴⁹ DEUTSCH, 1979, p. 185.

5.5.2 O Tribunal Constitucional

O segundo órgão de controle da determinação política é o Tribunal Constitucional. Enquanto o Parlamento atua vigorosamente no campo preventivo, antes da formação do ato estatal manifestado geralmente em atos normativos, o Tribunal Constitucional atua no campo repressivo, após a formação da norma jurídica. SOUZA JÚNIOR e REVERBEL, ao analisarem as funções do Tribunal Constitucional, dão conta da dificuldade em determinar a natureza das funções que este órgão do Estado exerce. Para alguns teriam natureza jurisdicional, embora distintas daquelas exercidas pelo Poder Judiciário. Para outros a sua função teria natureza legislativa, mas com sinal negativo (legislador negativo), e, mais recentemente, mesmo como legislador positivo. Outros, ainda, preferem sublinhar a natureza política das funções do Tribunal Constitucional⁵⁵⁰.

Vistas no seu sentido material, SOUZA JÚNIOR e REVERBEL sustentam que a atuação do Tribunal Constitucional se insere no que denominam de “*função política de última instância*”, ou nível fundamental”; no sentido instrumental o Tribunal Constitucional desempenha função de natureza jurisdicional; quanto à forma da sua ação sobre o ordenamento jurídico, a sua atuação é de natureza legislativa⁵⁵¹.

Segundo o modelo clássico, a função jurisdicional é concebida como atividade destinada a atuar, tendo em mente o suporte fático e a norma individualizada, para dirimir controvérsias a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou o modo de ser dos direitos, dos deveres, ou da prestação⁵⁵².

Em seu sentido mais atual, porém, integram as atividades jurisdicionais também aquelas destinadas a solver controvérsias sobre a validade da própria

⁵⁵⁰ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 129-31. Os autores diferenciam as funções políticas de nível fundamental das funções de nível ordinário. No nível fundamental (fins últimos do Estado) atuam o Chefe de Estado e o Tribunal Constitucional. No nível ordinário atuam Governo, Parlamento, o Judiciário e a Administração. O Poder Judicial e a Administração atuam em nível concreto, lidando com os fins imediatos e concretos. Parlamento e Governo atuam no campo do nível intermediário, tendo em vista os fins últimos do Estado e da Política. SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 131-2.

⁵⁵¹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 134-5.

⁵⁵² ZAVASKI, Teori Albino. **Título executivo e liquidação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 18-19.

norma jurídica abstratamente considerada, independentemente do exame da sua incidência em específicos suportes fáticos⁵⁵³.

É neste campo que se insere o controle de constitucionalidade - ou a jurisdição constitucional - embora tendo natureza diversa da jurisdição ordinária, porque “materialmente, pertence à categoria do controle político”⁵⁵⁴ e “quando se impõe frente aos outros detentores de poder, é, em realidade uma decisão política”⁵⁵⁵.

Por esta razão a jurisdição constitucional deve ser cometida a um órgão autônomo, separado do Poder Judiciário, o Tribunal Constitucional. Como garante da Constituição o Tribunal Constitucional é um órgão dotado de forte capacidade de incidir sobre o desenvolvimento do ordenamento político, não apenas operando como um freio aos demais poderes, mas como estímulo e mesmo como órgão supletivo do legislativo e do governo⁵⁵⁶.

*Quando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores de poder instituidos*⁵⁵⁷.

A função precípua do Tribunal constitucional é garantir a observância da Constituição, não apenas no exame da compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a lei maior, como também no controle de atos não-normativos emanados de certas autoridades quando em confronto com os princípios constitucionais⁵⁵⁸.

O espaço para a interpretação das normas pelo Tribunal Constitucional, por ser um órgão com fortes conotações de natureza política, é maior que o do Poder Judiciário, embora condicionado pelo modelo político que informa o Estado em cada momento histórico, não podendo adotar posições que violem frontalmente os valores de tal Estado, frutos da escolha política da sociedade⁵⁵⁹.

⁵⁵³ ZAVASKI, 1999, pp. 18-19.

⁵⁵⁴ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 67-8.

⁵⁵⁵ LOEWENSTEIN, 1970, pp. 308-9.

⁵⁵⁶ BOGNETTI, 2001, pp. 88-90.

⁵⁵⁷ LOEWENSTEIN, 1970, p. 309.

⁵⁵⁸ BOGNETTI, 2001, p. 88.

⁵⁵⁹ BOGNETTI, 2001, pp. 88-90.

