

MAURÍCIO DA LUZ NATEL

O SUPRIMENTO JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA:
Possibilidades ante o atual conteúdo do Princípio da Tripartição de Poderes

CURITIBA
2007

MAURÍCIO DA LUZ NATEL

O SUPRIMENTO JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA:
Possibilidades ante o atual conteúdo do Princípio da Tripartição de Poderes

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz.

CURITIBA
2007

O suprimento judicial da omissão legislativa: possibilidades ante o atual conteúdo do princípio da tripartição de poderes

por

MAURÍCIO DA LUZ NATEL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

Curitiba, _____ de _____ de 2007.

Para Sílvia, por haver despertado em mim o mais sublime amor e como um pedido de desculpas por tudo de que nos privou este estudo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, pelo exemplo de dedicação de uma vida ao Direito e à Magistratura, além do apoio incansável e dos conselhos inestimáveis, reflexo d'alguém que nunca perdeu o encanto pelo mundo jurídico, mesmo nos momentos em que este lhe trouxe o desassossego de presenciar o triunfo das injustiças e nulidades; obrigado por, apesar de tudo, ainda me convencer que esta carreira vale a pena.

À minha doce mãe, de quem me faço acompanhar sempre, de mãos dadas, mesmo quando a providência tem outros planos; obrigado por me proporcionar os modelos últimos de bondade, carinho e generosidade, que terei atrelados à tua imagem pelo resto de minha vida. Agradeço-te por ter sido, em todas as circunstâncias, sã ou enferma, a melhor mãe que o significado da palavra consiga expressar.

Aos meus irmãos e sobrinhos, pela convivência que tanto prezo, a qual trouxe sempre o alívio das tensões cotidianas, no clima de risos constantes que nossas reuniões são capazes de criar.

À família Reinhardt Röhrig, pela acolhida sempre gentil, mesmo nos momentos mais difíceis; em especial, agradeço ao Prof. Dr. Clóvis Röhrig, cuja excelência em seu mister e a cultura invejável reafirmam, diuturnamente, o tamanho de minha ignorância, ao mesmo em que me incentivam a seguir estudando.

Ao caro Dr. Norberto Elísio Pavelek pela paciência e compreensão que foram imprescindíveis para que me fosse possível terminar este trabalho; aos demais colegas da Assessoria de Recursos do Tribunal de Justiça do Paraná, por criarem um ambiente de trabalho tão agradável, o que, sem dúvida, poupou-me considerável energia, ao permitir que o estresse se limitasse aos meus momentos de estudo.

Ao caro Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz, cuja sabedoria se estende muito além dos lindes do Direito; o cavalheirismo e o respeito que permearam todo o processo de minha orientação permanecerão sempre em minha memória, como exemplos de conduta acadêmica e, mais do que isso, do que é ser um verdadeiro “mestre”, espécie esta em extinção, infelizmente.

Por fim, agradeço à Silvia, pela paciência, amor e pelo eterno brilho que fez nascer em meus olhos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
PARTE I – A ATUALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.	6
A – OS LIMITES DISCURSIVOS DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.	6
1 – Fundamentos do Poder: da Antiguidade à Modernidade.	6
2 – As Características do Poder que é Objeto da Separação de Poderes.	16
3 – O Fundamento e a Limitação da Separação de Poderes pelo Discurso Contrato-opressão.	27
B – AS TEORIAS CLÁSSICAS DA SEPARAÇÃO DE PODERES.	43
1 – Os Primeiros Traços: Aristóteles.	43
2 – Bipartição de Poderes, Tripartição de Funções: John Locke.	50
3 – A Tripartição de Poderes: Montesquieu.	60
4 – A Constituição Inglesa como Base para a Quadripartição de Poderes: Benjamin Constant.	70
5 – A Adoção da Separação de Poderes no Direito Constitucional Positivo.	75
C – UM NOVO CONTEÚDO PARA A SEPARAÇÃO DE PODERES QUANTO À DISTINÇÃO ENTRE LEGISLAR E JULGAR.	76
1 – As Definições Tradicionais de Legislar e Julgar.	77
2 – A Crítica Kelseniana: A Identidade entre Criação e Aplicação e Criação do Direito e o Papel da Interpretação.	83
3 – A Possibilidade da Criação de Normas Gerais pelo Poder Judiciário.	97
4 – A Proposta de Cappelletti: Uma Nova Distinção entre Legislar e Julgar.	103
PARTE II – A POSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA NO BRASIL.	107
A - Modelos de Controle Judicial de Constitucionalidade.	107
1- Inconstitucionalidade e Controle.	107
2 – Estados Unidos.	112
3 – Áustria.	118
4 – Brasil.	123
B - OS EFEITOS DAS DECISÕES NO JULGAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.	131
1- A Posição Adotada pelo Supremo Tribunal Federal.	131

2- Críticas ao Posicionamento do Excelso Pretório.	134
3 – A Possibilidade de Suprimento Judicial da Omissão Legislativa sem Lesão à Separação de Poderes.	138
CONCLUSÕES:	145
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	157

INTRODUÇÃO

A supremacia em relação às outras normas da ordem jurídica nacional é caractere ínsito a qualquer constituição não-flexível. Em um Estado Democrático de Direito, o texto constitucional nasce para brilhar acima de todas as demais manifestações normativas, iluminando-as com as regras e princípios que servem de fundamento aos conteúdos regradados pela ordem jurídica, às formas procedimentais e à conformação dos órgãos responsáveis por manter coesa e operante a sociedade.

Tal supremacia, entretanto, de nada vale se limitada à afirmação, por si só inócua, de que a Constituição é a Lei Fundamental de uma ordem jurídica; as meras palavras, por mais que carregadas de valor moral e enraizadas nos sentimentos mais altivos, são vítimas acras daqueles a quem o avilte a tais valores e sentimentos não causa qualquer consternação. A sustentar a afirmação da supremacia constitucional deve haver, portanto, um sistema de controle que garanta a conformidade das demais normas com as constitucionais. Somente assim as palavras enunciadas na constituição ganham força para se fazerem ler nas situações em que foram esquecidas, deturpadas ou apagadas à socapa.

Ao mesmo tempo em que a supremacia da constituição justifica a necessidade de se controlar a conformidade da ordem jurídica com a *Lex Legum*, o controle efetivo reforça, diuturnamente, a supremacia constitucional, reafirmando aos cidadãos e aos órgãos do Estado a imperatividade de se cumprir a constituição. Por outro lado, a ausência de controle, ou a existência de um controle ineficaz reforça a sensação contrária, de que as palavras da Constituição pertencem aos livros, às salas de aula, aos trabalhos acadêmicos; não à realidade.

Assim, uma constituição que pretenda mais do que um pedaço de papel deve ser guarnecida por instrumentos que não permitam vicejar na sociedade situações de contrariedade à Lei Máxima. Neste sentido, é totalmente inadmissível conceber um instrumento que tenha como objeto controlar a inconstitucionalidade, mas, em verdade, seja com ela complacente, não retirando tal situação do sistema. Ao revés, o objetivo de qualquer instrumento de controle de constitucionalidade deve ser, justamente, a

cessação da inconstitucionalidade e o restabelecimento do ditame constitucional vulnerado, sob pena de, ao se perpetuar a situação de desrespeito à Constituição, macular-se o caráter imperativo e sobranceiro que deve sempre permear as normas constitucionais.

No Brasil, tal discussão ganha especial relevo, posto ser a Carta de outubro de 1988 uma constituição que, além de reger o presente, lança ao futuro um programa de desenvolvimento, erradicação da pobreza e supressão de desigualdades injustificadas. Por mais que tenha sido emendada à exaustão, a atual Constituição Federal mantém ainda as características de uma constituição dirigente. E por ser assim, sua eventual falência não representa somente a derrocada de uma ideologia ou o fim de uma era histórica: significa, em verdade, o reconhecimento da incapacidade de nossa sociedade em cumprir o programa proposto na assembléia constituinte.

Uma das manifestações do dirigismo constitucional se encontra nas normas que impõem ao legislador, após a promulgação da Constituição, a edição de leis que são instrumentais para o exercício de direitos e garantias e realizadoras dos objetivos últimos traçados pela Carta Política. Caso o legislador deixe de cumprir a imposição constitucional, instaura-se uma situação de inconstitucionalidade, consubstanciada na inércia do Poder Legislativo em cumprir o mandamento constitucional.

Considerando que a permanência de uma situação de inconstitucionalidade no sistema mitiga a própria força normativa da Constituição, a Carta de 1988, adotando o exemplo português, instituiu na ordem jurídica pátria a possibilidade de controle das omissões legislativas inconstitucionais. Tal inovação surgiu como uma garantia, prevista pelo poder constituinte, de que o programa inaugurado pela novel Carta seria seguido pelas gerações posteriores, de modo que as normas que obrigavam ao Legislador o exercício de sua competência, em atenção a um determinado escopo constitucional, não perdessem sua cogência, tornando-se as pálidas provas escritas de um projeto de sociedade que fracassou.

A natureza dos instrumentos instituídos pela *Lex Legum* reforçava o caráter democrático da então nova Constituição: o mandado de injunção, previsto entre os direitos e garantias fundamentais, seria o remédio constitucional capaz de levar ao

conhecimento do Poder Judiciário uma situação concreta, na qual a omissão legislativa estaria a impossibilitar o exercício de um direito constitucionalmente garantido, sendo toda e qualquer pessoa possuidora parte legítima para impetrar o *mandamus*. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de legitimidade restrita, teria como objeto não uma situação de impossibilidade de exercício de um direito por conta de uma ausência de legislação, mas sim a situação abstrata, de inadimplemento, por parte do Poder Legislativo, de uma obrigação, constitucionalmente imposta, de legislar.

Embora a doutrina tenha, desde o início, reconhecido o potencial dos instrumentos previstos pela Constituição Federal para o controle da inconstitucionalidade por omissão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal veio a fixar o entendimento de que o único efeito resultante da procedência do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão seria a comunicação ao órgão legiferante a respeito de sua omissão inconstitucional. Tal decisão, contudo, tem um caráter de mera notificação, posto que, na visão do Excelso Pretório, qualquer outra providência seria vedada pelo princípio da separação de poderes. A partir deste entendimento, cria-se a estranha figura de instrumentos de controle de constitucionalidade que são ineficazes na retirada da situação inconstitucional do mundo jurídico.

Por mais que ecos de protesto contra o esvaziamento do controle da inconstitucionalidade por omissão tenham surgido na doutrina, pouco se perquiriu a respeito de um possível anacronismo do conceito de separação de poderes adotado para justificar a tese que restringe os efeitos de tal controle. De fato, as críticas da doutrina não partiram da necessidade de atualização do conceito de separação de poderes, mormente no que tange à diferenciação entre legislar e julgar, o que parece ser crucial, já que, somente em posse de um conteúdo atual do princípio da separação de poderes é que se pode decidir sobre o acerto ou desacerto da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos práticos dos instrumentos previstos pela ordem jurídica brasileira para o julgamento da inconstitucionalidade por omissão.

O presente trabalho busca suprir esta lacuna, indicando o atual conteúdo do princípio da separação de poderes, no que tange ao legislar e julgar, para, depois,

verificar se o suprimento judicial da omissão legislativa fere ou não tal princípio. A partir desta premissa, divide-se o estudo em duas partes: a primeira, tratando da atualização do princípio da separação de poderes, o que implica determinar, em um primeiro momento, qual o âmbito exato da atualização que se quer propor, tendo em vista os limites discursivos do próprio princípio, para, depois, analisar qual a distinção entre o legislar e o julgar que surge a partir das teorias clássicas e qual a alternativa proposta a isto. Na segunda parte do estudo, são analisados os diferentes sistemas de controle judicial de constitucionalidade, incluindo-se entre estes o modelo brasileiro; feita tal análise, será possível retomar os conceitos da primeira parte para verificar, em suma, se o suprimento judicial da omissão legislativa fere o princípio da tripartição de poderes, visto este sob um prisma atual, compatível com realidades posteriores à enunciação clássica do princípio, como é o caso da jurisdição constitucional.

Ao final, espera-se apresentar conclusões que permitam compreender se o suprimento judicial da omissão legislativa, como resultado do controle da inconstitucionalidade por omissão, realmente fere o princípio da separação de poderes, ou se, ao contrário, o ferimento ao espírito original do princípio reside no fato de se permitir, pelo esvaziamento dos instrumentos de controle, a desobediência à Constituição por parte de um dos poderes constituídos. Dependendo da resposta que se encontre, todavia, deve-se questionar sobre a valia do controle da inconstitucionalidade por omissão e da própria instituição de uma Constituição Dirigente, cuja essência depende justamente da capacidade de se impor ao futuro. Tais questões, por si só, não seriam de tão difícil resposta se não tivessem a si atreladas outra maior, e de fundamental importância, que envolve nossa própria capacidade como sociedade de realizar objetivos sublimes como os enunciados pela Constituição atual em seu art. 3º.

PARTE I – A ATUALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

A – OS LIMITES DISCURSIVOS DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

1 – Fundamentos do Poder: da Antiguidade à Modernidade.

Antes que se possa perscrutar qual o conteúdo do princípio da separação de poderes, imprescindível que se defina, com um mínimo de precisão, quais as características do “poder” a que se refere. Com isto, espera-se demonstrar a relativa impotência do princípio ante certas manifestações de poder, deixando em aberto a possibilidade de futuras atualizações da separação de poderes, não só quanto à “separação” – como se pretende indicar no presente trabalho – mas, igualmente, quanto ao conceito de poder.

De início, há de ficar claro, que não se repetirá aqui a crítica já feita alhures, a qual afirma ser o vocábulo “poder” impreciso, devendo este ser substituído por “função”¹. Não se vislumbra a imperiosidade de tal modificação, uma vez que o próprio conceito de função comporta diferentes acepções². O que se busca é mostrar a que fenômeno, tradicionalmente, referem-se como “poder” aqueles que estudam o princípio da separação de poderes.

Para que isso seja possível, imprescindível que aqui se inicie pelo estudo dos diferentes fundamentos atribuídos ao poder social, no decorrer da História, partindo-se, depois, à caracterização do poder na separação de poderes e finalizando com as limitações que o discurso que dá fulcro a tal princípio lhe empresta.

¹ Como exemplo de crítica ao emprego do vocábulo “poder”, cite-se o texto de Luciano Américo GALVÃO FILHO, que afirma ser a melhor denominação para a teoria de MONTESQUIEU “Separação de Funções”. GALVÃO FILHO, Luciano Américo. “Noções sobre o princípio constitucional da separação de funções” in Revista dos Tribunais, vol. 717, ano 84, julho de 1995, p. 321-323.

² Não à toa, Celso Ribeiro BASTOS faz questão de explicitar qual o sentido do vocábulo ao se referir à Separação de Funções Estatais: “A palavra função aqui utilizada, não significa fim ou finalidade. Estas, como já examinado por ocasião do estudo das organizações políticas, são o mais variadas possível. Os fins do Estado podem ser de natureza militar, policial, econômica, previdenciária, cultural etc., enquanto as funções têm se mantido mais ou menos idênticas no tempo e no número”. BASTOS, Celso Ribeiro. “Curso de Teoria do Estado e Ciência Política”. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 151.

Em tempos primevos³ de imediato reconhecimento a ligação entre *poder* e *força física*. De fato, se há, neste estado primitivo algo que se aproxime do poder, é a própria bruteza dos homens, os quais, muito provavelmente, vivem sob a égide da *lei do mais forte*⁴. Com o desenvolvimento da civilização, entretanto, o requintamento das relações humanas traz consigo explicações também mais elaboradas para o fato de existirem indivíduos na sociedade que são capazes de coordenar as condutas de outros seres humanos de acordo com uma finalidade por tal sujeito definida. Em última análise, por mais que diferentes sejam os fundamentos e as manifestações do poder, sempre será possível traduzi-lo como esta capacidade de coordenação de condutas. Por esta razão, o reduzido histórico que cá se apresenta tem como foco, menos a definição da essência do poder, e mais a explicitação de seus fundamentos e manifestações, donde resultaram diferentes teorias, ao longo da história, as quais tanto foram influenciadas pelas circunstâncias que informaram sua criação, quanto influenciaram os momentos historicamente subseqüentes.

A atribuição de origens divinas ao poder manifestado terrenamente é verificável desde a época de apogeu das civilizações do regadio⁵. Nas cidades-estado mesopotâmicas o *ensi*, a quem cabiam as funções de governo⁶ e de culto, era tido como um representante direto do deus governante daquela cidade; em verdade, toda a

³ Segundo noticiado por Hélio JAGUARIBE, a administração das aldeias humanas surge no período neolítico (iniciado há cerca de 10.000 anos atrás). Destarte, conquanto tal não implique, desde o início, a existência de um indivíduo reconhecido como soberano, serve como mero referencial temporal para que se possa localizar essa época em que os seres humanos ainda não possuíam uma sociedade plenamente organizada. JAGUARIBE, Hélio. "Um Estudo Crítico da História. Vol. I. 2ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 89.

⁴ Tal expressão, por óbvio, tem caráter meramente ilustrativo, tendo em vista que onde há somente a *lei do mais forte*, não há Lei propriamente dita, já que não há Direito. É de ROUSSEAU a seguinte crítica ao pretense *direito do mais forte*: "*Suponhamos, por um momento, esse pretense direito. Afirmo que ele só redundará em inexplicável galimatias, pois, desde que a força faz o direito, o efeito toma lugar da causa – toda a força que sobrepujar a primeira sucedê-la-á neste direito. Desde que se pode desobedecer impunemente, torna-se legítimo fazê-lo e, visto que o mais forte tem sempre razão, basta somente agir de modo a ser o mais forte. Ora, que direito é esse, que perece quando cessa a força?*". ROUSSEAU, Jean Jacques. "Do contrato Social". 1ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp. 31 e 32.

⁵ As civilizações mesopotâmicas e o Egito.

⁶ Ao se falar em *funções de governo* se está fazendo referência às funções de Estado, por assim dizer, o que fica evidente ante a explanação de JAGUARIBE: "*Como delegado do deus da cidade, principal servidor de todos os deuses, o ensi devia desempenhar quatro funções: o gerenciamento eficiente da propriedade dos deuses, a distribuição da justiça, a defesa militar da cidade e a prática dos ritos mais importantes*". JAGUARIBE, Hélio. Op. Cit. p. 108.

existência da cidade-estado girava em torno da divindade, cujo templo funcionava como centro administrativo de todas as riquezas produzidas. Os períodos de dominação de uma cidade sobre as outras eram atribuídos também à vontade divina, realizada por meio de um representante humano; os reinos e impérios formados em função desses períodos de dominação eram atribuídos ao deus governante da cidade dominante. “Assim, quando Ur dominava as cidades sumérias, considerava-se que Nana, o deus de Ur, tinha recebido tal autoridade da assembléia dos deuses⁷.” Note-se, no entanto, que o representante terreno das divindades não perdia, por conta de seu encargo, sua essência não-divina. Assim, a deposição de um governante era aceita e interpretada como sinal da perda da confiança que o deus patrono depositara no representante terrestre⁸. Por fim, a perda do caráter divino do soberano coincidiu com o declínio da própria civilização mesopotâmica⁹.

Situação diversa era a ocorrida no Egito, onde o faraó era tido não como um mero representante divino, mas como um deus em si, responsável por manter a fertilidade que advém do Nilo¹⁰, fertilidade esta que garantia a riqueza dos egípcios, mesmo sob condições climáticas extremas como são as desérticas¹¹. Os monarcas egípcios, considerados encarnações de Horus, representavam a congregação dos poderes divino e terrestre, residindo em sua figura o fundamento para todo e qualquer poder exercido no meio social; assim, desde os coletores de impostos, até a casta sacerdotal, todos tinham sua autoridade derivada do faraó. Não obstante, como noticia JAGUARIBE¹² durante a longa história egípcia, a concepção a respeito da natureza

⁷ Idem, p. 109.

⁸ Idem, ibidem.

⁹ A mudança de foco, de modo que o soberano passe a ser visto menos como deus e mais como administrador é tida por Hélio JAGUARIBE como um dos fatores de modernização da civilização mesopotâmica, fator esse que levou, também, à sua decadência: “Nesse processo (de modernização) a natureza sagrada do rei foi seriamente erodida. Sua relação com os deuses e suas funções cosmológicas se tornaram mais vagas e remotas, enquanto seu papel como administrador dos interesses da comunidade foi muito reforçado.” Op. Cit. p. 117.

¹⁰ MARTÍNEZ, Soares. Filosofia do Direito. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 116.

¹¹ A importância do Nilo para o Egito é sintetizada nos dizeres imortais de HERÓDOTO: “*Todo homem sensato, que ainda não tenha ouvido falar nisso, notará, visitando o país, ser o Egito uma terra nova e um presente do Nilo. (...) A maior parte do país é uma dádiva do Nilo, como dizem os sacerdotes, e foi essa a minha impressão*”. HERÓDOTO. História. 2ª edição. São Paulo: Ediouro, 2001, p. 189.

¹² Op. Cit. p. 154.

divina do governante não permaneceu unívoca. Assim, no Antigo Reino, não só o faraó, mas o regime monárquico e a própria existência do Egito tinham origem divina. No Médio Reino, por sua vez, o faraó perde parte de seus poderes divinos, mantendo, entretanto, certas faculdades sobre-humanas, ínsitas ao cargo que ocupava. No Novo Reino a divindade do monarca torna-se verdadeiramente física, já que este passa a ser visto como filho de Horus; verdadeiramente um deus, mantendo, contudo, suas características humanas. Com o declínio da monarquia egípcia, a divindade do governante passa a ser uma mera justificativa para a dominação, desprovida do caráter sacrossanto que antes lhe era peculiar, o que é perceptível, por exemplo, no período ptolomaico, em que os governantes, mesmo sendo dominadores estrangeiros, tinham o caráter divino.

Nas civilizações de matriz greco-romana há um relativo afastamento entre as questões religiosas e as seculares. As funções de governo passam a ser exercidas por magistraturas que não acumulam as funções de culto. Não obstante, isso não quer significar que o poder temporal tenha se libertado da religião; não por outra razão se disse ser este um afastamento relativo¹³. Não raras vezes, os detentores do poder político buscaram maneiras de afirmar sua origem divina, legitimando, assim, o exercício do poder terrestre no querer dos deuses: Alexandre Magno dizia-se filho direto de Zeus¹⁴; César afirmava ser descendente de Vênus¹⁵. Estes grandiosos exemplos são uma pequena amostra¹⁶ de como o poder secular e a religião ainda tinham intrincados laços nas civilizações greco-romanas, mesmo sendo evidente que,

¹³ Muito embora o poder, nesta época, tenha sido despersonalizado, tal fato não implicou a sua desvinculação da religião. Neste sentido, explica Fustel de COULANGES, sobre a importância do culto na antigüidade clássica: *“Assim como na família a autoridade se achava inerente ao sacerdócio e o pai é, como chefe do culto doméstico, ao mesmo tempo juiz e senhor, assim também o sumo sacerdote é, na cidade, também seu chefe político. O altar, na palavra de Aristóteles, lhe conferia dignidade”*. COULANGES, Fustel de. *“A Cidade Antiga”*. Curitiba: Hemus, 2000, p. 141.

¹⁴ A este respeito, ver PLUTARCO. Alexandre, o Grande. São Paulo: Ediouro, 2004, p. 71.

¹⁵ O seguinte discurso é atribuído a Júlio César por SUETÔNIO, quando da investidura do primeiro na questura: *“Por parte da família de sua mãe, minha tia Júlia descende de reis, e, por parte de pai, acha-se ligada aos deuses imortais. A casa real dos Márcios, de onde minha mãe herdou o nome, provém de Anco Márcio. Os Júlios, antepassados de nossa família, descendem de Vênus. Assim, misturam-se à nossa raça a santidade dos reis, que tão poderosa influência exerce sobre os homens, e a majestade dos deuses, que mantêm debaixo de sua autoridade os próprios reis”*. SUETÔNIO. *A Vida dos Doze Césares*. 2ª edição. São Paulo: Ediouro, 2002, p. 22.

¹⁶ Veja-se, ainda, MARTINEZ, Soares, op. Cit. p. 118.

tanto helenos quanto romanos, alcançaram grande desenvolvimento na atribuição de funções estatais às magistraturas, separando-as das funções de culto com maior precisão do que feito nas civilizações do regadio. Não obstante, o fundamento do poder continuava, em última análise, ligado à vontade divina¹⁷ e não na liberdade dos partícipes da cidade¹⁸.

Com a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d. C., os princípios do Cristianismo espriam-se não só de modo a ocupar o vazio deixado pela derrocada das religiões pagãs, mas, igualmente, de modo a preencher os espaços antes ocupados pela cultura clássica nas diversas áreas; ainda que apoiados nos pensadores greco-romanos, os grandes teóricos da cristandade tratarão de temas ligados à política e à fundamentação do poder.

Nas duas principais escolas de pensamento cristãs, a Patrística e a Escolástica, o poder temporal foi separado da religião. Tal separação, já presente em AGOSTINHO DE HIPONA, é reafirmada por TOMÁS DE AQUINO, sendo que os dois teóricos discordavam quanto à posição das leis terrestres em relação às leis divinas; enquanto, para o primeiro, as leis terrestres só poderiam ser entendidas como tais se derivadas das leis divinas, para o segundo seriam as leis dos homens imperativas, e, portanto, de obediência obrigatória, mesmo quando contrariassem as leis de Deus¹⁹. A teoria de AGOSTINHO, crucial neste ponto, é bem sintetizada por Julián MARIAS²⁰:

¹⁷ A importância da religião nas civilizações clássicas fica evidente neste trecho de Fustel de COULANGES, sobre a importância do culto na antiguidade clássica: “Assim como na família a autoridade se achava inerente ao sacerdócio e o pai é, como chefe do culto doméstico, ao mesmo tempo juiz e senhor, assim também o sumo sacerdote é, na cidade, também seu chefe político. O altar, na palavra de Aristóteles, lhe conferia dignidade”. COULANGES, Fustel de. “A Cidade Antiga”. Curitiba: Hemus, 2000, p. 141.

¹⁸ A posição sobranceira em que se encontrava o poder da coletividade em relação ao poder individual na antiguidade clássica é ressaltada por Fustel de COULANGES, que afirma a total inexistência de liberdade nas sociedades greco-romanas. Diz o historiador: “A vida privada não fugia dessa onipotência do Estado. Muitas cidades gregas proibiam o celibato ao homem. Esparta punia não somente quem não se casava como também quem só tardiamente o fizesse. O Estado exercia sua tirania até sobre as mais pequenas coisas; em Locres, a lei proibía aos homens beber vinho puro; em Roma, Mileto e Marselha, fazia o mesmo com as mulheres. Era vulgar que o vestuário fosse determinado pelas leis da cidade(...). Singular erro é, pois, entre todos os erros humanos, acreditar-se que, nas cidades antigas o homem gozava de liberdade. O homem não tinha, sequer, a mais ligeira concepção do que esta fosse.” Op. cit. pp. 182 e 185.

¹⁹ MARTÍNEZ, Soares. Op. Cit. p. 124.

²⁰ MARIAS, Julián. História da Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2004

A idéia central de Agostinho é que toda história humana é uma luta entre os dois reinos, o de Deus e o do mundo, entre a *civitas Dei* e a *civitas terrena*. O Estado, que tem suas raízes em princípios profundos da natureza humana, está encarregado de velar pelas coisas temporais: o bem-estar, a paz, justiça. Isso faz com que o Estado tenha também uma significação divina. Toda autoridade vem de Deus, ensina Santo Agostinho, seguindo São Paulo. E, portanto, os valores religiosos não são alheios ao Estado, e este tem de estar impregnado dos princípios cristãos. Ao mesmo tempo, tem de prestar apoio à Igreja com seu poder, para que esta possa realizar plenamente sua missão. Como a ética, em Santo Agostinho, a política não pode ser separada da consciência de que o fim último do homem não é terreno, e sim descobrir Deus na verdade que reside no interior da criatura humana.

Importante notar que a separação entre o poder secular e a religião, que se encontra em AGOSTINHO, não foi seguida pelo Cristianismo Ortodoxo, cultuado no Império Romano do Oriente, que só viria a cair em 1453. MONTESQUIEU²¹, em estudo clássico, afirma que, no Império Bizantino, a concepção de poder era monista, derivada do helenismo, pois o Patriarca – chefe da religião ortodoxa – e o imperador eram postos em um mesmo nível:

A concepção ortodoxa do poder é monista. O Poder temporal e o espiritual têm a mesma origem: Deus. O Imperador é o encarregado de Deus para os assuntos terrenos; o Patriarca de Constantinopla é encarregado de Deus para as coisas da alma. Donde este corolário político: um Estado não pode ter a plenitude do Poder, não será soberano se não tiver o seu próprio Patriarca. Daí por que os Estados ortodoxos do leste europeu empenharam-

²¹ MONTESQUIEU. Considerações sobre as Causas da Grandeza dos Romanos e da sua Decadência. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 81.

se em ter cada qual o seu Patriarca, subtraindo-se da autoridade do Patriarca de Constantinopla. É que a autoridade deste, sentia-se, percebia-se, não era exclusivamente religiosa. Era algo política, em virtude da simbiose com o Estado, e por isso o Estado ortodoxo, se não tinha o seu Patriarca, permanecia de algum modo sujeito a Constantinopla, numa submissão sutilmente política. É ver os casos da Bulgária, Sérvia e Rússia.

O filósofo francês aponta a não-adoção da doutrina de AGOSTINHO – e a conseqüente confusão entre o poder temporal e a religião – como uma das causas da decadência do Império Romano do Oriente. Neste sentido, interessante notar como as teorias dos pensadores do medievo servem de base para que os filósofos do Iluminismo venham a justificar o exercício do poder. De fato, a teoria de AGOSTINHO já permitia a separação entre o Estado e a Igreja – daí sua menção por MONTESQUIEU, na análise do Império Romano do Oriente – mas, como visto, ainda remetia o fundamento do poder, mesmo que indiretamente, à vontade de Deus.

A separação entre o poder temporal e o espiritual persiste na modernidade; o fundamento do poder político, contudo, deixa de residir na vontade de Deus e passa a ser originário do contrato social. É ao poder fundado no contrato social que se dirige o princípio da separação de poderes, na acepção clássica que lho deram os pensadores da modernidade.

Dentre os filósofos que fundaram o poder no pacto social, sobressaem-se os nomes de HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU; no entanto, considerando que o segundo pensador será estudado quando tratadas as teorias clássicas sobre a separação de poderes – oportunidade na qual restará clara a fundamentação lockiana do poder no contrato social – cumpre expor rapidamente, como os outros dois trataram do fundamento do poder exercido na sociedade.

Para HOBBS, antes de se congregarem em uma sociedade organizada, viviam os homens em um estado de guerra perpétua²², no qual cada um era senhor de

²² HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 127. Fábio Uihôa COELHO explana o real sentido da expressão “guerra de todos

suas ações, vivendo somente para a satisfação dos anseios e paixões humanos. Não obstante vivesse naturalmente neste Estado belicoso, o homem tinha uma propensão natural à paz, justificada pela necessidade de preservar a própria existência. Assim, em busca da preservação de sua integridade física e dos bens necessários à vida, os homens abrem mão do autogoverno e da total satisfação de suas paixões, para que um homem ou uma assembleia, eleitos como soberanos, tomem atitudes em nome de todos e com a força de todos, como se a coletividade reunida formasse um só corpo. Assim HOBBS funda o poder:

A única maneira de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor dos atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que diz respeito à paz e à segurança comuns. (...) é como se cada homem dissesse a cada homem: “Cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”²³.

contra todos”, que levou ao brocardo *homo homini lupus*: “Hobbes desenha o estado natural dos homens como sendo o da guerra de todos contra todos. A marca fundamental deste estado não é propriamente a luta cotidiana, constante entre os homens, mas a disposição permanente para uma atitude bélica. Os homens são, por natureza, também movidos por paixões, e as que estão ligadas à competição, desconfiança e glória provocam a guerra de todos contra todos”. COELHO, Fábio Ulhoa. Direito e Poder. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

²³ Op. Cit. pp. 130-131.

Jean-Jacques ROUSSEAU, posterior a HOBBS, também há de fundamentar o poder no contrato social, mas com uma diferença fundamental: o estado de natureza. Para o filósofo franco-suíço, o estado de natureza do homem não era o de guerra perpétua. Ao contrário, em seu estado natural, o pensador vê o ser humano dotado de um corpo ágil e forte, vivendo solitariamente, sem bens ou instrumentos de qualquer espécie. Em verdade, o desenvolvimento das técnicas, das ferramentas e das relações interpessoais é visto com desconfiança pelo filósofo, que atribui a tal o enfraquecimento dos corpos, o vício pelo conforto e a conseqüente instauração da desigualdade entre os homens²⁴.

Não obstante, mesmo vendo com reservas o desenvolvimento da vida em sociedade e o abandono do estado de natureza, ROUSSEAU afirma que a formação de um pacto social é uma inevitabilidade, já que somente com a agregação podem os homens superar obstáculos naturais insuperáveis aos indivíduos, separadamente considerados. Como preconizado por HOBBS, essa união dos homens em sociedade formaria um novo corpo, dotado de uma vontade coletiva²⁵.

²⁴ A melhor descrição sobre o estado de natureza em que viviam os homens primitivos não se encontra no “Contrato Social”, mas sim no “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”. Em tal obra, o filósofo analisa como o desenvolvimento da sociedade civil foi coincidente com a criação de vários tipos de desigualdade entre os homens; assim, se no estado de natureza os homens se faziam diferenciar somente pelos atributos físicos, com o desenvolvimento da vida gregária passaram, gradualmente, a se fazer diferenciar pela posse de certos bens, pela proximidade do poder, e assim por diante. O ar um tanto nostálgico desses escritos pode ser percebido no seguinte excerto, em que o filósofo se lamenta pelo fato do homem, ainda em uma sociedade incipiente, ter empregado o tempo ganho com o implemento das ferramentas para a criação de comodidades, que praticamente “domaram” o que ainda restava do estado de natureza nos homens: “*Nesse novo estado, numa vida simples e solitária, com necessidades muito limitadas e os instrumentos que tinham inventado para satisfazê-las, os homens, gozando de um lazer bem maior, empregaram-no na obtenção de inúmeras espécies de comodidades desconhecidas por seus antepassados; foi o primeiro jugo que, impensadamente, impuseram a si mesmos e a primeira fonte de males que prepararam para seus descendentes, pois, além de assim continuarem a enfraquecer o corpo e o espírito, essas comodidades, perdendo pelo hábito quase todo o seu deleite e degenerando ao mesmo tempo em verdadeiras necessidades, a privação se tornou muito mais cruel do que doce fora a sua posse, e os homens sentiam-se infelizes por perdê-las, sem terem sido felizes por possuí-las*”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.268.

²⁵ “*Suponhamos os homens, chegando àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepõem, pela sua resistência, as forças de que cada indivíduo dispõe para manter-se nesse estado. (...) Ora, como os homens não podem engendrar novas forças(...) não têm eles outro meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de*

Neste ponto se avulta a importância do contrato social para ROUSSEAU, como instrumento que permite aos homens organizarem suas forças em um mesmo sentido, superando os obstáculos do estado de natureza. O contrato social em si é definido por ROUSSEAU nesses termos, coincidentes com os enunciados por HOBBS²⁶:

Se separa-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: ‘Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo. Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade²⁷.

O poder, como visto, passa a ser fundado na comunhão das vontades individuais, cuja expressão se dá no ato de cada indivíduo de abrir mão da liberdade que gozava no estado de natureza – seja este um estado de guerra perpétua, seja um estado de solidão e serenidade – para sacralizar a união em sociedade. As forças individuais em conjunto formam algo distinto dos indivíduos em si, partícipes da sociedade, um organismo novo; formam o Estado.

A partir da modernidade, portanto, ligam-se umbilicalmente Estado e Poder. Seja no Leviatã hobbesiano – o qual, diga-se, não admitia a idéia de separação de poderes, uma vez que o poder ou era uno ou não era poder – seja na união dos partícipes da sociedade em um corpo autônomo, como preconizada por ROUSSEAU, o poder passa, necessariamente, a ser adjetivado de “estatal”. É desse poder, estatal por

forças, que possa sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel”. ROUSSEAU, Jean Jacques. “Do contrato Social” pp. 37 e 38.

²⁶ E também por LOCKE, como ficará claro adiante.

²⁷ Op. Cit. p. 39.

definição, que as teorias modernas da separação de poderes – dentre as quais se inclui a de MONTESQUIEU – não de tratar.

Cumpra, portanto, perscrutar a respeito das características desse poder que será objeto da separação de poderes; uma vez definidas, tais serão importantes para que se identifique o discurso que funda a separação de poderes e, conseqüentemente, limita a aplicação deste princípio à concepção de poder própria da modernidade. No ponto próximo, por conseguinte, serão enunciadas tais características do conceito de poder a que se direciona o princípio da separação de poderes.

2 – As Características do Poder que é Objeto da Separação de Poderes.

Tendo sido apresentado um esboço histórico das diferentes concepções sobre o poder, desde a antiguidade até a modernidade, há de se focar o estudo, neste momento, na explicação de quais as características do poder que é objeto da separação de poderes, considerando, genericamente, a conformação de tal princípio na modernidade. Somente tomando consciência destas características é que será possível, em um segundo momento, apresentar não só o discurso que funda tal princípio, como outro, diverso, fundante de manifestações de poder perante as quais a idéia clássica de separação de poderes resta inoperante.

A separação de poderes tem como escopo principal a atividade do Estado. De fato, ainda que manifestações do poder escapem à esfera estritamente estatal²⁸, de especial interesse a qualquer estudo sobre o princípio da separação de poderes dar ênfase a certo discurso sobre o poder, que o enxerga como algo a ser exercido com primazia pelo Estado. Em última análise, ver-se-á que o próprio princípio da separação de poderes surge, originalmente, como tributário deste discurso, o qual atribui ao Estado o exercício quase que privativo do poder e aos súditos a obediência a tal, encerrando uma relação entre o *Estado opressor* e os *cidadãos oprimidos*.

Enunciar-se-ão as características do poder a que se refere a separação de poderes a partir do conceito de Estado engendrado por Max WEBER, o qual liga-se

²⁸ Tal ficará claro a partir do estudo da obra de FOUCAULT, no ponto seguinte.

intrinsecamente ao conceito de poder da modernidade. Deve ficar claro, uma vez explicitado o conceito weberiano, quais as características do poder que defluem desta definição; a partir de tais caracteres, por sua vez, será possível indicar qual o discurso que embasa e, ao mesmo tempo, limita o alcance do princípio da separação de poderes.

A análise do Estado insere-se na obra de WEBER dentro das condições que propiciaram o aparecimento do capitalismo ocidental; vale dizer, o pensador analisa as características do estado racional – que se desenvolve somente no ocidente – o qual, por sua vez, acaba por ser condição ao próprio aparecimento do capitalismo²⁹. Com isto, de acordo com ARGÜELLO³⁰, não se quer dizer que o autor desconhecesse outras formas de “agrupamentos políticos”³¹ que possuíram também características próprias do Estado, mas que se formaram ou em períodos anteriores à Idade Média³², ou em

²⁹ Como bem afirma WEBER: “A luta constante, em forma pacífica e bélica, entre Estados nacionais concorrentes pelo poder criou as maiores oportunidades para o moderno capitalismo ocidental. Cada Estado particular tinha de concorrer pelo capital, que estava livre de estabelecer-se em qualquer lugar e lhe ditava as condições sob as quais o ajudaria a tornar-se poderoso. Da aliança forçada entre o Estado Nacional e o capital nasceu a classe burguesa nacional – a burguesia, no sentido moderno da palavra. É, portanto, o Estado-nacional fechado que garante ao capitalismo as possibilidades de sua subsistência e, enquanto não cede lugar a um império universal, subsistirá também o capitalismo”. WEBER, Max Economia e Sociedade. Vol II. São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 517.

³⁰ ARGÜELLO, Katie. O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Editora Acadêmica, 1997, p. 89.

³¹ Cita-se a expressão “agrupamento político”, pois o próprio WEBER a utiliza, dando a entender que o Estado é uma das espécies de agrupamento ou associação política. Percebe-se isso, indiretamente, na própria definição de política por ele trazida: “Por política entendemos tão-somente a direção do agrupamento político hoje denominado Estado, ou a influência que se exerce nesse sentido”. WEBER, Max. Ciência e Política: Duas Vocações. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59. Outras formas de agrupamentos políticos são trazidas por Jorge MIRANDA: “Encontram-se sociedades historicamente antecedentes da formação do Estado, ainda que não inelutavelmente conducentes à passagem a Estado: são, entre outras, a família patriarcal, o clã e a tribo, a gens romana, a fratria grega, a gentildade ibérica, o senhorio feudal”. MIRANDA, Jorge. “Teoria do Estado e da Constituição”. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20.”