ALEXY sustenta que o princípio fundamental da soberania popular – todo poder emana do povo – exige compreender que não só o Parlamento é órgão de representação do povo, mas também o Tribunal constitucional. A diferença reside em que o Parlamento exerce a representação política e o Tribunal constitucional a representação argumentativa. “A representação argumentativa dá certo quanto o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político”⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. ALEXY, 1999, p. 66.

6 CONCLUSÃO

Junto “às categorias básicas da morfologia política” – regime de governo, formas de Estado, formas de governo e sistemas de governo -, SOUZA JÚNIOR e REVERBEL postulam a inclusão de uma quinta categoria, a categoria dos sistemas de poderes, significando a “forma mais geral de organizar o poder, que conjuga, em uma unidade, todas as instituições do mando estatal”⁵⁶¹.

A importância dos “sistemas de poderes” se revela na procura histórica por desvelar a correta estruturação das instituições políticas do Estado, de modo a viabilizar o atingimento dos seus desideratos.

Conforme observam Daron ACEMOGLU e James A. ROBINSON, a adequação das instituições políticas é elemento de progresso ou de fracasso das nações:

Cada sociedade funciona com um conjunto de regras econômicas e políticas criadas e aplicadas pelo Estado e pelos cidadãos em conjunto. As instituições econômicas dão forma aos incentivos econômicos: incentivos para buscar mais educação, para poupar e investir, para inovar e adotar novas tecnologias, e assim por diante. É o processo político que determina a que instituições econômicas as pessoas viverão submetidas, e são as instituições políticas que ditam como funciona esse processo. Por exemplo, são as instituições políticas de uma nação que estabelecem a capacidade dos cidadãos de controlar os políticos e influenciar seu comportamento – o que, por sua vez, define se os políticos serão agentes dos cidadãos, ainda que imperfeitos, ou se terão a possibilidade de abusar do poder que lhes foi confiado, ou que usurparam, para fazer fortuna e agir em benefício próprio, em detrimento dos cidadãos.

[...]

À medida que influenciam comportamentos e incentivos na vida real, as instituições forjam o sucesso ou fracasso dos países. O talento individual é importante em todos os níveis da sociedade, mas mesmo ele requer um arcabouço institucional para converter-se em força positiva⁵⁶².

A organização política das instituições estatais constitui um processo dinâmico que vai se ajustando às necessidades do seu tempo. De uma simples divisão funcional do trabalho na antiguidade, quando o tamanho reduzido do Estado possibilitava aos cidadãos a participação direta na tomada e na execução das

⁵⁶¹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 159.

⁵⁶² ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James A. Por que as nações fracassam [recurso eletrônico]: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza; tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 50.

decisões políticas, chega-se ao gigantismo do Estado contemporâneo, com a sua multiplicidade de funções e amplo campo de atuação, que leva à necessidade de instituir múltiplos órgãos para o exercício das tarefas a seu cargo.

A observação da dinâmica dos sistemas de poderes permite identificar duas características. Por um lado, a crescente necessidade de instituição de diferentes órgãos para o exercício das funções estatais (especialização). Por outro, a modificação das características dos órgãos encarregados da sua execução. Esta segunda característica se acentua especialmente com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, quando o Estado amplia o seu campo de atuação e necessita especializar cada vez mais as suas funções.

A separação dos poderes toma o seu verdadeiro significado quando o Estado concentra o poder político, surgindo a necessidade de instituir mecanismos de controle. Este objetivo vai ser buscado com a submissão do governo às leis. Por isso, o primeiro poder a se separar foi o Parlamento⁵⁶³, a quem incumbia com absoluta preponderância a feitura das leis. A separação e independência do Parlamento é a resposta mais imediata à concentração do poder estatal.

O movimento seguinte viria com a separação do Poder Judiciário. Quando se institucionalizou uma separação orgânica, operando-se a distinção entre os funcionários que administravam e aqueles que resolviam as contendas⁵⁶⁴. Com esse movimento se garantiu a independência dos juizes, permitindo que se instaurasse efetivamente o controle da Administração⁵⁶⁵.

Com isso fecha-se a clássica tripartição dos poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, caracterizando o modelo tipo de Estado liberal.