³² A transição das organizações político-sociais da antiguidade ao Estado moderno dá-se pelas próprias limitações destas organizações primevas, as quais, incapazes de conceber o Estado como ente autonomamente personificado, falharam na distinção entre governo e propriedade e, em última análise, na diferenciação entre público e privado. Se é certo que as cidades estado-gregas e a república romana em muito avançaram em tal diferenciação, a ponto de se aproximarem do que seria um “Estado pré-moderno”, igualmente correto é que ambas encontraram limites ao pleno reconhecimento de um ente estatal, por não terem concebido perfeitamente um Estado, distinto dos partícipes da sociedade, que definisse os limites da propriedade particular e emprestasse legitimidade aos atos praticados. Martin VAN CREVELD traz, a este respeito, o seguinte ensino, que ressalta a importância da religião nestas sociedades pré-estatais: (...) a linguagem utilizada por nossos antigos historiadores deixa bem claro que nem os gregos nem os romanos consideraram o Estado uma entidade abstrata, distinta dos cidadãos. No

outras partes do planeta, que não a Europa. O que ocorre, justamente, é que a WEBER interessa verificar a formação estatal que possibilita o surgimento do capitalismo, qual seja, o Estado racional moderno – fundado em um direito racional e um funcionalismo especializado³³ – que efetivamente surge na Europa, no período pós-medieval.

Ao definir sociologicamente o agrupamento ou associação política que se caracteriza como Estado, WEBER afirma que devem ser levados em consideração não os seus fins, mas sim os meios com os quais os alcança. Para o pensador, tão variegados foram os objetivos a que se dirigiram as ações dos agrupamentos políticos durante a história, que é tão difícil encontrar uma atividade da qual não se tenha ocupado o Estado, quanto vislumbrar um objetivo que tenha sido exclusivamente estatal ao longo dos anos.

Ao procurar não um objetivo, mas um meio que caracterize o agir estatal, WEBER acaba por encontrar a coerção, ou melhor, o seu exercício, como o caractere distintivo do Estado³⁴. Deve ficar claro que, com isto, não quer o autor afirmar que todo o agir estatal esteja permeado pela coerção, mas apenas que o exercício desta é reivindicado pelo Estado moderno, em menoscabo dos partícipes da sociedade, a quem o agir de forma violenta é vedado.

O Estado torna-se, pois, mais do que detentor, o verdadeiro monopolizador da violência legítima, cabendo-lhe não só agir – ou meramente ameaçar agir – violentamente sempre que a situação social lho exija, como também enumerar as hipóteses excepcionais em que ao cidadão é dado agir de forma violenta. Sendo esta, portanto, a característica fundamental do Estado, WEBER define-o da seguinte

caso em que diríamos ‘o Estado, eles diriam ‘o público’ou ‘o povo’; afinal, foi o historiador Tucídides que escreveu ‘a cidade é seus homens’, e o advogado Cícero que definiu a res publica como ‘assembléia de homens que vivem de acordo com a Lei’. Assim, o pensamento pré-moderno, independentemente da civilização ou grau de desenvolvimento, não conseguiu conceber a corporação como entidade jurídica distinta de suas autoridades e de seus membros. Isso ajuda a explicar o papel da religião nessas sociedades; dada a ausência da corporação, tanto na vida pública quanto na privada, muitas de suas funções, tais como exercer a propriedade e proporcionar legitimidade eram atribuídas a entidades igualmente invisíveis”. VAN CREVELD, Martin. Ascensão e Declínio do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 82.

³³ WEBER, Max. Economia e (...) Vol II, p. 518.

³⁴ “O Estado não se deixa definir, sociologicamente, a não ser pelo específico meio que lhe é peculiar, da forma como é, peculiar a todo agrupamento político, a saber, o uso da coação física”. WEBER, Max. Ciência e Política (...), p. 60. Também em WEBER, Max. Economia e (...) Vol II, p. 525.

maneira: “Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o “território”, faz parte da qualidade característica –, reclama para si (com êxito), o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita”³⁵.

Não é de tanto interesse ao presente trabalho verificar em que medida o Estado Moderno de fato consegue obter este monopólio da violência legítima³⁶. Importa, isto sim, verificar quais as implicações de se conceituar o Estado a partir desta característica. Para que se entenda o real significado disto, deve-se ter atenção às seguintes palavras de WEBER³⁷:

O Estado, do mesmo modo que as associações políticas historicamente precedentes, é uma relação de dominação de homens sobre homens, apoiada no meio da coação legítima (quer dizer considerada legítima). Para que ele subsista, as pessoas dominadas têm que se submeter à autoridade invocada pelas que dominam no momento dado. Quando e porque fazem isso, somente podemos compreender conhecendo os fundamentos justificativos internos e os meios externos nos quais se apóia a dominação.

³⁵ WEBER, Max. Economia e (...) Vol II, pp. 525 e 526.

³⁶ A este respeito, interessantes as palavras de Anthony GIDDENS, no sentido de que, ao menos nos Estados tradicionais, o monopólio da violência legítima dificilmente foi exercido em sua plenitude: “A China é um dos poucos grandes Estados tradicionais onde o papel do exército estava relacionado tanto com o policiamento interno, quanto com a expulsão de invasores, ou com a expansão do território do Estado. Mas na China, como em todo lugar, a reivindicação do monopólio do controle dos meios de violência por parte do aparato de Estado nunca foi mais do que parcialmente bem sucedido. Somente nas cidades-estados isso poderia ser considerado como um fato, e como foi mencionado, elas não conseguiam alargar o alcance territorial de seu poder sem perder as características que as definiam. Em todas as grandes sociedades de classe, o sucesso do Estado em reivindicar o monopólio dos meios de violência era limitado por dois fatores: a maneira pela qual o exército era organizado, e a relativa lentidão do transporte e da comunicação. GIDDENS, Anthony. O Estado-Nação e a Violência. Segundo Volume de uma Crítica Contemporânea ao Materialismo Histórico. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 81 e 82.

³⁷ WEBER, Max. Economia e (...) Vol II, pp. 526.

Para o pensador, a aceitação da dominação se dá por conta daquilo que define como fundamentos justificativos internos e meios externos. Os primeiros dariam legitimidade à dominação, enquanto os segundos seriam os meios materiais necessários à manutenção da dominação.

A partir dos fundamentos justificativos internos, WEBER enuncia tipos ideais ou puros³⁸ de dominação, que legitimam a autoridade em três diferentes critérios: racional, tradicional e carismático. A dominação baseada no primeiro, dita legal, funda-se na própria crença, por parte dos dominados, “na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, são nomeados para exercer a dominação”³⁹. A dominação tradicional tem espeque no significado sacrossanto das tradições, plasmadas no meio social pela ação do tempo, as quais emprestam legitimidade àqueles que, por costume, ocupam posições de mando, sendo típica, como afirma ARGÜELLO⁴⁰, do patriarca e do príncipe patrimonial. Por fim, a dominação carismática é a ínsita ao grande líder ou guerreiro, cujos feitos e qualidades pessoais legitimam-lhe o mando e inspiram obediência.

Além deste vínculo (legal, tradicional ou carismático) que se faz entre o dominador e o dominado, a relação de subordinação que se instala no interior do Estado deve ser sustentada pelos já citados meios materiais, cuja importância é ressaltada por WEBER⁴¹:

Para a manutenção de toda dominação baseada em coação precisa-se(...) de certos bens materiais externos, do mesmo modo que numa empresa

³⁸ Os tipos apresentados são nomenclados ideais pois não se verificam *in facto*; são “hipóteses de trabalho”, com características que nem sempre estão presentes em sua plenitude nos exemplos reais que se antolham. WEBER adverte que “*certamente, é raro encontrar os tipos puros na realidade. Não pretendemos, contudo, expor aqui, detalhadamente, as modificações, formas intermédias e combinações altamente complicadas desses tipos puros; isto faz parte dos problemas da Teoria Geral do Estado*”. Idem, ibidem. Catherine COLLIOT-THÉLENE faz um estudo interessante sobre o conceito de tipo ideal em COLLIOT-THÉLENE, Catherine. Max Weber e a História. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995, p. 110.

³⁹ WEBER, Max. Economia e Sociedade. Vol I. São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 141.

⁴⁰ ARGÜELLO, Katie, Op. Cit. p. 89.

⁴¹ WEBER, Max. Economia e (...) Vol II, pp. 527 e 528.

econômica. Todas as ordens estatais podem ser classificadas segundo se fundamentem no princípio de que aquele quadro de pessoas – funcionários ou outro tipo de pessoas com cuja obediência precisa poder contar o detentor do poder – são proprietários dos meios administrativos, consistam estes em dinheiro, prédios, material bélico, carros, cavalos, ou outras coisas quaisquer(...).

De tudo o que foi exposto decorre o seguinte raciocínio: se o Estado é entendido como uma relação de dominação que se mantém pela força, na qual os indivíduos dominados reconhecem a posição sobranceira dos dominantes, de se imaginar que existe um momento prévio, no qual ainda inexistente o Estado e, conseqüentemente, qualquer relação de dominação desta forma organizada. Neste momento primevo, portanto, vige a autotutela, a *vendetta*, não havendo quem exerça o monopólio da coação física⁴². Ainda, segundo o afirmado por Max WEBER, a partir de um dado momento histórico os dominados devem se submeter à dominação que lhes é imposta pelos dominantes, sob pena de ser esta uma relação de subordinação ilegítima⁴³.

⁴² KELSEN, ao analisar a ordem jurídica internacional, identificada por ele como “ordem jurídica primitiva” afirma que a *“vingança de sangue é a forma mais característica dessa técnica jurídica primitiva. Nem o estabelecimento do delito, nem a execução da sanção são conferidos a uma autoridade distinta das partes interessadas. Em ambos esses aspectos, a ordem jurídica é inteiramente descentralizada.”* KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 481. Em tais circunstâncias, por conseguinte, não há um Estado definindo em quais ocasiões é permitido ao particular usar a violência, sendo, pois, qualquer coação tida como legítima.

⁴³ Embora KELSEN não aceite uma definição sociológica do Estado – razão pela qual, no afã de defini-lo apenas juridicamente, faça-o coincidir com a própria ordem jurídica nacional – seus escritos, de certa maneira, corroboram o já dito por WEBER. O mestre da Escola de Viena ressalta que a mera relação de dominação não é suficiente para a definição do Estado. Vê-se exemplo disto quando se lê: *“A descrição sociológica do Estado como um fenômeno de dominação não é completa se for estabelecido apenas o fato de que os homens forçam os homens a certa conduta. A dominação que caracteriza o Estado tem a pretensão de ser legítima e deve ser efetivamente considerada como tal por governantes e governados. Considera-se a dominação legítima apenas se ocorrer em concordância com uma ordem jurídica cuja validade é pressuposta pelo indivíduos atuantes, e essa ordem é a ordem jurídica da comunidade, cujo órgão é o governante do Estado”*. KELSEN, Hans, Op. cit. p. 270. Vê-se que a diferença principal entre WEBER e KELSEN neste ponto diz respeito ao foco dado ao mesmo fenômeno: para o primeiro, a relação de dominação, uma vez reconhecida como legítima, dá ao Estado a própria capacidade de criar o Direito, para o segundo, a dominação é legítima não tanto pelo reconhecimento – ou pelos motivos que levam a tal – mas sim pela existência de uma ordem jurídica reconhecida como legítima, posição esta que fica clara nesta citação: *“A dominação que tem, sociologicamente, o caráter de Estado, apresenta-se*

Ao se pensar dessa maneira, necessário que se questione quanto aos próprios antecedentes desta dominação, ou seja, há de perguntar qual a relação prévia existente entre os futuros dominantes e dominados, bem como sobre o acontecimento, historicamente identificável que desencadeia esta exigência de dominação de uma parte sobre outra. Quanto a este questionamento, duas respostas possíveis exsurtem: ou a aceitação dos subordinados deu-se pacificamente, ou foi literalmente imposta, *manu militare*, caso este em que os dominadores são os vencedores de uma guerra movida contra os dominados, sejam eles povos distintos ou diferentes partes de uma mesma sociedade. No primeiro caso, o fato histórico que desencadeia a dominação pode ser uma aliança, a eleição de um chefe, ou a anexação pacífica de um território; no segundo, apenas o enfrentamento armado, a guerra.

Mesmo assim, por mais que a hipótese de uma dominação pacífica seja verificável⁴⁴, para que lhes seja possível reivindicar o monopólio da violência legítima,

como criação de uma ordem jurídica, ou seja, uma dominação interpretada como tal pelos governantes e governados". Idem, pp. 270 e 271. Para uma análise mais aprofundada das relações entre estes dois pensadores, consulte-se ARGÜELLO, Katie, op. cit. pp. 142 e ss.

⁴⁴ Quando se fala em dominação pacífica, vem à mente a imagem de um povo que se submete a outro, no intuito de escapar da subordinação a terceiro, ganhando a condição de aliado ou, em alguns casos, de protetorado. Deve-se ter claro, todavia, que mesmo não havendo propriamente um conflito armado, inegável o peso do poderio militar do "império" na tomada de decisão por parte da "nação" que a ele se submete; neste caso, a ameaça de uso da violência, ainda que implícita, é suficiente para que os mais fracos aceitem a "proteção dos mais fortes". A História demonstra claramente a ocorrência de situações em que um Estado se submete a outro sem a ocorrência de uma guerra, mas de modo a não ser possível afirmar não haver influência do poderio militar. TUCÍDIDES, ao traçar os antecedentes que levaram à guerra do Peloponeso, demonstra como os ditos "aliados" de Atenas e Esparta sofriam, em verdade, a dominação destas duas cidades-estado: "*Os lacedemônios mantiveram sua hegemonia sem transformar os aliados em tributários, mas cuidando de que estes tivessem uma forma oligárquica de governo, de conformidade com o interesse exclusivo de Esparta; os atenienses, por seu turno, fizeram com que as cidades aliadas paulatinamente lhes entregassem as suas naus, à exceção de Quios e Lesbos e impuseram a todos um tributo em dinheiro. Desta forma, os recursos próprios dos atenienses disponíveis para a guerra tornaram-se maiores que os dos lacedemônios e seus aliados(...)*". TUCÍDIDES. História da Guerra do Peloponeso. Trad. Mário da Gama Kury. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987, p. 13. Exemplo de dominação sem guerra, mas dependente do poder militar, ainda mais explícito tem-se na relação entre Egito e Roma no ocaso da República, narrada por Luciano CÂNFORA: "*Quando Ptolomeu Aulete subiu ao trono (80. aC) sobre ele pesava uma ameaça que(...) era constituída pelo testamento de seu predecessor Ptolomeu IX (...) o qual autorizava de fato os romanos a anexarem não somente o Chipre, mas também o Egito. Em Chipre reinava o irmão de Aulete. Ora, no ano 58 o Senado romano formalizou a liquidação da autonomia do 'reino ptolomaico do Chipre', e o irmão de Aulete preferiu morrer a viver o resto de seus dias a serviço dos romanos. No mesmo ano, Aulete foi expulso por seus súditos alexandrinos, cansados de sua total submissão aos romanos, dos quais, após dois decênios de penosa humilhação, obteve o reconhecimento de seu status de soberano. A quem caberia a lucrativa operação de recolocar Aulete no trono foi um dos jogos da política romana dos primeiros anos do*

devem os dominadores possuir uma situação de preponderância em relação aos dominados, deve haver, pois, *ab initio*, uma situação de desigualdade entre os futuros dominantes e dominados. Somente com esta diferença inicial é que se propicia um cenário ideal em que parcela de uma dada população – ou mesmo um povo distinto – possa reunir condições de tomar para si a dominação legítima sobre os demais, já que tal reivindicação depende, necessariamente, de recursos materiais que a sustentem – v.g. um exército e os meios de provê-lo – sob pena de ser totalmente inexecutável; resumindo, não se pode pretender exercer o monopólio de algo que não se produz, razão pela qual, os dominantes que reivindiquem o monopólio da violência legítima devem ser capazes de produzir violência, em um grau consideravelmente maior que os dominados. Não por acaso, a ascensão do Estado coincide com a quebra do sistema feudal de suserania e vassalagem – em que a posse dos meios de violência era dividida entre os diversos senhores feudais – e a criação de exércitos profissionais, a soldo do monarca⁴⁵. Com isto instaura-se a desigualdade entre o Rei e a nobreza; esta perde a capacidade de promover a guerra por desígnio próprio e submete-se, como o povo, ao monopólio da violência exercido pelo Estado.

Por evidente, a partir desta situação de desigualdade inicial são implementados instrumentos específicos que garantem a manutenção do monopólio da violência e sua diuturna legitimação, coincidindo com tal momento o da ascensão do

triumvirado. Por fim, coube a Aulo Gabínio, governador da Síria em 55; Gabínio era homem de Pompeu, mas havia, além do consentimento de César, sua contribuição para a operação. Daí por diante, o Egito se tornou, mais que de facto, um protetorado romano; ao lado do soberano foi posto, ou melhor, imposto um dioketes (um ministro das finanças), de modo que todo o sistema financeiro do riquíssimo reino estava então nas mãos dos romanos. Os legionários romanos que tinham entrado na mítica terra dos faraós e dos Ptolomeus alojaram-se duradouramente e se implantaram no país. CANFORA, Luciano: “Júlio César: o ditador democrático”. Trad. Antônio da Silveira Mendonça. São Paulo: Estação Liberdade, 2002, pp. 225 e 226.

⁴⁵ Martin VAN CREVELD clarifica como, na Idade Média, a guerra não podia ser travada em nome de um ideal comum – em nome de um “Estado – justamente por inexistir o monopólio dos meios de se guerrear: “Durante a Idade Média, em vez de ser travada em nome de Estados inexistentes, a guerra estivera encravada na sociedade, por assim dizer. Não existiam exércitos regulares – muito menos marinhas, que são muitíssimo mais caras – como instituições separadas; a guerra era vocação das classes altas, cujos membros, representando quase nada além dos próprios interesses e senso de justiça, vestiam a armadura e lutavam uns contra os outros, conforme exigia a ocasião”. Op. Cit. p. 220.

próprio Estado⁴⁶. Contudo, para que esta criação seja possível, mister que já existam condições sociais tais, a ponto de dar ao Estado nascituro capacidade de fazer viger certa ordem social, o que, em um primeiro momento, depende, necessariamente, da capacidade de produzir violência.

Com isto, quer se frisar que a posse dos meios materiais de coerção deve, necessariamente, anteceder à legitimação legal, tradicional ou carismática da dominação. Assim, temos que a dominação sempre antecede a legitimação, ou que, que a “dominação legítima” é antes dominação e, apenas em um segundo momento, legítima. Vincula-se, pois, a formação do Estado com a força bélica, que garante a dominação a ser futuramente legitimada de modo racional, tradicional ou carismático.

A vinculação do conceito de Estado ao monopólio da violência legítima tem suas conseqüências sobre as características que serão emprestadas ao poder exercido por tal Estado. A partir de tal concepção, evidentemente, há de se entender que o próprio poder estatal funda-se justamente no seu meio específico, o monopólio da violência legítima, sendo, justamente por isso, também monopolizado pelo Estado. A partir disto, percebe-se que se trata de um poder centralizado, que se irradia do ente estatal, alcançando os partícipes da sociedade. Em suma, o Estado é visto como um filante brunido, donde emanam todas as manifestações de poder existentes no meio social, as quais alcançam os demais partícipes da sociedade a partir de uma posição sobranceira na organização social. É, portanto, um poder exercido do centro à periferia ou de cima para baixo.

Esse poder – exatamente por ser centralizado na figura do Estado – acaba por dividir o meio social entre seus detentores e aqueles outros sobre quem ele se exerce. Além de centralizado, portanto, tal poder é segregador. Esta segregação torna-se mais

⁴⁶ O aparecimento do Estado como ordem social detentora da violência legítima, não à toa, coincide com a criação de instrumentos que possibilitam a manutenção do monopólio coercitivo. Igualmente, o aperfeiçoamento de tais instrumentos coincide com a ascensão da ordem estatal. Martin VAN CREVELD demonstra como a existência de um exército profissional foi, gradualmente, complementada pela criação de veículos de polícia interna, como os *dragões* – unidades de cavalaria ligeira empregadas na contenção de manifestações populares – e as intendências de polícia. Tais instrumentos, alimentados pelas informações colhidas em recenseamentos e analisadas por um funcionalismo cada vez mais especializado, sinalagmático de uma florescente burocracia, permitiram a perpetuação do monopólio da violência legítima, a qual, como há de se ver adiante, tornou-se cada vez menos explícita. Op. Cit. p. 220-240.

evidente quando o ente estatal ultrapassa a esfera de legitimidade que lhe conferem os meios justificativos internos, de modo a traduzir as relações sociais no binômio *Estado-opressor e cidadãos-oprimidos*.

Ainda tendo em foco o monopólio da violência legítima – que implica o monopólio do poder em si – tem-se que, se o poder estatal será uno, não-passível de divisão, porquanto fundado em um ente também único. A caracterização do poder como algo único, indivisível, é comezinha aos tradicionais estudos sobre a separação de poderes, como bem demonstra o seguinte excerto da obra do Prof. Celso Ribeiro BASTOS:

Vale, entretanto, notar que, qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder. Daí ser incorreto afirmar-se a tripartição dos poderes estatais, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único que é próprio das organizações políticas estatais⁴⁷.

Este poder centralizado, segregador e uno é, ainda, por conta de todas estas características, um poder soberano. O monopólio da violência legítima que fundamenta o poder estatal é sinónimo à soberania. Por evidente, se o poder estatal é centralizado, uno e capaz de classificar os que não o detém como objetos – e em casos de abuso de poder, como oprimidos – não resta lugar, dentro deste mesmo espaço social, para que outro poder símile seja exercido. Assim, o exercício de um poder com tais características é, necessariamente, excludente de um outro poder dessa natureza.

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. “Curso de Direito Constitucional”. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 341.

Neste ponto, tendo-se em vista a definição de soberania, tributária da modernidade⁴⁸, fácil compreender que este poder é, também, um poder que se adjectiva de soberano. Tal característica tem como corolário, ainda, o reconhecimento do Direito como instrumento primordial para o exercício do poder e, por conseguinte, nos casos de abuso, como um instrumento que pode ser utilizado para a opressão.

Estas características que se atribuem a este poder estatal dizem respeito aos meios externos, que possibilitam o monopólio da violência. Como tal monopólio deve ser não só efetivo, mas legítimo – sob pena de não se estar diante de um Estado propriamente dito – há também de se tomar em conta, para a caracterização do poder estatal, os fundamentos justificadores internos, que emprestam legitimidade ao monopólio da violência. Por ora, basta afirmar que, por força da exigência que se faz de que existam tais fundamentos justificativos internos, o poder estatal será caracterizado como um poder contratual, já que exige o concurso dos partícipes da sociedade para que seja legítimo.

A alternativa do consenso permite ao jurista, nos termos da teoria da soberania, ver o poder como um misto de força e consentimento, donde o direito aparece como uma regulação do exercício da força, fundado no consentimento (contrato). Aqui, as tendências variam no detalhe, mas a base é uma só: o poder é, na sociedade, uma qualidade imanente aos indivíduos (força, capacidade) que é limitada à medida que se exige seu agrupamento (consenso)⁴⁹.

O fato de se caracterizar o poder estatal como contratual é fundamental para a compreensão do discurso que permeia a noção tradicional de poder, a qual informa a separação de poderes. Não obstante, para que se entenda perfeitamente a relação

⁴⁸ A definição trazida pelo prof. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO reflete-se fortemente no conceito moderno de soberania: “soberania é o carácter supremo de um poder; supremo: supremo, visto que este poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: “Curso de Direito Constitucional” 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 47.

⁴⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 26.

entre tal característica e o referido discurso, mister que se estude a obra de Michel FOUCAULT, uma vez que referido pensador analisa justamente os diferentes discursos que fundam diferentes concepções de poder. Tendo, portanto, enunciado as características do poder a que se refere a teoria da “separação de poderes”, cabe analisar, com o falecido Prof. da cadeira de *“História dos Sistemas de Pensamento”* do *Collège de France*, como um diferente discurso – não o do “contrato”, mas o da guerra – fundamenta poderes com características diferentes, que não a centralidade, segregação, unicidade, soberania e contratualidade. Feito isto, espera-se tornar evidente o discurso que fundamenta e, ao mesmo tempo, limita o alcance do princípio da separação de poderes.

3 – O Fundamento e a Limitação da Separação de Poderes pelo Discurso Contrato-opressão.

Viu-se que, a partir do conceito de Estado formulado por Max WEBER é possível enunciar as características do poder a que se refere a tradicional teoria da separação de poderes, indicando que a contratualidade é caractere fundamental para que se defina qual o discurso que embasa tal noção de poder. Agora, cuida-se de analisar a obra de Michel FOUCAULT, com o escopo de apresentar um outro discurso sobre o poder e, mais do que isso, características diversas das apresentadas antes, que fazem do poder algo muito diferente do que se caracterizou no ponto anterior. Com isto, espera-se deixar evidentes as limitações do princípio da separação de poderes quanto ao conceito de poder a que se aplica.

O estudo feito por FOUCAULT parte da inversão do conhecido aforismo formulado por Carl VON CLAUSEWITZ, segundo o qual a guerra seria a continuação da política por outros meios⁵⁰. O filósofo francês, de início, propõe justamente que se

⁵⁰ John KEEGAN traz interessante comentário sobre a correta tradução da frase cunhada por VON CLAUSEWITZ: *“Clausewitz, um veterano prussiano das guerras napoleônicas que aproveitou seus anos de aposentadoria para compor o que estava destinado a ser o mais famoso livro sobre a guerra – chamado justamente ‘Da Guerra’ – na verdade escreveu que a guerra era a ‘continuação das relações políticas’ (des polistischen Verkthers) ‘com a entremistura de outros meios’ (mit Einmischung anderer*

análise o discurso segundo o qual a política seria a guerra continuada por outros meios⁵¹. O que significaria assumir tal proposição como verdadeira? Segundo dito por FOUCAULT, basicamente três coisas: em primeiro lugar, que as relações políticas existentes na sociedade defluem da guerra, ou melhor, de uma relação de força que se estabelece por conta da guerra; em segundo lugar, a história da sociedade e de suas instituições é a história própria da guerra que se perpetua; por fim, que este enfrentamento perpétuo que ocorre no interior da coletividade só pode ser encerrado com outra guerra. “O fim do político seria a derradeira batalha, isto é, a derradeira batalha suspenderia afinal e afinal somente, o exercício do poder como guerra continuada”⁵².

A idéia inicial de FOUCAULT é contrapor exatamente esta concepção, que analisa o poder a partir de um discurso centrado na guerra – e sua perpetuação em todas as relações sociais – àquela outra, analisada na seção anterior, que funda o poder político no contrato social⁵³, pelo qual os partícipes da sociedade abrem mão de parcela de sua liberdade e submetem-se, *sponte propria*, ao poder soberano. Na primeira concepção – ou sistema – de análise as relações de poder no meio social são reflexo de uma repressão contínua dos vencedores da guerra original sobre os vencidos, que “nada mais seria do que o emprego, no interior dessa pseudopaz solapada por uma guerra contínua, de uma relação de força perpétua”⁵⁴. Já no caso da segunda concepção, nunca haverá repressão, mas somente opressão, encontrável nos momentos em que o soberano escapa aos lindes do contrato social.

Vê-se, pois, a possibilidade de se descrever o exercício do poder no meio social por dois diferentes sistemas: um baseado no binômio contrato-opressão e outro que descreve a realidade a partir do prisma guerra⁵⁵-repressão. É justamente sobre a

Mittel). O original expressa uma idéia mais complexa e sutil que a tradução mais frequentemente citada”. KEEGAN, John. Uma História da Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 19.

⁵¹ FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22.

⁵² Idem, p. 23.

⁵³ Vide notas 26 e 27.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 24.

⁵⁵ Ou luta-repressão, como o próprio FOUCAULT classifica seus escritos anteriores ao curso ministrado entre 7 de janeiro e 17 de março no Collège de France, que originou “Em Defesa da Sociedade”. Idem p. 25.

utilização destes sistemas de análise do poder – e da eventual superação de um pelo outro – que FOUCAULT centra suas análises; mais adiante, ficará claro que a superação do esquema contrato-opressão implica, em última instância, a limitação do alcance do princípio da separação de poderes. A consciência desta limitação é importante para que se fixe o campo a que se limita o presente estudo.

A fim de que se possa entender claramente qual a significância de se adotar este ou aquele sistema de interpretação das relações de poder, necessário que se entenda, primeiramente, do que se fala exatamente quando se menciona tal palavra; em suma, a que se refere FOUCAULT quando diz “poder”? De imediato, pode-se anotar que a visão adotada pelo filósofo distancia-se do poder centralizado, segregador, uno e soberano que, a partir de um ápice brilhante, irradia-se pirâmide social abaixo. Definitivamente, quando trata do poder, FOUCAULT não tem em mente a noção jurídica de soberania, que mascara as relações de dominação sob o império da Lei ou mesmo que vê no direito a fonte única de tal dominação. Entende-se como a noção foucaultiana de poder diverge deste modelo jurídico da soberania quando se tem em vista as cinco precauções de método propostas pelo pensador na análise do poder.

A primeira precaução de método sugerida por FOUCAULT diz respeito a analisar o poder não no seu centro, ou seja, não nas fontes tradicionais que se lhe atribuem, mas, ao contrário, verificar como se manifesta o poder além dos limites do próprio Direito e da Soberania. Não se trata, portanto, de estudar as leis penais, mas sim as relações de poder que se instauram no ambiente de aplicação das penas, no presídio; não se trata de estudar as leis civis sobre capacidade, mas, de fato, como se dá a interdição dos tidos como insanos, no interior dos manicômios. Busca-se, pois, elucidar os instrumentos destas manifestações de poder no âmbito da prisão⁵⁶, da escola, na família⁵⁷, na igreja, bem como os saberes por elas criados e as verdades que advém deste sistema, taxando o indivíduo como normal ou anormal, são ou louco,

⁵⁶ Como faz o pensador em FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 21ª Edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

⁵⁷ A este respeito, ver FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 293 e ss.

criminoso ou honesto. As palavras de FOUCAULT⁵⁸ mostram como esta concepção sobre o poder difere da apresentada no tópico anterior:

Exemplificando: em vez de tentar saber onde e como o direito de punir se fundamenta na soberania tal como ela é apresentada pela teoria do direito monárquico ou direito democrático, procurei examinar como a punição e o poder de punir materializavam-se em instituições locais, regionais e materiais, quer se trate do suplício ou do encarceramento, no âmbito ao mesmo tempo institucional, físico, regulamentar e violento dos aparelhos de punição. Em outras palavras, captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício.

A segunda precaução de método sugerida por FOUCAULT atina a não tratar o poder sob um aspecto subjetivo, de modo a perguntar-se quem detém o poder e qual a sua intenção, mas sim a estudá-lo em sua manifestação exterior, próximo ao objeto que sujeita. “Portanto, não perguntar por que alguns querem dominar, o que procuram e qual a sua estratégia global, mas como funcionam as coisas ao nível do processo de sujeição ou dos processos contínuos e ininterruptos que sujeitam os corpos, dirigem os gestos, regem os comportamentos”⁵⁹.

Terceira precaução a ser tomada é a que implica não traduzir o poder em uma relação entre os que o possuem e os que não o possuem, ou seja, não enxergar nas relações de poder a mera dominação de uns sobre outros, de um estamento social sobre o outro; em maior ou menor escala, todos exercem poder e, igualmente, a ele estão submetidos. Como diz FOUCAULT “o poder funciona. O poder se exerce em rede e, nessa rede, não só os indivíduos circulam, mas estão sempre em posição de serem

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, 182. Esta citação, em verdade, é uma transcrição da mesma aula de 14 de janeiro de 1976 constante em “Em Defesa da sociedade”. Preferiu-se aquela citação pelas diferenças de tradução, que a tornam mais didática do que aquela.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica (...)*, p. 182.

submetidos a esse poder e também de exercê-lo”⁶⁰. Com esta precaução, anula-se justamente o caractere segregador do poder analisado no tópico anterior, não sendo mais possível dividir a sociedade entre detentores e não-detentores do poder, já que, em última análise, todos são opressores e oprimidos ao mesmo tempo, em situações sociais diversas.

A quarta precaução de método sugerida pelo filósofo francês diz respeito à necessidade de se analisar o poder de forma ascendente, ou seja, partindo de suas manifestações ínfimas, de seus “mecanismos infinitesimais”⁶¹, com toda a gama de saberes, técnicas e tecnologias que os permeiam. É a partir destes ínfimos mecanismos de poder, de seu enlace, de sua mutação, que se forma uma estrutura de dominação global, e não o contrário.

A quinta e última precaução metodológica diz respeito às ideologias. Conquanto seja certo ter havido uma ideologia da educação, por exemplo, junto aos micromecanismos do poder não é isto que ocorre; o que se forma neste nível é uma rede de saberes pragmáticos, voltados ao exercício do poder, “instrumentos efetivos de formação e acúmulo de saber, são métodos de observação, técnicas de registro, procedimentos de investigação e de pesquisa são aparelhos de investigação”⁶².

Com a observação destas precauções metodológicas para se analisar as relações de poder resta bastante evidente que se está a falar de um conceito de poder

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...) p. 35. Deve-se ter em mente que, por conta de tal característica, o poder não é somente exercido pelo indivíduo; ao contrário, os efeitos da ação do poder é que formam o próprio indivíduo, o sujeitam e, por conta disto, formam-no. Esta relação entre sujeito e poder é importante a ponto do próprio FOUCAULT declarar que o objetivo principal de sua obra foi o de “*criar uma história dos diferentes modos pelos quais, em nossa cultura, os seres humanos se transformam em sujeitos tornaram-se sujeitos*” DREYFUS. Herbert L.; RABINOW, Paul. Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica. Para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica. São Paulo: Forense Universitária, p. 231. A centralidade do tema do sujeito em FOUCAULT é destacada por Inês Lacerda ARAÚJO, pode-se afirmar que, em *As Palavras e as Coisas*, o filósofo francês trata das práticas discursivas, de modo a demonstrar como as ciências da filologia, economia política e biologia objetivaram o homem como ser falante, ser produtivo e ser vivo. Em *História da Loucura e Vigiar e Punir*, FOUCAULT analisa como as práticas disciplinares, e os saberes a elas relacionados, objetivam o sujeito, ou seja, produzem juízos de verdade sobre ele, classificando-o como louco ou são, enfermo ou saudável, criminoso ou respeitador das leis, apto e não apto etc. Por fim, nos três volumes de “A História da Sexualidade”, FOUCAULT estuda as práticas subjetivadoras pelas quais o indivíduo se transforma em sujeito de si, para si, a partir de sua sexualidade. ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: Editora UFPR, 2001, p. 87.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. Microfísica (...), p. 36.

⁶² FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...), p. 40.

que o esquema jurídico da soberania, tão presente no tópico anterior, é completamente incapaz de descrever. Como visto, o modelo antes apresentado descreve um poder uno, centralizado, soberano e segregador, que se encontra sempre em movimento descendente, dando ao Estado a disposição sobre a terra e seus produtos⁶³. Já o que se insinua a partir das precauções propostas por FOUCAULT é um poder múltiplo, que se espalha em redes, descrevendo um movimento circular, incidente sobre os corpos dos indivíduos. Este que se descreve é o poder disciplinar, ortivo dos séculos XVII e XVIII.

Este poder disciplinar – ou simplesmente disciplina - utiliza-se da vigilância, da sanção e do exame⁶⁴, nas palavras de Ricardo Marcelo FONSECA⁶⁵ para separar, analisar, diferenciar os indivíduos “levando seus processos de decomposição até as singularidades necessárias e suficientes; ela é (*a disciplina*) a técnica específica de poder que torna os indivíduos como objetos e ao mesmo tempo como instrumentos de seu exercício. É um poder que funciona de um modo permanente e calculado; a disciplina ‘fabrica’ os indivíduos”⁶⁶.

A vigilância baseia-se na observação e controle estrito sobre os indivíduos, na criação de espaços que permitam a poucos observar todas as atividades de muitos. A partir da vigilância cria-se toda uma arquitetura “disciplinar”, por assim dizer, presente nos presídios, nas fábricas, nas escolas, nos acampamentos militares e, inclusive, no planejamento urbano. Com a vigilância, o recurso imediato à força física passa a ser uma exceção, uma garantia⁶⁷. O panóptico é o mote dessa arquitetura voltada a maximizar a capacidade de vigilância⁶⁸.

⁶³ Daí FOUCAULT a apontar que a teoria jurídico-política da soberania como o instrumento de luta política e teórica que vicejou enquanto durou a sociedade feudal, que se fundava justamente na propriedade da terra e de seus produtos.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar (...)*, pp. 143 e ss, 148 e ss, 154 e ss, respectivamente.

⁶⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 107.

⁶⁶ A respeito da “fabricação” do sujeito vide nota 27.

⁶⁷ FOUCAULT aponta que “*Graças às técnicas de vigilância, a física do poder, o domínio sobre o corpo se efetuam segundo as leis da ótica e da mecânica, segundo um jogo de espaços, de linhas, de telas, de feixes, de graus, e sem recurso, pelo menos em princípio, ao excesso, à força, à violência. Poder que é em aparência ainda menos “corporal” por ser mais sabidamente físico*”. FOUCAULT, Michel. *Vigiar (...)*, p. 148.

⁶⁸ O panóptico de BENTHAM é assim descrito por FOUCAULT: “*na periferia, uma construção em anel; no centro uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a*

O segundo instrumento de que se vale a disciplina é a sanção normalizadora, que se trata de um pequeno sistema penal que se agrega à micromecânica do poder, veiculada por uma legalidade própria. Ricardo Marcelo FONSECA⁶⁹ aponta para a existência de uma lógica ínsita a estas “micropenalidades” que é não só a de normalizar o desviante, de fazer andar de acordo com a ordem aquele que dela se afasta, mas, em igual monta, de premiar aquele que a reafirma a conduta que a disciplina visa criar⁷⁰.

Por fim, o exame é o instrumento pelo qual se classificam os indivíduos, pelo qual se os “etiqueta” como bons ou maus alunos, “operários-modelo” ou preguiçosos, e assim por diante. O exame combina as técnicas de vigilância e sanção, a observação conseguida por meio da vigilância e a adjetivação que se dá por meio da sanção. Por tais razões, é o exame o instrumento disciplinar que traz consigo o maior rigorismo formal, sendo altamente ritualizado, como meio de se emprestar solenidade à ocasião em que se demonstra força, ao mesmo tempo em que se sacraliza a verdade sobre o indivíduo. Exemplos típicos do exame são encontrados por FOUCAULT no hospital, que, a partir do século XVIII passa a ser organizado com este intuito, ao mesmo tempo em que a visita médica torna-se mais extensa e freqüente⁷¹; também na escola, o exame tem papel determinante, consubstanciado que está nas provas e aferições de

construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas, nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível”. Idem, p. 166.

⁶⁹ Op. Cit. p. 110.

⁷⁰ Para que se entenda como se dá a “premiação” por meio de uma sanção normalizadora, vale lembrar o dito por KELSEN, com a precaução de afirmar que o dito doravante pelo jurista austríaco não visa a sanção normalizadora, mas, genericamente, uma sanção estatuída por uma ordem social: “A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e simultaneamente ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). (...) O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção”. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª edição. São Paulo. Martins Fontes, 1999, p. 26. Daí Ricardo Marcelo FONSECA a afirmar que a “resposta disciplinar oscila entre o positivo e o negativo, entre a pena e o prêmio. Op. Cit. p. 110.

⁷¹ FOUCAULT, Michel. Vigiar (...), p. 154.

conhecimento, que passam a ser diárias em alguns casos. Enfim, o exame, assim como as outras técnicas disciplinares, espalha-se por vasto rol de instituições sociais.

Tudo o que até agora se disse demonstra quanto o sistema de análise das relações de poder que se baseia no binômio contrato-opressão, expresso por um discurso jurídico político de soberania, é impotente para a descrição desta forma de poder disciplinar, que busca direcionar os corpos à consecução de fins dados, da forma mais eficiente possível. FOUCAULT⁷² atenta para essa impotência ao afirmar que

A teoria da soberania é vinculada a uma forma de poder que se exerce sobre a terra e os produtos da terra, muito mais do que sobre os corpos e o que eles fazem. [Essa teoria] diz respeito ao deslocamento e à apropriação, pelo poder, não do tempo e do trabalho, mas dos bens e da riqueza. [É ela] que permite transcrever em termos jurídicos as obrigações descontínuas e crônicas de tributos, e não codificar uma vigilância contínua; é uma teoria que permite fundamentar o poder em torno e a partir da existência física do soberano, e não dos sistemas contínuos e permanentes de vigilância. A teoria da soberania é, se vocês quiserem, o que permite fundamentar o poder absoluto no dispêndio absoluto de poder, e não calcular o poder com o mínimo de dispêndio e o máximo de eficácia.

O que se fez até agora foi apontar as limitações do discurso fundante da separação de poderes, baseado no binômio *contrato-opressão*, ante o poder disciplinar. Contudo, há de se estudar com maior detença o discurso baseado no sistema *guerra-repressão*, a fim de revelar qual o tipo de poder que se revela diretamente a partir de tal discurso. Em verdade, a pesquisa foucaultiana será direcionada exatamente no sentido de identificar o trajeto histórico percorrido pelo discurso que vê em uma guerra inicial a força motriz de todas as relações sociais; quem o formulou e utilizou, como o fez e no

⁷² FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...) p. 43.

que o transformou são indagações que o filósofo procurará responder. Cumpre, portanto, seguir no caminho já trilhado pelo pensador, a fim de demonstrar outra categoria de poder que se funda diretamente no discurso *guerra-repressão* e que escapa, igualmente, ao discurso fundante da separação de poderes.