⁵⁶³ Acompanhando a evolução geral do processo de separação dos órgãos e funções do Estado, encontra-se, inicialmente, a aparição do Poder Legislativo por meio do Parlamento. O soberano começa a decair do seu absolutismo sob a pressão dos nobres e do povo. O Parlamento passa a exercer certo controle sobre os atos da Coroa. Fiscaliza a Administração, principalmente do ponto de vista do interesse coletivo, mediante a votação de créditos e a tomada de contas. Todavia pelo seu feito político, tende sempre a apreciações parciais, não se revelando capaz de amparar eficazmente o indivíduo. A sua ação nada tem de jurídica. É puramente política. Vai se fazendo sentir a necessidade doutros métodos de limitação ao exercício do poder real. O direito do indivíduo em face do Poder Público continua nenhum. O soberano permanece absoluto e infalível, no que respeita ao súdito. Muito tarda, ainda, a se admitir a proteção efetiva do indivíduo contra o excesso da Administração. Mas o absolutismo real havia declinado, lentamente, ao sopro das revoluções. FAGUNDES, 2010, p. 142.

⁵⁶⁴ FAGUNDES, 2010, p. 144.

⁵⁶⁵ FAGUNDES, 2010, p. 143. "Por isso se pode dizer que esboçar a história do controle jurisdicional da Administração Pública, por intermédio da jurisdição ordinária, é acompanhar a gradativa formação do Poder Judiciário como órgão autônomo na estrutura política do Estado, porque é exatamente através desse fenômeno que se efetiva, com nitidez, a sua aparição no mecanismo estatal". FAGUNDES, 2010, p. 144.

Uma primeira mudança nas características dos poderes políticos aflora quando o Poder Judiciário, a partir dos Estados Unidos da América, passa a exercer, junto ao controle da legalidade o controle de constitucionalidade das leis. De órgão de execução o Judiciário se transformou também em órgão de controle das decisões políticas instrumentadas na forma das leis. Assim, o Judiciário deixou de ser simples aplicador das leis para se tornar também o guardião da constituição e controlador das atividades dos poderes Legislativo e Executivo, elevando-se acima destes. Junto da jurisdição ordinária passou a exercer a jurisdição constitucional⁵⁶⁶. A resposta europeia para esta nova função foi a instituição de um órgão apartado para o exercício da função jurisdicional. O Tribunal Constitucional.

O avanço do Estado social foi provocando outras mudanças. Por um, lado o denominado Poder Executivo sofreu cisões que legaram três novos poderes: Chefia de Estado, Governo e Administração. Também possibilitou dividir a função jurisdicional entre dois órgãos: o Poder Judiciário e o Tribunal Constitucional.

Por outro lado, a face dos poderes foi se alterando: a Administração deixou de ser um simples órgão de execução, cumprindo-lhe em muitas circunstâncias tomar decisões próprias, independentes, competindo-lhe, inclusive, editar pontualmente atos normativos, ademais de exercer atividades de natureza nitidamente contenciosa, semelhante às do Poder Judiciário⁵⁶⁷. Outra parte do que era o Executivo deu origem ao Governo, instituição política central do Estado contemporâneo, principal encarregado da orientação política⁵⁶⁸ e com amplo poder normativo, tornando-se verdadeiro protagonista na criação do direito positivo e ocupando espaço de poder que no modelo liberal da divisão dos poderes pertencia ao Parlamento⁵⁶⁹.

Por fim, o próprio Parlamento, que no Estado contemporâneo não deve ser considerado como simples Poder Legislativo, porque além de participar da tomada das decisões políticas, exerce significativo papel de controle da determinação política.

⁵⁶⁶ Sobre a definição de jurisdição ordinária e jurisdição constitucional e a distinção entre as duas ver: GIORGI JR., Romulo Ponticelli. **Controle de constitucionalidade pelo Juiz de primeiro grau**. Charleston, SC, USA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015a, pp. 50-52, 63-64 e 87 90.

⁵⁶⁷ BOGNETTI, 2001, pp. 83-5.

⁵⁶⁸ VALVERDE, 1975, pp. 158-61.

⁵⁶⁹ TÁCITO, Caio. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**, nº 90, abril-junho de 1989. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.50.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do Direito e do Estado**. Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: SAFE, 2001. Vol. II. Título original: *Rechts und Staatsphilosophie*.
- AECKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Traducción Gabriela L. Alonso. Barcelona: Editorial Edisa, 1999.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luiz Afonso Heck. **RDA**, n. 217/66, 1999.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Media provisória e sua conversão em Lei: a emenda n. 32 e o papel do congresso nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo**, v. 95, 2000.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida Provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- BAGEHOT, Walter. **The English Constitution**. Boston: Little, Brown, and Company, 1873. pp. 76-7. Disponível em: <https://openlibrary.org/works/OL1330668W/The_English_constitution>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- BARROS, Sérgio Resende de. **Medidas Provisórias**. Disponível em: <www.srbarros.com.br/pt/medidas---provisorias-.cont>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. **Antonio Joaquim Ribas: o Conselheiro Ribas**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66742/69352>>. Acesso em: 23 nov. 2016.
- BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da constituição de 1988**. Campinas: Millenium, 2008.