Historicamente, FOUCAULT identifica os primeiros indícios de um “discurso da guerra” após o fim das guerras religiosas do século XVI século, sendo certo que, na Inglaterra, tal discurso já se encontrava plenamente desenvolvido em meados do século XVII, à época da revolução burguesa, enquanto na França, o desenvolvimento desse discurso será verificado apenas no final de tal século. Embora o precedente inglês seja tratado especificamente em “Em Defesa da Sociedade”⁷³, cumpre, no âmbito restrito deste trabalho, estudar apenas o exemplo francês, que acaba por ser o observado com maior detença pelo próprio FOUCAULT.

A aula de 11 de fevereiro de 1976⁷⁴ inicia-se com exposição de um mito sobre a origem da França, que foi divulgado desde o início da idade Média até o final do Renascimento. Segundo tal narrativa, os fundadores da França, os francos, seriam descendentes diretos de Franco, filho do Rei Príamo de Tróia, que teria escapado do incêndio da cidade. Ora, como pôde tal história vicejar até o período do Renascimento, sendo que é totalmente omissa a respeito da existência do Império Romano e sua inegável herança na Gália? A explicação para essa aparente ilogicidade está na forte carga simbólica que tal explicação para o nascimento da França traz consigo. De fato, ao afirmar sua descendência dos troianos, os franceses colocam-se como “povo irmão” dos romanos – que também afirmavam tal ascendência – e, por conseguinte, como legítimos herdeiros de todo o legado romano. Assim, afirma-se através deste “inocente” discurso a sucessão do Império Romano pelo Império Francês, a legitimação do Direito e das Instituições francesas como sendo a continuação natural do Direito Romano; enfim, a soberania do Imperador Romano é, agora, a soberania do Rei da França. “O absolutismo do Rei valia, pois, como em Roma mesma”⁷⁵.

⁷³ Especificamente na aula de 4 de fevereiro de 1976. Idem, p. 99 a 134.

⁷⁴ Idem, pp. 135 a 166.

⁷⁵ FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...), p. 138.

A situação modifica-se a partir de 1573 – e assim permanece até o século XVII quando François Hotman introduz na França a tese de que, em verdade, os francos são germanos – e não troianos – cuja legitimação para a fundação da França está na vitória obtida sobre os opressores romanos, quando do ocaso do Império do Ocidente⁷⁶. A partir do século XVII, contudo, supera-se a idéia de descendência germânica, e passa-se a crer que, em verdade, os gauleses são indiretamente os fundadores da França, na medida em que destes descendem os próprios francos⁷⁷, assim como todos os povos da Europa. A adoção de tal tese também trazia conseqüências políticas, pois permitia a Luis XIV e, especialmente, ao cardeal Richelieu, reafirmar a existência de fronteiras entre a Gália e Roma – objetivo de política externa que se apresentava importante à época – bem como fazer sumir quaisquer diferenças de raça ou heterogeneidades entre o sistema de Direito romano e o germânico⁷⁸.

Interessante de se notar que este discurso - que funda a sociedade a partir da conquista, seja ela dos francos sobre os romanos, seja dos germanos sobre os romanos ou gauleses – que se prestou, de início, a legitimar a autoridade do Rei como herdeiro natural do legado imperial romano, é reapropriado pela nobreza francesa a partir da metade do século XVII, por intermédio de autores como BOULAINVILLIERS, D'ESTAING e BUAT-NANÇAY, e modificado para os seus fins. FOUCAULT descreve a situação da nobreza nesta época como uma luta em duas frentes: “de uma parte, contra a monarquia e suas usurpações do poder, de outra, do terceiro estado que se aproveita justamente da monarquia absoluta para invadir, por sua vez e em seu proveito, os direitos da nobreza”⁷⁹.

⁷⁶ Tal tese, segundo FOUCAULT, baseia-se noutra, muito parecida, de um teórico germânico denominado Beatus RHENANUS, com a diferença de que, para o segundo, os germânicos adentram a Gália e vencem os Gauleses e não os romanos. Idem, p. 140.

⁷⁷ Tese esta defendida por AUDIGIER e TARAULT, como traz FOUCAULT, Idem, p. 145.

⁷⁸ Idem, p. 147.

⁷⁹ FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...), p. 170.

Segundo a versão dada por BOULAINVILLIERS⁸⁰ para o nascimento da França, os francos personificavam o bárbaro absolutamente livre, governado por um Rei que nada mais é do que um chefe guerreiro eleito *ad hoc*⁸¹. Por conta disto, este povo conquistador e totalmente senhor de sua liberdade, repudia, quando da conquista da Gália, qualquer forma de adoção do modelo de soberania romano. Forma-se, com isso, o cenário para a descentralização do poder que se verifica no feudalismo.

Ainda segundo o historiador da nobreza francesa, os francos invadem a Gália e mantêm unicamente para si a capacidade bélica, pois retiram os armamentos dos gauleses, ao mesmo tempo em que lhes proíbem a distribuição de tais materiais⁸². Com isto, forma-se uma casta de guerreiros, que possuem o monopólio do poderio militar, relegando à população gaulesa as tarefas do cultivo da terra e do sérvio braçal em geral. Destarte, os gauleses mantêm a casta guerreira franca, que deles recebe tributos em troca de proteção.

A questão que deflui desta análise feita por BOULAINVILLIERS é “como a nobreza de origem franca, absolutamente livre e detentora do poder militar pôde tornar-se a nobreza da época de Luis XIV, acossada pelo monarca e assediada em seus direitos pelo terceiro estado”? Há uma série de fatores apontados pelo historiador que justificariam tal mudança cuja enumeração e explicação cá não cabem. O que deve ficar claro é que no estado de coisas em que se encontrava a nobreza no século XVII interessava retornar a um suposto *status quo ante*, historicamente demonstrado, que remontava à própria origem da França. Importava, pois, perante Luis XIV afirmar a descendência de um povo livre que, por tradição, não se submetia a monarca algum; ao mesmo tempo, importava, perante o terceiro estado, afirmar os direitos historicamente garantidos à classe guerreira, importava não tratar somente de nobreza e terceiro estado, mas, principalmente, de francos e gauleses. Com isto, em suma, situa-se a perpetuação da guerra entre duas nações – uma de dominantes e outra de dominados – dentro da mesma sociedade, para justificar as relações sociais.

⁸⁰ A obra original de Henri de BOULAINVILLIERS pode ser encontrada no seguinte endereço: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k87689j>.

⁸¹ FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...), p. 179.

⁸² Idem, p. 180.

Ao retratar as relações de poder na França como a perpetuação de uma guerra entre nações, BOULAINVILLIERS “Faz a relação de guerra penetrar em toda a relação social, vai subdividi-la por mil canais diversos e mostrar a guerra como uma espécie de estado permanente entre grupos, frentes, unidades táticas que se civilizam uns aos outros, se opõe uns aos outros, ou, ao contrário, se aliam uns com os outros”⁸³.

O que faz a nobreza é opor ao discurso histórico, que legitimava a soberania romana nas mãos do monarca absoluto, outro, que não se baseia na soberania e sim na idéia de perpetuação da guerra na sociedade. Com isto, ataca o discurso produtor de verdade criado pelos juristas régios, especializados em direito romano⁸⁴, pois faz com que as relações de poder que se encontram no seio social não sejam mais traduzíveis em termos meramente jurídicos de soberania. É a guerra, e não a soberania que alimenta as relações de poder; é a História e não o Direito, que vai descrevê-las adequadamente.

A introdução da guerra e da dominação entre nações na análise histórica acaba por ser anulada no período pré-revolucionário, quando se modifica o próprio conceito de nação. Com a obra de Emmanuel Joseph SIEYÉS⁸⁵ para que se caracterize uma nação é necessária a reunião de trabalhos particulares, sendo estes o cultivo, a indústria, o comércio e as profissões liberais⁸⁶; e as funções públicas, basicamente a Espada, a Toga, a Igreja e a Administração⁸⁷. A mudança de paradigma trazida por esta concepção é apontada por FOUCAULT: “Isto quer dizer que a peculiaridade de uma nação não é tanto dominar as outras. O que vai constituir o essencial da função e do papel histórico da nação não será exercer sobre as outras uma relação de dominação; será algo diferente; será administrar a si mesma, gerir,

⁸³ Idem, p. 194.

⁸⁴ WEBER anota o motivo da revolta da nobreza contra o saber jurídico emanado pelo monarca, dizendo que “a realeza da França dificultou extraordinariamente a desapropriação dos camponeses, pelos senhores territoriais, precisamente pela atuação de seus juristas versados no Direito Romano”. WEBER, Max. Economia e Sociedade, Vol. II, p. 519.

⁸⁵ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

⁸⁶ Idem, p. 01.

⁸⁷ Idem, p. 2.

governar, assegurar por si a constituição e o funcionamento da figura e do poder estatais”⁸⁸.

Com esta mudança, entende-se que se realiza apenas uma luta político-econômica que se dá no âmbito do Estado. Por ora, a guerra se extirpara da análise histórica. De fato, tal retirada é apenas momentânea, posto que o discurso da guerra retorna, sob outra roupagem. Para que se entenda a causa deste retorno, necessário que se estude o nascimento do biopoder, ainda no século XVIII, que escapa à análise tanto do Direito quanto das disciplinas.

Mais precisamente, a segunda metade do século XVIII vê surgir uma nova técnica de poder, diversa da disciplina, mas que não a exclui; antes disto, a complementa e dela se utiliza⁸⁹. Esta novel técnica se ocupa dos processos de conjunto, próprios da vida, como o nascimento, a morte, as epidemias, a produção, o envelhecimento etc. É o biopoder, que terá como objeto o homem enquanto espécie; a raça humana propriamente dita⁹⁰; “se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida”⁹¹.

Os instrumentos deste poder são as medições estatísticas, demográficas, os censos. A partir destes dados traçam-se políticas de natalidade, campanhas de higienização, organizam-se esquemas de previdência, regras de segurança no trabalho, com vistas sempre a aumentar a vida e diminuir as doenças e a morte.

Necessário repisar que o biopoder não substitui a disciplina. Como diz FONSECA, disciplina e biopoder são “sobrepostos, como está no texto foucaultiano. Existem saberes (como a medicina, por exemplo), que operam tanto no nível da disciplina quanto no nível do biopoder. São mecanismos, portanto, que se completaram

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...), p. 267.

⁸⁹ FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...), p. 289.

⁹⁰ Surge, com isso, a própria noção de população, FOUCAULT, Michel, op. cit. p. 292.

⁹¹ Idem, p. 289.

e operam conjuntamente(...)⁹². Do entrecruzamento destas tecnologias de poder surge uma sociedade de “normalização”⁹³.

No âmbito desta sociedade de normalização, FOUCAULT descreve duas séries: uma formada por corpo –organismo – disciplina – instituições; e a outra composta por população – processos biológicos – mecanismos regulamentadores – Estado⁹⁴. Com a oposição entre instituições e Estado, não se pode afirmar que as disciplinas operem somente nas instituições ou que o biopoder seja absolutamente estatal; de fato, tanto as disciplinas operam no âmbito do Estado – na ação da polícia, por exemplo – quanto as regulações globais do biopoder são operadas por instituições *externa corporis* em relação à estrutura estatal, como caixas de auxílio e institutos de seguro, entre outros.

Não obstante, resta evidente que o Estado é um dos grandes operadores do biopoder; o ente estatal, de fato, toma para si a tarefa de promover a vida. De se questionar, pois, como tal Estado pode conviver com a morte, ou, mais do que isso, “matar, reclamar a morte, pedir morte, mandar matar, dar a ordem de matar, expor à morte não só seus inimigos, mas mesmo seus próprios cidadãos. Como esse poder que tem essencialmente o objetivo de fazer viver pode deixar morrer? Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no biopoder⁹⁵? A resposta para tudo isto, segundo FOUCAULT, está no racismo⁹⁶, que se torna condição de operabilidade da morte na sociedade de normalização.

O racismo permite que se façam subdivisões na população, de modo a não mais se entendê-la como um corpo homogêneo. A partir disto, a justificativa da perpetração da morte tem arrêns em um fator biológico, qual seja, a fortificação da própria sociedade – verdadeira seleção darwiniana – com o intuito de permitir que sobrevivam apenas os fortes, ou melhor, os úteis.

⁹² FONSECA, Ricardo Marcelo. Op. cit. p. 114.

⁹³ Idem, *ibidem*.

⁹⁴ FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...), p. 298.

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...), p. 304.

⁹⁶ Com isto, o filósofo não quer dizer que o racismo tenha sido criado quando do desenvolvimento do biopoder. Idem, p. 306.

Com isto, o racismo introduz novamente o discurso da guerra na análise das relações de poder, não mais como a guerra de nações que descrevia BOULAIVILLIERS, mas sim transmutado em termos de raça, em termos biológicos. “A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura”⁹⁷. Os resultados da exacerbação deste tipo de análise das relações de poder se fez sentir no colonialismo do século XIX, no século XX – especialmente com o nazismo – e hoje parece tomar outra roupagem, embora com o mesmo núcleo, na guerra contra o terror.

Com isto, crê-se ter conseguido traçar uma linha histórica que vai desde a descrição das relações de poder em termos de soberania, passando pela criação do poder disciplinar e a introdução do discurso da guerra em tal análise, finalizando com a instituição do biopoder e o reaparecimento do discurso da guerra em uma “versão biológica”. Por evidente, que o discurso contrato-opressão não dá conta do biopoder, do mesmo modo que ocorre com o poder disciplinar, ocorrendo o mesmo com o princípio da separação de poderes. Aliás, oportuno, nesse momento em que já foram apresentados ambos os discursos que se propõem a explicar o poder, deixar clara a vinculação do princípio da separação de poderes ao discurso expresso na dualidade *contrato-opressão*.

À primeira vista, fundar o poder no monopólio da violência legítima, que encerra uma relação de dominação, parece vinculá-lo diretamente ao poderio bélico, e, portanto, à guerra. De fato, como já mencionado, monopólio pressupõe a existência de um estado inicial de desigualdade – em relação à capacidade de produzir violência – entre dominantes e dominados, o que implica o domínio do poderio bélico pela parte dos primeiros. Isto, contudo, não é suficiente para que se faça presente, no tradicional poder centralizado, uno, segregador e contratual, uma faceta do esquema “guerra-repressão”.

⁹⁷ Idem, p. 305.

Há de se lembrar que o poder antes conceituado exige não só a monopolização da violência; se assim fosse, bastaria a propriedade dos meios necessários a tal. Para que o poder seja encarado como tal, a relação de dominação deve ser legitimada pela crença dos dominados de que a tradição, as qualidades pessoais do soberano ou a higidez da ordem jurídica impõem tal situação. Em outras palavras, devem os dominados aceitar a dominação. Tal necessidade de aceitação dá um caráter volitivo à relação de dominação, de modo que a partir do momento em que os dominados não reconheçam mais a força da tradição, do carisma ou da lei, torna-se a dominação ilegítima; e se ilegítima, não mais exigível o respeito ao monopólio da violência que se impunha. Tal poder falece sem a legitimação.

Assim reafirma-se a influência do esquema *contrato-opressão*, já que o poder, para que tenha a característica da legitimidade, deve ser reconhecida como tal pelos dominados. O princípio da separação de poderes, ante sua vinculação a tal discurso, resta impotente para lidar com as manifestações do biopoder e do poder disciplinar. Há de se ter claro que a incapacidade do princípio da tripartição de poderes em lidar com essas manifestações de poder que não são fundadas no discurso *contrato-opressão* é a incapacidade do próprio Direito em fazê-lo. O Direito próprio da soberania, que se funda no monopólio da coação legítima parece extenuado frente à realidade, como afirma FOUCAULT⁹⁸:

Nós nos encontramos atualmente numa situação tal que o único recurso existente, aparentemente sólido, que temos é precisamente o recurso ou a volta a um direito organizado em torno da soberania, articulado sobre esse velho princípio. Isso faz com que, concretamente, quando se quer objetar alguma coisa contra as disciplinas e contra os efeitos de saber e de poder que lhe são vinculados, que se faz concretamente? O que se faz na vida? Que fazem o sindicato da magistratura ou outras instituições como esta? Que se faz, se não precisamente invocar esse famoso direito formal e burguês, que é na realidade o direito da soberania? E eu creio que nos

⁹⁸ FOUCAULT, Michel. Em Defesa (...), pp 46 e 47.

encontramos aqui numa espécie de ponto de estrangulamento, que não podemos continuar a fazer que funcione indefinidamente dessa maneira (...). Para dizer a verdade, para lutar contra as disciplinas, ou melhor, o poder disciplinar, não é na direção do antigo Direito que se deveria ir; seria antes na direção de um Direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania.

O presente estudo, como já visto, não tem a pretensão de apresentar um conteúdo novo ao princípio da separação de poderes que permita dar efetividade a tal princípio contra tais manifestações do biopoder e do poder disciplinar; restou claro que tal impotência não é só do referido princípio, mas do Direito como um todo. O objetivo aqui buscado é o de, sabendo da limitação do princípio da separação de poderes a um conceito de poder que não alberga o biopoder e o poder disciplinar, propor traços iniciais para uma nova separação dos poderes, com critérios diferentes dos tradicionais que distinguem as atividades de legislar e julgar. Não obstante, sabe-se que tal atualização serve apenas de paliativo, porquanto há de chegar o momento em que a incapacidade de se impor sobre todas as manifestações de poder tornará inevitável uma revisão do princípio da separação de poderes quanto ao conceito de poder em si. Quando isto vier a acontecer, reformar-se-á não só a separação de poderes como o Direito em si; por ora, todavia, restando claras as limitações de tal princípio, cumpre estudar algumas das teorias clássicas, que nos levaram a ente-lo como entendemos hodiernamente.

B – AS TEORIAS CLÁSSICAS DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

1 – Os Primeiros Traços: Aristóteles.

Boa parte da doutrina tem atribuído a ARISTÓTELES a primeira divisão das funções do Estado⁹⁹. Conquanto não se possa afirmar com certeza a originalidade do filósofo ao tratar desse assunto, é certo que a divisão por ele engendrada sobreviveu até os dias de hoje, podendo ser apontada, senão como o mais antigo, ao menos como um dos primeiros precedentes sobre a divisão das funções estatais.

Há quem afirme – e isso há de se frisar – que ARISTÓTELES não pode ser apontado dentre os pensadores que tratam da separação de poderes, vez que tal princípio é ortivo de um contexto histórico bastante específico, de reação da burguesia contra o absolutismo real, próprio do período imediatamente anterior à Revolução Francesa¹⁰⁰. Assim, ao se citar o estagirita, estar-se-ia incorrendo em imperdoável anacronismo.

Ora, como ficará claro, a teoria mais afamada da separação de poderes é aquela engendrada por MONTESQUIEU. Isto não significa, contudo, que este tenha sido o único pensador na História a tratar do tema; ao contrario, como já visto, a questão do poder, seus fundamentos e suas manifestações, foi objeto de interesse desde os tempos primeiros. Por certo, a sociedade em que vivia ARISTÓTELES era bastante diversa daquela que viu, na modernidade, o nascimento do princípio da separação de poderes como hoje o conhecemos. Tais discrepâncias, entretanto não anulam o valor da teoria aristotélica; se assim o fosse, de pouco valor seria qualquer conhecimento das ciências humanas produzido em outra época senão a presente, porquanto somente hoje estejam reunidas características tais que fazem deste um momento histórico único e, necessariamente, diverso dos passados. A diversidade do momento histórico vivido por ARISTÓTELES não retira, e sim acrescenta valor a sua teoria.

⁹⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. “Teoria Geral do Estado”. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 406; BONAVIDES, Paulo. “Ciência Política”. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136; MORAES, Alexandre de: “Constituição do Brasil Interpretada”. São Paulo: Atlas, 2002, p. 137.

¹⁰⁰ “*Sob este prisma deve-se compreender o princípio da Separação de Funções como uma reação ao absolutismo monárquico, cujo ápice é demonstrado por Luis XIV, através da expressão L’Etat c’est moi (...). Isso permite afirmar, Aristóteles não pode ser considerado um doutrinador do princípio da Separação de Funções. Este princípio constitui uma reação da então emergente burguesia contra o absolutismo monárquico cerceador dos direitos individuais*”. GALVÃO FILHO, Luciano Américo, op. Cit. p. 321.

ARISTÓTELES nasceu em 384 a.C., na cidade de Estagira, Macedônia, filho de Nicômaco, médico da família de Amintas, então rei macedônio. Ao que tudo indica, ainda em tenra juventude, tendo falecido seu progenitor, foi ARISTÓTELES entregue à guarda de Proxenus¹⁰¹. Com dezessete anos, em 367 a. C., o filósofo vai a Atenas e lá permanece como discípulo de Platão, na “Academia”, até a morte deste último, em 347 a. C., partindo então para a Ásia Menor e retornando à sua terra natal em 343 a.C.. De volta à Macedônia, é apontado por Felipe, filho de Amintas, como tutor do jovem Alexandre, que mais tarde seria alcunhado de “o grande”. Com o assassinio de Felipe em 336 a. C., ARISTÓTELES retorna a Atenas onde funda sua própria escola de filosofia, o Liceu; permanece em Atenas até 335 a.C., vindo a falecer um ano depois, na cidade de Calcis.

Os estudos aristotélicos trataram dos mais diversos objetos de conhecimento: desde a classificação dos animais¹⁰² até a Ética e a Política. Seu estilo, pelos escritos que alcançaram nossos dias, é conciso e sistemático, embora, por vezes, monótono. Tal se deve ao fato – hoje extreme de dúvida – de que os escritos aristotélicos que conhecemos são, em verdade, notas de aula; portanto, não livros, propriamente ditos¹⁰³.

¹⁰¹ EVERSON, Stephen. *The Politics and The Constitution of Athens*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005, p. X.

¹⁰² A importância de ARISTÓTELES como observador do mundo natural é, por vezes, ignorada por aqueles que se concentram nos aspectos de sua obra mais afetos às ciências humanas. Não obstante, suas contribuições para as ciências naturais resultaram nos rudimentos de áreas do conhecimento como a biologia e a medicina. Bertrand RUSSEL noticia que algumas das descobertas aristotélicas em tais áreas só foram complementadas em tempos recentes, historicamente falando: “*A sua obra sobre a classificação dos animais pertence, como dissemos, ao seu período acadêmico. Durante sua permanência no Egeu, ele dedicou-se às pesquisas sobre biologia marinha, campo no qual deu contribuições que só foram aperfeiçoadas no século XIX*”. RUSSEL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

¹⁰³ Bertrand RUSSEL traz a seguinte crítica, comparando os estilos de escrita platônico e aristotélico: “*Pertence ao segundo período ateniense a maior parte do que nos chegou como escritos de Aristóteles. Nem todos são realmente livros. Parece haver pouca dúvida de que parte do corpus aristotélico se baseia em notas de aulas. Assim, Aristóteles parece ser o primeiro escritor de livros didáticos. Algumas das obras, inclusive, parecem notas tomadas por estudantes. Como resultado, o estilo de Aristóteles é bastante monótono e sem inspiração, embora se saiba que ele também escreveu diálogos à maneira de Platão. Nenhum destes sobrevive, mas é evidente, a partir do resto, que Aristóteles não foi uma figura literária da estatura de Platão. Enquanto Platão escreveu obras-primas dramáticas, Aristóteles criou áridos livros escolares. Enquanto Platão produziu abundantes e criativos diálogos, Aristóteles formulou tratados sistemáticos*”. *Idem*. p. 124.

Dentre esses escritos, que sobreviveram até os tempos hodiernos, encontra-se “A Política”, obra na qual o pensador de Estagira não só engendra uma teoria sobre a natureza e a função do Estado, estudando suas possíveis constituições, como, igualmente, trata de temas subsidiários a tal discussão, mas não por isso de somenos importância, como igualdade, justiça, propriedade, cidadania e as causas da estabilidade social e da revolução. “A Política” é uma obra que se encaixa em uma série de trabalhos aristotélicos a respeito das relações humanas, ao lado de trabalhos como a “Ética a Nicômaco”, a “Ética a Eudemo”¹⁰⁴, e seria complementada pela coleção de constituições das diferentes cidades-estado da época que foram coligidas pelo Liceu. Destas constituições, a única restante é a “Constituição de Atenas”¹⁰⁵, na qual o filósofo – ou um de seus seguidores¹⁰⁶ – faz uma descrição detalhada do funcionamento da cidade-estado ateniense, desde os tempos de Sólon, até a época do próprio Aristóteles.

No livro sexto de “A Política”, ARISTÓTELES analisa, genericamente, as diferentes formas de constituições, as quais se identificariam diretamente com a *polis*, de modo que, alterada a constituição de uma cidade-estado, alterada, igualmente a *polis*¹⁰⁷. Para o filósofo, as três espécies de *constituições puras* seriam: a realeza, a aristocracia e a república. Além destes espécimes puros, haveriam formas deturpadas de governo: a tirania, quanto à realeza; a oligarquia, quanto à aristocracia; e a democracia, que seria a deturpação da república¹⁰⁸. Cada uma das espécies de governo, *puras* ou *deturpadas*, adequar-se-ia a este ou àquele Estado, de acordo com as suas características¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Durante algum tempo houve controvérsia a respeito da autoria de tal trabalho ser realmente de ARISTÓTELES: “*In the nineteenth century it was considered to be by Aristotle’s pupil Eudemus, rather than Aristotle himself but is now generally accepted as a genuine member of the Aristotelian corpus, and, indeed, as important to the study of Aristotle’s ethical theory as the NE (‘Ética a Nicômaco’)*”. EVERSON, Stephen, op. Cit. p. XII.

¹⁰⁵ Para um comentário detalhado do texto original da Constituição de Atenas ver MOORE, J. M. Aristotle and Xenophon on Democracy and Oligarchy. Berkeley: University of California Press, 1986, pp. 208-310.

¹⁰⁶ Idem, ibidem.

¹⁰⁷ Idem, p. 65.

¹⁰⁸ ARISTÓTELES: “Política”. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 173.

¹⁰⁹ Explica o filósofo de Estagira: “*Veremos, depois, entre outros tipos de governo, qual o que se deve preferir para este ou para aquele Estado; pois pode suceder que para um a democracia seja mais necessária do que a oligarquia, e para outro, contrariamente, seja esta mais conveniente do que aquela.*” Idem, p. 174.

A divisão, em si, das funções primordiais do Estado aparece somente no Capítulo XI, onde ARISTÓTELES, após ter distinguido as diferentes formas de governo, passa a explicar como as funções estatais se organizam em cada uma das diferentes *constituições*. Inicia o filósofo do seguinte modo o capítulo mencionado:

Existe (sic) em todo o governo as três partes nas quais o legislador consciente deve fazer valer o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem formadas, o governo é necessariamente bom, e as diversidades existentes entre tais partes formam os diversos governos. Uma dessas três partes está com o encargo de resolver sobre os negócios públicos; a segunda é aquela que desempenha as magistraturas – e aqui é necessário estabelecer quais as que devem ser criadas, qual precisa ser a sua autoridade especial, e como devem ser eleitos os juizes. A terceira é aquela que fornece a justiça. A parte de resolução resolve de modo soberano sobre a guerra, sobre a paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, dá a sentença da morte, o exílio, o confisco, e passa em exame as contas do Estado¹¹⁰.

Por evidente, do trecho citado, vê-se que a divisão descrita pelo estagirita não se encaixa exatamente naquilo que se entende hoje como separação de poderes. Reinhold ZIPPELIUS explana a divisão aristotélica, traduzindo-a em termos mais atuais:

Aristóteles distinguiu três âmbitos de funções do Estado: primeiro, as tarefas de um “poder deliberativo e decisório”, designadamente quanto à aprovação das leis, às relações externas (alianças, guerra e paz) e à nomeação e responsabilidade de magistrados; segundo, as funções decisão e injunção, atribuídas aos magistrados; e em terceiro lugar, a jurisdição. Expôs a utilidade de uma distribuição das funções no âmbito das tarefas do Estado¹¹¹.

¹¹⁰ “A Política”, p. 199.

¹¹¹ Op. cit. p 406.

Esta separação entre um *corpo deliberativo*¹¹², as *magistraturas*¹¹³ e os *tribunais*¹¹⁴ não encerrava uma divisão orgânica do Estado, na qual cada órgão exercia uma função de forma específica. De fato, a divisão aristotélica das funções se dá de modo a ser preponderante o *corpo deliberativo*, que o filósofo define como sendo o “real soberano do Estado”¹¹⁵.

Por tal razão, a classificação feita pelo pensador de Estagira não traz consigo o verdadeiro ideal do que, mais tarde, entender-se-ia como o princípio da separação de poderes. Darcy AZAMBUJA afirma, veementemente que “Aristóteles, se discriminou os órgãos, confundiu as funções, pois deu à assembléia o conjunto de todas as atribuições, sendo os dois outros órgãos simples delegações suas, sem atribuições bem definidas”¹¹⁶.

Embora pareça clara a confusão apontada pelo doutrinador, há de se ter em mente que os ensinamentos de ARISTÓTELES não tinham como escopo realizar uma divisão organicista do Estado; esta – se ocorre – é mera consequência do raciocínio empregado pelo filósofo. É que o objetivo do livro VI de “A Política”, em que se insere, incidentalmente, a divisão das funções do Estado, é, em verdade, a análise dos diferentes tipos de governo. O foco está, então, não na descrição das atribuições estatais propriamente ditas, mas sim na análise de como se conformam, socialmente, a assembléia, as magistraturas e os tribunais, em cada uma das espécies de governo, ou seja, qual o papel atribuído a cada um desses órgãos nas diferentes espécies de polis.

Necessário lembrar que a complementar “A Política” está o estudo aristotélico das constituições, do que só nos restou “A Constituição de Atenas”. Nesta obra fica evidente que o interesse do filósofo grego reside no estudo das diferentes constituições das cidades-estado e no modo como cada uma se organizava; não por

¹¹²“A Política”, p. 202.

¹¹³ Idem, ibidem

¹¹⁴ Idem, 207.

¹¹⁵ “A Política”, p. 202.

¹¹⁶ AZAMBUJA, Darcy. “Teoria Geral do Estado”. Porto Alegre: Editora Globo, 1983, p. 177.

acaso, ao descrever a Constituição ateniense, ARISTÓTELES dá posição sobranceira ao Areópago, o que de fato ocorria em tal cidade-estado¹¹⁷. Quiçá o estagirita - assim como acontecerá com MONTESQUIEU e a Constituição Inglesa, séculos depois - tenha tornado teoria, aplicável a todas as hipóteses, o exemplo pratico que a Constituição Ateniense lhe trazia.

Para entender o real sentido dos escritos aristotélicos, mais uma vez, interessantes os escritos de ZIPPELIUS, que afirma ter o filósofo grego explicado “de modo comparativo, que grupo social participaria nas funções mencionadas. Em Aristóteles encontram-se afirmações pragmáticas sob o tema “mistura e meio”. Em primeiro plano, porém, não estava a organização formal do Estado, mas sim o equilíbrio social”¹¹⁸. Este equilíbrio social não era um equilíbrio entre classes, já que somente os cidadãos poderiam tomar parte na vida política da polis, da qual metecos e escravos estavam, por definição, excluídos¹¹⁹; era um equilíbrio dos diferentes órgãos, todos ocupados por cidadãos, dentro das constituições - puras ou impuras - de cada cidade-estado. Como não existe, para o estagirita, uma constituição ideal - sendo, por exemplo, a oligarquia preferível à democracia, dependendo do estado - a conclusão a que chega é a de que a melhor constituição é aquela capaz de gerar um estado de equilíbrio entre as riquezas, de modo a não serem estas nem muito exacerbadas, nem escassas por demais¹²⁰.

Embora de valor histórico inegável, a divisão efetuada por ARISTÓTELES não teve repercussão factível em sua época, deixando para o pensamento iluminista a definição das idéias que, mais tarde, figurariam no bojo do princípio da separação de

¹¹⁷ MOORE, J.M., op. Cit. p. 246.

¹¹⁸ Op. cit. p. 406.

¹¹⁹ Para o estagirita, escravos e estrangeiros não gozavam da cidadania, e isso se dava pela própria natureza das coisas. Interessante, neste sentido a seguinte explanação sobre a concepção aristotélica da escravidão: “*Para Aristóteles, a escravidão faz parte da própria natureza, de modo que o escravo nasce para ser escravo e é na sua função de escravo que ele realiza a finalidade para a qual existe. Ele não sacrifica nada, pois sua natureza não exige mais do que lhe compete na sociedade. Assim, a própria natureza, por exemplo, dispõe que a família se componha de vários elementos, o homem que governa, a mulher que a perpetua, o escravo que a serve e o filho que virá a exercer papel idêntico ao do pai. Suprimindo o escravo, a existência de seu dono na polis estará comprometida, visto que é o trabalho do escravo uma das condições para que o amo participe da comunidade política*”. BRUGNERA, Nedislo Lauro. A Escravidão em Aristóteles. Porto Alegre: Grifos, 1998, p. 104.

¹²⁰ RUSSEL, Bertrand. Op. Cit. p. 149.

poderes¹²¹. De fato, ainda que trace um esboço de separação das funções do estado, tal é meramente incidental na obra aristotélica, sendo o objetivo do filósofo diverso daquele que animará os mais reconhecidos teorizadores sobre a separação de poderes.

Deste modo, embora alguns autores¹²² tenham, neste grande interregno, tratado sobre temas que influenciaram as idéias vindouras, credita-se a John LOCKE a configuração moderna da separação de poderes. Por este motivo, serão estudadas as idéias do filósofo inglês com maior detença, a seguir.

2 – Bipartição de Poderes, Tripartição de Funções: John Locke.

Embora o “Espírito das Leis” de MONTESQUIEU seja a obra mais afamada por ter enunciado o princípio da separação de poderes, reserva-se lugar especial para a doutrina de John LOCKE. Este, como menciona a maioria dos autores, pode ser tido como o verdadeiro precursor da teoria de separação dos poderes, tendo influenciado, inclusive, a obra de MONTESQUIEU¹²³.

John LOCKE nasceu em Wrington, no Sommerset, aos 29 de agosto de 1632, ortivo de um lar puritano, quiçá de educação rígida¹²⁴. Seu pai, oficial de justiça, ao que parece travava relações com pessoas abastadas e importantes, como é caso de Alexander Popham, cujo patrocínio talvez tenha propiciado a LOCKE o ingresso na escola de Westminster e, em seguida, no Christ Church de Oxford¹²⁵. Neste estabelecimento começou os estudos de medicina – nunca praticada, senão como

¹²¹ Neste sentido a crítica feita por Celso Ribeiro BASTOS: “O valor da descoberta aristotélica é muito relativo. Em nada influenciou a vida política durante, no mínimo, o milênio que se seguiu à sua vida”. “Curso de Direito Constitucional”, p. 342.

¹²² Paulo BONAVIDES cita as obras de MARSÍLIO de Pádua (*Defensor Pacis*), GROTIUS, WOLF e PUFFENDORF; mais tarde, BODIN, SWIFT e BOLLINGBROOKE. Op. cit. p. 136. ZIPPELIUS acrescenta a estes PLATÃO, POLÍBIO, CÍCERO, MAQUIAVEL e ALTHUSIUS Op. cit. p. 406.

¹²³ Assim em: Paulo BONAVIDES (op. cit. p. 136), Darcy AZAMBUJA, Op. cit. p. 177, Eros Roberto GRAU GRAU, Eros Roberto “O Direito Posto e o Direito Pressuposto”. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 226.

¹²⁴ Tal não impediu, contudo, que LOCKE nutrisse com seu pai uma relação da mais verdadeira amizade, como noticia LEROY, com base em diários do próprio pensador inglês. LEROY, André-Louis. Locke. Lisboa: Edições 70, 1985, p. 10.

¹²⁵ DUNN, John. Locke. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 17.

amador¹²⁶ – sendo que, por intermédio de um médico – David Thomas – veio a conhecer Lord Ashley, figura de proeminência política na corte de Carlos II, que viria a se tornar seu amigo e financiador. De fato, no período em 1667 a 1683, em que Ashley, então conde de Shaftsbury, alternou entre figura mais poderosa da corte e principal opositor do governo, a fortuna de LOCKE seguiu o destino da de seu amigo, aumentando ou diminuindo de acordo com as circunstâncias¹²⁷. Com a perda do prestígio político, após ter sido preso por duas vezes por Carlos II, Lord Ashley foge para a Holanda, em 1683, sendo seguido por LOCKE, cuja associação íntima a Shaftsbury não foi ignorada¹²⁸.

Costuma-se a afirmar¹²⁹ que na Holanda LOCKE teria escrito os Dois Tratados sobre o Governo Civil, obras de capital importância, especialmente para o presente trabalho¹³⁰. Não obstante, dada a profundidade de tais escritos, o mais certo parece ser que LOCKE tenha apenas concluído tais trabalhos nos países baixos, sendo a publicação em 1690 em muito posterior.

Tal tese ganha força quando se atina para o fato que o primeiro tratado foi escrito para refutar a obra “O Patriarca de Robert FILMER, que defendia a peculiar idéia segundo a qual o poder absoluto do monarca tinha origem no poder primeiro, exercido por Adão sobre Eva e seus filhos, o que remete a origem da sociedade – e do poder social – à família, em si, tida como uma pequena monarquia¹³¹. Ocorre que FILMER – um autor cuja grandeza não está em outra coisa senão na contestação que lhe dirigiu LOCKE – faleceu em 1653, tendo sido publicado “O Patriarca” em 1680, dez anos antes, portanto, da publicação dos tratados. Seria pouco provável que LOCKE, dez anos depois da edição da obra de FILMER, tivesse o trabalho de dedicar um tratado à refutação de uma obra que já tinha sido abandonada, em virtude das próprias

¹²⁶ LEROY, André-Louis. Op. Cit. p. 11.

¹²⁷ DUNN, John. Op. Cit. p. 18.

¹²⁸ LEROY, André-Louis. Op. Cit. p. 13.

¹²⁹ É o que noticia BOBBIO em BOBBIO, Norberto. Locke e o Direito Natural. 2ª edição. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 162.

¹³⁰ De se notar que LOCKE não tratou somente de temas afetos à Ciência Política; o filósofo inglês deu importantes colaborações nas áreas da metafísica e da epistemologia, como deixa claro Michael AYERS em AYERS, Michael. Locke: Idéias e Coisas. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

¹³¹ LEROY, André-Louis. Op. Cit. p. 21.

circunstâncias históricas, tendo sido quebrantada a monarquia absolutista pela revolução de 1688¹³². O mais certo, por conseguinte, parecer ser admitir que o “Primeiro Tratado” foi escrito contemporaneamente à publicação de “O Patriarca”.

Quanto ao “Segundo Tratado”, que muitos acreditam ter sido escrito para refutar HOBBS, foi, em verdade, igualmente dirigido à obra de FILMER¹³³, embora algumas de suas críticas possam ser aplicadas aos escritos hobbesianos, onde, igualmente, encontra guarida o Poder Absoluto, mas fundado não no paternalismo, e sim no contrato social, fundamento este não estranho ao próprio LOCKE¹³⁴. É nessa obra que LOCKE busca examinar a origem, os fins e os modos do governo civil¹³⁵, tratando do tema específico da divisão dos poderes do Estado no capítulo XII, sob a rubrica: “Dos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo da Comunidade”.

Ao poder Legislativo, o pensador gaélico atribui a tarefa que julga mais importante, qual seja a de definir como se utilizará a força que possui a comunidade unida, no intuito de sua própria preservação. Assim o é, na medida em que John LOCKE faz da lei o instrumento que permite a harmonização das forças individuais de cada partícipe da sociedade, ao definir quais os limites da propriedade de cada indivíduo¹³⁶.

¹³² “Podia haver boas razões para que um amigo de Shaftsbury – como Locke – tomasse da pena para rejeitar as teses de Filmer, quando elas foram publicadas, mas não havia razão explicação para que Locke se desgastasse, em um período de sua vida em que o tempo devia ser um bem precioso, para demolir uma ruína”. BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p. 163.

¹³³ Idem, p. 165.

¹³⁴ Inobstante em que data tenham realmente sido escritos os tratados, LOCKE antecede historicamente ao ápice dos contratualistas, representado pela obra “Do Contrato Social”, de ROUSSEAU, só publicada em 1762. No “Segundo Tratado Sobre o Governo” já se encontram, ainda incipientes, as linhas mestras do que depois viria a ser a base da obra de Jean Jacques ROUSSEAU, consubstanciadas na idéia de que, ao se reunirem em sociedade, os homens abrem mão do poder que possuíam em estado de natureza, embasando assim o poder social. Diz LOCKE: “Assim, mesmo o que tem o direito de seu lado, não possui geralmente mais do que a própria força individual, que não é suficiente para se defender de agressões ou punir delinqüentes. Para evitar esses percalços que perturbam o homem no estado de natureza, estes se unem em sociedade para que a somatória de suas forças reunidas lhes garanta e assegure a propriedade, e para desfrutarem de leis fixas que a limitem, que esclareçam a todos o que lhes pertence”. LOCKE, John: “Segundo Tratado Sobre o Governo”. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 101.

¹³⁵ No título completo de sua obra lê-se: “Segundo Tratado Sobre o Governo – Ensaio Relativo à Verdadeira Origem, Extensão e Objetivo do Governo Civil”.

¹³⁶ Vide nota 22.

LOCKE enumera duas características do Poder Legislativo: i) o fato de ser ele o poder supremo da coletividade, ao qual se subordinam os outros poderes; ii) o caráter temporário de que se reveste, por tratar-se, para o filósofo, de poder que não deva reunir-se permanentemente, só o fazendo de maneira sazonal, e quando a circunstância lho exigisse¹³⁷.

Ab initio, o filósofo inglês vincula a atividade do Legislativo ao estrito cumprimento do poder que lhe confere a coletividade. Deste modo, uma vez que o Legislativo agisse contra os interesses¹³⁸ do povo, este teria o direito de destituir o órgão legiferante, constituindo-o novamente com indivíduos outros, que exercessem o poder de legislar de acordo com os valores caros à coletividade.

Em última análise, se o Legislativo, conquanto poder supremo, pode ser dissolvido pelo querer popular, o verdadeiro poder súpero encontra-se nas mãos do povo. Contudo, esse poder último não se manifesta em situações ordinárias, como adverte o filósofo: “Podemos, pois, afirmar que a comunidade, nesse aspecto, é ela mesma o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, uma vez que este poder do povo só se manifesta quando se dissolve o governo”.¹³⁹

Destarte, salvantes as hipóteses em que o Legislativo haja de modo descuidado em relação à conservação dos interesses da coletividade, será ele o poder supremo. Tal conclusão é natural para John LOCKE, na medida em que será de responsabilidade do Legislativo a feitura das Leis, às quais os outros poderes deverão obediência.

¹³⁷ Op. Cit. p. 106, 109 e 111. Hoje, dado o sem-número de projetos de lei pendentes de discussão e votação no Brasil, causa certo gáudio a leitura de trecho em que o filósofo justifica a desnecessidade de reunião permanente do Legislativo: “*Ora, as leis vigoram permanentemente e devem sempre ser praticadas, e, como se podem elaborar em curto prazo, não há necessidade de exercitar tal poder constantemente, pois nem sempre teria no que se ocupar*”. Op. cit p. 106.

¹³⁸ Esses interesses seriam a liberdade e a propriedade, o que se justifica quando se tem em mente importância que tais direitos tinham no projeto burguês. Não é de se esperar, pois, que direitos de 2^a, ou 3^a gerações – ou dimensões, como quer a doutrina hodierna – figurassem nos escritos de LOCKE. A base de sua teoria está justamente na preservação da propriedade e da liberdade, que se dá pela instituição de Leis.

¹³⁹ Op. cit. p. 109.

Além do Legislativo, LOCKE prevê, também, a existência de um poder Executivo¹⁴⁰, ao qual caberia, em sentido bastante amplo, a execução das leis criadas pelo primeiro poder. Esta capacidade de executar as leis dá-se, segundo o pensador inglês, por delegação do Legislativo, que resguarda a faculdade de revogá-la, tomando para si a execução dos comandos legais, ou deslocando-a a outra pessoa ou órgão¹⁴¹. Contudo, dado não ser aconselhável, segundo o filósofo, que se mantivesse o Legislativo permanentemente reunido, ao Executivo – este sim, instituído permanentemente – caberia a tarefa de concitar o Legislativo a reunir-se periodicamente, ou em situações de necessidade¹⁴².

Esta função do Executivo, de conclamar o Legislativo a formar-se e reunir-se, não o coloca acima desse último poder. Segundo LOCKE, tal função encerra um *encargo fiduciário*¹⁴³ feito em prol da segurança do povo. A idéia é a de que, como não seria possível aos primeiros organizadores da sociedade antever todas as situações em que se faria necessária a reunião do poder Legislativo, se deixou sob a responsabilidade do Executivo, permanentemente constituído, a definição das situações nas quais impende, em defesa do interesse público¹⁴⁴, reunir-se o órgão legislativo.

À primeira vista, este aspecto intermitente do poder Legislativo, que tem suas reuniões condicionadas ao chamamento de um Executivo perene, poderia significar a total predominância do segundo poder sobre o primeiro; afinal, onde estaria a tal *supremacia* do poder Legislativo, se, ao que parece, poderia o Executivo impedi-lo de reunir-se? O escrito lockiano oferece resposta a essa pergunta, na medida em que caracteriza a situação ilustrada como hipótese de exercício de força sem a autoridade e fora dos parâmetros do encargo que é confiado ao Executivo; em poucas palavras, tal

¹⁴⁰ “*Todavia, como mesmo as leis elaboradas rapidamente e em prazo curto têm validade permanente e duradoura, precisando de execução e assistência constante, torna-se necessária a existência de um poder também permanente que execute as leis em vigor. E assim, os poderes legislativo e executivo são freqüentemente separados*”. Op. cit. p. 106.

¹⁴¹ Com isso, reafirma-se a superioridade que atribui LOCKE ao Legislativo. Diz o filósofo: “*O poder executivo, a não ser que seja depositado em alguém que também tenha parte no legislativo, está flagrantemente subordinado e sob a responsabilidade deste; pode ser mudado ou deslocado*”. Op. cit. p. 111.

¹⁴² Op. cit. p.112.

¹⁴³ Idem, ibidem.

¹⁴⁴ Afinal, zelar pelo bem público é, para LOCKE, função precípua do Executivo. Idem, p.113.

hipótese caracterizaria um verdadeiro *estado de guerra contra o povo*, que autorizaria o revide popular com a ablação do titular do poder Executivo¹⁴⁵.

Além dos poderes Legislativo e Executivo, John LOCKE prevê um terceiro poder, chamado de Poder Federativo¹⁴⁶. Este poder teria sua base na coletividade. Segundo o raciocínio empreendido pelo filósofo, toda a coletividade possui um dito *poder natural*, que corresponde justamente ao poder que todos os seus compartes possuíam antes de se agregarem. O concurso dos diversos indivíduos para a formação de um grupo social lhe dá, em relação aos outros grupos e indivíduos que lhe são estranhos, o aspecto de uma unidade¹⁴⁷. Assim, uma vez que um grupo ou indivíduo externo a esta unidade cause dano a um dos seus membros, toda a comunidade, como corpo único – em estado de natureza, tanto como os indivíduos que o compõem – empenha-se na sua reparação, bem como na resolução das controvérsias correlatas. Enfim, todo o raciocínio que embasa o poder Federativo resume-se na seguinte afirmação feita por LOCKE: “Assim, neste aspecto, uma comunidade é um único corpo em estado de natureza relativamente aos demais estados ou pessoas que não lhe pertencem”¹⁴⁸.

A tal Poder Federativo¹⁴⁹ cabe fazer a guerra e a paz, promover pactos e alianças com outros Estados ou, genericamente, comunidades; cabe-lhe, também, curar das relações entre a coletividade e indivíduo a ela alheio. Trata-se, nas palavras

¹⁴⁵ O raciocínio do filósofo baseia-se na própria definição que dá ao poder Legislativo e na importância que lho atribui (Vide nota 22). A partir do momento que a lei é o instrumento último para garantir a convivência em sociedade e, por conseguinte, a sobrevivência humana, qualquer um que vise impedir a criação da lei está a atentar contra a própria sobrevivência da coletividade, o que autoriza o uso, por parte desta última, da força bruta. Op. cit. p. 112.

¹⁴⁶ Esta nomenclatura não é o que mais importa ao filósofo, que se contenta se for entendido o conceito do Poder Federativo, como bem observa Eros Roberto GRAU Op. cit. p. 227.

¹⁴⁷ Vide nota para referencia semelhante raciocínio, engendrado por ROUSSEAU.

¹⁴⁸ Op. cit. p. 107.

¹⁴⁹ Do mesmo modo que ocorre com o poder Executivo, o poder Federativo é outorgado a uma pessoa ou órgão pelo poder Legislativo, supremo, podendo ser cassado, sempre que se escape das finalidades coletivas. Assim ensina LOCKE: “*Embora o legislativo confie a execução das Leis a outras mãos, guarda para si o poder de retomá-la, se houver motivo e de punir uma má administração das leis. O mesmo se diga do poder federativo, pois este e o executivo são ministeriais e subordinados ao legislativo, que como vimos, é supremo em uma comunidade organizada*”. Op. cit. p. 111.

do autor, da “*gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela*” além da gerência “*dos benefícios ou danos por ela causados*”¹⁵⁰.

Quanto à conformação dos poderes, interessante observar que o filósofo menciona, explicitamente, a necessidade de uma separação *física*¹⁵¹ dos poderes Executivo e Legislativo, colocando-os sob a titularidade de indivíduos ou órgãos distintos. Caso o poder de criar as leis fosse exercido pela mesma pessoa que as executasse, poderia haver deturpação dos fins coletivos a que a Lei deve atender, tornado-se esta instrumento de tirania e opressão, em avilte à liberdade e à propriedade do povo. O Poder Judiciário, que não consta como Poder autônomo na obra lockiana, fica contido, ao que parece, na estrutura do Poder Legislativo, uma vez que tal poder é incumbido da feitura das leis e da distribuição da justiça, genericamente falando¹⁵².

A exigência de separação entre os poderes Executivo e Legislativo não se verifica em relação aos poderes Executivo e Federativo; LOCKE, inclusive, aconselha que se encontrem sob titularidade comum, dado o fato de que no exercício de ambos se faz mister o domínio da força da coletividade. Caso outorgados esses poderes a pessoas distintas, quando houvesse divergência entre estas, cindir-se-ia a própria força da sociedade, o que poderia causar sua desestruturação¹⁵³.

Dessarte, pode-se afirmar que LOCKE efetua uma tripartição das funções do Estado¹⁵⁴, repartindo-as em dois órgãos distintos¹⁵⁵. Daí BOBBIO a afirmar que os

¹⁵⁰ Op. Cit. p 107.

¹⁵¹ “*Poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis tenham também nas mãos o poder de executá-las, isentando-se de obediência às leis que fazem, e com a possibilidade de amoldar a lei, não só na sua elaboração como na sua execução, a favor de si mesmos, tornando-se uma classe com interesse distinto dos demais, divergente da finalidade da sociedade e do governo.*” LOCKE, op. cit. p. 106.

¹⁵² BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p. 233.

¹⁵³ Assim afirma, *ipsis verbis*, LOCKE: “*Embora, como vimos, os poderes executivo e federativo de uma comunidade sejam de fato distintos entre si, seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos de pessoas distintas. Ambos exigem a força da sociedade para seu exercício, e é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou seja, os poderes executivo e federativo em pessoas que poderiam divergir, levando com isso a força da sociedade a ficar sob comandos diferentes, o que, em muitos casos, poderia ocasionar desordens e desastres*”. Op. cit. p. 108.

¹⁵⁴ Legislativa, executiva e federativa.

¹⁵⁵ Legislativo e executivo+federativo.

poderes descritos por LOCKE são apenas dois: o Legislativo e o Executivo¹⁵⁶. Contudo, há quem, descrevendo a obra do filósofo, tenha percebido não três, mas quatro poderes ou funções. O quarto poder seria o que o pensador inglês chama de *prerrogativa*, descrita a partir do capítulo XIV do “Segundo Tratado Sobre o Governo e o Estado”¹⁵⁷.

Sem menoscabo aos defensores da tese citada, não parece que a dita *prerrogativa* constitua um verdadeiro poder, como o são o Executivo, o Legislativo e o Federativo, na obra de John LOCKE. Conquanto a defina no capítulo XIV de sua obra, ao final do capítulo antecedente – como que para preparar ao leitor – o filósofo ânglico deixa transparecer qual o conceito de *prerrogativa*: “*O poder do executivo nada mais é do que a prerrogativa de prover ao bem público na ocorrências imprevistas ou insólitas, quando as leis fixas e inalteráveis não podem orientar com segurança; portanto, tudo o que foi feito manifestamente para o bem do povo e para o estabelecimento do governo sobre bases verdadeiras é e será sempre uma prerrogativa correta*”¹⁵⁸.

LOCKE partia do pressuposto, em tudo verdadeiro, de que é impossível ao legislador antever todas as diferentes situações que podem ocorrer na vida em sociedade. Assim, podem existir hipóteses em que a lei não regre, ou regre de maneira por demais genérica, certa situação social, a qual carece, entretanto, de resolução pelo Estado. Assim, quando a situação fática que se antolha não encontra equivalência no regre da lei, cabe ao Executivo suprir-lhe lacuna ou complementar-lhe o sentido, sempre tendo de olho o bem comum.

A prerrogativa não se configura como um poder autônomo, no sentido de ser uma função estatal diversa da executiva. Trata-se de um poder, no sentido de ser uma faculdade do Executivo de resolver, de acordo com o bem comum, certa situação

¹⁵⁶ Op. Cit. p. 231.

¹⁵⁷ Paulo BONAVIDES perfila-se dentre os que entendem ser a *prerrogativa* um quarto poder descrito por LOCKE, ao afirmar: “*Locke, menos afamado que Montesquieu, é quase tão moderno quanto este, no tocante à separação dos poderes. Assinala o pensador inglês a distinção entre os três poderes – executivo, legislativo e judiciário – e reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa. (...) A prerrogativa, como poder estatal, compete ao príncipe, que terá também a atribuição de promover o bem comum onde a lei for omissa ou lacunosa*”.

¹⁵⁸ Op. cit. p. 114.

social. Tal faculdade só pode ser utilizada em hipóteses excepcionais, quando a Lei não seja suficiente para reger um fato social que se apresenta ao governante¹⁵⁹.

LOCKE define a prerrogativa, no capítulo XIV:

Chama-se 'prerrogativa' a este poder de agir pela discricção a favor do bem público, sem a prescriçã da lei e, com freqüência até contra ela. Sabemos que em alguns governos o poder legislativo nem sempre está ativo e é, em geral, numeroso e lento para acompanhar a rapidez que a execução requer, e também porque é impossível prever, e portanto contemplar com leis as infinitas vicissitudes que afetam o público, nem tampouco fazer leis que sejam executadas rigorosamente sobre todas as pessoas que a elas fiquem expostas; por isso existe certa flexibilidade no poder executivo para levar a efeito muitas ações que as leis não prescrevem ditadas pela discricção¹⁶⁰.

Quando o autor empresta à *prerrogativa* a nomenclatura de *poder* não o faz do mesmo modo de que quando se refere aos poderes Legislativo, Executivo e Federativo. *Poder*, nesse caso, é sinônimo de faculdade, de capacidade, que se insere dentro do poder Executivo; tal faculdade, por evidente, será exercida sempre no mesmo sentido da Lei, ou seja, na realização do bem público¹⁶¹.

¹⁵⁹ “*Nem sempre os legisladores podem prever, e prover por meio de leis, tudo aquilo que é útil à comunidade, portanto o executivo, tendo o poder nas mãos, pela lei comum da natureza, tem o direito de lançar mão dele para o bem da sociedade, nos muitos casos em que falte a direção da lei, até que o Legislativo, em reunião apropriada, sane a falha*”. Op. cit. p. 116.

¹⁶⁰ Op. cit. p. 117. Há de se ter em mente que a prerrogativa não se confunde com o que temos como atividade discricionária da Administração Pública; esta consiste na possibilidade de o administrador, ante dada situação concreta para a qual a Lei preveja mais de uma solução, efetuar uma escolha dentre as hipóteses legais, baseando-se em critérios de conveniência e oportunidade. A discricionariedade, diferentemente da *prerrogativa* lockiana, dá-se, necessariamente, de acordo com a lei.

¹⁶¹ LEROY, André-Louis. Op. Cit. p. 23.

Parece claro que não há falar, pois, em quatripartição de poderes na obra de LOCKE¹⁶². O certo é que o pensador inglês efetuou, como já dito, uma tripartição das funções estatais, dividindo-as em dois órgãos diferentes.

Mesmo tendo-se em conta que a divisão de poderes perpetrada por LOCKE não vislumbra o Judiciário como poder autônomo, é inegável sua importância. Na obra do pensador inglês ressalta-se a importância da separação de poderes – ainda que tal separação se desse somente entre Legislativo e Executivo – como um instrumento para impedir o abuso do poder, negando de vez a possibilidade de um soberano absoluto, senhor de todo poder social.

De fato, além de dividir o exercício das funções estatais LOCKE claramente as legitima no povo, na coletividade. Com isso, afasta-se a idéia de um poder manado da pessoa do rei. O poder, definitivamente, é impessoal, sendo embasado na somatória do poder individual de todos os partícipes da sociedade. Da mesma forma que a coletividade adquire uma personalidade inconfundível com a de seus membros, o poder da coletividade passa a ser de titularidade dessa novel pessoa, porquanto ambos sejam resultado da congregação dos homens em sociedade. Aqueles que exercem as funções estatais, portanto, o fazem em nome do povo e para o bem deste. Caso se desviem desses objetivos, os poderes Legislativo, Federativo e Executivo – nesse sentido, como órgãos estatais – podem ser destituídos pelo próprio povo, que exerce o seu poder soberano nos momentos em que os poderes instituídos fogem do que deve ser seu móvel primordial: a conservação dos interesses coletivos e da coletividade em si.

Assim, mais do que a nomenclatura ou do que a divisão das funções empregada por LOCKE, o que de mais importante subsiste em sua obra é a necessidade de se dividir as funções do Estado em órgãos diferentes, para que, com isso, impeça-se que aqueles no exercício de tais funções as utilizem contrariamente ao bem coletivo, em fustigo da liberdade e da propriedade.

¹⁶² Exemplo de quadripartição dos poderes pode ser encontrado na obra de Benjamim CONSTANT, a qual se analisará subsequente. Como será visto CONSTANT prevê os seguintes poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador. De certa maneira, pode-se confundir o que LOCKE chama de *prerrogativa* com o poder Moderador. Contudo, diferentemente do que ocorre com a prerrogativa, o poder Moderador é instituído de modo autônomo e independente na organização estatal, não sendo exercido por nenhum dos outros poderes estatais.

Essa essência da obra de LOCKE parece ter sido captada por MONTESQUIEU o qual, como será visto a seguir, é creditado pelo aperfeiçoamento de muitas idéias ortivas na obra lockiana. Não obstante, há de ficar claro, LOCKE promove uma separação de poderes substancialmente diferente da de MONTESQUIEU: enquanto o primeiro vê como resultado da separação a subordinação do Executivo ao Legislativo, para o segundo há, como corolário da separação de poderes uma coordenação entre tais¹⁶³. No tópico seguinte restarão claras as diferenças entre o raciocínio dos dois pensadores, a partir do momento em que se aprofunde o estudo da teoria de MONTESQUIEU.

3 – A Tripartição de Poderes: Montesquieu.

Como já visto, a separação das funções do Estado não é idéia nova, podendo ser encontrada de forma mais rudimentar na obra de ARISTÓTELES. LOCKE, por sua vez, também tratou da divisão das funções do Estado, ressaltando-lhe a utilidade como instrumento apto a coibir os abusos de poder por parte de seus detentores. Não obstante, ainda que vários pensadores¹⁶⁴ tenham traçado as linhas da separação de poderes do Estado, é somente com MONTESQUIEU que ela ganha o desenho reconhecido hodiernamente.

Charles de Secondat, futuro barão de MONTESQUIEU, nasceu em la Brède, nas proximidades de Bordeaux, em 18 de Janeiro de 1689; faleceu em Paris, em 1755. Filho de um oficial da guarda do rei de França, neto e sobrinho de um Presidente do Parlamento de Bordeaux, ficou órfão de mãe aos 11 anos de idade. O seu ensino básico foi entregue aos Oratorianos do colégio de Juilly, localidade situada a nordeste de Paris, que freqüentou em companhia de dois primos, e onde lhe foi ministrada uma

¹⁶³ BOBBIO, atento a esta diferença, frisa o seguinte: “A solução de Locke nada tem a ver com a teoria do equilíbrio dos poderes, porque sustenta a separação entre Legislativo e Executivo, no sentido preciso de que fazer as leis e aplica-las são funções que devem ser atribuídas a órgãos distintos, o Parlamento e o Rei, mas não atinge a sua coordenação. Locke sustenta que, uma vez separados, os dois poderes devem ficar subordinados um ao outro; precisamente o poder executivo deve estar subordinado ao legislativo”. BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p. 236.

¹⁶⁴ Vide nota 122.

educação clássica. Regressado a Bordeaux, em 1705, realizou os estudos jurídicos necessários à sua entrada no Parlamento local, herdando assim o título nobiliário e a função de conselheiro, antes pertencentes ao seu tio¹⁶⁵.

Embora tenha publicado antes obras como “As Cartas Persas” e “Considerações sobre a Causa da Grandeza dos Romanos e de sua Decadência”, as quais lhe granjearam popularidade como filósofo, é com a publicação de “O Espírito das Leis”, em 1748, na cidade de Genebra que MONTESQUIEU deixa sua marca indelével na história do pensamento humano.

Atualmente, a maioria dos autores¹⁶⁶ credita a MONTESQUIEU, em o “Espírito das Leis”, a definição da teoria da separação dos poderes que se tornou emblemática no direito constitucional, encerrando um dos princípios fundamentais do constitucionalismo liberal¹⁶⁷, tendo sido adotada pela grande maioria das Constituições modernas¹⁶⁸. Tamanha foi a popularidade dessa divisão que a *Declaração Fundamental dos Direitos do Homem e do Cidadão*, da Constituição Francesa de 1789, afirmava que o Estado que não consagrasse o princípio da separação de poderes seria um Estado sem Constituição¹⁶⁹.

A teoria da separação dos poderes é tratada no livro XI de “O Espírito das Leis”. Aos prolegômenos, já é possível estabelecer qual o principal objetivo da teoria de MONTESQUIEU. Assim como LOCKE, o filósofo francês tem na separação de poderes instrumento para se garantir a liberdade. Por essa razão, o referido livro de sua obra trata das relações da constituição do Estado com as leis que formam a liberdade política.

¹⁶⁵ STAROBINSKI, Jean. Montesquieu. Paris: Editions du Seuil, 1989.

¹⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. “Curso de Direito Constitucional”, p. 343 e ss, BONAVIDES, Paulo, op. cit. p. 137 e ss, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: op. Cit. p. 131 e 132, CANOTILHO, José Joaquim Gomes : “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. 4 edição. Coimbra: Almedina, p. 114 e 115, ZIPPELIUS, op. cit. p. 408, dentre outros.

¹⁶⁷ BONAVIDES, Paulo op. cit. p. 137.

¹⁶⁸ A teoria da tripartição de poderes alcançou popularidade tamanha, a ponto de viger inclusive no Estado Vaticano, não obstante as críticas à teoria feitas pelo estado pontífice, quando da criação daquela. A respeito do tema, ver MESTRE, Achille. La Séparation de Pouvoirs dan L’Église catholique in Revue du Droit Public. Spetembre-October 1996. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1996, pp. 1265-1290.

¹⁶⁹ “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation de pouvoirs déterminée, n’a point constitution”. CANOTILHO, op. cit. p. 114.

Destarte, o primeiramente buscado por MONTESQUIEU é a definição do que seria liberdade. Isto, pois, comumente, se confundia a liberdade com a possibilidade de se fazer o que se bem entende. O pensador francês contraria essa concepção, pois lhe parece ilógico que em um Estado – por definição, uma sociedade governada pelas leis – seja possível que cada cidadão faça o que bem entende. Por conseguinte, a liberdade, em um Estado democrático, consistiria em “poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar”¹⁷⁰. Liberdade, pois, em sentido mais óbvio, é a possibilidade de se fazer tudo aquilo que as leis facultam, sendo que essa aparente restrição legal sobre as condutas ilícitas é, em verdade, a garantia daquela faculdade¹⁷¹.

Para MONTESQUIEU, a liberdade nunca seria encontrada na democracia ou na aristocracia, mas, somente, no que chama de *Estados moderados*. Mesmo nesses últimos, contudo, nem sempre haveria a liberdade, a qual nunca subsiste onde há o abuso do poder, que o filósofo atribui à própria natureza humana, em dizer célebre: “a experiência eterna nos mostra que todo o homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo até que encontre limites”¹⁷².

Esses limites a que alude o pensador devem estar arraigados na Constituição do Estado, formando-se uma estrutura na qual “o poder contenha o poder”¹⁷³. MONTESQUIEU, analisando a Constituição da Inglaterra, acredita ter encontrado um Estado possuidor da referida estrutura de contenção do poder pelo poder. Por tal motivo, no capítulo VI do já mencionado livro XI de “O Espírito das Leis”, é analisada, especificamente, a Constituição inglesa¹⁷⁴.

¹⁷⁰ MONTESQUIEU: “Do Espírito das Leis”. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 164.

¹⁷¹ “Se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas (as leis) proibem, não teria mais liberdade, uma vez que os outros teriam também esse poder”. Idem, ibidem.

¹⁷² Op. cit. p, 164.

¹⁷³ Idem, 165.

¹⁷⁴ MONTESQUIEU tem a Constituição inglesa como paradigma para a teoria da separação de poderes. Mais do que isso, pode se dizer que a separação de poderes é, para o filósofo, reflexo da estrutura organizacional trazida pela Constituição Inglesa. MADISON, em “O Federalista”, ressalta a importância da Carta Constitucional inglesa para MONTESQUIEU: “A Constituição inglesa era para Montesquieu o que é Homero para todos os escritores didáticos sobre poesia épica. Do mesmo modo que os poemas do cantor de Tróia têm sido para os últimos o modelo por experiência de onde devem partir todos os princípios e todas as obras do mesmo gênero devem ser julgadas, assim o escritor francês tinha encarado a Constituição inglesa como verdadeiro tipo da liberdade política, e nos deu, na forma de

Já no início do livro VI, o filósofo de França distingue as três espécies de poder encontráveis em qualquer Estado: o poder Legislativo, o poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder Executivo das coisas que dependem do direito civil. Conquanto a nomenclatura não seja coincidente com a divisão entre Legislativo, Executivo e Judiciário – comum hoje –, da explanação das funções que compõem cada poder deflui, naturalmente, sua correspondência com a denominação atual, mormente após a explicação empreendida pelo autor:

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos, simplesmente, “o poder executivo do Estado.”¹⁷⁵

Assim, traduzindo de maneira bastante simplória os ensinamentos do autor, temos que: ao Legislativo cabe a tarefa de fazer as Leis, de revogá-las ou retificá-las; ao Executivo, cabem tanto as tarefas de administração interna, como a manutenção segurança, a conservação das obras públicas etc, bem como as tarefas relativas às relações interestatais, como os atos de paz e guerra e o estabelecimento de agentes diplomáticos. Por fim, ao Judiciário cabe, simplesmente, o *poder de julgar*, com o qual resolvem-se as controvérsias individuais¹⁷⁶.

MONTESQUIEU afirma que a liberdade não existirá quando os poderes por ele enumerados forem reunidos sob a titularidade de um mesmo indivíduo ou corpo de indivíduos. Por conseguinte, o poder Executivo deve estar separado do poder

verdades elementares, os princípios característicos deste sistema particular”. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; DAY, John. “O Federalista”. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 124.

¹⁷⁵ Op. cit. p. 165 e 166.

¹⁷⁶ Tendo como paradigma a teoria de LOCKE, percebe-se o avanço de MONTESQUIEU. O filósofo francês reuniu as funções federativa e executiva da teoria lockiana sob o poder Executivo e instituiu, no lugar do poder Federativo, o poder Judiciário.

Legislativo, com o fito de impedir “que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente”¹⁷⁷. Do mesmo modo, o poder de julgar deve estar separado dos poderes Legislativo e Executivo, para que o juiz não possua o poder de criar leis que embasem seus julgamentos arbitrários, ou de executar, com força tirânica, tais julgamentos.

Quanto à conformação orgânica dos citados poderes, MONTESQUIEU afirma, curiosamente, que somente os órgãos legislativos e executivos devem ser fixos, sendo os tribunais de formação intermitente. Os tribunais *ad hoc*, existentes somente durante certas épocas do ano, seriam uma maneira de anular o *terrível*¹⁷⁸ poder de julgar, cuja terribilidade residiria no fato de ser o único poder que se manifesta em relação a um cidadão específico, a um indivíduo¹⁷⁹. Além disso, também para reduzir a força do poder de julgar, dever-se-ia disponibilizar ao réu a faculdade de escolher os seus julgadores; ou de recusar tantos, que os restantes coincidissem com a escolha do acusado.

A anulação do poder de julgar defendida pelo filósofo francês não se encerrava na temporaneidade dos tribunais e na escolha dos juizes pelos acusados; a isto, para MONTESQUIEU, deveria acrescer-se a total fixidez dos julgamentos, não sendo o juiz mais do que um repetidor da Lei. Os julgamentos, pois, deveriam ser fiel reprodução da vontade geral do Estado expressa na Lei, mitridatizados de qualquer opinião pessoal do juiz. Com isto, aos cidadãos garantir-se-ia certeza de que as obrigações que lhes cabem são, tão-somente, as contidas em Lei, já que somente esta é capaz de estipular quais os compromissos assumidos pelo indivíduo por conta de sua congregação em sociedade¹⁸⁰. O juizes “mais que a boca que pronuncia as palavras da lei”, são verdadeiros “seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força

¹⁷⁷ Op. cit., p. 166.

¹⁷⁸ Idem, p. 167.

¹⁷⁹ “Os dois outros poderes (legislativo e executivo) poderiam ser, preferivelmente, dados a magistrados ou a corpos permanentes, porque eles não atuam sobre nenhum indivíduo, sendo um apenas a vontade geral do Estado e outro tão-somente a execução dessa vontade geral.” Idem, ibidem.

¹⁸⁰ Assim expressa-se MONTESQUIEU: “Entretanto, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto fixo da lei. Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos.” Idem, p. 167 e 168.

nem o rigor”¹⁸¹. Dessarte, mesmo nos casos em que a Lei fosse por demais gravosa ao cidadão, seria impossível ao Juiz agir em favor da efetiva justiça, moderando o rigorismo legal. Quando a rjeza da Lei fosse exacerbada, caberia, para MONTESQUIEU, ao próprio Poder legislativo “moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela”¹⁸².

Quanto ao poder Legislativo, deve este ser exercido por representantes, dada a inconveniência e, em alguns casos, a impossibilidade do povo, como um todo exercer tal poder. O mandato recebido pelos representantes do povo deve ser um mandato geral, que não carece de confirmações específicas para cada votação, de modo que, uma vez eleito o representante pelo povo, assume-se que o primeiro manifesta sua vontade de acordo com o segundo, não sendo necessária nova consulta popular para cada votação¹⁸³.

O abeberar-se de MONTESQUIEU na Constituição inglesa é bastante evidente quando se analisa a conformação orgânica que o autor dá ao Legislativo. Tendo à vista o modelo inglês, MONTESQUIEU afirma que devem haver duas câmaras legislativas distintas: uma formada por representantes eleitos pelo povo – uma *câmara de comuns* – e outra formada por nobres, cujos cargos se transmitem hereditariamente, como a *câmara dos Lordes* da Inglaterra¹⁸⁴.

¹⁸¹ Op. cit. p. 172.

¹⁸² Idem, ibidem.

¹⁸³ MONTESQUIEU é enfático ao limitar à escolha dos representantes a participação do povo (como um todo) no governo: “*Havia um grande vício na maioria das antigas repúblicas: o povo tinha o direito de tomar resoluções ativas que requerem certa execução, coisa que ele de modo algum é capaz. Ele só deve tomar parte no governo para escolher seus representantes, e isso é tudo o que pode fazer. Porque, se há poucos indivíduos que conhecem o grau preciso da capacidade dos homens, cada um será, porém, capaz de saber, em geral, se aquele a quem escolheu é mais esclarecido que a maioria dos outros.*” Op. cit. p. 169.

¹⁸⁴ O fato de MONTESQUIEU ter como exemplo um sistema bicameral em que um dos órgãos legislativos é formado somente por nobres, cujo cargo é hereditário, não deve ser visto com estranheza e nem considerado contraditório aos valores que o autor expõe no início do livro décimo primeiro de “O Espírito das Leis”. A câmara de nobres presta-se a equilibrar as votações legislativas, a fim de que a liberdade de todo o povo não seja sinônimo da opressão aos nobres. Assim o filósofo justifica a existência de uma câmara legislativa composta exclusivamente por nobres: “*Sempre há, em um Estado, indivíduos que se distinguem pelo nascimento, pelas riquezas, ou pelas honras; mas, se eles se confundissem com o povo e só tivessem direito a um voto, como os outros, a liberdade comum seria sua própria escravidão, e eles não teriam nenhum interesse em defendê-la, já que a maioria das resoluções seriam contrárias a eles. Sua participação na legislação, portanto, deve ser proporcional às outras*

Esse sistema bicameral, segundo preconizava o filósofo francês, deveria funcionar de tal modo que não houvesse prevalência de desígnios específicos, nem do povo, nem da nobreza. Para tal fim, cada câmara, dependendo da situação, possuiria faculdades especiais, quais fossem, a *faculdade de estatuir* e a *faculdade de impedir*, que são definidas por MONTESQUIEU do seguinte modo: “*Chamo faculdade de estatuir o direito de ordenar por si próprio ou de corrigir o que foi ordenado por outro. Chamo de faculdade de impedir o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro, e era nisso que constituía o poder dos tribunos de Roma*”¹⁸⁵.

Segundo MONTESQUIEU, dada a hereditariedade dos cargos na câmara dos nobres, estes poderiam, na votação de leis cruciais, buscar somente a defesa de seus interesses particulares, em detrimento do povo. Para que tal situação não ocorresse, nas hipóteses específicas em que pudesse ser por demais tentada a corromper-se, a câmara dos nobres deveria possuir somente a *faculdade de impedir* e não a *faculdade de estatuir*. Em outras palavras, em questões que pudessem despertar na nobreza a ambição de legislar somente em favor de seus interesses (como, v.g. nas leis orçamentárias), só lhe seria possível o direito de veto; à assembléia popular, tão-só, caberia decidir sobre o conteúdo das leis.

Quanto ao poder Executivo, MONTESQUIEU afirma ser ideal que esteja em mãos de um monarca, e não de um órgão colegiado. É que o Executivo, por atuar na administração pública, deve ser capaz de ações rápidas, que não se coadunam com os debates e deliberações ínsitos aos órgãos coletivos. Caso não houvesse o monarca e o

vantagens que possuem no Estado; e é o que ocorrerá se eles formarem um corpo que tenha o direito de impedir os empreendimentos do povo, tal como o povo tem o direito de impedir os deles.” Op. cit. p. 169.

¹⁸⁵ A chamada faculdade de impedir é, em suma, o que se conhece como poder de veto. Não por acaso, MONTESQUIEU a exemplifica com a citação dos tribunos de Roma, os quais, como se vê no pequeno histórico trazido doravante, possuíam tal faculdade: “*Os tribunos são representantes (chefes) das tribus. O tribunado da plebe foi criado, segundo a tradição, em 494/493, quando se verificou a primeira secessão da plebe. Os poderes dos tribunos foram selados com um juramento sagrado (a lex sacra). (...)O poder deles deriva do fato de serem invioláveis (sacrosancti, sacrosancta potestas).(...)Valiam-se da intercessio, da obnuntiatio, da coercitio (direito de impor os decretos da plebe e os próprios direitos).”* CANFORA, Luciano: “Júlio César: o ditador democrático”. Trad. Antônio da Silveira Mendonça. São Paulo: Estação Liberdade, 2002, p. 493. O mesmo autor traz o seguinte conceito de *intercessio*, enumerada por ele dentre as prerrogativas dos tribunos: “*no âmbito do direito público, é o direito de veto de um magistrado com relação a um outro magistrado de igual grau ou inferior em se tratando de senatusconsultum, rogationes submetidas aos comícios e de decretos dos magistrados. Também os tribunos da plebe, embora não fossem magistrados, tinham o direito da intercessio*”. Idem, p. 488.

Executivo fosse confiado a um grupo de indivíduos advindos do legislativo, estar-se-ia a suprimir a liberdade, já que Legislativo e Executivo estariam unidos.

A partir do exposto acima, poder-se-ia afirmar que a separação entre os poderes é absoluta. Tal, entretanto, não se confirma quando se estuda com mais detença a obra de MONTESQUIEU; a separação preconizada é, por excelência, uma separação orgânica de poderes, cuja idéia central é a de que não pode haver liberdade se existirem órgãos estatais que acumulem mais de uma das atividades que MONTESQUIEU atribui aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal, contudo, não se confunde com uma separação de poderes absoluta, na qual não existe qualquer tipo de comunicação na atuação dos diferentes poderes.

Analisando-se a obra de MONTESQUIEU conclui-se que as teorias do filósofo contemplam a existência de áreas de interpenetração entre os poderes Executivo e Legislativo¹⁸⁶, que possuem faculdades que visam impedir a predominância total de um sobre o outro. Assim, do mesmo modo que em LOCKE¹⁸⁷, o Legislativo não deve permanecer reunido permanentemente, cabendo ao Executivo a tarefa de conclamá-lo a reunir-se. MONTESQUIEU explica que “se o poder executivo não tem o direito de controlar os empreendimentos do corpo legislativo, este tornar-se-á despótico, pois, como pode atribuir a si todo o poder que pode imaginar, destruirá todos os poderes”¹⁸⁸.

Se, por um lado, o Executivo possui a capacidade de determinar quando ocorrerão as reuniões do Legislativo, este último também exercerá uma espécie de controle sobre o Executivo; não impedindo sua atuação, já que o referido poder executivo apresenta-se permanentemente instituído¹⁸⁹, mas fiscalizando a correta

¹⁸⁶ Não se menciona o poder Judiciário já que este é, na opinião de MONTESQUIEU, nulo. Não vislumbrava, pois, o filósofo, qualquer possível atuação do Judiciário que pudesse comunicar-se com o agir dos demais poderes.

¹⁸⁷ Vide nota 30.

¹⁸⁸ Op. Cit., p. 171.

¹⁸⁹ MONTESQUIEU não previu uma espécie de controle do Legislativo que impedisse o agir do Executivo, por ter como exemplo, mais uma vez, os tribunos da plebe de Roma: “Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de refrear o poder executivo, porque, tendo a execução limites por sua natureza, seria inútil limitá-la, considerando-se, além disso, que o poder executivo é exercido sempre sobre coisas momentâneas: o poder dos tribunos de Roma era prejudicial porque vetava não só a legislação como também a execução, o que causava grandes males”. Op. Cit., p.

execução das leis. Assim, a fiscalização realizada pelo Legislativo é a garantia de que o executar das leis nada mais é do que a própria expressão da vontade geral nelas insculpida¹⁹⁰.

A comunicação entre Executivo e Legislativo também ocorre no processo legislativo. Conquanto seja o legislar o mister primordial do poder Legislativo, cabe ao executivo tomar parte na feitura das Leis, não exercendo uma *faculdade de estatuir*, e sim exercendo uma *faculdade de impedir*; cabe, portanto, ao legislativo determinar conteúdo das Leis, as quais só ganharão vigência na ausência de veto do poder Executivo¹⁹¹.

Por outro lado, se ao Executivo é dado tomar parte no processo legislativo, cabe ao poder Legislativo importante papel na definição do pressuposto mais importante à execução das leis: o orçamento. É que MONTESQUIEU descreve a previsão orçamentária sendo feita anualmente, por meio de lei¹⁹².

Por mais claros que sejam os exemplos acima citados, Simone GOYARD-FABRE explica, com fundamento nos escritos de Charles EISENMANN, que há uma certa “tentação separatista” nos juristas do século XX, que insistem em enxergar na teoria de MONTESQUIEU uma separação absoluta de poderes¹⁹³; segundo tal interpretação, Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e absolutos no exercício de suas funções, inexistindo qualquer espécie de colaboração. Assim como os planos paralelos, que nunca se cruzam no espaço, os poderes separados exerceriam suas funções “ao infinito”, sem que qualquer interferência de seus pares.

171. As limitações da execução a que alude MONTESQUIEU são as que decorrem do fato de que tal atividade é totalmente vinculada à Lei; trata-se, pois, da execução daquilo que a Lei prevê, sem espaço para criação.

¹⁹⁰ “Contudo, se em um estado livre o poder legislativo não deve ter o direito de cercear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que modo as leis que ele promulgou foram executadas”. MONTESQUIEU, Op. Cit., p. 171.

¹⁹¹ Op. cit. p. 173.

¹⁹² Op. cit. 174. Caso o Legislativo deixasse a cargo do Executivo a definição do orçamento, ou mesmo legislasse sobre o orçamento uma única vez, perderia sua liberdade, já que o poder executivo estaria totalmente livre para definir sobre a aplicação dos recursos financeiros. Idem, ibidem.

¹⁹³ GOYARD-FABRE, Simone. La Philosophie du Droit de Montesquieu. Seconde Edition, revue et corrigée. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1979, p. 320.

Tal separação abstrata e absoluta de poderes, como bem aponta ALTHUSSER¹⁹⁴, tornou-se verdadeiro mito, ainda a povoar o imaginário jurídico.

Em verdade, de acordo com o que foi visto, irretorquível o dizer de BARACHO¹⁹⁵:

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

De fato, resta evidente que o sistema de tripartição dos poderes descrito por MONTESQUIEU previu a possibilidade de um poder exercer controle sobre o outro; tal controle, contudo, dá-se na medida exata para que se tenha garantido o equilíbrio entre os poderes, evitando-se o império de um sobre os outros. Trata-se, pois, de um sistema que dá à separação de poderes uma consequência diversa daquela prevista por LOCKE: não a subordinação de um poder ao outro, mas o equilíbrio¹⁹⁶ e a coordenação dos poderes; EISENMANN foi mais longe, falando em verdadeira fusão de poderes¹⁹⁷. Em última análise, o sistema descrito pelo filósofo francês busca a liberdade

¹⁹⁴ ALTHUSSER, Louis. Montesquieu, a Política e a História. 2ª edição. Lisboa. Editorial Presença, 1977, p. 129.