_____. A Soberania, o Estado e sua Conceituação. **R. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, v. 108, pp. 343 – 351, jan./dez. 2013.

BITTENCOURT, Lúcio. **Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. **El Valor de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

BLUNTSCHLI, Johann Caspar, 1808-1881. **Allgemeines Statsrecht**. München: J. G. Cotta'schen buchhandlung, 1863.

BODIN, JEAN. **Les six livres de la République**. Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOGNETTI, Giovanni. **La divisione dei poteri**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

_____. **Lo spirito del costituzionalismo americano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. v. 1.

BOLINGBROKE, Henry St. John. **The Works**, London: David Mallet, 1754, Disponível em: <<https://archive.org/stream/worksofhenrystjo01boliuoft#page/8/mode/2up>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência e Política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. Edição de medidas provisórias e o direito ao devido processo legislativo. **Fórum Administrativo Direito Público FA**, Belo Horizonte, v. 9, n. 106, dez. 2009.

BRANDÃO, Adelino. **Salvaguardas populares na constituição**. Campinas: Julex Livros, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/DF**.

BURATTI, Andrea. Fondare l'equilibrio. Il veto sulle leggi nelle due costituenti settecentesche. **Giornale di Storia Costituzionale**, n. 23, 2012. Disponível em: <https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/99420/203473/Buratti_GSC_23.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

BURDEAU, G. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Madrid: Nacional, 1981.

- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2010. Tomo I.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Manual da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.
- CHERBULIEZ, A. **Théorie des garanties constitutionnelles**. Genève: Ab. Cherbuliez et C^{ie} Libraries, 1838.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1966.
- CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. 2. ed. Paris: Librairie de Guillaumin, 1872.
- CONTRERAS, Ana M. Carmona. **La configuración constitucional del decreto-ley**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CURRERI, Salvatore. **Democrazia e rappresentanza politica** : dal divieto di mandato al mandato di partito. 2. ed. rivista e accresciuta. Firenze: Firenze University Press, 2004.
- D'ANDREA, Antônio. Le Nuove Procedure Regolamentari per l'esame dei Decreti Legge in Parlamento: Un Primo Bilancio. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1983.
- DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Política e Governo**. Tradução de Maria José da Costa; Félix Matoso Miranda Mendes. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. Título original: Politics and Government: how people decide their fate.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito Constitucional**: instituições de direito público. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- DÓRIA, Antônio Sampaio. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonada, 1958, vol. I, tomo I.
- DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- DURKHEIM, Émile. **De la division du travail social**. Paris: Ancienne librairie germer baillièrre et C^{ie}, 1893.
- EDLIN, Douglas E. Judicial Review Without a Constitution, **Polity**, v. 38, n. 3, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1124590>. Acesso em: 19 fev. 2017.
- EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Kilbourn v. Thompson. Washington: **United States Reports**, Suprema Corte, v. 103, p. 168, 1880. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/103/168/case.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Do processo legislativo**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade média: nascimento do ocidente**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2001.

GARCIA, Emerson. **Direito Judicial e Teoria da Constituição. Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 20 out. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25190&seo=1>>. Acesso em: 03 out. 2016.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **El reino de Dios: arquetipo político**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial; prólogo de Cass Sunstein**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GIORGI JR., Romulo Ponticelli. **Controle de constitucionalidade pelo Juiz de primeiro grau**. Charleston, SC, USA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015a.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**, tomo 9: Primeros manuales, Buenos Aires, 1ª edición, FDA, 2014, p. 109-10. Texto disponível em: <<http://www.gordillo.com/cv.html>>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Princípios Gerais de Direito Público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist, on the new constitution**. Hallowell: Masters, Smith & Co., 1857.

HAURIOU, André. **Derecho Constitucional e instituciones políticas**. Traducción castelhana José Antonio González Casanova. Barcelona: Ediciones Ariel, 1971.

HELLER, Hermann. **La soberanía**: contribución a la teoria del derecho estatal y del derecho internacional. Traducción y estudio preliminar de Marcio de La Cueva. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

_____. **Teoria do Estado**, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HELLO, Charles Guillaume. **Du Régime constitutionnel**. 2. ed. Paris: Chez Gustave Pissin, 1830.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre. SAFE, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução y prólogo de Fernando de los Ríos, México: FCE, 2000.