¹⁹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Organização do Poder. A institucionalização do Estado in Revista de Informação Legislativa n. 90 abril-junho 1986. Brasília: Senado Federal, 1986, pp. 5-34.

¹⁹⁶ BOBBIO, comparando a obra de MONTESQUIEU à de LOCKE, explica como qual a solução encontrada por MONTESQUIEU frente à separação de poderes: “A solução que visa a coordenação dos poderes é a que foi elaborada teoricamente por Montesquieu e será acolhida pela Constituição dos Estados Unidos da América: sua idéia inspiradora é que só quando os poderes máximos do Estado se colocam em um mesmo plano, podem ser controlados. Consequentemente, só desse controle recíproco, que leva a uma situação de equilíbrio dos poderes, deriva o maior obstáculo ao despotismo e, portanto, a maior garantia da liberdade aos cidadãos”. BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p. 236.

¹⁹⁷ ALTHUSSER afirma que a “segunda audácia de EISENMANN consistiu em mostrar que, na verdade, em Montesquieu não se tratava da separação, mas de combinação, de fusão, e de ligação dos poderes”. ALTHUSSER, Louis. Op. Cit. p. 132. A interpretação de EISENMANN sobre a tripartição de poderes não é ela própria isenta de críticas, como se vê em BACOT, Guillaume. L’Espirito des lois, la séparation de pouvoirs et Charles Eisenmann in Revue du Droit Public. Mai-Juin 1992. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1992, pp. 617-656.

dos poderes, de cuja possibilidade de controle sobre outro poder é mera garantia; vale dizer: um poder só intervém em outro para garantir a própria liberdade. A liberdade dos poderes é, por sua vez, a garantia da liberdade dos indivíduos, já que onde houver a preponderância de qualquer dos poderes haverá ambiente propício à tirania e ao poder desregrado.

Por fim, duas conclusões são de extrema importância quando se estuda o sistema de tripartição de poderes descrito por MONTESQUIEU: a primeira é inexistência de uma separação absolutamente rígida entre poderes ilimitados dentro de seu âmbito de atuação; ao contrário, o filósofo, como já visto, preconizava um sistema em que o poder contivesse o poder, o que pressupõe uma certa dose de ingerência de cada poder nas esferas de atuação de seus pares. A segunda conclusão é a de que MONTESQUIEU, por acreditar na nulidade do poder Judiciário, não previu qualquer forma de controle deste poder sobre os outros, de modo diverso do que ocorre com o Legislativo e o Executivo, ambos possuidores de prerrogativas que lhes permitem intervir nos âmbitos dos outros poderes. Retornar-se-á a estas conclusões mais adiante.

Interessante agora é notar que outros filósofos debruçaram-se sobre a Constituição inglesa e não vislumbraram a mesma tripartição de poderes que lhe atribuía MONTESQUIEU. À guisa de exemplo, pois, será estudada teoria de Benjamin CONSTANT sobre a separação das funções do Estado, teoria esta que gozou de popularidade no Brasil, dada sua adoção pela Constituição outorgada por Dom Pedro I em 1824.

4 – A Constituição Inglesa como Base para a Quadripartição de Poderes: Benjamin Constant.

A descrição feita por MONTESQUIEU sobre a Constituição inglesa, que deu origem à teoria da tripartição dos poderes, não é única. Há quem tenha observado a referida *Lex fundamentalis* e vislumbrado outra formatação que não a descrita por MONTESQUIEU em sua teoria. Tal é, precisamente, o caso de Benjamin CONSTANT.

Este segundo filósofo, posteriormente a MONTESQUIEU, usou a Constituição inglesa para exemplificar sua teoria sobre a quatripartição dos poderes. Além dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário CONSTANT verificou a existência de um poder Real ou Moderador:

Na Inglaterra, não se pode fazer nenhuma lei sem a ajuda da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns. Não se pode praticar nenhum ato sem a assinatura de um ministro, nem ditar-se uma sentença por tribunais independentes. Mas, uma vez tomadas as precauções, a Constituição inglesa usa o poder real para pôr fim a toda luta perigosa e restabelecer a harmonia entre os demais poderes. Se a ação do Poder Executivo torna-se perigosa, o rei destitui os ministros. Se a Câmara dos Lordes torna-se inconveniente, o rei lhe dá um novo rumo mediante a instituição de novos pares. Se a Câmara dos Comuns se mostra ameaçadora, o rei usa seu veto ou dissolve essa Câmara. Enfim, se a própria atividade do Poder Judiciário é perniciosa, aplicando a atos individuais penas gerais demasiadamente severas, o rei modera mediante o exercício de seu direito de graça¹⁹⁸.

O poder exercido pelo rei seria uma espécie de *poder neutro*, cujo escopo era garantir a harmonia entre os três poderes restantes, evitando que qualquer um deles preponderasse sobre os outros. Daí, pois, nomear-se-lhe, também, de *poder moderador*, tendo em vista seu agir ser sempre de forma a atenuar ou restringir os excessos dos outros poderes e mediar-lhes os conflitos.

Esta neutralidade do poder Moderador era a própria expressão da posição sobranceira do rei em relação aos homens comuns. O fato de ser o monarca

¹⁹⁸ CONSTANT, Benjamin: "Princípios Políticos Constitucionais". Trad. Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 75.

inviolável¹⁹⁹ lhe garantiria o distanciamento e a serenidade para decidir os embates entre os outros poderes de forma absolutamente justa e desinteressada das ambições mundanas que àqueles movem²⁰⁰.

O poder Moderador do rei distingue a monarquia constitucional da monarquia absolutista. É que no segundo caso o monarca não se limita à titularidade do poder moderador; ao contrário, é ele que, direta ou indiretamente, cria as leis, as executa e julga os casos concretos. Já no caso das monarquias constitucionais, o rei possui apenas o poder Moderador, o qual não se trata de um poder de criação, mas sim de um poder de contenção. A este poder de contenção, neutro por natureza, opõe-se o poder ministerial, que se caracteriza pela ação. CONSTANT destaca que “*o caráter neutro e puramente preservador do poder real é indiscutível. Comparando, todavia, o poder real e o ministerial, é evidente que somente o segundo é ativo, já que, se não quisesse fazer, o primeiro não encontraria nenhum meio de obrigá-lo, mas também nenhuma possibilidade de atuar sem ele*”²⁰¹.

Os escritos de Benjamin CONSTANT encontraram aplicação prática no Brasil imperial, dada a adoção de uma divisão quatripartite das funções estatais pela Constituição outorgada em 1824, mais especificamente em seu artigo 98²⁰². A titularidade do poder moderador cabia ao imperador²⁰³, inviolável pelos seus atos²⁰⁴.

¹⁹⁹ A inviolabilidade do monarca justificava-se não só pela sua posição especial em relação aos súditos, mas também pelas conseqüências que poderiam advir de sua responsabilização. Como alerta Benjamin CONSTANT: “*Nunca se poderá pensar em exigir responsabilidade de homens cuja queda interromperia as relações externas e deteria as engrenagens interiores do Estado. Pode-se sublevar a sociedade para vingar os direitos de um, de dez, de cem, de mil cidadãos espalhados numa superfície de trinta mil léguas quadradas? A arbitrariedade seria irremediável, porque o remédio será sempre pior que um mal menor. Os culpados escaparão, quer pelo uso que façam de seu poder corruptor, quer porque os acusadores tremem diante da possibilidade de suas acusações causarem um grande mal ao edifício constitucional. Com efeito, para contestar a violação de uma lei particular poderá pôr em perigo o que serve de garantia a todas as leis: a Constituição*”. *Idem*, p. 82.

²⁰⁰ CONSTANT vê o rei como um ser etéreo, cujo poder é sacrossanto, em oposição a qualquer outra forma de poder profano que possa existir na sociedade. O filósofo afirma que “*um monarca hereditário pode e deve ser inviolável; é um ser à parte, situado no píncaro do edifício. Sua atribuição particular, que perdura não somente nele, senão em toda sua estirpe, desde seus antepassados até seus descendentes, o separa de todos os indivíduos de seu império*”. *Idem*, p. 80.

²⁰¹ *Op. cit.*, p. 84.

²⁰² “*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 mais Poderes Políticos.*”(sic)

²⁰³ “*Art. 101 (caput). O Imperador exerce o Poder Moderador*”.

Esta irresponsabilidade do monarca, como já visto, era parte importante da teoria de CONSTANT e fundava a própria capacidade de atuação do poder Moderador nas esferas dos outros poderes.

Embora a teoria de Benjamin CONSTANT possa, *prima facie*, parecer inovativa quando comparada com a tripartição de poderes engendrada por MONTESQUIEU, tal novidade é relativa. É que conquanto CONSTANT tenha identificado um novo poder – o poder Moderador – não se apresenta qualquer modificação substancial no princípio basilar, que informa tanto a tripartição quanto a quatripartição de poderes, qual seja, o princípio pelo qual o poder deva *conter o poder*. Analisando-se o texto da Constituição Imperial brasileira, percebe-se que as atribuições²⁰⁵ dadas ao poder Moderador buscam dar ao titular de tal poder – o imperador – a possibilidade de corrigir os excessos praticados pelos demais poderes. Assim, a quatripartição de poderes institui um poder cujas competências prestam-se a garantir a harmonia e a independência dos demais poderes. Curiosamente, no afã de se garantir a independência e a separação dos poderes, cria-se um poder que é capaz de intervir em todos os outros.

José Antônio Pimenta BUENO, comentado a Carta Imperial, define qual a natureza e o objetivo do poder moderador:

²⁰⁴ “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”. (sic)

²⁰⁵ O art. 101 da Constituição Imperial trazia o rol de competências do poder Moderador. Nos incisos I a V, encontram-se competências que encerram intervenções no poder Legislativo, seja nomeando senadores, dissolvendo a assembléa ou participando do processo legislativo. No inciso VI, está a previsão da competência do imperador para nomear e demitir, livremente, os ministros de Estado, que, segundo a concepção de CONSTANT, integravam o poder Executivo. Por fim, nos incisos VII a IX, estão presentes formas de intervenção do poder Moderador na atuação do Judiciário, o que se dava pela concessão de graça, anistia ou, até mesmo, com a demissão de magistrados. O texto do citado art. 101 era o seguinte: “Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43; II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império; III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62; IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87; V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua; VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado; VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154; VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença; IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.” (sic).

O poder moderador, cuja natureza a Constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos que ela criou são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com os outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação²⁰⁶.

Como se depreende da leitura do trecho citado acima, o poder Moderador reúne competências que, para MONTESQUIEU, atribuíam-se ao Executivo – como o sancionar das leis, a nomeação de ministros, a convocação e dissolução do Legislativo – e ao Legislativo – a moderação dos julgamentos do Judiciário – não havendo, pois, novo conteúdo na quatripartição de poderes, salvo a atribuição de competências já existentes a um novo poder. A base da teoria da tripartição dos poderes, todavia, permanece inalterada. Em suma, a *quatripartição dos poderes* coaduna-se, neste sentido, com a *tripartição dos poderes*.

Isto posto, conclui-se que, independentemente da constituição orgânica de cada Estado, existindo nele uma estrutura que preze pela harmonia dos poderes constituídos, estará mantida a base conceitual preconizada por MONTESQUIEU, a qual é imprescindível para a compreensão do real sentido do princípio da separação de poderes. Deve-se, pois, expurgar a teoria de MONTESQUIEU dos pragmatismos – que defluem do fato de ter o filósofo baseado-se em uma Constituição específica – e apreender o princípio geral que a informa, qual seja, o de que, para que possa haver liberdade, o poder deve conter o poder.

²⁰⁶ BUENO, José Antônio Pimenta: “Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978, p. 203.

5 – A Adoção da Separação de Poderes no Direito Constitucional Positivo.

Embora, como já exposto, a *tripartição* e a *quatripartição* sejam baseadas no mesmo princípio de que o *poder deve conter o poder*, tendo ambas o objetivo comum de impedir a tirania de um governante ou órgão onipotente, cada uma implica uma diferente conformação orgânica do Estado; em outras palavras, a *quatripartição* de poderes se utiliza de órgãos não vislumbrados pela *tripartição*, conquanto as duas teorias tenham o mesmo objetivo²⁰⁷.

No Brasil só vigorou a quatripartição dos poderes enquanto vigente a Constituição Imperial de 1824, que em seu art. 10 trazia a seguinte disposição: “*Art. 10 – Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial*”. PONTES DE MIRANDA ressalta que, conquanto se tratasse de uma quatripartição de poderes, foi no período da Constituição Imperial que o Brasil adquiriu conhecimentos e experiência sobre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, sobre a tripartição de poderes²⁰⁸.

Com o advento da República e, conseqüentemente, da Carta Constitucional de 1891, foi adotada a clássica divisão tripartite, entre Legislativo, Executivo e Judiciário, expressamente declarada pelo art. 15 da dita Constituição: “*Art. 15 – São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si*”.

Também na subsequente Constituição de 1934, o art. 3º enunciava a tripartição dos poderes: “*Art. 3º – São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites*

²⁰⁷ Neste sentido é interessante trazer o disposto no art. 9º da Constituição Imperial de 1824: “*A divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece*”. O dispositivo constitucional, note-se, refere-se à *divisão* e não especificamente à *quatripartição*, justamente porque esta é mera espécie de divisão, assim como a *tripartição*. Assim, a garantia da liberdade e do direito dos cidadãos dá-se pela divisão, seja ela entre quatro ou três poderes estatais ou, mais genericamente, entre tantos quantos sejam necessários à garantir a existência de uma estrutura estatal harmônica.

²⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Independência e Harmonia dos Poderes *in* Revista de Direito Público. Vol. 5, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.13.

constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”.

A Constituição de 1937 não trazia disposição em artigo específico sobre a tripartição dos poderes. Entretanto, a dita *Constituição polaca* tratou, sob títulos distintos, do Poder Legislativo (arts. 38 a 45), do Judiciário (arts. 90 a 113) e do Presidente da República e Ministros de Estado (arts. 43 a 89), deixando clara, assim, a adoção do princípio mencionado.

A Carta Política de 1946 voltou a trazer disposição expressa sobre a tripartição de poderes, afirmada no art. 36: “*Art. 36 – São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”.*

Também na Constituição de 1967 houve por bem o constituinte fazer menção expressa à tripartição de poderes: “*Art. 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.* A emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve inalterado o texto do dispositivo.

Por fim, a atual Constituição, de 05 de outubro de 1988, exprimiu a tripartição de poderes em seu art. 2º: “*Art. 2º – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.*

Da análise dos textos constitucionais brasileiros se percebe a tradição de consagração constitucional do princípio da separação de poderes, seja na forma da quadripartição imperial, seja na tripartição, adotada desde a incipiente República e até hoje mantida. O fato de haver uma tradição constitucional na adoção do princípio da separação de poderes que remonta ao século XIX não quer significar, contudo, que os caracteres distintivos das atividades primordiais tenham durante este tempo se mantido os mesmos. Neste sentido, focar-se-á o estudo nas distinções entre as atividades de legislar e julgar, buscando, ao final, apresentar um novo critério para a distinção de tais funções.

C – UM NOVO CONTEÚDO PARA A SEPARAÇÃO DE PODERES QUANTO À DISTINÇÃO ENTRE LEGISLAR E JULGAR.

1 – As Definições Tradicionais de Legislar e Julgar.

Já foi visto que a teoria da tripartição de poderes criada por MONTESQUIEU é fruto do estudo realizado por tal filósofo sobre a Constituição inglesa. Dado, pois, este certo carácter descritivo de tal teoria, sua principal inovação está menos na organização estatal descrita pelo filósofo e mais no postulado básico que atribui à base de tal organização: o princípio de que, para haver liberdade, deve existir um sistema em que as diversas funções do Estado não estejam concentradas, mas divididas, de forma a possibilitar a *contenção do poder pelo poder*. O mote da teoria não se encontra na tripartição estanque de poderes, mas no trinômio *divisão-controle-harmonia*; tese, antítese e síntese, respectivamente. Esta é, sem dúvida, a faceta mais importante da teoria de MONTESQUIEU. Justamente neste sentido a primeira conclusão a que se chegou quando do estudo que aqui foi feito da teoria em testilha: que a tripartição dos poderes vislumbrava certas zonas de interpenetração entre os poderes, onde um exerceria certa parcela de controle sobre o outro, a fim de evitar a preponderância de um poder em específico.

Não obstante, ao interpretar a tripartição de poderes a doutrina tradicional ateu-se mais à segunda conclusão aqui já apresentada: a de que o Judiciário não exercia nenhuma parcela de controle sobre os outros poderes. Esta inexistência de um controle exercido pelo Judiciário justifica-se na tripartição de poderes originalmente concebida, tendo em vista que MONTESQUIEU cria ser esse um poder nulo, ao qual cabia apenas redizer aquilo já afirmado pela Lei.

Seguindo esta noção, a doutrina tradicional imputa ao Judiciário a função de aplicar o Direito preexistente aos casos concretos, aos juizes cabendo repetir as palavras da Lei. Não se vislumbrava, pois, espaço para qualquer manifestação da vontade pessoal do juiz, já que, no julgar, atuaria como *ser inanimado*, apenas expressando a vontade legal. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA²⁰⁹ explana a concepção

²⁰⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo: “A criação e realização do direito na decisão judicial”. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5.

adotada no período histórico em que vicejaram as idéias de Charles de Secondat, barão de MONTESQUIEU:

Temerosos da prepotência do Judiciário, que representaria um resquício do Estado-absolutista, de tantos privilégios afastados pela Revolução Francesa, os arautos e corifeus do iluminismo, Montesquieu e Rousseau entre eles, pregaram um Judiciário mero aplicador da lei, no qual os juizes não seriam mais do que *la bouche de la loi*, manietando por aproximadamente dois séculos a atuação efetiva da jurisdição e o ativismo judicial.

Tal concepção encontra-se plasmada no princípio da legalidade, em sua conformação pós-revolucionária²¹⁰, que reduziu o direito às leis formais e excluiu qualquer possibilidade de criação da norma jurídica a partir da interpretação judicial. “Todo o direito se encerraria na lei, que nenhuma margem deixaria ao arbítrio do intérprete. A este não cabia acrescentar fosse o que fosse aos ordenamentos legais, que só cumpriria interpretar correctamente, segundo os princípios de exegese”²¹¹.

De fato, a definição do juiz como mero repetidor dos ditames legais influenciou sobremaneira a doutrina tradicional, inclusive na definição da função jurisdicional, que durante muito tempo prendeu-se às idéias dos filósofos iluministas, caracterizando o poder Judiciário como aquele que aplica a Lei ao caso concreto. Assim, o juiz seria incapaz de criar o Direito, cabendo-lhe apenas retirar do Direito preexistente a solução para os litígios trazidos ao seu exame.

²¹⁰ A adoção de uma separação de poderes mais rígida, que negasse ao Judiciário papel de relevância advém dos traumas gerados pelo período do absolutismo, em que o Poder Judiciário, cujos membros eram escolhidos entre as fileiras da nobreza pelo monarca, atuava fortemente em favor do poder real. A este respeito, COELHO, Inocência Mártires. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação de poderes *in* Revista de Informação Legislativa. Ano 34, n. 134. Brasília: Editora do Senado Federal, abril-junho de 1997. p. 105.

²¹¹ MARTÍNEZ, Soares. Op. Cit. p. 479.

O juiz, como se máquina fosse, deveria apenas aplicar a norma jurídica; declará-la, nunca criá-la. A vontade do juiz não é a que se expressa nas suas decisões, as quais são, em verdade, expressões da vontade da Lei. Daí o conceito de jurisdição engendrado por CHIOVENDA²¹², em tudo cônsono a essa concepção:

Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei concernente às partes. Pelos lábios do juiz a vontade concreta de lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria, automaticamente. É o conceito de CÍCERO: *vere dici magistratum lege esse loquentem*.

Também LIEBMAN traz um conceito de jurisdição digno de nota, por permanecer de certo modo fiel à noção chiovendiana, “A jurisdição expressa-se (...) através de atos que têm um conteúdo concreto, referindo-se a determinado fato ou caso que então vem a ser julgado e sancionado mediante a aplicação das regras de direito vigente. Por isso, a jurisdição é, em certo sentido, uma atividade que se coloca como continuação e especificação da legislação; e norma jurídica, que é o produto da legislação, torna-se critério de julgamento para a jurisdição”²¹³. Mais uma vez, perceba-se que a jurisdição se coloca como a continuação da legislação, o que leva-nos à conclusão de que, novamente, entende-se atuante na jurisdição somente a vontade da Lei.

Conquanto o objetivo do presente trabalho não seja estudar com maior detença o conceito de jurisdição criado pelos citados juristas italianos, nas definições

²¹² CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de Direito Processual Civil”. Vol II. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 11.

²¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. “Manual de Direito Processual Civil”. vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5. Em outra passagem, contudo, é de se ressaltar que LIEBMAN traz a noção de que a jurisdição atua na criação de uma norma jurídica individual, apresentando, pois, uma certa evolução em relação a seus antecessores: “podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta, que segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica” Idem, p. 7.

citadas é perceptível a influência das idéias iluministas quanto ao Poder Judiciário. CHIOVENDA, assim como outros autores da doutrina tradicional²¹⁴, nega que a função jurisdicional implique a criação de uma norma jurídica. O juiz aplica as normas criadas pelo legislador, sendo sua atividade considerada como secundária em relação à atividade primária de legislar. Daí a ser caracterizado o juiz como a *longa manus* do legislador, ou seja, o meio pelo qual se realiza a vontade do órgão legiferante²¹⁵.

Não se vislumbrava a criação de uma norma jurídica no exercício da função jurisdicional pelo fato de que os diferentes momentos de realização do Direito eram atribuídos a cada um dos poderes, como se ínsitos a estes fossem. Destarte, somente ao Legislativo caberia criar a norma, cabendo ao Executivo executá-la e ao Judiciário aplicá-la às contendas. Exemplificativo quanto a este entendimento é o seguinte trecho, extraído da obra de José Frederico MARQUES²¹⁶:

Elevou, desta maneira, o Estado moderno à categoria de funções estatais os momentos de criação, aplicação e execução da norma jurídica, tendo também considerado mais eficiente, que sejam distintos os órgãos que as expressam. As ciências jurídicas e as leis constitucionais criaram organismos de atividade diferenciada e específica em relação a cada um desses momentos de atividade do Estado, com o fim de exteriorizar o traço mais

²¹⁴ Dentre estes, Mário GUIMARÃES, citando HARIOU, fortemente embasado na doutrina de MONTESQUIEU sobre a nulidade do poder Judiciário: "*Hariou reconhece no Estado três poderes: o executivo, o deliberativo ou legislativo e o poder de sufrágio. Não inclui o Judiciário. E proclama ser chegado o momento de declarar francamente que o sistema administrativo francês exclui do rol dos poderes públicos o poder de julgar. Como o juiz não cria o Direito, e apenas o aplica na conformidade da lei, não lhe concede Hariou nenhum poder político.*" GUIMARÃES, Mário. "O juiz e a função jurisdicional". Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 43. Também pode ser encontrada amostra do entendimento de que o juiz é mero aplicador da lei em obra clássica de José Frederico MARQUES, como se vê no presente trecho: "*A jurisdição apresenta, por isso, o caráter de função secundária e instrumental. Nela visa-se tornar efetiva a função primária que foi exercida pelo órgão legislativo quando formulou a regra abstrata que deve disciplinar aquela situação jurídica. O poder estatal que exerce a jurisdição atua, assim, como instrumento e meio da tutela contida na regra geral e abstrata que o legislador ditou e promulgou. O juiz é uma espécie de complemento do legislador, a longa manus da lei(...)*". MARQUES, José Frederico. "Ensaio sobre a jurisdição voluntária". 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 55.

²¹⁵ Idem, ibidem.

²¹⁶ Idem, p. 46

fundamental da função: os órgãos legislativos promulgam as leis, o órgão executivo suprema dita as ordens de execução, o juiz a sentença. (sic)

Como é perceptível, à época em que o autor acima escreveu o trecho destacado, entendia-se que a cada uma das funções do Estado correspondia um dos momentos de realização do Direito (criação, aplicação ou execução), que caracterizavam as funções legislativa, jurisdicional e executiva.

Muito embora já se aceitasse que os Poderes²¹⁷ estatais exerciam primordialmente²¹⁸ uma das funções referidas (legislar, executar e julgar) e subsidiariamente as outras, não se admitia, v.g., que na atividade primordial do Poder Judiciário (julgar) houvesse a criação de uma norma jurídica; caso o Judiciário criasse norma no exercício de sua função principal, haveria uma violação do princípio da separação de poderes, segundo o conteúdo que se lhe atribuía à época.

Neste contexto, as atividades de legislar (criar) e julgar (aplicar) figuravam em pólos opostos, já que as decisões judiciais não poderiam ser entendidas como criadoras, mas sim como criaturas das normas jurídicas. Ovídio Baptista da SILVA²¹⁹, em comentário à definição de jurisdição adotada por CHIOVENDA, resume as críticas que podem ser feitas não só ao conceito do mestre italiano, mas à concepção que o antecede, qual seja, a de que a atividade jurisdicional é, apenas, aplicar a norma jurídica, nunca criá-la:

²¹⁷ Aqui, por evidente, “poder” deve ser entendido na acepção orgânica; no sentido de órgão estatal.

²¹⁸ José Frederico MARQUES cita o seguinte trecho da obra de Seabra FAGUNDES, que bem explica como cada Poder exerce de maneira principal sua atividade ínsita, sem que deixe de realizar as atividades primordiais dos outros poderes, só que de forma reduzida e acessória ao exercício da atividade principal: “O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição... O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela sua competência principal ou predominante”. Op. Cit., p. 37.

²¹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. “Curso de Processo Civil. Vol. I”. 5ª Edição. São Paulo: RT, 2000, p. 29.

A objeção a ser feita à célebre doutrina chiovendiana sobre jurisdição está em que o grande processualista italiano, sob a influência das idéias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como funções separadas, e até, em certo sentido antagônicas, a função de legislar e a função de aplicar a lei. Sua doutrina sustenta-se na postulação de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o juiz, um dado prévio, uma coisa existente, como se fora uma constelação posta, completa e definitivamente, pelo legislador, restando ao juiz a exclusiva tarefa de aplicação da lei ao caso concreto.

A doutrina tradicional distinguia a aplicação e a criação do Direito, colocando-as em momentos distintos e sob a rubrica de diferentes funções estatais; jurisdicional e legislativa, respectivamente. Nesta época, afirmar que a decisão judicial criava norma jurídica seria aviltar o princípio da separação de poderes já que, segundo o conteúdo que a este último era atribuído, a criação de normas era inerente ao legislar, nunca podendo ser efetuada pelo Judiciário no exercício de sua função primordial. Não obstante, como será explanado adiante, a distinção entre Legislativo e Judiciário com espeque no critério que se baseia no binômio criação-aplicação passa a ser questionada, por aqueles que enxergam na jurisdição algo mais que a aplicação cega da lei²²⁰. Ante tal mudança, permanece hígido o mote da separação de poderes, de que o Estado deve contar com uma estrutura em que o poder contenha o poder. O que se modifica claramente é o papel que se atribui ao Poder Judiciário em tal esquema: de poder nulo, como queria MONTESQUIEU, passa a ser visto como também capaz de exercer controle sobre os seus pares.

²²⁰ Ovídio Baptista da SILVA, complementando a crítica ao pressuposto doutrinário que embasa o conceito de Jurisdição de CHIOVENDA, faz o seguinte comentário, que demonstra como as críticas da doutrina mais recente influenciam na definição da função jurisdicional, não mais relegada à mera aplicação do Direito: “*As modernas correntes de filosofia do direito, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também, uma função criadora de direito, à medida que o preceito legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta humana, projeto que o julgador deve completar na sentença, de modo a concretizá-lo no caso particular submetido a seu julgamento*”. Idem, *ibidem*.

2 – A Crítica Kelseniana: A Identidade entre Criação e Aplicação e Criação do Direito e o Papel da Interpretação.

Como já visto, a doutrina tradicional atribuía os momentos de criação e aplicação do Direito às funções legislativa e jurisdicional, respectivamente, tendo em vista que somente ao legislador era dado criar as normas jurídicas, devendo o julgador simplesmente aplicá-las; a criação do Direito confundia-se com a criação das Leis.

Contudo, este entendimento tradicional passa a ser relativizado quando se atina para o fato de que a Lei, dado ser, por definição, permeada de comandos gerais e abstratos, dificilmente se aplica perfeitamente ao caso concreto. Isto, pois, por melhor que seja a técnica legislativa, por mais sábio e minudente que seja o legislador, jamais será ele capaz de prever, *ex ante*, todas as diversas situações fáticas que podem adequar-se à hipótese prevista pela norma. Assim, mesmo que se entenda que o juiz é responsável pela mera aplicação da lei, tal aplicação não está de todo destituída de uma parcela de atuação da vontade do julgador, a quem cabe verificar que se o fato que lhe é trazido a julgamento é contemplado pelo enunciado de alguma norma jurídica.

Com tal noção passou-se a dar maior valor à atividade do juiz enquanto hermeneuta, já que, para que possa comparar a situação fática com a hipótese legal abstrata, deve interpretar a norma jurídica, extraíndo-lhe a significância e esta comparando com os fatos trazidos a julgamento. Ao interpretar a norma e exprimir tal interpretação em uma decisão o juiz não está simplesmente fazendo com que a decisão tenha o mesmo conteúdo da Lei; está fazendo com que sua decisão tenha o mesmo conteúdo da interpretação que tal juiz tem como a mais correta para a Lei. Mauro CAPPELLETTI²²¹ explica que a criação e a interpretação da Lei não podem ser tidas como conceitos contrapostos, nos seguintes termos:

²²¹ CAPPELLETTI, Mauro: “Juizes Legisladores?”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, pp. 21 e 22.

Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e o estado da alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução de musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein, com as também geniais, mas bem diversas, de Corot, Giesecking ou de Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa.

Esta concepção mais moderna, que serve como base para a compreensão e aceitação da criação judicial do Direito é vista como resposta ao exacerbado formalismo²²². De se frisar, contudo, que especialmente importantes para o presente trabalho, no que tange à criação e aplicação do Direito, são as idéias de Hans Kelsen, que não se atrelam à doutrina tradicional, a qual acreditava ser impossível ao juiz criar o Direito, na medida em que lhe cabia, tão-só, aplicá-lo.

²²² O próprio CAPPELLETTI coloca como uma das causas do crescimento do ativismo judicial a “revolta contra o formalismo” in CAPPELLETTI, Mauro: “Juizes Legisladores?”, pp. 31 a 34. Além deste autor, de se mencionar Ovídio Baptista da Silva, que comentando a doutrina de CHIOVENDA – que, como visto, alinha-se à doutrina tradicional que vê o juiz como mero aplicador do Direito – faz o seguinte comentário: *“A doutrina de Chiovenda, como de resto as demais de que iremos tratar, pressupõe a plenitude do ordenamento jurídico, tal como a pressupunham as doutrinas filosóficas de inspiração positivista, predominantes no século XIX, que ainda exercem poderosa influência no pensamento contemporâneo, particularmente as variantes normativas para as quais o direito é aquilo que o legislador edita como sendo direito, de modo que o juiz não apenas deveria ficar impedido de avaliar a atual injustiça da lei, como seria totalmente desnecessário qualquer ato de criação do direito pelo juiz, posto que o ordenamento jurídico já teria em si mesmo todas as soluções para os casos futuros”*. Op. cit. p. 29.

Para que se possa entender os escritos do mestre da escola de Viena²²³ sobre a aplicação e a criação do direito, fundamental definir, claramente, qual a perspectiva epistemológica da criação de uma Teoria Pura do Direito, como a proposta pelo autor²²⁴. De fato, tomada tal providência, afastam-se de plano as críticas menos sérias à obra de KELSEN que, não obstante fruto de leituras apressadas, muitas vezes povoam o “imaginário jurídico” daqueles não familiarizados com tal pensador²²⁵.

Logo no início da Teoria Pura do Direito, seu autor deixa claro que a teoria por ele proposta preocupa-se em responder ao questionamento sobre como é, de fato, o Direito, e não sobre como ele deve ser, posto tratar de “ciência jurídica e não política do direito”²²⁶. O que pretende ao afirmar isto KELSEN é, justamente, retirar de seu objeto de análise toda e qualquer influência que possa advir de ciências que normalmente se imiscuíam no Direito, como a psicologia, a sociologia e a economia.

O expurgo de tudo de não-jurídico que povoava os lindes do Direito não implica, contudo, a negação da relação muito próxima entre o mundo jurídico e as disciplinas antes citadas, mas sim a delimitação de uma área de conhecimento somente apreensível pela Ciência do Direito. Esta definição de uma área específica do

²²³ A escola de Viena desenvolveu-se a partir da influência de KELSEN, que lecionou durante certo tempo na capital austríaca. Dante CRACOGNA traz um breve histórico do surgimento de tal escola: “Durante el tiempo que enseñó en Viena, KELSEN escribió varias de sus obras fundamentales – a partir de la famosa *Hauptprobleme* de 1911, tesis profesoral en la que trabajó durante cinco años signados por las dificultades económicas familiares – y echó las bases definitivas de su teoría. Surgió entonces lo que primeramente se llamó “Escuela Normativa del Derecho” y luego “Escuela de Viena o, directamente, “Escuela de la Teoría Pura del Derecho”. CRACOGNA, Dante: *Cuestiones Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. 1ª edição. México, Fontamara. 1998, pp. 13 e 14.

²²⁴ Segue-se aqui, embora com diferentes intuítos e conclusões, o exemplo de KOZICKI, Katya. “Conflito e Estabilização: Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas. Florianópolis: Tese de Doutorado, 2000, p. 155 e ss.

²²⁵ Exemplificativo da miríade de sentimentos opostos que a aparição da Teoria Pura do Direito causou é o seguinte trecho, extraído do prefácio à primeira edição de tal obra: “Como se mantém completamente alheia a toda a política, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico. É esta uma das objeções mais freqüentemente levantadas contra ela. Porém, ouve-se também com não menos freqüência: a Teoria Pura do Direito não tem forma alguma de dar satisfação ao seu postulado metodológico fundamental e é mesmo tão-só a expressão de uma determinada atitude política. Mas qual das afirmações é verdadeira? Os facistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do facismo. Do lado comunista, é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado”. “Teoria Pura do Direito”, p. XIII.

²²⁶ “Teoria Pura do Direito”, p. 1.

conhecimento era verdadeiro imperativo metodológico do positivismo jurídico, que cria na necessidade de se isolar o Direito, enquanto objeto de estudo, a fim de que fosse possível analisá-lo em sua essência; das palavras do próprio KELSEN defluem tais ilações²²⁷:

De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos por negar esta conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

Como acontece com as demais teorias ligadas ao positivismo, a Teoria Pura busca fundar uma ciência jurídica que aborde o Direito de forma avalorativa²²⁸, distante de análises motivadas por sentimentos como os de justiça e equidade. Com o afastamento das ciências afins e de tudo o mais que fosse estranho ao Direito, busca-se alcançar uma neutralidade do cientista e da própria teoria, desvinculada de quaisquer aspectos políticos, históricos ou culturais²²⁹. Neste ponto, mister que se

²²⁷ Idem, pp. 1 e 2.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. "O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito" São Paulo: Ícone Editora, 1999, p. 135.

²²⁹ Carlos Maria CÁRCOVA tece os seguintes comentários sobre a neutralidade axiológica que se encontrava no projeto das teorias positivistas: "O cientista do Direito poderia referir-se às normas – se a elas se reduzisse o direito ou realizar previsões sobre a conduta futura dos juízes – com imparcialidade e objetividade, sem nenhuma espécie de compromisso axiológico, sem sobredeterminações sociais, históricas, raciais, religiosas, enfim, culturais. E estabeleceria distinções e classificações, se referiria às condições de aplicação ou à interpretação das normas (qualquer que seja o alcance da expressão) com a mesma prescindência que utiliza quando se refere aos mexilhões ou às pedras". CÁRCOVA, Carlos Maria.

reafirme: a neutralidade axiológica buscada por KELSEN diz respeito à Ciência do Direito e ao Direito enquanto objeto de estudo, não ao Direito de fato. Com isto, a teoria kelseniana busca, por exemplo, analisar a atividade jurisdicional sob um ponto de vista absolutamente jurídico, não lhe importando, enquanto ciência, o papel exercido, na prolação da sentença, pelo sentimento de justiça, pelas pressões sociais, pela formação do julgador; enfim, por todos os fatores externos ao Direito. Tal isolamento, contudo, se dá somente para que seja possível ao cientista visualizar claramente o seu objeto de estudo, entre o caos que o cerca e o permeia²³⁰. Destarte, KELSEN funda uma teoria do Direito purificada de todo e qualquer fator externo, mas, em momento algum, nega a existência de tais valores externos ou sua relação com o Direito.

A relação que KELSEN estabelece entre a ciência jurídica e o seu objeto torna ainda mais clara quando se estuda a distinção que o pensador faz entre normas e proposições normativas. Para o autor, a ciência jurídica tem por escopo conhecer o Direito, enquanto *ordem coercitiva socialmente organizada*²³¹, descrevendo as relações entre as normas jurídicas e os atos de conduta que lhes dão conteúdo²³². Na descrição destas relações, a ciência jurídica não estabelece normas, mas apenas proposições sobre as normas, de modo que enquanto às primeiras só são aplicáveis juízos do tipo *válido-inválido*, às segundas se aplicam juízos atinentes à verdade-falsidade. Assim, quando o cientista do Direito afirma que, na ocorrência de certa conduta, estabelece uma norma dada sanção jurídica, não se pode dizer que tal proposição é válida ou

“Direito, Política e Magistratura”. Trad. Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dorneles Coelho. São Paulo: LTr, 1996, p. 195.

²³⁰ Foge ao âmbito deste estudo julgar a viabilidade de uma visão de ciência que desconsidere totalmente o observador e acredite na possibilidade de se decantar o Direito de todos os fatores que com ele se tramam. Cabe aqui, entretanto, frisar que por mais que o afã de isolar o Direito de outras ciências afins hoje pareça utópico e, talvez, pueril, tal iniciativa foi de suma importância para o desenvolvimento da ciência jurídica como um todo. Como bem relembra Miguel REALE: “Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século (século XX) desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios”. REALE, Miguel. “Filosofia do Direito”. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 455.

²³¹ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado”. Trad. Luis Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 26.

²³² Em sua última grande obra, postumamente publicada, KELSEN conceitua as normas jurídicas como o sentido de um ato de vontade. Para um aprofundamento sobre as relações entre as os atos de estabelecimento das normas, as normas propriamente ditas e o as proposições jurídicas, vide KELSEN, Hans. “Teoria Geral das Normas”. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, pp. 188 e ss.

inválida, mas, apenas, que é verdadeira ou falsa, caso seja condizente ou não com o que realmente prevê a ordem jurídica. Tem-se, pois, que, enquanto o cientista do Direito descreve, por meio de proposições jurídicas, tanto as normas quanto as relações entre normas e condutas, o juiz, o legislador, o administrador, enfim, aqueles a quem a ordem jurídica dá competência para a criação de normas, *prescrevem condutas*²³³.

Interessante que se note que, ao contrário do que ocorre com os adeptos do positivismo²³⁴ em geral, KELSEN atribui às proposições normativas o sentido de um *dever-ser* e não de um *ser*. Este *dever-ser*, contudo, é distinto daquele instituído pelas normas, não possuindo um caráter prescritivo²³⁵; seria algo como “um *dever-ser* ilegítimo, descritivo”²³⁶.

Por evidente, pode ocorrer da ciência do Direito emitir uma proposição normativa cuja expressão lingüística seja coincidente com a de uma norma jurídica²³⁷. Justamente nestes casos é que se confundem a ciência do Direito e o Direito propriamente dito, ou o *dever-ser* ilegítimo das proposições normativas com o *dever-ser* legítimo das normas. O próprio KELSEN alerta para tal possibilidade de confusão: “A circunstância de que a norma prescribente e o enunciado que linguisticamente a descreve expressam-se em idênticas proposições de *dever-ser* pode explicar porque são confundidos a norma com o enunciado sobre uma norma, e, conseqüentemente, Direito com ciência do Direito”²³⁸.

Feitas estas considerações, resta patente a divisão feita entre ciência do Direito e o Direito propriamente dito. Importante que se atente para o fato de que o próprio KELSEN era um cientista do Direito, de modo que suas idéias sobre a ordem

²³³ “A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverídicas, ao passo que as normas de *dever-ser*, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos não são verdadeiras ou inverídicas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do *ser* não são quer verdadeiros, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre estes fatos podendo ser verdadeiras ou inverídicas”. “Teoria Pura do Direito”, p. 82.

²³⁴ BOBBIO. Norberto. Op. cit. p. 136.

²³⁵ “Teoria Pura do Direito”, p. 84.

²³⁶ “Teoria Geral das Normas”, p. 198.

²³⁷ Situação esta na qual tal proposição será verdadeira.

²³⁸ “Teoria Geral das Normas”, p. 198.

jurídica devem ser tomadas como juízos descritivos. Por conseguinte, quando o pensador diz, v.g., que “a justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social”²³⁹, não está a afirmar que a ordem social *deva ser* justa ou injusta; apenas aponta para o fato de que uma ordem social, enquanto tal, não é, *per se*, justa ou injusta. Deve-se ter isso em mente sempre que se leia a teoria pura do Direito e, principalmente, ao criticá-la. Tomado este cuidado inicial, devidamente delimitado que está o alcance epistemológico da Teoria Pura, torna-se possível tratar dos escritos kelsenianos sobre criação e aplicação do Direito.

Há de se ter claro, primeiramente, que KELSEN descreveu a ordem jurídica nacional como uma estrutura escalonada, piramidal, em cujo ápice encontra-se a Constituição. É da Constituição que todas as normas jurídicas pertencentes a uma mesma ordem jurídica retiram, direta ou indiretamente, o seu fundamento de validade. Em outras palavras, para que se possa afirmar que uma determinada norma pertence ou não a uma determinada ordem jurídica, mister perscrutar-lhe o fundamento de validade, o qual deve, em última análise, remeter à Constituição. Assim, todas as normas de uma determinada ordem jurídica estão ligadas, na medida em que uma norma inferior tem de encontrar fundamento em uma norma superior, a qual, por sua vez, encontra fundamento em outra norma superior, e assim por diante, até que se chegue a uma norma que retire seu fundamento de validade diretamente da Constituição.

Digno de nota, contudo, que embora seja comum atribuir-se à Constituição o ápice da pirâmide normativa, ela, para KELSEN, não encerra, em si o fundamento de validade de todas as normas contidas na ordem jurídica nacional. Isto, pois o autor entende que a própria Constituição, vigente no presente, retira seu fundamento de validade da Constituição anterior, cujas normas para a criação de uma nova Constituição foram seguidas quando da elaboração da novel Carta Magna. Assim, cada Constituição retiraria sua validade da Constituição anterior – ressalvadas as hipóteses em que houvesse um *golpe de estado*, nas quais caracteriza-se justamente o rompimento com o texto constitucional primevo – até que se alcançasse a primeira

²³⁹ KELSEN, Hans. “O que é Justiça?”. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2.

Constituição histórica. Esta, justamente por ser a que inaugura a ordem jurídica nacional, não retira sua validade de qualquer outra norma de direito positivo. Destarte, para que pudesse dar um “fechamento” ao seu raciocínio, KELSEN atribuiu o fundamento de validade da primeira Constituição histórica a uma norma fundamental, não positiva, mas meramente hipotética, que seria justamente a norma que autoriza os primeiros constituintes a criarem a primeira Constituição²⁴⁰.

Com a descrição da ordem jurídica nacional com um plexo normativo, encabeçado pela primeira Constituição histórica, no qual as normas de diferentes estamentos estão interligadas – no sentido de que as normas inferiores retiram sua validade das normas superiores – resta evidente que para que haja a criação de uma norma jurídica deve haver a determinação de uma norma jurídica superior. Destarte, onde houver a criação de uma norma haverá, conseqüentemente, a aplicação de uma norma superior, que dá validade a esta criação jurídica. Este é justamente o raciocínio empregado por KELSEN²⁴¹, que explica:

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a

²⁴⁰Este é o raciocínio empregado pelo autor: “A derivação das normas jurídicas a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para a questão de por que certo ato de coerção – por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia – é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de por que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da Constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a Constituição prescreve. (...) Se perguntarmos por que a Constituição é válida, talvez cheguemos a uma Constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembléia. A validade desta primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida”. Teoria Geral do Direito e do Estado”. pp. 168 e 169. Semelhante raciocínio é encontrado em KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. pp. 222 e 223.

²⁴¹ “Teoria Pura do Direito”, p. 260 e 261.

teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.

Assim, criação e aplicação do direito são indissociáveis e coetâneas, nunca opostas. As duas únicas hipóteses em que não há criação e aplicação do Direito, simultaneamente, são os denominados *casos-limite*, mencionados por KELSEN, os quais são a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo. Considerando apenas a ordem jurídica nacional²⁴² temos que a Constituição (rectius: a primeira Constituição) é criada por determinação da norma fundamental; nesta determinação encontra-se somente a criação do Direito, sem que haja aplicação de norma superior, já que com a norma fundamental pressuposta inaugura-se a ordem jurídica, não sendo tal norma criada por determinação de nenhuma outra superior. Na outra extremidade da estrutura normativa, entretanto, quando se executa um ato de coerção determinado por uma norma jurídica individual, não há criação de norma

²⁴² Faz-se questão de frisar que o presente trabalho limita-se à análise da ordem jurídica nacional, tão-somente, tendo em vista que KELSEN, em um primeiro momento – quando trata da aplicação e da criação do Direito – volta sua atenção somente à ordem jurídica nacional. Contudo, em um segundo momento, quando trata da ordem jurídica internacional KELSEN identifica no princípio da eficácia, norma positiva de direito internacional, o fundamento de validade para as primeiras constituições de cada uma das ordens jurídicas nacionais. Tal princípio possui o seguinte conteúdo: a primeira constituição de um Estado é verdadeiramente uma constituição se a ordem jurídica dela imanente é eficaz como um todo; ou seja, a constituição primeva será válida se a ordem jurídica a qual inaugura apresentar-se como verdadeira ordem jurídica, sendo coercitiva e vigendo em esferas delimitadas de validade. O mestre da escola de Viena define assim o princípio da eficácia: “*É segundo este princípio que o direito internacional confere aos “Pais da Constituição” o poder de funcionar como os primeiros legisladores de um Estado. A primeira Constituição vale porque a ordem coercitiva erigida com base nela é eficaz como um todo*”. Teoria Geral do Direito e do Estado p. 522. O autor, *in* Teoria Pura do Direito p. 240, utiliza-se também da denominação “princípio da efetividade”; tal modificação de nomenclatura, contudo, não importou em modificação de conteúdo, sendo a definição do *princípio da eficácia* praticamente a mesma do *princípio da efetividade*.

jurídica qualquer, mas apenas a aplicação da norma jurídica individual que determina a aplicação da sanção.

Dentro desta perspectiva, uma norma inferior só pode ser criada com fundamento em uma norma superior, da qual deflui sua validade e sua própria caracterização como norma jurídica. Caso um ato que se afirma ser criador de uma norma jurídica não tenha fundamento em nenhuma norma superior, não será verdadeiramente um ato de criação de uma norma; será um nada jurídico.

Esta determinação da norma inferior pelas normas superiores pode ocorrer sob três diferentes prismas: a norma superior pode determinar o órgão competente, o processo de produção e o conteúdo da norma inferior, não sendo necessária sempre a determinação nos três aspectos. Entretanto, ao menos o órgão produtor da norma deve ser determinado, ficando a seu cargo a definição do processo e do conteúdo da norma inferior a ser produzida; mesmo nessa hipótese, está se aplicando uma norma superior, a qual será o fundamento de validade da norma geral criada²⁴³.

Sendo insofismável o entendimento de que, salvantes hipóteses limítrofes, sempre onde houver aplicação do Direito haverá, também, a criação do Direito, deve ser reconhecido que a decisão judicial não pode ser classificada como ato meramente aplicador do Direito. Há de se ter em mente, seguindo o raciocínio empregado por KELSEN, que a decisão judicial, ao mesmo tempo em que tem sua validade imanente de normas gerais²⁴⁴, implica a concretização destas normas gerais em uma norma individual, aplicável ao caso concreto.

²⁴³ “A norma superior pode não só fixar o órgão pelo qual e processo no qual a norma inferior é produzida, mas também determinar o conteúdo desta norma. Mesmo quando a norma superior só determine o órgão, isto é, o indivíduo pelo qual a norma inferior deve ser produzida, e deixe à livre apreciação deste órgão tanto a determinação do processo como a determinação do conteúdo da norma a produzir, a norma superior é aplicada na produção da norma inferior: a determinação do órgão é o mínimo do que tem de ser determinado na relação entre uma norma superior e uma norma inferior”. Teoria Pura do Direito”, p. 261. Semelhante raciocínio é encontrado em “Teoria Geral do Direito e do Estado”, pp. 194 e 195.

²⁴⁴ Para que se entenda a criação de normas pela atividade do juiz, faz-se mister conceituar as normas gerais, em oposição às individuais. Normas gerais são aquelas que se aplicam, indistintamente, à generalidade dos indivíduos, enquanto as normas individuais aplicam-se somente a um ou a um grupo bem delimitado de indivíduos. Tércio Sampaio FERRAZ JR traz os seguintes exemplos: “Nesse sentido, uma norma constitucional (...) que determine que a capacidade de elegibilidade para vereador adquire-se aos 18 anos é uma norma geral. Já a sentença final de um juiz que condene alguém a pagar a

Explica-se: a Lei, geral e abstrata²⁴⁵ por natureza, prevê hipóteses às quais atrela conseqüências jurídicas (sanções). Tais sanções são válidas em relação a todos os indivíduos cujo comportamento amolde-se à hipótese prevista em lei. Contudo, a lei não prevê o sancionamento de um indivíduo, especificamente, pela prática de um comportamento concreto, justamente por ater-se somente a preposições gerais. Assim, a fim de que o comando legal possa alcançar os indivíduos, faz-se mister a realização de um juízo quanto à possibilidade de aplicação da norma ao fato. Dessarte, ao juiz²⁴⁶ cabe, uma vez que lhe seja trazido à apreciação um determinado fato, verificar se está presente, *in concreto*, a hipótese que a Lei, *in abstracto*, vincula à aplicação de uma determinada sanção. Caso entenda estar diante da realização fática da hipótese legal, o juiz aplica a sanção prescrita pela Lei. Desta maneira, passa a existir uma norma individual que realiza, para o caso específico, a previsão genérica da Lei. Vale dizer, a decisão judicial cria a norma individual que determina uma certa conseqüência jurídica; sem que houvesse a decisão referida, incapaz seria a Lei, *per si*, de aplicar-se aos casos concretos. Assim, a realização do prescrito pelas normas gerais depende, em cada caso concreto, da existência de normas individuais²⁴⁷.

indenização reclamada é norma individual". FERRAZ JR, Tércio Sampaio, "Introdução ao Estudo do Direito". 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 126.

²⁴⁵ Abstração e generalidade da norma são conceitos diferentes. Para que se os entenda corretamente, mister ter em mente as esferas de validade de uma norma, quais sejam, a esfera pessoal, a esfera material, a esfera temporal e a esfera espacial. (Teoria Geral do Direito e do Estado. p. 299 e ss). A generalidade – assim como a individualidade – da norma diz respeito à sua esfera pessoal, já que trata dos indivíduos cuja conduta é alcançada pelo comando. Já a abstração diz respeito à esfera material de validade da norma, como bem ensina Tércio Sampaio FERRAZ JR: "*A matéria da norma como critério semântico de classificação corresponde à facti species. A descrição da hipótese da situação de fato, sobre a qual incide a conseqüência, pode ser abstrata, na forma de um tipo ou categoria genérica, ou pode ser singular, na forma de um conteúdo excepcionado*". Op. Cit. p. 126.

²⁴⁶ Tal juízo é efetuado tanto pelo juiz como pelo administrador, mormente quando se tem mente os escritos de KELSEN, para quem o ato administrativo, assim como a decisão judicial, também encerra um estágio de criação do Direito. A respeito desta concepção observar "Teoria Geral do Direito e do Estado", pp. 396 a 399 e "Teoria Pura do Direito" pp. 290 a 295.

²⁴⁷ Interessante notar, contudo, que na concepção kelseniana não só a norma individual que estatui concretamente a sanção possui caráter constitutivo, mas também o possui a verificação que o juiz faz sobre a existência fática da hipótese abstrata prevista na norma geral. Este é o raciocínio do autor: "*Perante um fato determinado pela ordem jurídica como pressuposto de uma conseqüência, a primeira pergunta do jurista tem de ser: qual o órgão jurídico que, segundo o ordenamento jurídico, é competente para verificar este fato no caso concreto e qual o processo determinado pela ordem jurídica segundo o qual essa verificação deve ser feita? Só através desta verificação entra o fato no domínio do Direito, somente através dela ele se transforma de fato natural em fato jurídico, só então ele é, pela primeira vez, juridicamente produzido como tal.(...) O fato não é tido como somente produzido no momento da sua*

Com base neste entendimento, KELSEN afirma que a decisão judicial é apenas um estágio na criação e realização do Direito, apenas um cômputo²⁴⁸ no *iter* que se inicia com o estabelecimento da primeira Constituição histórica e finaliza com a execução de um determinado ato de coerção. O autor define a criação da norma individual pela decisão judicial nos seguintes termos²⁴⁹:

A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.

A passagem de uma norma geral e abstrata para outra individual e concreta, criada pela sentença, exige do juiz o exercício da interpretação, sendo esta “uma operação mental” que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir

verificação (scl. por parte do órgão), mas como produzido no momento verificado pelo órgão aplicador do Direito, quer dizer, como posto ou produzido no momento em que o fato natural – de acordo com a verificação do órgão aplicador do Direito – se produziu. A verificação do fato condicionante pelo tribunal é, portanto, em todo o sentido, constitutiva”. “Teoria Pura do Direito” p. 266. Também em “Teoria Geral do Direito e do Estado”, pp. 196 e 197.

²⁴⁸ Note-se que se diz ser a decisão judicial apenas um cômputo na realização do direito tendo em vista o conceito que KELSEN dá à interpretação. Para o autor, a norma seria como que uma moldura, dentro da qual vários são os possíveis conteúdos. Assim, a norma superior nunca predetermina totalmente o conteúdo da norma inferior, havendo, pois, inúmeras interpretações possíveis para a norma superior, conquanto apenas uma venha a ser efetivamente traduzida em uma norma inferior. Neste sentido o seguinte raciocínio do autor: “*Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral*.” “Teoria Pura do Direito”, p. 391.

²⁴⁹ “Teoria Pura do Direito”, p. 265.

de um escalão superior para um escalão inferior”²⁵⁰. Para o autor, a norma seria como que uma moldura, dentro da qual vários são os possíveis conteúdos. Assim, quando diz que a norma superior está a determinar a criação da norma inferior, KELSEN não está a afirmar a existência de uma relação de predeterminação absoluta entre criadora e criatura. Menos do que determinar, a norma superior limita os possíveis conteúdos que podem vir ser traduzidos em uma norma inferior. Destarte, “dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”²⁵¹.

De fato, a partir de tal entendimento, a vontade do juiz passa a ser fundamental na determinação do conteúdo da norma, de modo que sua criação pela sentença passa a ser um ato de vontade do juiz²⁵². Tal não é por acaso. KELSEN efetivamente define a norma como o sentido de um ato de vontade²⁵³, na medida em que afirma que “o ato de vontade cujo sentido é a norma constitui o ato do qual se diz figurativamente: que a norma através dele se torna ‘fabricada’; quer dizer, o ato com que a norma é posta, o ato de fixação da norma”²⁵⁴. Esta vontade reside na escolha de um dos conteúdos possíveis para a norma individual a ser criada pela sentença com base na norma geral e abstrata contida na Lei ou na Constituição. Neste sentido, não se pode afirmar cientificamente que uma dada interpretação é a única correta; em tese, todas as interpretações possíveis o são. Eleger uma única interpretação para uma dada norma, que se apresenta, quando cotejada com certos valores, como correta é um problema de política jurídica e não de ciência jurídica²⁵⁵.

²⁵⁰ Idem, p. 387.

²⁵¹ “Teoria Pura do Direito” p. 391.

²⁵² Em verdade, de acordo com a teoria kelseniana, não só o ato de prolação da sentença é um ato de vontade; todo e qualquer ato de aplicação do Direito envolve a aplicação de uma norma e, por conseguinte, sua interpretação, de modo também os atos do Legislativo e do Executivo que impliquem a aplicação/criação de uma norma, são atos de vontade.

²⁵³ KELSEN, Hans. “Teoria Geral das Normas”. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 2.

²⁵⁴ Idem, p. 3.

²⁵⁵ “Teoria Pura do Direito”, p. 396.

Em momento algum KELSEN nega que valores como a justiça e a equidade, ou fatores como a formação do juiz, sua cultura, o momento histórico por ele vivido ou outras questões externas possam vir a influenciar na escolha de uma interpretação em detrimento de outras. O que o pensador faz – e aqui vale retomar o que já foi dito quando da delimitação do alcance epistemológico da Teoria Pura do Direito – é fixar o campo passível de cognição da ciência do Direito em um momento posterior à escolha de uma dada interpretação para o juiz; as motivações do julgador, o próprio processo pelo qual os fatores psíquicos, sociais, históricos etc, influenciam o julgamento são alijados não do Direito em si, mas do âmbito de análise da Ciência Jurídica.

KELSEN reconhece explicitamente a existência de princípios que influenciam a escolha de uma interpretação dentre as possíveis, na produção de normas pelo juiz²⁵⁶. Ao fazê-lo, contudo, nega a tais princípios o caráter jurídico, justamente por entendê-los como atuantes em um momento anterior à criação do Direito, que marca os próprios lindes do objeto cognitivo da ciência jurídica. Tal negar, entretanto, traz consigo a afirmação de que elementos estranhos ao Direito influenciam a criação das normas constituintes do sistema jurídico²⁵⁷.

Vê-se, com base no que foi estudado neste ponto, que a afirmação de Mauro CAPPELLETTI, no sentido de que o juiz é, de certo modo, forçado a ser livre²⁵⁸, confirma-se na obra kelseniana. O juiz, ao aplicar as normas gerais e abstratas cria normas individuais e concretas; tal transição entre as diferentes categorias de normas dá-se por meio da interpretação, instrumento com o qual o julgador, motivado por valores próprios – entre os quais pode figurar a justiça – dá a norma gera e abstrata um dos sentidos admitidos pela literalidade do enunciado. A norma individual e concreta criada será o reflexo do sentido escolhido pelo hermenêuta; definitivamente, uma criação da atividade hermenêutica.

²⁵⁶ Por evidente, tal raciocínio se aplica também ao legislador e ao administrador, já que estes também aplicam e, conseqüentemente, criam o Direito, como se vê à nota 30.

²⁵⁷ “Teoria Geral das Normas”, p. 148.

²⁵⁸ “Mesmo quando o julgador pretende realizar apenas uma interpretação literal do preceito. Porque qualquer palavra admite sentidos diversos. E o julgador, em relação a diversas das palavras contidas no preceito aplicável, terá de escolher um de seus sentidos. Se a interpretação não for literal, mas extensiva, ou restritiva, a liberdade de formular uma norma nova será para o julgador muito mais ampla”. MARTINEZ, Soares, op. cit. p. 491.

Se tanto juiz como legislador criam normas, neste poder criativo não pode residir a distinção entre as atividades de legislar e julgar, a menos que se admita não ser válido o princípio da separação de poderes. Poder-se-ia afirmar que há uma diferença fundamental entre a espécie de normas que criam os poderes Legislativo e Judiciário, restringindo-se ao primeiro, tão-somente, a criação de normas gerais e abstratas. Estudar-se-á, em seguida, se tal critério distintivo é suficiente para separar as atividades fundamentais de legislar e julgar.

3 – A Possibilidade da Criação de Normas Gerais pelo Poder Judiciário.

Não obstante o até agora exposto, partidários da doutrina tradicional podem objetar que, embora tanto o ato de legislar quanto o de julgar possam ser vistos como aplicação e criação do Direito, persistem diferenças entre as atividades citadas. Pode-se afirmar que, conquanto, no exercício de sua atividade primordial, o Judiciário crie normas jurídicas, sempre criará normas individuais, baseando-se nas leis, enquanto o Legislativo, ao legislar, criaria normas gerais, baseado diretamente na Constituição. Portanto, permaneceria uma diferença quanto ao tipo de normas criadas pelo juiz e pelo legislador, bem como quanto ao grau – ou degrau – em que ambos se encontram em relação à Constituição. Assim, persistiria a distinção entre o legislar e o julgar, na medida em que somente na primeira atividade seriam criadas normas gerais²⁵⁹. Mesmo quem comenta a obra de KELSEN pode ser levado a tal afirmação, como é o caso de Dante CRACOGNA²⁶⁰:

La función judicial aparece ahora como creación de normas; sólo que se trata de normas particulares y no generales como las que dicta el legislador. Pero

²⁵⁹ Baseada nesta concepção, Pastora do Socorro Teixeira LEAL afirma que “atribuir ao Poder Judiciário competência para editar normas gerais e abstratas seria o mesmo que lhe possibilitar acumular cargo judiciário e legislativo”. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A Vinculação da Interpretação Judicial: aspectos constitucionais *in* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 11, n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 239.

²⁶⁰ Op. cit. p. 71.

entre ambas actividades ya no habrá diferencias sustanciales, puesto que uno y otro aplican y crean normas al mismo tiempo: el legislador aplica la Constitución y crea leyes y el juez aplica las leyes y crea normas individuales (las sentencias)²⁶¹.

Na maioria das vezes, de fato, o juiz cria uma norma individual ao aplicar uma norma geral ao caso concreto e o legislador aplica a Constituição e cria normas gerais. Este raciocínio, contudo, não é suficiente para que se afirme que o traço distintivo entre a função jurisdicional e a função legislativa reside no fato de que o legislador cria normas gerais, diretamente com base na Constituição, enquanto o juiz cria normas individuais com base na lei. É que tal asseveração não é suficiente para explicar a especial situação do controle judicial de constitucionalidade concentrado²⁶² quanto à criação de normas gerais.

No controle de constitucionalidade concentrado, quando o tribunal constitucional afirma a inconstitucionalidade de uma lei – ou de parte dela – está a proceder à anulação de tais normas gerais por um processo específico, diverso do processo convencional de revogação das leis, como explica KELSEN²⁶³ ao criticar o termo *inconstitucionalidade*:

²⁶¹ Em tradução livre: “A função judicial aparece agora como criação de normas; só que se tratam de normas particulares e não gerais como as que dita o legislador. Mas entre ambas as atividades não haverá diferenças substanciais, posto que um e outro (legislador e juiz) aplicam e criam normas ao mesmo tempo: o legislador aplica a Constituição e cria leis e o juiz aplica as leis e cria normas individuais (as sentenças)”.

²⁶² A criação judicial de normas gerais e abstratas não deve ser vista com estranheza. Sérgio Fernando MORO traz exemplos de vários países em que os Tribunais Constitucionais (no exercício do controle concentrado), ou as Supremas Cortes (no exercício, em última instância, do controle difuso) criam normas gerais e abstratas, atuando como se “legislador positivo” fossem, apontando, inclusive, hipóteses em que o STJ e o STF, embora não admitindo, assim procederam. MORO, Sérgio Fernando: “Jurisdição Constitucional como Democracia”. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, pela UFPR. Curitiba, 2002, p. 196 a 201

²⁶³ “Teoria Pura do Direito” p. 300. No presente trabalho, será utilizado freqüentemente o termo *inconstitucionalidade*. Fica, desde já, feita a ressalva de tal é utilizado no sentido em que o emprega KELSEN, dada a contradição apresentada pelo autor e cá acolhida.

A afirmação de que uma lei é “contrária à Constituição” é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição.

A decisão judicial do Tribunal Constitucional, como é ínsito a toda e qualquer decisão judicial, implicará a criação de uma norma jurídica. Seguindo o ensinamento por KELSEN²⁶⁴, tem-se que toda norma jurídica haverá de ter função de imposição, permissão, autorização ou *derrogação*, donde se deve perscrutar qual a função específica da norma criada pelo tribunal constitucional no exercício do controle de constitucionalidade concentrado. Elucidando o real sentido destas funções enumeradas pelo jurista austríaco será possível verificar onde se encaixa a especial situação citada.

O conceito de imposição engloba a proibição, já que tanto a imposição de uma conduta implica a proibição de sua omissão, como a proibição de uma outra conduta implicará a imposição de sua omissão. Imposição, neste sentido, iguala-se a *prescrição* e diferencia-se de *descrição*, tendo em vista que a imposição é a expressão

²⁶⁴ KELSEN, Hans: *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, pp. 120 a 145.

de como a conduta *deve ser*, enquanto a descrição e a expressão de como a conduta é, representando, pois, um juízo de *ser*²⁶⁵.

A permissão, por sua vez, reflete diferentes fenômenos jurídicos. Se tomada em um sentido negativo, a permissão significará que uma certa conduta não é objeto de regulação por norma alguma. Fica claro, pois, que a permissão, nesse sentido negativo, não é função de norma jurídica, posto se caracterizar justamente pela ausência de ausência de regulação jurídica. A permissão, neste caso, é qualidade do *ser* e não do *dever-ser*. Não obstante, a permissão pode manifestar-se em um sentido positivo, no qual, de fato, pode ser considerada como função de uma norma jurídica. Em tal sentido positivo, a permissão ocorre quando uma determinada norma, que proíbe uma conduta – ou impõe sua omissão, o que é o mesmo – é abolida ou limitada por uma norma derogante. Como afirma KELSEN²⁶⁶, “nestas hipóteses, ‘permissão’ é a função de uma norma, a saber: da norma abolutiva ou limitativa da validade de uma outra norma, i.e., da norma derogante. Portanto, é procedente qualificar permissão positiva também como facultativa para diferenciação de permissão negativa: a conduta permitida num sentido negativo da palavra ‘permissão’ é ‘livre’ e não *facultada*”.

A autorização consiste no fato de uma norma conferir poderes para a criação de normas; grosso modo, a função de uma norma será a autorização, desde que tal norma encerre uma competência para se estabelecer normas²⁶⁷.

Por fim, a última função que pode possuir uma norma jurídica é a de *derrogação*²⁶⁸, ou seja, de retirar da ordem jurídica uma outra norma; em suma, a norma derogante propõe-se, tão-só, a abolir a validade de uma outra norma jurídica.

²⁶⁵ “Teoria Geral das Normas”, p. 120.

²⁶⁶ “Teoria Geral das Normas” p. 124.

²⁶⁷ “Teoria Geral das Normas” p. 129.

²⁶⁸ KELSEN utiliza-se do termo *derrogação* para designar o que a maioria da doutrina indica ser, em verdade, *revogação*. Assim, v.g., Maria Helena DINIZ in DINIZ, Maria Helena. “Compêndio de Introdução à Ciência do Direito”. 14^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 389, refere-se à *revogação* como gênero, do qual constam duas espécies: a *ab-rogação* – que implica a total abolição da validade da norma revogada pela norma revogadora – e a *derrogação* – que implica a limitação da validade da norma revogada pela norma revogadora. Por conseguinte, no presente trabalho, quando utilizada a expressão *derrogação*, fique claro, tal é feito em coerência ao entendimento de KELSEN, e não da maioria da doutrina.

Neste sentido, pode parecer, em uma primeira análise, que a norma criada pelo tribunal constitucional derroga – ou, no sentido da doutrina tradicional, revoga – as normas tidas por ele como inconstitucionais, ou seja, retira-lhes a validade. De se ressaltar a função que KELSEN²⁶⁹ atribui à norma *derrogante*: “A função de uma norma derrogante não é apenas – como as de outras normas – imposição, autorização, permissão de uma conduta fixada. Ela não diz que sob certas condições deve ocorrer uma determinada conduta; e sim extingue o ser-devido de uma conduta estatuída em uma norma até agora válida. Ela não estatui um dever-ser, mas um não-dever-ser”.

Contudo, derrogação – ou revogação – não parece ser o melhor termo para se designar a função da norma criada pelo Tribunal Constitucional quando do exercício do controle de constitucionalidade concentrado. Isto, pois a doutrina tem entendido que a revogação opera-se entre normas da mesma hierarquia e natureza, como ensina André Franco MONTORO²⁷⁰:

O princípio geral é o de que as normas se revogam por outras da mesma hierarquia ou de hierarquia superior. Assim, uma nova Constituição revoga a Constituição anterior e todas as leis, regulamentos, portarias etc., que lhe sejam contrários e passam a ser ‘inconstitucionais’. Uma lei ordinária revoga as leis anteriores e as normas de menor hierarquia, como os regulamentos, portarias e outros preceitos inferiores contrários a suas disposições’.

Conquanto, nos exemplos trazidos pelo autor, seja imediato o reconhecimento da hierarquia das normas envolvidas, no caso da norma criada pelo Tribunal Constitucional, tal hierarquia não é tão evidente. Dificultoso afirmar com precisão qual a hierarquia de uma norma criada pelo Tribunal Constitucional, em relação às normas criadas pelo Poder Legislativo. Por esta razão, pode se dizer que a

²⁶⁹Teoria Geral das Normas” p. 134.

²⁷⁰ MONTORO, André Franco. “Introdução à Ciência do Direito”. 25ª Edição. São Paulo: RT, 2000, p. 393.

norma criada no exercício do controle de constitucionalidade concentrado não se encaixa perfeitamente em nenhuma das quatro funções que KELSEN atribui às normas jurídicas, embora se aproxime de uma norma *derrogante*.

Tendo em vista estas considerações, temos, no caso do controle concentrado de constitucionalidade, o seguinte exemplo: uma dada lei estipula que os cidadãos, ante dada situação, *são obrigados a portar-se de modo X*; tal norma estipula um dever-ser. Contudo, é argüido perante o tribunal constitucional que tal obrigação é contrária a uma norma constitucional que estipula estarem os cidadãos livres para agir, na hipótese enunciada pela lei argüida, de acordo com seu alvedrio. Assim, o tribunal constitucional anula – ou qualquer que seja a denominação mais adequada – a norma legal mencionada, afirmando ser tal norma inconstitucional. Tal *anulação* dá-se por meio da criação, pelo tribunal constitucional, de uma norma, cujo sentido é justamente que na hipótese eleita pela norma inconstitucional, de acordo com a Constituição, *estão os cidadãos livres para agir de acordo com o seu alvedrio*; esta norma tem o conteúdo de um *não-dever-ser*, justamente em contraposição ao *dever-ser* que estipulara a norma anulada, ou seja, *na hipótese legal, não estão os cidadãos obrigados a portar-se de modo X*.

Ora, se a norma inconstitucional representa um dever-ser que se impõe de maneira geral e abstrata, a norma criada pela corte constitucional tem o sentido de um *não-dever-ser* – embora, como visto, não possa ser caracterizada como norma *derrogante* – que também se impõe de maneira geral e abstrata. Por evidente, quando o tribunal constitucional anula uma norma geral, o faz por meio da criação de uma norma também geral. E tal norma geral baseia-se diretamente na Constituição, na medida em que o *não-dever-ser* por ela determinado é, a reafirmação do dever-ser trazido pelo texto constitucional.

Destarte, resta evidente que o Judiciário, no exercício do controle judicial de constitucionalidade concentrado, cria normas gerais, e o faz com fundamento de validade diretamente na Constituição. Assim, a quem pretende classificar o controle de

constitucionalidade realizado por juízes e tribunais como atividade jurisdicional²⁷¹, cabe reconhecer que o critério para a distinção entre legislar e julgar não pode residir na criação de normas gerais.

Neste sentido reafirma-se que criação e aplicação do direito não podem ser tidas como opostas. Ao mesmo tempo, perde sentido a concepção tradicional do princípio da separação dos poderes que dividia as funções de criar e aplicar o Direito entre Legislativo e Judiciário, já que, em última análise, tanto o legislar quanto o julgar são, simultaneamente, criação e aplicação do Direito²⁷². Cumpre, por conseguinte, afastado o dualismo entre *criar* e *aplicar*, apresentar um critério que se preste a distinguir as atividades primordiais dos poderes Legislativo e Judiciário. É o que será feito doravante.

4 – A Proposta de Cappelletti: Uma Nova Distinção entre Legislar e Julgar.

Há de se ter claro que se não é válida a dicotomia entre aplicar e criar o Direito, não será válida, também, a divisão das funções do Estado que se baseie neste dualismo. Dessarte, ao se adotar a teoria que entende sempre haver, simultaneamente a criação e a aplicação do direito, ou se define uma nova distinção para as funções do Estado – que não recaia no dualismo *criação-aplicação* – ou se afirma que o princípio da tripartição de poderes não é válido.

KELSEN adota a segunda opção; tal escolha acaba por defluir exatamente da quebra do dualismo entre criação e aplicação do Direito. Na medida em que entende serem criação e aplicação do Direito sempre coetâneas, o pensador acaba por

²⁷¹ De se citar aqui que a definição da atividade da Corte Constitucional como sendo de natureza judiciária não é unânime, havendo quem a considere legislativa, ou, como no caso de Cezar Saldanha SOUZA JÚNIOR, instrumentalmente jurisdicional, formalmente legislativa e materialmente política. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 122.

²⁷² “Desse modo, a função judicial é, como a legislação, tanto criação quanto aplicação de Direito”. KELSEN, Hans. “Teoria Geral do Direito e do Estado”, p. 196.

identifica-las nas atividades primordiais dos três poderes constituídos, razão pela qual a própria idéia de separação seria ilógica²⁷³.

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 destas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Como vimos, não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas.

A negação do princípio da separação de poderes demonstra que KELSEN, neste sentido, está atrelado ainda à concepção que a doutrina clássica dava a esse princípio. Tanto é assim que o autor vê na possibilidade de revisão judicial das leis e atos administrativos uma transgressão a tal princípio²⁷⁴. O presente trabalho não visa seguir tal opção do mestre da Escola de Viena, na medida em que se propõe a criticar o conteúdo que a doutrina clássica atribuiu ao princípio da separação de poderes, buscando-lhe a significação atual, adaptada, inclusive, a criações supervenientes à teoria original de MONTESQUIEU, como é o caso do controle de constitucionalidade das leis. Neste sentido, cumpre aqui perscrutar por outro traço distintivo entre legislar e julgar, que não recaia no dualismo criar e aplicar o Direito. Com base neste outro traço

²⁷³ “Teoria Geral do Direito e do Estado”, p.384

²⁷⁴ “Teoria Geral do Direito e do Estado”, p.384 e 401. Klaus STERN explica que o controle de constitucionalidade das leis não é incompatível com o princípio da separação de poderes: “Com esse exame de constitucionalidade os juízes respectivamente competentes receberam uma grande parcela de poder e responsabilidade. Eles foram incluídos no processo político; pois eles decidem também sobre leis do Parlamento ou normas jurídicas do governo eleito pelo Parlamento. Tal competência atende ao princípio democrático e à separação de poderes”. STERN, Klaus. “O Juiz e a aplicação do Direito”. in GUERRA, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto. “Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides”. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 505 a 515.

distintivo pode se dar diferente roupagem à vetusta concepção da separação de poderes.

É evidente que, ante todo o estudado até agora, o traço distintivo entre legislar e julgar não pode estar na diferenciação entre *criar* e *aplicar*, já que tanto a lei quanto a decisão judicial são atos de criação e aplicação do Direito. Mauro CAPPELLETTI, seguindo esta noção, delimita a diferença entre o legislar e o julgar não na substância, mas sim no modo em que tais funções se exercem. No dizer do próprio professor da Universidade de Florença²⁷⁵:

Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são “law-making processes”. Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, ao meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.

A diferença crucial entre a atividade do juiz e a do legislador estaria, pois, nos limites procedimentais que se impõem à jurisdição. Conquanto o juiz – inclusive o constitucional – crie normas jurídicas, só pode fazê-lo em obediência a princípios não aplicáveis à atividade legislativa.

Primeiramente, o juiz assume no processo de criação do Direito uma posição de inércia – ou passividade – já que a criação de normas que deflui da decisão judicial depende de provocação, pelo exercício do direito de ação; não pode o juiz criar normas quando bem entenda. O processo judicial de criação do Direito não se inicia ex

²⁷⁵ “Juízes Legisladores?”, p. 74.

*officio*²⁷⁶. Tal, evidentemente, não ocorre no processo legislativo, cujo início independe de provocação, ocorrendo de acordo com a determinação do próprio legislador. Vale dizer, o legislador possui a disposição sobre o momento em que se dará a criação do Direito.

Além de inerte, deve o juiz ser imparcial, na medida em que deve ocupar uma posição *super partes*²⁷⁷, sendo-lhe vedado possuir qualquer interesse no que julga. Tal imparcialidade reflete-se no igual tratamento entre as partes, que é garantido pela observância do princípio do contraditório. Isto, novamente, não ocorre no processo legislativo, de cuja natureza é o envolvimento dos interesses defendidos pelas bancadas parlamentares com o conteúdo próprio das leis por eles criadas²⁷⁸. Sejam os interesses patrocinados pelos *lobbys* – que se apoderam dos instrumentos democráticos, fazendo-os trabalhar em prol de objetivos que nem sempre coincidem com a noção de democracia em si, ou mesmo com a legalidade – sejam os interesses dos eleitores que levaram o mandatário ao exercício de sua legislatura, o certo é que o parlamentar legisla deixando plasmados no produto de sua atividade os anseios de parcelas da coletividade; muito raramente da coletividade como um todo.

Estas características do procedimento de criação do Direito pela via judicial distinguem-no da criação legislativa, distinguindo, por conseguinte, juiz e legislador, na medida em que as ditas *virtudes passivas*²⁷⁹ do juiz emprestam-lhe a própria essência. “O juiz que decidisse a controvérsia sem pedido das partes, não oferecesse à parte contrária razoável oportunidade de defesa, ou se pronunciasse a respeito do próprio litígio, embora vestindo a toga de magistrado e a si mesmo se chamando juiz, teria na realidade cessado de sê-lo”²⁸⁰.

²⁷⁶ “Juizes Legisladores?”, p. 75.

²⁷⁷ Idem p. 74.

²⁷⁸ Vale o escrito por CAPPELLETTI, que afirma ser ínsito ao processo legislativo de criação do Direito justamente o engajamento do órgão legiferante em relação à sua produção jurídica: “Na minha opinião, ninguém veria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem pessoas ou grupos, deles se fazendo defensores, por não concederem audiência aos interesses de pessoas e grupos contrapostos, por darem, enfim, início aos seus procedimentos sem atenderem ao pedido do sujeito ou do grupo interessado”. Idem, p. 77.

²⁷⁹ Idem, p. 76..

²⁸⁰ “Juizes Legisladores?”, p. 80.

Assim, temos a essência da atividade jurisdicional – bem como do princípio da separação de poderes no que tange à divisão entre a função legislativa e a jurisdicional – está no modo diverso como legislador e juiz criam o Direito e não, como acreditava a doutrina tradicional, na divisão entre aplicação e criação do Direito. Tanto legislador como juiz aplicam e criam Direito, mas o fazem de forma substancialmente diferente. Retornar-se-á a esta conclusão mais adiante.

Por ora, basta concluir que o princípio da separação de poderes, no que tange à diferenciação entre a atividade primordial do Legislativo e do Judiciário, deve ser entendido com base na diferenciação entre os diferentes processos de criação do Direito que se encerram, respectivamente, no legislar e no julgar, abandonando-se a idéia de que somente o legislador cria normas gerais e abstratas e de que o juiz somente aplica o Direito preexistente. Tal critério é, hoje, insuficiente para determinar a distinção entre legislar e julgar.

PARTE II – A POSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA NO BRASIL.

A - Modelos de Controle Judicial de Constitucionalidade.

1- Inconstitucionalidade e Controle.

A noção de inconstitucionalidade deflui diretamente da posição sobranceira que as normas constitucionais ocupam dentro da ordem jurídica nacional. Na Constituição encontram-se plasmados, na forma de normas jurídicas, os princípios, bens e valores mais caros ao povo. Assim, se uma lei, ou outro ato estatal, vulnera tais princípios, bens ou valores – o que implica a violação de uma norma constitucional – sobrepuja-se a Constituição à Lei, fazendo com que feneça a segunda e reafirme-se a primeira.

Poder-se-ia conceituar a inconstitucionalidade como uma relação lógica de inadequação de um fato à Constituição. Tal, contudo, não explica o fenômeno em sua totalidade, conforme explana Jorge MIRANDA²⁸¹:

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base. Assim declarados, são conceitos que parecem surgir por dedução imediata. De modo pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional. Não se trata de relação de carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um quid a outro quid ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.

A inconstitucionalidade encerra, pois, o não cumprimento de uma norma constitucional. Neste ponto faz-se mister digressão alígera sobre os tipos de inconstitucionalidade, ou seja, quais as possíveis situações, *in abstracto*, que podem implicar o não cumprimento de uma norma constitucional. Primeiramente, temos que a inconstitucionalidade pode estar contida em um agir ou em um *não-agir*. No primeiro caso, resta configurada a *inconstitucionalidade por ação*, na medida em que se realiza um comportamento contrário ao que prescreve a Constituição. Tal comportamento

²⁸¹ Op. cit. pp. 473 e 474.

consubstancia-se, no caso do poder Legislativo, justamente na criação de uma norma (geral ou individual) contrariamente à Constituição²⁸².

A situação de inconstitucionalidade por ação requer, pois, verdadeira escolha da norma a aplicar e a cumprir. Por evidente, o juiz – ou qualquer órgão do Estado – que se encontre em tal situação deve escolher aplicar a Constituição, em menoscabo à norma dita inconstitucional. Se assim não o fosse, de nada adiantaria a teorização sobre a supremacia da Constituição. A questão é bem apresentada por Ruy BARBOSA²⁸³: “*As pontas do dilemma são inexoráveis. É entre o cumprimento da Constituição e o seu descumprimento que o juiz vae eleger. Se cumpre a lei, descumpre a Constituição. Se cumpre a Constituição descumpre a lei. Como se pronunciará o julgador, a não ser descumprindo a lei, para cumprir a Constituição ?*” (sic).