INGLATERRA. Arquivo Nacional. **Legislação**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

JUNQUEIRA, Mary Anne. **Estados Unidos da América**: formação do Estado Nacional. Disponível em: <<http://anphlac.fflch.usp.br/eua-formacao-apresentacao>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão de Alexandre Krug, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão de Alexandre Krug, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. O controle judicial da constitucionalidade. In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 27, n. 105. 1990.

LAPIERRE, Jean-William. **Le Pouvoir politique**. Paris : PUF - Presses Universitaires de France, 1959.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEAL, Victor Nunes. A divisão dos poderes no quadro político da burguesia. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 20, n. esp., 127-142, outubro 1971.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Londres: Whitmore and Fenn, Charing Cross and C. Brown, 1821.

MACHIAVELLI, Nicolò di Bernardo dei, 1469-1527. **O Príncipe**, tradução de Antônio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: LP&M, 2008.

_____. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução Sérgio Fernando Guarischi Bath. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

MALBERG, R. Carré de. **Teoría General del Estado**. Tradução espanhola de José León Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. **Ética, Poder y Derecho**: reflexiones ante el fin de siglo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

MELLO. José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**: as Côrtes Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELO FILHO, João Aurino de. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado**: influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Publicado em 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11158&p=>>>. Acesso em: 10 dez 2016.

MELLO FILHO, José Celso de. **A tutela judicial da liberdade**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/43cwa1.pdf>>. Acesso em. 02 nov. 2016.

MELO FRANCO, Afonso Arinos e PILLA, Raul. **Presidencialismo ou parlamentarismo?**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo II.

MONTESQUIEU, Charles de Scondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito social aos interesses transindividuais**:

o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas Notas sobre Órgãos Constitucionalmente Autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 223, 2001.

MOSCA, Gaetano. **História das doutrinas Políticas desde a Antiguidade**: as doutrinas desde 1914. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar Editôres, 1958.

MÜLLER, Friedrich. As Medidas Provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In.: **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

PALMA, Luigi. **Corso di diritto costituzionale**. 2. ed. Firenze: Giuseppe Pellas Editore, 1881.

_____. **Del potere elettorale negli Stati Liberi**. Milano: E. Treves Editore, 1869.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. (Im) Possibilidade do Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas: uma análise da Súmula N. 347 do STF. In.: ABELHA, Marcelo; Jorge, Flávio Chem (coord.) **Direito processual e a administração pública**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

_____. **Jurisdição Constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012b.

RIBAS, A.J. **Direito Administrativo Brasileiro**, Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros, 1866.

RUSSOMANO, Rosah. Aspectos do Estado Federal e a nova Constituição. In.: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz e (org.). **Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Sessenta anos de existência**. Porto Alegre: IARGS, 1986.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 7. ed. Curitiba: Hemus, 2000.

SALDANHA, Nelson. **A Revolução Francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo**. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27 n. 105, jan./mar. 1990.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAY, Arturo Enrique. **La crisis del Estado de derecho liberal-burgués**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1942.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARTORI, Giovanni. La ingeniería constitucional y sus límites. UNED. **Teoría y realidad Constitucional**, n. 3, 1º semestre, 1999.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1939.

SEGADO, Francisco Fernández. La judicial review en la pre-marshall court. UNED. **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 28, 2011.

_____. **La Obsolescencia de la Bipolaridad “Modelo Americano: Modelo Europeo Kelseniano como Criterio Analítico del Control de Constitucionalidad y la Búsqueda de una Nueva Tipología Explicativa**. Córdoba, Argentina, 2002, p. 27. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>. Acesso em 23 set 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1991.

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: S.ed. 2002.

_____. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia política do Estado e sistema de poderes**. 2003. 114 f. Tese (Doutorado em Teoria Geral do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003

_____; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. ver. atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TÁCITO, Caio. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**, n. 90, abril-junho de 1989. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

TÔRRES, João Camilo de Oliveira. **A Democracia coroada**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1964.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. Título do original em inglês: LAW IN MODERN SOCIETY – Toward a criticism of social theory. Tradução de Roberto Raposo.

VALVERDE, José Zafra. **Poder y poderes**. Pamplona: EUNSA, 1975.

WALKER, Francis A. **The Making of Nation 1783-1817**. New York: Charles Scribner's Sons, 1897, pp. 1-20. Disponível em: www.openlibrary.org.

WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAVASKI, Teori Albino. **Título executivo e liquidação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.