Por outro lado, existirão situações em que a inconstitucionalidade não implicará um *fazer* contrário à Constituição, mas um *deixar de fazer o que a Constituição obriga*. São hipóteses em que a Constituição – especialmente sendo uma Constituição dirigente – vincula, *ex ante*, a conduta do Legislativo ou do Executivo, a fim de que pratiquem uma conduta determinada. Quando os órgãos obrigados nesse sentido pela Constituição permanecem inertes, configura-se a inconstitucionalidade por omissão²⁸⁴.

²⁸² Tal relação de contrariedade pode ser formal ou material. Flávia PIOVESAN expressa o correto entendimento sobre a distinção destas duas modalidades: “*Isto significa que a inconstitucionalidade por ação pode resultar seja da afronta ao conteúdo consagrado pela Constituição, seja da afronta ao processo de produção normativa por ela previsto. Na primeira hipótese, a inconstitucionalidade por ação é material, tendo em vista que o ato normativo produzido é inconstitucional na matéria, por ferir conteúdo constitucional. Na segunda hipótese, a inconstitucionalidade por ação é formal, posto que o vício não mais se encontra no conteúdo do ato normativo, mas no modo de produção normativa*”. PIOVESAN, Flávia: “Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas”. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2003, p. 88.

²⁸³ BARBOSA, Ruy. “Commentários à Constituição Federal Brasileira”. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 20.

²⁸⁴ Tal inconstitucionalidade por omissão pode ser, ainda, total ou parcial, conforme as palavras de Jorge MIRANDA: “*É total a inconstitucionalidade por omissão que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional, e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns de seus aspectos ou destinatários*”. MIRANDA, Jorge *apud* PIOVESAN, Flávia, op. cit. p. 96.

J. J. Gomes CANOTILHO²⁸⁵ conceitua a omissão legislativa inconstitucional: “As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição”²⁸⁶.

Por evidente que a determinação da inconstitucionalidade de uma norma ou outro ato não pode ficar a cargo de qualquer um²⁸⁷. De fato, deve a Constituição definir qual o órgão competente para analisar a existência de inconstitucionalidade. Se não o fizesse “*difícilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do direito e os órgãos jurídicos*” já que cada um poderia deixar de cumprir a Lei por tê-la como contrária à Constituição²⁸⁸.

Desta maneira, cada Constituição estabelece diferentes órgãos e procedimentos para que seja exercido o controle de constitucionalidade, para que, no conceito de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO²⁸⁹ se exerça “*a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição*”. São justamente os diferentes modelos deste controle, ou seja, suas formas de expressão, que serão estudados adiante.

A definição do *modus operandi* do controle de constitucionalidade depende da Constituição. *In alter verbis*, cada texto constitucional define como se dá o controle de constitucionalidade das leis. Pode a Constituição definir, por exemplo, que os tribunais são impedidos de efetuar tal controle, cabendo somente aos órgãos

²⁸⁵ Op. cit. p. 1004.

²⁸⁶ O autor completa o raciocínio afirmando, pouco adiante: “*Existe ainda omissão legislativa quando a constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem normas exequíveis por si mesmas, reenviando implicitamente ao legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática. Esta hipótese adquire autonomia quando as normas constitucionais não se configurem, juridicamente, como ordens concretas de legislar ou como imposições permanentes e concretas*”. Idem, ibidem.

²⁸⁷ Tal assertiva, evidentemente, só faz sentido quando se tem uma ordem jurídica encabeçada por uma Constituição rígida. Se a Constituição é flexível, ou seja, se pode ser alterada mediante o mesmo processo de reforma das leis comuns, de somenos importância torna-se a possível inconstitucionalidade de uma lei, já que a lei supostamente contrária à Constituição pode simplesmente alterar esta última.

²⁸⁸ “Teoria Pura do Direito”, p. 301.

²⁸⁹ Op. cit. p. 34.

legislativos revisar a constitucionalidade das leis²⁹⁰. No presente trabalho, contudo, serão objeto de especial análise os modelos de controle judicial de constitucionalidade, não obstante haja a consciência de que nem todas as ordens jurídicas prevêem o controle de constitucionalidade por órgãos do Judiciário²⁹¹.

Embora possam haver tantas espécies de controle judicial de constitucionalidade quantas sejam as possíveis constituições, podem ser destacados dois tipos de controle que levam o adjetivo pátrio da nação que primeiramente os previu em seu texto constitucional. Assim, destacam-se o modelo norte-americano (ou, simplesmente, modelo americano) e o modelo austríaco de controle judicial de constitucionalidade. Tais modelos serão estudados a seguir, adotando-se os mesmos parâmetros que Mauro CAPPELLETTI adotou para o seu estudo comparativo²⁹². Destarte, cada um dos modelos será estudado sob os aspectos subjetivo (quais os órgãos competentes para o controle); modal (quais os instrumentos hígidos para

²⁹⁰ Tal controle diz-se político, como bem ensina Anna Cândida da Cunha FERRAZ tanto por ser exercido por órgão de natureza política – não judiciária, como já visto – e por veicular uma decisão notadamente política, fundada na Constituição, vista como “um documento de poder”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 197. Na França tal é a regra, sendo que o incumbido da revisão constitucional é o Conselho Constitucional, cuja manifestação sobre a constitucionalidade do projeto de Lei é requisito necessário do processo legislativo, podendo, inclusive, ser provocada, - no caso das Leis ordinárias - pelo Presidente da República, antes da sanção. AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean. *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: Montchrestien, 1992, p. 94. No Brasil, há de se lembrar, há também o controle político de constitucionalidade das leis, exercido pela Comissão de Constituição e Justiça, que pode impedir o trâmite de um projeto de lei ao decidir por sua inconstitucionalidade. Luiz H. Cascelli de AZEVEDO explica sobre o parecer terminativo, realçando a hipótese em que a Comissão decida pela inconstitucionalidade da proposta de Lei: “Destarte, hoje, em qualquer caso, a CCJR exara o chamado parecer terminativo, que, casos seja negativo (pela inconstitucionalidade ou injuricidade, por ambos os aspectos ou por cada um deles separadamente), fulmina a proposição, remetendo-a ao arquivo” AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. *O Controle Legislativo de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 49

²⁹¹ O exemplo clássico de uma ordem jurídica que não admite o controle judicial de constitucionalidade é a França. Como bem anota CAPPELLETTI, em tal país, devido à tradição fundada em uma interpretação radical da separação dos poderes, o controle de constitucionalidade das leis é, historicamente, exercido por órgãos outros, que não os judiciários: “A exclusão de um controle propriamente judicial de constitucionalidade das leis é, na realidade, como se sabe, uma idéia que sempre foi tenazmente imposta nas Constituições francesas, embora concebidas como constituições ‘rígidas’ e ‘não-flexíveis’. Todas as vezes em que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle da conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária”. CAPPELLETTI, Mauro. “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 95.

²⁹² Idem.

suscitar o controle); e, por fim, sob o aspecto dos diferentes efeitos dos pronunciamentos sobre a constitucionalidade.

2 – Estados Unidos.

O modelo americano é tido como o primeiro tipo de controle judicial de constitucionalidade das leis. Por tal razão, James A. C. GRANT²⁹³ afirmou que o *judicial review of legislation* é uma contribuição das Américas para a Ciência Política²⁹⁴.

A Constituição norte-americana não trouxe disposição expressa sobre o controle de constitucionalidade²⁹⁵. Como noticia a doutrina²⁹⁶, a noção do controle de constitucionalidade nos E.U.A surge após o julgamento na Suprema Corte do conhecido caso *Marbury vs. Madison*²⁹⁷.

²⁹³ Apud “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, p. 46.

²⁹⁴ Conquanto a tese de GRANT seja largamente adotada pela doutrina em geral – como bem o observa Luiz Alberto Gurgel de FARIA (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. “Controle da Constitucionalidade na Omissão Legislativa. Instrumentos de Proteção Judicial e Seus Efeitos”. Curitiba: Juruá Editora. 2001, p. 45). CAPPELLETTI aduz que a tais idéias não são historicamente exatas, tendo em vista existirem precedentes de civilizações mais antigas nas quais já existia a idéia de leis superiores às quais deveriam adequar-se as leis “ordinárias”: “*De fato, embora não expressa e conscientemente configurada como ‘supremacia da Constituição’ em relação às leis ordinárias, existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis – que, em terminologia moderna, poderemos, exatamente, chamar de leis ‘constitucionais’ ou ‘fundamentais’, Grundgesetze – em relação às outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar de leis ‘ordinárias’*”. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, pp. 48 e 49.

²⁹⁵ De se frisar que o fundamento constitucional do judicial review – bem como a sua consonância com a Constituição geram ainda forte debate nos EUA, como se percebe em PICKERILL. J. Mitchell. Constitutional Deliberation in Congress: The Impact of Judicial Review in a separated system. Durham: Duke University Press, 2004, p. 12. Digno de menção, entretanto, que para a maioria da doutrina, o poder de controlar a constitucionalidade das leis, o que, em última análise, implica a capacidade de “dizer o que é a Lei”, está implícito na supremacia constitucional, enunciada pela Carta estadunidense. Como bem aponta FRIED, pode-se objetar que esta interpretação confunde a supremacia da constituição com a supremacia do Judiciário. FRIED. Charles. Saying what the law is. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 74

²⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro: “Curso de Direito Constitucional”. p. 397, CAPPELLETTI, Mauro “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, p. 47, FARIA, Luiz Alberto Gurgel”, op. cit. p. 47, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: op. cit. p. 34.

²⁹⁷ Embora a doutrina seja unânime em localizar no *leading case* citado o precedente que fixou a noção do controle de constitucionalidade nos E.U.A, é possível identificar na cultura jurídica desse país as raízes que levaram ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade. Já na época colonial, como noticia Ruy BARBOSA, existia a concepção de que as leis e decretos deviam coerência às constituições coloniais outorgadas pela coroa inglesa: “*‘Se’ dizia um dos juizes, GEORGE WYTHE, depois colaborador na constituição federal, ‘se a legislatura tentar transpor os limites, que o povo lhe traçou, eu,*

O *leading case* originou-se de lide que surgiu quando o secretário MADISON, na gestão do presidente Thomas JEFFERSON²⁹⁸, recusou-se a nomear juizes de paz, cujos atos de nomeação haviam sido preparados pelo presidente anterior, John ADAMS²⁹⁹. Um dos indivíduos não nomeados, Willian MARBURY, juntamente com outros prejudicados, pleiteou um *writ of mandamus* à Suprema Corte, a fim de que o secretário os nomeasse no cargo.

O *chief of justice* John MARSHALL³⁰⁰, da Suprema Corte, embora reconhecesse a justiça na pretensão, preocupava-se com a possível resistência do Executivo quanto a uma decisão judicial que determinasse a posse dos prejudicados. Desta feita, buscando uma saída oblíqua, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 13 da lei de 1789, ante o art. III, seção II, da Constituição Federal. Segundo o referido dispositivo legal, a *Supreme Court* poderia, originariamente, expedir o *writ of mandamus*, regra esta que conflitava com a norma constitucional, a qual conferia àquela Corte a jurisdição em grau de recurso, só lhe sendo possível conhecer originariamente de uma causa nas hipóteses excepcionais, expressamente previstas pela Constituição³⁰¹.

administrando a justiça pública de minha terra, afrontarei, de minha cadeira no Tribunal, todo o seu poder e, apontando-lhe a Constituição, lhe direi: Aqui estão as fronteiras de vossa autoridade; até aqui podes ir, além não”.op. cit. p. 13. Mais tarde, em o *Federalista* é possível encontrar a doutrina de Alexander HAMILTON, que já previa a possibilidade do Judiciário negar-se a aplicar leis tidas como inconstitucionais: “*Espero que os partidistas da Constituição proposta não hão de jamais unir-se com seus inimigos para pôr em dúvida aquele princípio fundamental de todo o governo republicano, que reconhece no povo o direito de mudar e abolir a Constituição existente, quando lhe parecer contrária à sua felicidade: mas não deve concluir-se deste princípio que os representantes do povo estejam autorizados a violar a Constituição todas as vezes que a maioria de seus constituintes se mostrar momentaneamente inclinada a violá-la; ou que os tribunais tenham maior obrigação de aquiescer a infrações desta natureza do que se elas dependessem de cabalas do poder legislativo.(...) Mas de quanta coragem necessitam os juizes para defenderem a Constituição tão fielmente quanto lhes cumpre, quando o corpo legislativo é excitado nos seus ataques pela maioria da nação!*” Op. cit. p. 164.

²⁹⁸ Thomas JEFFERSON (1743-1826), terceiro presidente estadunidense, governou entre 1801 a 1809 (reeleito).

²⁹⁹ John ADAMS (1753-1826), segundo presidente estadunidense, governou entre 1797 a 1801.

³⁰⁰ John Marshall foi responsável não só pela instituição do *judicial review* como também sedimentou o papel da Suprema Corte e do Poder Judiciário nos EUA, a ponto de se afirmar que, talvez, nenhum indivíduo tenha, enquanto tal, causado tantas mudanças no curso da vida estadunidense, como noticiam SEGAL, Jeffrey *et alli*. *The Supreme Court in the American Legal System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

³⁰¹ Raul Machado HORTA discorre sobre o caso *Marbury vs. Madison*, bem como sobre as implicações políticas que envolviam a lide, que, por si só, era de pouca relevância. HORTA, Raul Machado. “Direito Constitucional”. 3ª Edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 138 a 143. A este

Conquanto a Constituição estadunidense não previsse – e ainda hoje não preveja – expressamente o controle judicial de constitucionalidade das leis, John MARSHALL invocou-lhe o art. VI, clausula 2^a que dispunha: “this constitution shall be the supreme Law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby”³⁰². Ao utilizar tal texto para afirmar reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, o *Chief of Justice* não só afirmou a supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias, como também decidiu definitivamente sobre a rigidez da Magna Carta norte-americana, já que, se fosse reconhecida a possibilidade dos prejudicados requererem o *writ of mandamus* diretamente à Suprema Corte, estar-se-ia preconizando a redação da lei de 1789, em detrimento do disposto pela Constituição³⁰³.

Seguindo o precedente traçado pela Suprema Corte e a fundamentação constitucional utilizada em tal decisão, nasceu o *modelo americano* de controle de constitucionalidade, também chamado de *judicial review*, que se espalhou por diversos países do *Commonwealth* (Canadá, Austrália e Índia), além do Japão, com a Constituição do pós-guerra³⁰⁴. Sobre este dito modelo de controle de constitucionalidade serão tecidos alguns comentários a seguir, levando em conta os órgãos legitimados para efetuar-lo (aspecto subjetivo), os meios para suscitar acionar o controle (aspecto modal) e os efeitos dos pronunciamentos.

Tendo em conta o aspecto subjetivo, o modelo de controle americano diz-se *difuso*. Assim o é, tendo em vista que em tal modelo inexistente um órgão judiciário específico a quem caiba especificamente efetuar a análise da constitucionalidade das

respeito, vide as obras de NELSON, William E. *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000, e CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1989.

³⁰² “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, p. 47.

³⁰³ Neste sentido, Luiz Alberto Gurgel de FARIA, ao comentar a decisão da *Supreme Court* no caso mencionado, assevera: “Com base em tais fontes, o *Chief of Justice* afirma que ou a Magna Carta prepondera sobre os atos legislativos contrastantes ou o Poder Legislativo pode mudá-la através de simples lei ordinária, de nada valendo a rigidez constitucional. Proclama-se, assim, a supremacia da Constituição sobre todas as outras normas, reconhecendo-se aos juizes o poder/dever de não aplicarem leis que violem a *Lex Legum*”. Op. cit. p. 49.

³⁰⁴ CAPPELLETTI ainda cita experiências de controle de constitucionalidade no modelo americano em países como a Itália – entre 1948 e 1956 – e a Alemanha, à época da Carta de Weimar. “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, pp. 71 e 72.

leis. Não existe, pois, uma Corte Constitucional, propriamente dita; todo juiz ou tribunal, por conseguinte, é competente para analisar a constitucionalidade de uma norma.

Quanto ao aspecto modal, o modelo americano de controle judicial de constitucionalidade pode ser denominado *incidental*³⁰⁵, tendo em vista que não existe ação específica para provocar o Judiciário à análise da constitucionalidade de uma norma. Vale dizer, a inconstitucionalidade é analisada *incidenter tantum*, no curso das lides comuns.

No sistema americano a declaração de inconstitucionalidade se dá ante o caso concreto, atrelada a uma lide comum; mais do que isso: a declaração de inconstitucionalidade – ou, de modo mais amplo, a análise sobre a constitucionalidade de uma norma – só se dá para que seja possível resolver o caso concreto³⁰⁶. Neste sentido é a afirmação de COOLEY³⁰⁷ de que “nenhuma autoridade têm os Tribunais para decidir questões abstratas: é necessário que elas possam revestir o aspecto de verdadeiros litígios”.

O aspecto modal completa o aspecto subjetivo do controle de constitucionalidade no modelo americano, podendo qualquer cidadão, ante qualquer juiz, em qualquer espécie de procedimento judicial, suscitar a questão da inconstitucionalidade de uma norma, devendo, contudo, tal questão ser logicamente antecedente à resolução de uma lide.

Os aspectos subjetivo e modal exercem influência sobre o último aspecto a ser analisado do modelo americano de controle de constitucionalidade, qual seja, o aspecto dos efeitos dos pronunciamentos. Tendo em vista que a inconstitucionalidade

³⁰⁵ Esta é a nomenclatura utilizada por CAPPELLETTI (Idem, p.102). Celso Ribeiro BASTOS utiliza-se dos termos *via de defesa* ou *via de exceção*, em oposição à *via de ação*. A diferença entre a *via de ação* e a *via de defesa* reside no fato de que, na primeira, o interessado propõe ação com o fim específico de ver declarada a inconstitucionalidade de uma norma, enquanto na segunda o fim último da propositura da ação não é a declaração de inconstitucionalidade, mas sim a tutela de um direito subjetivo ferido por um dado ato, a qual depende da declaração de inconstitucionalidade deste último. “Curso de Direito Constitucional”. pp. 398 e 399.

³⁰⁶ Assim ensina CAPPELLETTI, apoiado em Paul KAUPER: “os tribunais americanos, não excluída a Supreme Court, enfrentam e resolvem as questões de constitucionalidade das leis ‘only with the context of adversary litigation’ e tão-só na medida em que isto se torne necessário para a decisão do caso concreto (‘only as necessary to the disposition of the case’)” O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado” p. 104.

³⁰⁷ COOLEY, apud HORTA, Raul Machado, op. cit. p. 142.

só se verifica quando atrelada a um caso concreto, ou seja, como questão cuja resolução é necessária ao deslinde de uma determinada lide, os efeitos da decisão que afirma ser uma lei – ou ato administrativo – constitucional ou inconstitucional restringem-se ao âmbito da lide a que é atrelada a questão constitucional. A inconstitucionalidade só existe para os sujeitos que são partes na lide em que foi incidentalmente suscitada; seus efeitos se operam apenas *inter partes*³⁰⁸.

Por operar seus efeitos somente entre as partes interessadas e por estar sempre atrelada a um caso concreto, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma cria, para tal desiderato, uma norma individual. Exemplificando, suponha-se que uma lei possua um dispositivo que obrigue todos os indivíduos a portarem-se de modo X. Inconformado com a determinação legal, um indivíduo em específico, Cipião, deduz uma pretensão em juízo para que possa portar-se, na hipótese prevista pela lei, de modo Y, direito este que lhe seria supostamente garantido pela Constituição. O judiciário, acolhendo a pretensão de Cipião declara que a norma constitucional deve prevalecer sobre a disposição legal, donde Cipião pode, na hipótese fática prevista pela lei, comportar-se de modo Y, não sendo obrigado a portar-se de modo X. A norma individual criada pela decisão pode ser traduzida na seguinte expressão: *Tendo em vista que a disposição legal para que os indivíduos portem-se de modo X é inconstitucional, Cipião não pode ser obrigado a tal, sendo-lhe possível portar-se de modo Y*. Destarte, a decisão garante somente a Cipião o direito de portar-se de modo Y; os outros cidadãos ainda estão obrigados a portar-se de acordo com a lei. Caso outro cidadão, Catão, sabedor da decisão supra, sinta-se no direito de portar-se de modo Y, deve pleiteá-lo judicialmente, a fim de que o Judiciário decida, do mesmo modo que feito em relação a Cipião, que Catão não está obrigado a portar-se de modo X.

³⁰⁸ Exceção há de ser feita a tal regra especificamente nos casos em que a questão da inconstitucionalidade alcança a Supreme Court. Nestes casos, por força da adoção do princípio do *Stare decisis*, a inconstitucionalidade é reconhecida *erga omnes*, vinculando ao pronunciamento da Corte Suprema as futuras decisões dos juizes e Tribunais que venham a ser chamados a decidir sobre questão que dependa da inconstitucionalidade já decidida pelo Pretório Máximo.

Além de se operarem somente entre as partes interessadas, os efeitos da decisão sobre a inconstitucionalidade operam-se *ex tunc*, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade alcança fatos a ela pretéritos. Daí CAPPELLETTI³⁰⁹ a afirmar que o modelo americano encerra um controle declaratório.

Tal entendimento justifica-se, na medida em que se entende que a concepção que informa a criação do modelo de controle de constitucionalidade americano é a de que uma norma inconstitucional é nula *ab origine*. Mais do que isto: a norma inconstitucional sequer norma seria jurídica seria³¹⁰. Ruy BARBOSA³¹¹, com espeque na doutrina estadunidense, afirmava o seguinte:

O princípio é que leis inconstitucionaes não são leis. “O acto legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a Constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia. Se o acto legislativo o contradiz, irritado será: *não é lei*”. “Um acto inconstitucional do Congresso, ou de qualquer legislatura de Estado, *não é lei (is not law)*: não confere direitos; não estabelece deveres; não cria protecção; não institue cargos. É juridicamente considerado, *como se nunca tivesse existido*.”

Explicados os efeitos dos pronunciamentos sobre a inconstitucionalidade no modelo americano, parece surgir um problema dentro do sistema: o elevado grau de insegurança jurídica. Isto, pois, em tese, se cada juiz está autorizado a decidir sobre a inconstitucionalidade de uma lei *incidenter tantum*, não há como garantir que todos os caso análogos serão decididos do mesmo modo. Assim, perante uma mesma situação,

³⁰⁹ “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado” p. 117.

³¹⁰ Esta concepção é diametralmente oposta à defendida por KELSEN, e no presente trabalho esposada. Há de se ter claro, entretanto, que o corifeu da escola de Viena – conquanto entendesse que a lei inconstitucional é válida até o momento da decisão de sua inconstitucionalidade, o que implica eficácia *constitutiva* não declaratória – não vinculava tal fato à eficácia *ex tunc*. De fato, mesmo sendo constitutiva, a decisão sobre a inconstitucionalidade poderia alcançar fatos pretéritos. “Teoria Pura do Direito”. p. 306 e ss.

³¹¹ Op. cit. p. 12.

um cidadão pode ser obrigado a cumprir uma dada lei, enquanto outro, por ter obtido uma *declaração individual de inconstitucionalidade* da mesma lei pode estar livre para agir como queira.

Tal insegurança jurídica, contudo, é mitigada tendo em vista que o modelo americano adequa-se à cultura jurídica do Common Law, na qual os precedentes jurisprudenciais são fontes consideravelmente mais importantes de Direito do que o são nos sistemas de Civil Law. Ademais, com a adoção do princípio do *stare decisis*, por força do qual os pronunciamentos sobre inconstitucionalidade da *Supreme Court* vinculam os juizes e tribunais inferiores, diminui em muito a possibilidade de decisões contraditórias, o que praticamente evita os problemas apontados.

Mas se a adoção do princípio do *stare decisis*³¹² serviu nos E.U.A para mitigar os efeitos negativos do modelo americano de controle de constitucionalidade, como fica a situação dos países, adeptos ao Civil Law, que são estranhos ao referido princípio? O modelo austríaco de controle judicial de constitucionalidade, que será estudado em seguida, surgiu justamente como uma *resposta* dos sistemas de base romanista para alcançar os mesmos efeitos atingidos pelo modelo americano com a adoção do *stare decisis*.

3 – Áustria.

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade surgiu por influência direta dos estudos da escola de Viena, mais especificamente da obra de Hans KELSEN³¹³. O projeto, em si, que originou a Constituição austríaca de 1920 – que inaugurou o modelo dito “austríaco” de controle judicial de constitucionalidade – foi

³¹² CAPPELLETTI explica como o *stare decisis* mitiga os efeitos negativos do modelo americano de controle de constitucionalidade: “o princípio do *stare decisis* opera de tal modo que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes e não se limita a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto, com a possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘on the books’, é tornada ‘a dead law’ uma lei morta, conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, de resto excepcionalíssimos, de revivescimento de uma tal lei por causa de uma ‘mudança de rota’ daquela Corte.” O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado” p. 82.

³¹³ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. Op. cit. p. 54.

elaborado por KELSEN, a pedido do governo de tal país. Contudo, mais adiante será comentado como a emenda constitucional de 1929 implementou importantes mudanças no que tange ao tratamento da jurisdição constitucional³¹⁴.

CAPPELLETTI³¹⁵ noticia a expansão do modelo de controle de constitucionalidade austríaco por diversos países, dentre os quais, Itália, Alemanha, Chipre, Turquia e na antiga Iugoslávia, tendo sido esta a primeira³¹⁶ república de base socialista a adotar o controle judicial de constitucionalidade das leis.

Quanto ao aspecto subjetivo, o modelo austríaco de controle de constitucionalidade é dito *concentrado*, opondo-se sobremaneira ao modelo americano, *difuso*. Diz-se ser um modelo de controle de constitucionalidade concentrado, tendo em vista que a análise da inconstitucionalidade de uma lei não pode ser feita por qualquer juiz ou tribunal – sendo-lhes, inclusive, vedada – cabendo exclusivamente a um ente especial, ou, como sói dizer, a uma Corte Constitucional, único órgão com competência para pronunciar-se a respeito da (in)constitucionalidade de uma lei.

No aspecto modal o modelo austríaco também difere do estadunidense. Como já visto, no modelo americano a questão da inconstitucionalidade de uma lei pode ser argüida incidentalmente, no curso de qualquer procedimento judicial, por qualquer cidadão. O modelo austríaco, conquanto tenha sofrido algumas modificações, permanece substancialmente contrário a esta concepção.

No modelo de controle de constitucionalidade originalmente engendrado pelo mestre da escola de Viena, a questão da inconstitucionalidade só pode ser levada a conhecimento da Corte Constitucional por meio de ação específica, proposta por órgão constitucionalmente legitimado para tal. Tratava-se, pois, de controle de constitucionalidade que só poderia ser provocado por *via de ação* ou *via principal*.

A legitimidade para provocar o controle de constitucionalidade era restrita aos entes federados: o controle de constitucionalidade das leis federais poderia ser

³¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado” p. 68.

³¹⁵ Idem, p. 73.

³¹⁶ Até a data dos escritos de CAPPELLETTI a Iugoslávia era também a única república de base socialista a adotar o controle de constitucionalidade das leis.

suscitado pelo governo dos *Länder*³¹⁷ (*Landersregierung*), e o controle de constitucionalidade das leis dos *Länder* poderia ser provocado pelo governo federal (*Bundesregierung*)³¹⁸. Aos juizes e tribunais comuns, portanto, era impossível suscitar o controle de constitucionalidade ou mesmo deixar de aplicar uma lei de cuja constitucionalidade duvidassem.

Com a reforma constitucional de 1929, entretanto, ampliou-se legitimação para incitar o controle de constitucionalidade ante a Corte Constitucional. Além do *Landersregierung* e do *Bundesregierung*, a Corte Suprema para causas civis e penais (*Oberster Gerichtshof*) e a Corte Suprema para causas administrativas (*Verwaltungsgerichtshof*) passaram a ser legitimadas para suscitar o controle de constitucionalidade ante a Corte Constitucional. Contudo, diferentemente do governo federal e dos governos dos *Länder*, a *Oberster Gerichtshof* e a *Verwaltungsgerichtshof* receberam legitimação para suscitar questão da inconstitucionalidade *incidenter tantum*, “apenas no curso e por ocasião, de um ordinário processo (civil, penal ou administrativo) desenvolvendo-se perante eles e para a decisão do qual a lei, federal ou estadual, cuja constitucionalidade foi posta em questão, seja relevante”³¹⁹. A via de ação permaneceu, contudo, restrita aos governos dos *Länder* e ao governo federal.

Nota-se que mesmo com a reforma de 1929 os juizes e tribunais comuns – salvo os superiores *Oberster Gerichtshof* e *Verwaltungsgerichtshof* – continuaram incompetentes para suscitar o controle ou mesmo para deixar de aplicar leis supostamente inconstitucionais³²⁰.

³¹⁷ Equivalentes aos “estados” na federação austríaca.

³¹⁸ O próprio KELSEN explica o porquê de tal legitimidade: “Esta solução devia-se ao caráter federativo da república austríaca. Por razões políticas era necessário reconhecer que a administração federal e as estaduais tinham plena igualdade quanto à revisão judicial de legislação. Segundo a Constituição austríaca, as leis federais não podiam entrar em vigor sem a colaboração da administração federal, especialmente sem a promulgação da lei pelo presidente, porém prescindiam de qualquer interferência por parte da administração dos estados; de modo similar, as leis estaduais não podiam entrar em vigor sem a colaboração da administração do respectivo estado, porém não necessitavam de da interferência da administração federal. Portanto, era supérfluo conceder à administração federal o direito de contestar a constitucionalidade de leis federais e às administrações estaduais o de contestar leis estaduais. KELSEN, Hans: “Jurisdição Constitucional”. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 315

³¹⁹ “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado” p. 106.

³²⁰ Diferente foi a solução adotada em outros países que basearam seus sistemas de controle de constitucionalidade no modelo austríaco. CAPPELLETTI traz à guisa de exemplo, a solução encontrada na Alemanha e na Itália para que o modelo austríaco fosse de certa forma mitigado: “Como é sabido,

Por fim, quanto aos efeitos dos pronunciamentos sobre inconstitucionalidade, o modelo austríaco também difere do modelo americano. Como já visto, o modelo americano baseia-se na doutrina de que leis inconstitucionais não são leis e, por isto, são nulas desde o início de sua vigência. Por tal fato, o pronunciamento de inconstitucionalidade apenas declara a nulidade preexistente, alcançando, pois, fatos pretéritos à própria declaração. Vale dizer, no modelo americano a inconstitucionalidade possui efeitos *ex tunc*.

O modelo austríaco, por outro lado, baseia-se na concepção kelseniana – oposta à doutrina tradicional – de que a própria expressão “lei inconstitucional” encerra um paradoxo, na medida em que, para que seja lei, deve encontrar fundamento de validade na Constituição. Assim, não há falar em uma lei nula, por ser inconstitucional; tal é uma contradição em termos. Como afirma o próprio KELSEN³²¹: “A chamada lei ‘inconstitucional’ não é nula *ab initio*, ela é anulável; ela pode ser anulada por motivos especiais. Esses motivos são os de que o órgão legislativo criou o estatuto de outro modo, ou deu-lhe outro conteúdo, que os diretamente prescritos pela constituição”.

Destarte, enquanto não for tida como “inconstitucional” pelo órgão competente, a lei deve continuar sendo válida e obrigatória para todos. Somente com o advento do pronunciamento sobre a inconstitucionalidade é que deixa a lei de vigor. Assim, a decisão da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade de uma lei é constitutiva, e não meramente declaratória. O pronunciamento da Corte

tanto na Itália como na Alemanha, vale, tal qual na Áustria, a proibição aos juizes comuns (civis, penais, administrativos) de efetuar o controle de constitucionalidade das leis. Em suma, os juizes comuns são, na Itália e na Alemanha, assim como na Áustria, incompetentes para efetuar tal controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais dos dois Países. Contudo, na Itália, como na Alemanha, diferentemente da Áustria, todos os juizes comuns, mesmo aqueles inferiores, encontrando-se diante de lei que considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória. Em síntese, todos os juizes, e não apenas os juizes superiores, são legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional, limitadamente às leis relevantes nos casos concretos submetidos a seu julgamento; e este julgamento será suspenso, enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial da constitucionalidade.” “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado” p. 109.

³²¹ “Teoria Geral do Direito e do Estado”, p. 227.

Constitucional no sistema austríaco não declara a nulidade da lei, mas sim lhe procede à anulação.

Por possuir natureza constitutiva, a decisão da Corte Constitucional sobre a inconstitucionalidade possui efeitos *ex nunc*, ou seja, para o futuro, sendo capaz, inclusive de “dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior à publicação (‘Kundmachung’) de seu pronunciamento, contanto que este diferimento da eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano”³²².

Além de possuir, em regra, efeitos *ex nunc*³²³, o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade da Corte Constitucional austríaca tem eficácia *erga omnes*, ou seja, é oponível ante todo e qualquer cidadão ou órgão estatal. Em outras palavras, uma vez que se pronuncie a Corte Constitucional sobre a inconstitucionalidade de uma lei, tal lei é expurgada da ordem jurídica; esvai-se sua vigência.

O pronunciamento da Corte Constitucional cria uma norma geral, que pode ser mais bem entendida se traduzida em exemplo já mencionado quando explanada a criação da norma no modelo de controle de constitucionalidade americano. Assim, suponha-se, que uma lei federal possua um dispositivo que obrigue todos os indivíduos a portarem-se de modo X. A constitucionalidade de tal norma é questionada, em *via principal*, pelo governo de um dos Länder, à luz do texto constitucional, que afirma que os indivíduos, na hipótese legal, podem comportar-se de modo Y. A Corte Constitucional, ao acolher a tese da inconstitucionalidade, cria uma norma geral no

³²² “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, p. 116.

³²³ O pronunciamento da Corte Constitucional austríaca possui efeitos *ex nunc*; esta é a regra geral, e que não comportava exceções no sistema engendrado por KELSEN originalmente. Contudo, com a reforma constitucional de 1929 uma importante exceção foi criada. Como visto, por ocasião de tal reforma constitucional, foi surgido a possibilidade das Cortes Supremas, *incidenter tantum*, argüirem a inconstitucionalidade de uma lei relevante para a resolução do caso concreto que lhes era trazido à análise. Neste caso específico, se o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade operasse efeitos somente *ex nunc*, a lei inconstitucional deveria continuar a ser aplicada a todos os casos surgidos antes do pronunciamento da corte constitucional, inclusive ao caso específico que originou, por *via de exceção*, a declaração de inconstitucionalidade. Para evitar este efeito aparentemente paradoxal, a Constituição reformada passou a admitir que – “*limitadamente ao caso concreto, por cuja ocasião tenha surgido, em ‘via de exceção’, a questão de constitucionalidade – a lei contrária à Constituição deva, em seguida ao pronunciamento, ter aplicação recusada também em relação aos fatos verificados antes do pronunciamento*”. Idem, p. 121.

seguinte sentido : *por força da Constituição, na hipótese fática prevista pela lei, os indivíduos não estão obrigados a portar-se de modo X.*

Com esta análise finda-se o exame do modelo austríaco de controle de constitucionalidade. Como se verá adiante, muitas das idéias deste modelo – assim como do modelo americano – ajudaram a formar o modelo de controle de constitucionalidade adotado hoje no Brasil.

4 – Brasil.

Analisados os modelos clássicos de controle de constitucionalidade, cumpre analisar a ordem jurídica brasileira, com intuito de verificar se existe um *modelo brasileiro* de controle de constitucionalidade. Tal análise seguirá a mesma sistemática já adotada, tendo como parâmetros os aspectos subjetivo, modal e os efeitos dos pronunciamentos sobre a inconstitucionalidade.

De início, afirma-se o que se tornará evidente à medida que forem analisados os aspectos mencionados: o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil possui características que não permitem filiá-lo de modo único a um dos modelos clássicos de controle de constitucionalidade. De fato, observar-se-á mais adiante que o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 mescla atributos de ambos os modelos já estudados.

Contudo, há de ser ressaltado que nem sempre foi assim. A Constituição de 1988 encerra, quanto ao controle de constitucionalidade, quase um século de evolução constitucional. O primeiro modelo de controle de constitucionalidade previsto no Brasil, por influência estadunidense espargida na ordem jurídica pátria pelo gênio de Ruy BARBOSA foi difuso, exercido em *via de exceção*.

O art. 59, alínea “a”, da Constituição de 1891, dispunha expressamente sobre a competência dos juizes ou tribunais federais para julgar as causas em que alguma das partes fundamentasse sua decisão na Constituição. Ao STF, por outro lado, cabia julgar, em última instância recursal as decisões das justiças estaduais quando contestassem “*a validade de leis ou atos dos Governos dos Estados, em face da*

*Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados*³²⁴.

A partir da Constituição de 1934 e, sucessivamente, até a Constituição de 1988 – ressalvado o retrocesso ocorrido com a Constituição de 1937 – foram criados instrumentos de controle que se aproximavam do controle concentrado, sem que com isso fosse abolido o controle difuso. Assim, com a Carta de 1934 foi criada a ADIN interventiva. Luiz Alberto Gurgel de FARIA³²⁵, escudado em Gilmar Ferreira MENDES, ressalta importância histórica de tal ação, que foi a mais importante das inovações trazidas pela Constituição de 1934 no que tange ao controle de constitucionalidade. Tal ação era

Confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos preceitos inseridos no art. 7º, I, “a” a “h”, da Carta. Tratava-se de fórmula peculiar de composição dos conflitos federativos, pois condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado Federal, à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal. A actio em destaque foi essencial para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no Direito brasileiro”.

Em seguida, ultrapassado o período da Constituição de 1937, sobreveio a Constituição de 1946, que com a redação dada pela emenda constitucional nº 16 de 1965, dispunha em seu art. 101, inciso I, alínea “k”: *“Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”*. Celso Ribeiro BASTOS explica que, com tal disposição constitucional, “qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de contraste constitucional. O

³²⁴ Art. 59, § 1º, “b”, da Constituição de 1891.

³²⁵ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de., op. cit. pp. 60 e 61

juízo da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconciliáveis, torna-se então possível”³²⁶. Por fim, não houve, na subsequente Constituição de 1967 – mesmo quando deformada pela emenda nº 1 de 1969 – modificações no dispositivo citado.³²⁷

Feita tal notícia histórica, mais fácil entender-se o modelo que hoje se nos antoja. Primeiramente, quanto ao aspecto subjetivo, a Carta Política prevê tanto o controle de constitucionalidade difuso, como o concentrado. Destarte, ao mesmo tempo em que todos os juizes e tribunais são competentes para examinar a questão da inconstitucionalidade³²⁸, em outras hipóteses somente o STF poderá fazê-lo. Há de se ressaltar, pois, que o Excelso Pretório será competente tanto como a última instância recursal para reconhecer a inconstitucionalidade no controle difuso³²⁹, como para julgar, originariamente, a inconstitucionalidade argüida pela *via principal*.

³²⁶ “Curso de Direito Constitucional”, p. 403

³²⁷ Originalmente, art. 114, inciso I, alínea “I”; com a emenda, art. 119, inciso I, alínea “I”.

³²⁸ Embora a Constituição Federal não possua disposição expressa quanto ao controle difuso, é fácil percebê-lo na leitura de alguns dispositivos constitucionais. Assim, quanto ao controle difuso de constitucionalidade pode ser citado o art. 97 da Constituição Federal, que dispõe sobre a declaração de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais comuns: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Também de se citar os dispositivos do art. 102, inciso III (a,b,c) que encerram a competência do STF para julgar, em via de recurso extraordinário, as causas em que tenham sido suscitadas questões constitucionais: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”. Ambos dispositivos citados demonstram, implicitamente, a existência do controle de constitucionalidade difuso: o primeiro, ao tratar sobre a declaração de inconstitucionalidade, genericamente, nos tribunais; o segundo, ao reconhecer a competência do STF para julgar a questão da inconstitucionalidade em último grau de recurso.

³²⁹ Na hipótese em que o STF decida, definitivamente, em grau de recurso, sobre a inconstitucionalidade de uma lei, comunica-se ao Senado Federal, que deve suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional (Art. 52, inciso X da Constituição Federal). Tal comunicado, conforme jurisprudência já assente no STF, não se faz necessário quando a inconstitucionalidade é declarada pela *via principal*. É que no primeiro caso a lei permanece vigente (*on the books*) como ocorre nos pronunciamentos da Suprema Corte Americana. No segundo caso, a lei inconstitucional é expurgada da ordem jurídica com o pronunciamento sobre a Inconstitucionalidade pelo STF. Sobre a desnecessidade da providência do art. 52, X da Constituição Federal no caso do controle em *via de ação*, verificar MORAES, Alexandre de. op. cit. p. 2368.

Do mesmo modo que o aspecto subjetivo apresenta caracteres ínsitos aos dois modelos clássicos de controle judicial de constitucionalidade das leis, o aspecto modal aceita as soluções trazidas pelos dois paradigmas. Destarte, é possível provocar-se o controle de constitucionalidade no Brasil tanto por *via principal* – ou de ação – como por *via incidental* – ou de exceção.

Quanto à *via de exceção* ou *incidental*, temos que cada juiz ou tribunal é competente para julgar a questão de inconstitucionalidade, quando desta dependa a resolução da lide, como no sistema americano. Na *via principal*, ou *de ação*, a Constituição traz os seguintes instrumentos, que visam provocar o controle de constitucionalidade concentrado pelo STF: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)³³⁰, a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)³³¹; e, o mais

³³⁰ A ação declaratória de constitucionalidade foi criada pela emenda constitucional nº 3 de 17/03/93, que deu a seguinte redação ao art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. Seu procedimento é tratado pela lei 9868/99. Os legitimados para propô-la são os do §4º do art. 103 da Constituição Federal: “§ 4º - A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador Geral da República”. O objetivo que se busca com a propositura da ação declaratória de constitucionalidade não é o de expurgar uma inconstitucionalidade do sistema, mas de declarar a constitucionalidade de uma norma, com efeito *erga omnes*, vinculando a todos os órgãos dos três poderes, como afirma o §2º do art. 102 da Constituição Federal: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Tais efeitos causaram controvérsia na doutrina, que, por parte de alguns autores, chegou a acoirar de inconstitucionalidade a emenda nº 3. Sobre tal controvérsia, conferir FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. op. cit. pp. 63 a 69.

³³¹ A ADPF foi criada pela emenda nº 3, de 17/03/93, que deu a seguinte redação ao § 1º do art. 102 da Constituição Federal: “§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. O procedimento para o julgamento desta ação vem regrado pela lei 9882/99. Os legitimados para propô-la, como noticia Celso Ribeiro BASTOS. “Curso de Direito Constitucional”, p. 415), são os mesmos da ADIN (art. 103 da Constituição Federal). Há de se ter em mente que a ação referida só será utilizada quando não houver outro meio idôneo. É o que se expressa no trecho do aresto da ADPF 17 AgR / AP – AMAPÁ: O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP”.

importante, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)³³². Esta, por sua vez, pode ser *interventiva*³³³, *por ação* ou *por omissão*.

Não se inclui neste rol o mandado de injunção, já que tal remédio constitucional não caracteriza propriamente a *via de ação* hígida a provocar o controle concentrado, posto que o seu julgamento não é de competência exclusiva do STF, podendo ser analisado por qualquer juiz ou tribunal³³⁴. Além disso, não configura controle por *via principal*, já que o objetivo principal de tal ação não é o mero pronunciamento sobre a inconstitucionalidade da omissão legislativa, ou o suprimento de tal omissão, mas sim possibilitar a um indivíduo o exercício de um direito constitucionalmente garantido. O pronunciamento sobre a inconstitucionalidade – e,

³³² O julgamento da ADIN é de competência originária do STF, como versa o já mencionado art. 102, I, “a”, da Constituição Federal. A legitimação para a propositura da ação está prevista no art. 103 da Constituição Federal: “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”. O procedimento de tal ação foi disciplinado pela lei 9868/99.

³³³ A dita ação direta de inconstitucionalidade interventiva visa promover a intervenção da União em estado federado. É justamente esta a hipótese prevista pelo art. 36, inciso III, da Constituição Federal: “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII”. Neste caso a legitimidade é do Procurador-Geral da República, tão-somente, sendo competente para o julgamento o STF.

³³⁴ Prova disto são os seguintes artigos da Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; (...) II - julgar, em recurso ordinário: a) o “habeas-corpus”, o mandado de segurança, o “habeas-data” e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; Art. 121 (...) § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: V - denegarem “habeas-corpus”, mandado de segurança, “habeas-data” ou mandado de injunção”. Por evidente que a maioria dos casos há de ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, irretorquível a crítica de Luiz Alberto Gurgel de FARIA: “Não se pode deixar de registrar que o constituinte não foi feliz ao disciplinar a competência para o julgamento do mandado de injunção, pois a forte concentração na mais alta Corte de Justiça (a maioria dos direitos passíveis de implementação depende de lei federal, formal e materialmente considerada, prerrogativa do Congresso Nacional) prejudica o fortalecimento do mandado, a começar pela distância da Capital Federal, como também por afluir potencialmente ao Pretório uma elevada gama de causas (já não são poucas), o que poderia ser melhor dimensionado com uma repartição mais equânime desta competência, inclusive aquinhoando os juizes de primeira instância”. Op. cit. p. 83.

adotando-se a tese aqui defendida – seu suprimento, *incidenter tantum*, ocorrem apenas para que seja possível garantir ao cidadão o exercício do direito; a inconstitucionalidade (*rectius*, o reconhecimento da inconstitucionalidade) é questão que antecede a providência principal, que é a possibilidade de exercício do direito.

Por fim, quanto ao aspecto dos efeitos das decisões, o modelo brasileiro é eclético, fundando-se nos dois sistemas clássicos. De se frisar, todavia, que a Constituição não trouxe disposição expressa a respeito dos efeitos de todas possíveis decisões sobre a inconstitucionalidade. Para José Afonso da SILVA³³⁵, esta ausência de regramento constitucional não representa óbice à definição de tais efeitos, que acaba por defluir das regras processuais vulgares que regem a eficácia das sentenças.

Destarte, em regra, as decisões relativas ao controle difuso terão eficácia *inter partes* e *ex tunc*. Por outro lado, as decisões advindas do controle concentrado de constitucionalidade deveriam ter efeitos *erga omnes* e *ex nunc*. Não é propriamente o que ocorre. Fica claro, em análise mais detida, que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, quanto aos efeitos dos pronunciamentos, conta com certas peculiaridades que fogem aos modelos de controle judicial de constitucionalidade já citados.

Primeiramente, o mandado de injunção possui eficácia *inter partes*, já que, ao suprir uma omissão legislativa visa permitir, *in concreto*, o exercício de um direito constitucionalmente garantido. Contudo não parece aceitável que tenha efeitos *ex tunc*, já que o direito constitucionalmente garantido só pode ser exercido quando suprida a omissão legislativa inconstitucional³³⁶.

A ação declaratória de constitucionalidade possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo³³⁷. Por tratar-se de ação declaratória, possui efeitos *ex tunc*, evidentemente.

³³⁵ SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 19ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 54.

³³⁶ Por outro lado, não parece o mandado de injunção caracterizar-se com instrumento de controle difuso, já que tal espécie de controle se caracteriza justamente pela ausência de instrumentos próprios para suscitar questões constitucionais.

³³⁷ Art. 102, § 2º da Constituição Federal e parágrafo único do art. 28 da lei 9868/99.

A ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, por sua vez, possui eficácia *erga omnes*. Seus efeitos se operam retroativamente (*ex tunc*), contrariamente do que ocorre no modelo austríaco puro. Entretanto, do mesmo modo que na Áustria, por força do art. 11 da Lei 9882/99, pode o STF, atendendo a razões de segurança jurídica ou elevado interesse social, restringir os efeitos da inconstitucionalidade ou determinar que ela só gere efeitos a partir de certa data determinada.

Por fim, a ADIN possui efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Do mesmo modo que ocorre com a argüição de descumprimento de preceito fundamental, pode o STF, atendendo a razões de segurança jurídica ou elevado interesse social, restringir os efeitos da inconstitucionalidade ou determinar que ela só gere efeitos a partir de certa data determinada³³⁸. Além destes efeitos, a actio possui efeitos repristinatórios, já que com a inconstitucionalidade, a norma que fora revogada pela superveniente disposição inconstitucional torna-se rediviva³³⁹.

Findo o exame do último critério de análise é possível concluir que existe um modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Embora tal modelo se utilize de conceitos e instrumentos já criados pelos modelos austríaco e americano, o faz de modo a mesclá-los, sendo o resultado de tal mescla um modelo autônomo, com instrumentos e efeitos próprios. Nota-se, contudo, que cá a adoção das soluções empregadas pelos sistemas clássicos nem sempre seguiu critérios propriamente lógicos. Esta aparente ilogicidade pode se fazer sentir em algumas características de nosso sistema, sendo dois os exemplos mais imediatos: o primeiro, residente no fato de que, conquanto tenha sido o Brasil sempre ligado à tradição jurídica do *Civil Law*, o primeiro sistema de controle de constitucionalidade a viger entre nós foi o difuso, desenvolvido justamente sob a égide do *Common Law* estadunidense e, por tal razão, condizente com a valorização dos precedentes judiciais como importantíssima fonte de

³³⁸ Art. 27 da Lei 9868/99.

³³⁹ Alexandre de MORAES afirma que os “efeitos repristinatórios decorrem automaticamente da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, em face da expressa previsão legal, independentemente de previsão no acórdão; assim, declarada nula uma lei pelo STF, voltarão à vigência, a partir do momento em que surgiram os efeitos de sua derrogação, as disposições legais que haviam sido por ela revogadas”. Op. cit. p. 2366.

Direito. Esta diferença de cultura jurídica acentua ainda mais a insegurança jurídica que já é característica ao controle difuso, pois por mais que um juiz reconheça a inconstitucionalidade de uma Lei, tal precedente judicial nunca pode ser tido como fonte tão importante para decisões futuras, como o é o comando legal, que continua vigente nos demais casos. A tentativa de se adequar o *stare decisis* ao *Civil Law*, com a criação da Súmula Vinculante, é ainda incipiente em nosso sistema para que se possam medir suas reais conseqüências.

A segunda característica que pode ser apontada como indício da falta de logicidade na adoção de soluções dos modelos clássicos de controle de constitucionalidade, feita pelo modelo brasileiro, diz respeito aos efeitos das decisões sobre inconstitucionalidade. Foi visto que, no modelo americano, tem-se a decisão que diz ser uma Lei inconstitucional como meramente declaratória (com efeitos *ex tunc*), na medida em que se acredita serem as Leis inconstitucionais nulas *ab initio*; no modelo austríaco, tal decisão é constitutiva (com efeitos *ex nunc*), pois crê-se – com Kelsen – que as Leis ditas inconstitucionais são meramente anuláveis. Já no Brasil, as decisões do controle concentrado podem ora ter efeitos retroativos, ora não, sem que haja uma real justificativa para tal; coube à Lei definir.

Outra illogicidade a ser estudada no modelo de controle de constitucionalidade hoje vigente no Brasil também é a que diz respeito à eficácia dada aos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão, quais sejam o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Como será visto a seguir, tais instrumentos foram “esvaziados” de tal modo, que são incapazes de lidar com a situação de inconstitucionalidade que deveriam fulminar. A modificação da interpretação vigente e a atribuição de real eficácia a tais instrumentos depende de uma nova leitura do princípio da separação de poderes, donde resta de fácil percepção que o tópico seguinte fará a conjunção do que foi estudado na primeira parte do presente trabalho com o problema específico da eficácia dos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão na ordem jurídica brasileira.

B - OS EFEITOS DAS DECISÕES NO JULGAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

1- A Posição Adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Já foi visto que, ao menos formalmente, a ordem jurídica brasileira consagra dois instrumentos específicos para tratar da situação de omissão inconstitucional: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não obstante, a interpretação dada a tais instrumentos praticamente lhes nega eficácia para que alcancem o escopo a que se destinavam: a eliminação da inconstitucionalidade por omissão.

Quanto ao mandado de injunção, o art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal prevê o seguinte: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”³⁴⁰.

A partir da disposição constitucional parece ficar claro que o *mandamus* de que se trata tem como objetivo o suprimento da situação de omissão inconstitucional, de modo que seja possível ao indivíduo exercer o direito constitucionalmente garantido, que a inércia legislativa está a negar. Contudo, o Supremo Tribunal Federal afastou tal interpretação ao julgar o mandado de injunção nº 107/DF de 1989³⁴¹. A concepção

³⁴⁰ Até a presente data, inexistente lei específica que regule o procedimento do mandado de injunção, sendo aplicáveis para tal fim, por força do art. 24 da lei 8.038/90 as normas atinentes ao mandado de segurança, até que lei específica venha a sanar esta lacuna.

³⁴¹ A questão de ordem decidida no mandado de injunção 107 foi assim ementada: “Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - em face dos textos da constituição federal relativos ao mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., lxxi, dos quais o exercício esta inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do poder judiciario a declaração de inconstitucionalidade dessa omissao se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciencia dessa declaração, para que adote as providencias necessarias, a semelhanca do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissao (artigo 103, par-2., da carta magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponivel contra o estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissao inconstitucional. - assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte -

adotada pelo Excelso Pretório foi a de que a concessão do mandado de injunção “*leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito*”³⁴².

A justificativa adotada pelo Excelso Pretório para tal providência, que, em verdade, não afasta a situação de inconstitucionalidade, mas apenas a comunica ao órgão legiferante omissa, é a de que o suprimento individual da omissão legislativa importaria em avilte ao princípio da separação de poderes, pois implicaria a invasão da competência legislativa pelo Poder Judiciário.

No que pertine à ADIN por omissão, outro não foi o entendimento do Excelso Pretório. O art. 103, § 2º, da Constituição Federal traz a seguinte disposição: “*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*”.

A Lei 9868/99, que fixou regras procedimentais para o julgamento da ADIN não trouxe qualquer disposição específica sobre os efeitos da ADIN por omissão. Diante, pois, da ausência de normas expressas a respeito, passou-se a indagar se seria possível que, no caso de omissão legislativa, além de comunicar ao órgão legiferante a sua omissão, o STF também criasse uma norma que suprisse a falta do legislador.

O STF – assim como parte da doutrina³⁴³ – fixou o entendimento de que lhe é impossível suprir a omissão legislativa inconstitucional, no julgamento da ADIN por

que esta devidamente definida pelo artigo 102, I, 'q' -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe e analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator. Mi-qo 107 / df. Dj 21-09-1990 pp-09782” .

³⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso (...), p. 317.

³⁴³ Exemplificativamente, pode ser citado Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, para quem “*em se tratando de omissão de lei, o Supremo Tribunal Federal não poderá senão dar ‘ciência’ ao Legislativo*”. Op. cit. p. 41. Também Alexandre de MORAES comunga deste entendimento: “*Declarando o STF a inconstitucionalidade por omissão por ausência de medida legal que torne a norma constitucional efetiva, deverá dar ciência ao Poder ou órgão competente para (no caso do Legislativo): ciência para a adoção de providências necessárias, sem prazo preestabelecido. Nessa hipótese, o Poder Legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu múnus, sob pena de afrontar a separação de Poderes, fixada pelo art. 2º da Carta Constitucional*”. Op. cit. p. 1415.

omissão, já que isto implicaria ofensa ao princípio constitucional da tripartição de poderes. Tal posicionamento do Excelso Pretório fica bastante claro no seguinte trecho³⁴⁴:

O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.

Em suma, no entendimento do STF, o único efeito da ADIN por omissão é, assim como no mandado de injunção, o de dar ciência ao órgão legislativo omisso, para que este cumpra sua obrigação, constitucionalmente imposta, de legislar. Tal decisão cria uma norma cujo sentido é o de declarar a omissão do órgão legislativo, pura e

³⁴⁴ ADI 1063 MC-QO / DF - DISTRITO FEDERALQUESTÃO DE ORDEM NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Rlator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 18/05/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-01 PP-00083. Também o seguinte julgado exprime a posição do Supremo Tribunal: “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF art. 102, § 3º) a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.” (RTJ 162/877).

simplesmente, sem que seja estipulado qualquer prazo para o suprimento da omissão ou prevista qualquer sanção caso tal omissão persista³⁴⁵.

Ainda que apoiado em parte da doutrina, o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal não é imune a críticas. De fato, como será visto adiante, a mera notificação ao Poder Legislativo é medida que, além de insuficiente, descaracteriza os instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão.

2- Críticas ao Posicionamento do Excelso Pretório.

O posicionamento adotado pelo STF sobre os efeitos da procedência da ADIN por omissão e do mandado de injunção merece críticas. Não à toa, parte da doutrina se posiciona diametralmente contra a tese esposada pelo Tribunal Supremo, em busca de solução que devolva real valia aos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão.

No caso da ADIN por omissão, embora se argumente que tal derive diretamente da interpretação literal do disposto no art. 103, § 2º, do texto constitucional, a mera notificação do poder Legislativo para que supra a omissão inconstitucional não é a melhor solução a ser adotada. Em primeiro lugar – e isto vale, igualmente para o mandado de injunção – é altamente questionável a eficácia de tal medida, já que a simples declaração de que o Legislativo encontra-se “inadimplente” em relação a sua obrigação constitucional de legislar, não traz consigo qualquer medida coercitiva que imponha o adimplemento. Assim, uma vez cientificado de sua inadimplência, o poder Legislativo pode simplesmente permanecer inerte, conquanto cômico da inconstitucionalidade gerada por sua omissão.

Luiz Alberto Gurgel de FARIA³⁴⁶ aponta para a insuficiência da mera notificação ao poder Legislativo, tendo como escopo a ADIN por omissão, mas em exemplo que, por sua lógica, não exclui o mandado de injunção:

³⁴⁵ Para Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO “*esta ciência importa numa censura, ainda que com as famosas luvas de pelica, ao Congresso*”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988 *in* Revista de Direito Administrativo, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 11.

³⁴⁶ Op. Cit. p. 114.

As conseqüências atualmente estabelecidas para a ação não preservam o fim maior para o qual ela foi criada: afastar a violação à Constituição, diante da inércia dos órgãos competentes para regulamentar os preceitos constitucionais. Ora, cientificado para, por exemplo, legislar acerca do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço do trabalhador (CF, art. 7º, XXI), o Congresso Nacional pode simplesmente se manter omissivo, prolongando a ofensa à Carta, de nada valendo a “censura” do Poder Judiciário.

De fato, como bem apontado pelo doutrinador citado, a decisão da ADIN por omissão, em resultando somente na notificação da omissão ao Legislativo, torna-se inócua, incapaz de fazer fenecer a situação de inconstitucionalidade que a motivou. Entendidos com este efeito meramente declaratório³⁴⁷, o mandado de injunção e a ADIN por omissão fogem à lógica do controle de constitucionalidade, que tem por escopo não somente verificar a ocorrência de ofensas à Constituição, mas sim de expurgar tais ofensas da ordem jurídica.

Frise-se: o objetivo primordial do controle de constitucionalidade – sem o qual o próprio controle deixa de fazer sentido – é retirar da ordem jurídica as situações de inconstitucionalidade, seja pela revogação de normas inconstitucionais, seja pelo suprimento de omissões inconstitucionais. O instrumento de controle de constitucionalidade que é incapaz de exterminar a inconstitucionalidade é desprovido de sentido; inútil. Neste diapasão, a mera declaração de inconstitucionalidade, com a notificação do órgão responsável por tal não pode ser o objetivo de um instrumento de controle que se pretende eficaz.

³⁴⁷ José Afonso da SILVA afirma que a eficácia da decisão da ADIN por omissão seria não meramente declaratória, mas também mandamental, sendo tal caráter mais evidente em relação ao órgão administrativo inadimplente. Op. cit. p 55, 56. Contudo, de difícil visualização tal eficácia mandamental se adotada a posição tradicional quanto aos efeitos da procedência da ADIN por omissão, tendo em vista que nenhuma coercitividade existe na norma criada pelo STF, já que desprovida de sanção.

Tal conclusão fica bastante evidente quando se compara os efeitos do mandado de injunção e da ADIN por omissão com os da ADIN por ação, esta sim, um instrumento de controle efetivo. No caso de procedência desta última *actio se* cria, pela decisão do STF, uma norma nova, que anula de imediato a norma inconstitucional, sem que seja necessária a comunicação prevista no art. 52, inciso X da Constituição Federal³⁴⁸, só devida nos casos em que uma dada norma seja declarada inconstitucional pelo Excelso Pretório no exercício do controle difuso de constitucionalidade, em grau último de recurso. Em suma, com a procedência da ADIN por ação resolve-se, imediatamente, a situação de inconstitucionalidade, representada pela permanência no sistema de uma norma contrária à Constituição; expurgada tal norma da ordem jurídica, restaura-se a situação normal, de respeito à Constituição. Nada de semelhante ocorre com a procedência de qualquer dos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão, tolhidos que estão pela interpretação que lhes dá eficácia meramente declaratória da inconstitucionalidade.

Percebe-se, ante o explanado, que a mera cientificação do poder Legislativo sobre a omissão a que deu causa não é suficiente para que se resolva a situação de inconstitucionalidade, tornando a ADIN por omissão e o mandado de injunção instrumento de pouca valia. Cumpre, pois, buscar uma solução que adeqüe tais instrumentos à lógica do controle de constitucionalidade. No dizer de Flávia PIOVESAN, ao referindo-se à ADIN por omissão³⁴⁹: “compartilhando da lógica do controle de constitucionalidade, o objetivo da ação há de ser o de afastar a violação à constituição. Controlar a constitucionalidade significa impedir a subsistência de inconstitucionalidade. Isto significa que, de alguma forma, a inconstitucionalidade por omissão deve ser banida, porque atentatória à Constituição”.

Impõe-se a existência de um efetivo controle da omissão inconstitucional, sob pena de residir no controle insuficiente a semente para a perda do respeito à Constituição e para a diminuição de sua força normativa. A situação de prolongada

³⁴⁸ O referido dispositivo reza: “Art. 52- Compete privativamente ao Senado Federal: X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

³⁴⁹ Op. Cit. p. 125.

inconstitucionalidade e a inexistência de um meio efetivo de saná-la retira da Constituição o caráter imperativo, que deve ser próprio das normas que ocupam o ápice da ordem jurídica. Para o órgão Legislativo inadimplente, que gera a inconstitucionalidade, o comando constitucional que impõe o legislar perde o valor; torna-se letra morta, incapaz de gerar no órgão legiferante o sentimento, que lhe deveria ser ínsito, de subserviência à Constituição. E se o próprio órgão Legislativo não respeita a Constituição, dificilmente as leis por ele criadas respeitarão, o que implica aumento dos casos de inconstitucionalidade por ação.

Os instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão, a permanecerem com os efeitos ora atribuídos pelo STF, ao invés de se tornarem um meio de imposição e valorização do texto constitucional, transformam-se em fator de descrédito da própria força da Constituição, já que o Legislativo é simplesmente notificado de seu agir inconstitucional, permanecendo à sua total conveniência cumprir ou não cumprir o que a Constituição lhe impõe.

A fim de dar real efetividade a tais instrumentos, de modo a transformá-los em agentes de reafirmação da importância e supremacia da Constituição, há de se modificar o entendimento hoje vigente, dado-lhes eficácia para que retirem a situação de inconstitucionalidade do sistema. Tal só se torna possível com o suprimento judicial da omissão legislativa. Esta idéia, conquanto possa parecer inovadora, já foi sugerida pela doutrina. José Afonso da SILVA³⁵⁰ entende que a ADIN por omissão deveria ser capaz de gerar “uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão”. Sérgio Reginaldo BACHA, sugere o mesmo para o mandado de injunção³⁵¹. Por fim, Luiz Alberto Gurgel de FARIA³⁵², citando Márcia

³⁵⁰ Op. Cit. p. 56. Também é esta a solução é sugerida por Flávia PIOVESAN (Op. Cit. P. 126) e Luiz Alberto Gurgel de FARIA (Op. Cit. P. 116).

³⁵¹ BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 261. Confeir, também MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de Injunção. 2a edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 124

³⁵² Op. Cit. p. 115.

Rodrigues MACHADO, noticia que tal possibilidade foi admitida na Assembléia Constituinte, tendo constado no I Substitutivo do Relator Bernardo CABRAL³⁵³.

Como já visto, entretanto, o STF repudia tal possibilidade, por tê-la como atentatória ao princípio da tripartição de poderes. Flávia PIOVESAN³⁵⁴ critica tal posição que “em prol, certamente, do princípio da separação de poderes, acaba por comprometer o princípio da prevalência da Constituição”.

Embora o presente trabalho compartilhe da crítica da doutrinadora citada, propõe-se aqui a análise da questão sob um diferente prisma; cuida-se de elucidar se, ante o conteúdo atual que se atribuiu à separação de poderes, haveria real lesão a tal princípio no suprimento, por parte do Poder Judiciário, da omissão legislativa no julgamento dos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão. Este tema será tratado no ponto seguinte, tendo como paradigma as conclusões alcançadas na primeira parte deste estudo, onde se tratou da atualização do princípio da separação de poderes, com enfoque para as distinções entre legislar e julgar.

3 – A Possibilidade de Suprimento Judicial da Omissão Legislativa sem Lesão à Separação de Poderes.

Já foi estudado que o STF crê ser-lhe impossível suprir a omissão legislativa no julgamento dos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão, sob o argumento de que, assim agindo, estaria o Poder Judiciário lesionando o princípio da separação de poderes. Cumpre, contudo, analisar a questão com maior detença, tendo como base não o conteúdo que tradicionalmente se atribui ao princípio da separação de poderes, e sim uma distinção entre o legislar e o julgar que seja mais coerente com o próprio controle judicial de constitucionalidade das leis, realidade esta sequer imaginada por MONTESQUIEU.

³⁵³ Tal disposição vinha nos parágrafos 2º e 3º do art. 149, da seguinte forma: “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade, por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão ou Poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimento pelo STF. §3º Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o STF editar Resolução, a qual com força de lei, vigorará supletivamente”.

³⁵⁴ Op. Cit. p. 125.

Destarte, pergunta-se novamente: O suprimento judicial da omissão legislativa no julgamento dos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão por omissão realmente fere o princípio da separação de poderes? A resposta para esta indagação depende, necessariamente, do conteúdo que se dá ao referido princípio, especialmente no que tange à diferenciação entre as atividades primordiais do Legislativo e do Judiciário, quais sejam, o legislar e o julgar.

Adotando-se a visão da doutrina tradicional, realmente pode-se chegar à conclusão de que o fato de o STF ser capaz de prolatar uma *sentença normativa* que encerre normas gerais e abstratas, de modo a suprir a omissão legislativa no julgamento da ADIN por omissão, é atentatório ao princípio da separação de poderes. Isto, pois, na visão tradicional, somente ao Legislativo seria permitido criar o Direito – mormente por meio de normas gerais e abstratas – devendo o Judiciário somente aplicar o Direito preexistente aos casos concretos. De fato, sob o prisma da doutrina tradicional da separação de poderes, a posição adotada pelo STF é irretorquível.

Todavia, esta concepção tradicional do princípio da separação de poderes tornou-se obsoleta, principalmente com o advento da jurisdição constitucional, não podendo mais ser tida como parâmetro para diferenciar a atividade primordial do Poder Legislativo da do Poder Judiciário. Isto, porque, como visto, a versão clássica da tripartição de poderes engendrada por MONTESQUIEU, conquanto vislumbrasse zonas de interpenetração entre os poderes, atribuindo ao Legislativo e ao Executivo competências de controle recíproco, relegava ao Judiciário o papel de “poder nulo” incapaz de exercer qualquer controle sobre seus pares. Assim sendo, ou se adequa o princípio da separação de poderes à realidade de um Poder Judiciário que controla a constitucionalidade das leis editadas pelo Legislativo, ou se nega validade a uma das premissas da discussão: o princípio da tripartição de poderes ou qualquer modalidade de controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os demais poderes. De fato, a visão tradicional torna impossível o controle de constitucionalidade, que seria visto como uma intervenção indevida do poder Judiciário no mister fundamental do Legislativo. Justamente este o raciocínio de KELSEN, que, atrelado ao conteúdo que a doutrina

tradicional dava ao princípio da separação de poderes, acaba por caracterizar a revisão judicial das leis como uma afronta ao referido princípio.

O princípio da separação dos poderes, especialmente na diferenciação entre o legislar e o julgar, não se pode pautar em uma suposta diferença substancial entre as atividades do Judiciário e do Legislativo ou entre os resultados destas atividades; ambos os poderes, em seu mister principal (julgar e legislar, respectivamente), aplicam normas jurídicas e, *ipso facto*, criam normas jurídicas.

De igual modo, a diferenciação entre legislar e julgar que deve, atualmente, informar o princípio da separação de poderes, não pode residir no suposto fato de que, embora tanto o legislador quanto o juiz criem normas jurídicas, somente o primeiro crie normas gerais e abstratas. Conforme o que já foi estudado, quando um tribunal constitucional retira da ordem jurídica uma norma legal tida como inconstitucional, o faz por meio de uma decisão que cria uma norma cujo sentido é justamente o *não-dever-ser* da norma inconstitucional e o *dever-ser* da norma constitucional em face da qual fora questionada a primeira.

Não será demasiado ressaltar, portanto, que a criação de uma norma individual que permita ao indivíduo o exercício de um direito constitucionalmente garantido, no caso de procedência do mandado de injunção, bem como a criação de uma norma geral e abstrata que substitua a lei que cabia ao Legislativo criar, no caso da ADIN por omissão, não ferem, *per se*, o princípio da separação de poderes. Na hipótese específica da ADIN por omissão, frise-se, a criação de uma norma geral e abstrata que supra a omissão legislativa não difere da criação de uma norma geral e abstrata cujo sentido é o *não-dever-ser* da norma tida como inconstitucional, fenômeno este que é consequência da procedência de uma ADIN por ação. Afinal, se o argumento de que o juiz constitucional, ao suprir uma omissão legislativa, invade a esfera deste Poder fosse válido, igualmente o seria no caso da anulação de uma lei, a fim de sanar a inconstitucionalidade por ação³⁵⁵. Por conseguinte, ou entendemos que

³⁵⁵ Assim ensina Sérgio Fernando MORO: “*Ainda que assim não fosse, cumpre observar que os argumentos contrários à atuação do juiz como ‘legislador positivo’ – por exemplo, o de que dessa forma ele estaria exercendo atividade legislativa – poderiam ser igualmente opostos à atividade do juiz como ‘legislador negativo’. Em ambas hipóteses, o juiz interfere no âmbito da atividade legislativa. O julgador,*

a separação de poderes possui um novo conteúdo, que permite adequá-la à jurisdição constitucional, ou abraçamo-nos ferreamente à vetusta concepção do princípio citado, colocando-o como óbice ao controle – tanto na ação como na omissão – de constitucionalidade. De se advertir, contudo, que a segunda opção implica necessário retrocesso, alijando quase dois séculos de evolução constitucional.

Como alternativa ao retrocesso apontado, reafirma-se a importância de uma distinção entre as atividades primordiais dos poderes Legislativo e Judiciário que, consciente inseparabilidade entre criação e aplicação do Direito, tenha como parâmetro o *modus* como os poderes citados criam normas jurídicas. Com isto, como já visto, quer se significar que a diferenciação entre a atividade do Legislativo e a do Judiciário reside no processo específico que cada um destes poderes desenvolve para chegar a um resultado final fundamentalmente comum a ambos: a criação do Direito.

Ressalte-se, a propósito, que com a adoção deste novo conteúdo para o princípio da separação de poderes, perde sentido a afirmação de que o STF atua como *legislador negativo* no julgamento da ADIN, quando anula uma norma legal tida como inconstitucional. Vê-se, pois, pelos lindes que cercam a atuação do STF no julgamento de tal ação, que continua a agir como juiz, não sendo lícito emprestar-lhe a nomenclatura de *legislador*. Legislador – repita-se – não é quem cria normas gerais; isto o Supremo Tribunal também faz no julgamento da ADIN por ação. Legislador é quem pode criar normas gerais *sponte propria*, sem necessidade de manter-se inerte e imparcial, no momento em que verifique conveniente, sobre o tema que deseje. Em momento algum o STF possui esta liberdade.

No sentido atual que se deu à distinção entre julgar e legislar, o ato do Poder Judiciário de suprir a omissão legislativa no julgamento dos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão só poderá ser considerado lesivo ao princípio da separação de poderes se, ao praticá-lo, o órgão julgador fugir do processo judicial de criação do Direito e aproximar-se do processo legislativo. Importa em afirmar: desde que preservadas a inércia, a imparcialidade e assegurado o isonômico tratamento às

no exercício do controle de constitucionalidade, invade inevitavelmente área reservada ao legislador. Não há como contradizer tal fato. Todavia, ele assim age para resguardar a supremacia da Constituição". Op. cit. p. 194.

partes – preservadas, pois, as *virtudes passivas* do julgador – o suprimento pelo Poder Judiciário de omissão legislativa no julgamento da ADIN por omissão e do Mandado de Injunção não implica lesão ao princípio da separação de poderes, considerado este com um conteúdo que dá conta da própria jurisdição constitucional.

Importante ressaltar que os procedimentos da ADIN por omissão e do Mandado de Injunção estão organizados de modo a restarem plenamente preservadas as virtudes passivas do julgador. Primeiramente, o Judiciário permanece, em ambos os casos, inerte, só podendo agir a partir do momento em que a omissão inconstitucional seja-lhe trazida a julgamento, pela propositura da ação direta ou do *mandamus*. Diferentemente do Poder Legislativo, que possui a disposição sobre o momento em que criará a norma jurídica, bem como sobre o conteúdo dessa criação, o órgão julgado permanece adstrito aos limites em que foi proposta a ação, à qual necessariamente deve coerência a eventual norma criada como resultado do julgamento.

Também permanece imparcial o órgão julgador, diante dos fatos que são trazidos a julgamento, tendo em vista que a omissão é causada pela inércia do Poder Legislativo. Se as decisões judiciais nesses casos acabam por permear-se de forte significância política é porque se trata este de um fenômeno extensível a qualquer decisão judicial, sendo maior o significado político, por evidente, quanto mais amplos e relevantes os interesses envolvidos. Isto, contudo, não mitiga a posição de imparcialidade que o órgão julgador mantém.

Por fim, o procedimento de ambos os instrumentos de controle preserva as garantias inerentes ao devido processo legal. No caso do mandado de injunção, a adoção do rito próprio do mandado de segurança garante o respeito ao contraditório, já que as informações prestadas pela autoridade legislativa omissa acabam por constituir verdadeira contestação. Já no que diz respeito à ADIN por omissão, não há a formação de uma perfeita relação jurídica processual, já que inexistente norma jurídica inconstitucional a ser impugnada, não havendo, também, o porquê de se garantir o contraditório³⁵⁶.

³⁵⁶ Na ADIN por ação, há necessidade de oitiva prévia do Advogado-Geral da União, que se manifestará em defesa da norma cuja constitucionalidade se impugna. Tal não ocorre na ADIN por omissão como

Evidentemente, na criação da norma que supre a omissão legislativa inconstitucional, o Poder Judiciário está – assim como o legislador, ao legislar – limitado formal e materialmente pela Constituição. Com isto, o suprimento da omissão legislativa só será possível naquelas hipóteses em que o legislador não fosse inafastável, como explica Flávia PIOVESAN³⁵⁷:

Isto é, haveria de se distinguir o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer, necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador. Vale dizer, caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia a norma constitucional sem intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade de o Poder Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige regulamentação.

Além disto, o suprimento judicial da omissão legislativa deve ser medida provisória e secundária. Provisória, no sentido de que sobre ela não recaem os efeitos da coisa julgada, mantendo-se, pois, a total autonomia do Legislativo para revogar a norma judicialmente criada. Deve o suprimento judicial ser, também, medida secundária, na medida em que só seja realizada após o decurso de um prazo hábil que deve ser fixado na decisão da ação. Ressalte-se, que o § 2º do art 103, da Constituição

salienta Alexandre de MORAES: “A oitiva do Advogado-Geral da União, nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, não é obrigatória, uma vez que inexistente ato impugnado a ser defendido, salvo em caso de omissão parcial, em que deverá produzir defesa, no sentido de afastar a alegada deficiência da norma.” Op. cit. p. 1412.

³⁵⁷ Op. Cit. p. 127.

Federal não veda a fixação de prazo no caso de omissão legislativa. A única coisa afirmada pelo preceito é que, no caso de omissão administrativa, o prazo para que se sane a falta não pode ser maior do que 30 dias.

Por fim, aos que possam objetar que não existe autorização na Constituição Federal para que o Poder Judiciário supra as omissões legislativas, de frisar que também não existe qualquer vedação neste sentido. Ademais, a seguir-se por tal raciocínio, sequer o controle de constitucionalidade na ADIN por ação seria possível, já que a Constituição também silencia a seu respeito. Incontestes, neste sentido, as palavras de Sérgio Fernando MORO³⁵⁸:

Mesmo no do direito positivo brasileiro não se encontra vedação à atuação do juiz constitucional como legislador positivo. É certo que a Constituição brasileira não autoriza expressamente o juiz a suprir eventual omissão legislativa para o desenvolvimento e efetivação judicial de suas normas. No entanto, cumpre reconhecer que ela também não proíbe expressamente atividade desta espécie. No tocante à inconstitucionalidade por ação, deve-se destacar que também inexistente autorização expressa na Constituição para que o juiz invalide lei que repute inconstitucional.(...) Se não existe nem se exige autorização constitucional expressa para que o juiz extraia as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade nos casos de controle por ação, qual a razão de se exigir tal autorização nos casos de controle por omissão?

Finalmente, por tudo o que foi dito, resta demonstrado que o suprimento judicial de omissão legislativa no julgamento dos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão não encontra óbice no princípio da separação de poderes e não é vedado pela Constituição, assim como ocorre com a anulação da

³⁵⁸ Op. Cit. p. 192.

norma inconstitucional, que é corolário da procedência da ADIN por ação. Assim, não é por conta de tal princípio constitucional que há de se impedir o suprimento das omissões legislativas pelo Poder Judiciário. Insistir no contrário é ater-se a uma concepção da separação de poderes que impede o exercício de qualquer controle jurisdicional de constitucionalidade.

CONCLUSÕES:

Ao final da presente monografia, apresenta-se uma síntese das principais conclusões, seguindo a ordem em que aparecem no texto:

- I. Nas civilizações do regadio, o poder social exercido pelos soberanos tinha fundamento direto na religião, sendo a autoridade fundada na crença da ligação direta do governante com os deuses. Já na antiguidade clássica, conquanto tenha se desenvolvido o conceito de polis e tenham sido separadas formalmente as magistraturas políticas dos encargos sacerdotais, a religião ainda exercia um importante papel na fundamentação do poder, fato este verificável pelas tentativas de legitimação, por parte dos líderes da época, em uma suposta ascendência divina. Com as escolas de pensamento do medievo – a Patrística e a Escolástica – separa-se claramente o poder divino do poder secular, conquanto, em última análise, o fundamento da autoridade do soberano permaneça na vontade de Deus. É somente com o advento da modernidade, que se estampa nas obras de pensadores como HOBBS e ROUSSEAU, que o poder passa a ser legitimado no contrato social, entendido esse como o acerto de vontades dos partícipes de uma sociedade, por meio do qual abrem mão de parcela da liberdade que gozavam no estado de natureza, para que o novo organismo, formado por essa comunhão de vontades – o Estado – tutele o exercício das liberdades

individuais sem que a esfera pessoal de cada um dos indivíduos seja invadida pelos outros. O poder, portanto, passa a ser eminentemente estatal.

II. Max WEBER conceitua o Estado a partir do que considera ser o meio ínsito a qualquer atividade estatal: o monopólio da violência legítima. Para que tal ocorra, necessária a posse dos meios materiais de dominação, os quais permitem que os dominantes possuam a capacidade de produzir violência em um grau consideravelmente maior que os dominados. Tal relação de dominação, entretanto, para que seja considerada um Estado, deve ser legítima, isto é, deve ser aceita pelos dominados, seja por motivos religiosos, seja pela crença na imperatividade do sistema legal, seja pelo carisma do soberano; somente tal dominação tradicional, legal ou carismática, embasada nos instrumentos materiais que garantam o monopólio da violência, é que se considera Estado. Considerando a proximidade entre Estado e Poder, fundada na modernidade, é possível perceber, a partir de tal conceituação do Estado, quais as características do Poder que o permeia, objeto este do princípio da separação de poderes. Assim, por conta de exigir o monopólio da violência legítima tal poder será uno, central e segregador; por exigir que a dominação seja aceita pelos partícipes da sociedade, será um poder contratual. Tais características refletem qual o discurso que embasa tal noção de poder, assim como o princípio clássico da separação de poderes.

III. Segundo o estudo empreendido por Michel FOUCAULT, dois são os discursos que buscam explicar as relações de poder na sociedade: um, baseado no binômio contrato-opressão; outro, baseado no esquema guerra-repressão. O primeiro, presta-se a descrever justamente o poder uno, central, segregador e contratual, típico do Direito organizado sobre a soberania e objeto do princípio da separação de poderes; o segundo, descreve categorias como o poder disciplinar e o biopoder, com características que são diametralmente opostas ao poder objeto da separação de poderes. Por conta de sua filiação ao discurso contrato-

opressão, o princípio da separação de poderes permanece inócuo perante as manifestações do poder que se fundam no discurso diverso. Neste sentido, o presente trabalho, ao propor um novo conteúdo para a separação de poderes, o faz com a consciência de que tal inovação não supera a limitação discursiva do próprio princípio; vale dizer: não se trata de uma inovação no princípio que visa propor sua adequação às demais manifestações de poder, e sim uma modificação na distinção entre o legislar e o julgar, mas mantendo como objeto o poder uno, central, segregador e contratual.

- IV. A doutrina, em geral, atribui a ARISTÓTELES a primeira divisão das funções do Estado. Em sua obra “A Política” o filósofo identificou a criação de leis, a aplicação da justiça e a definição sobre os assuntos internos e externos do Estado como suas funções principais. Tais funções, organicamente, eram exercidas, respectivamente, por um corpo deliberativo (uma assembléia), pelos tribunais e pelas magistraturas. Embora seja reconhecida como a primeira divisão das funções do Estado, a teoria aristotélica não alcançou grande repercussão em sua época, permanecendo suas idéias em estado latente até o advento do iluminismo.
- V. John LOCKE, séculos após ARISTÓTELES, imaginou uma teoria da separação de poderes cujos princípios gerais em muito influenciaram a posterior e mais afamada teoria de MONTESQUIEU. O filósofo inglês efetuou a divisão das funções do Estado dentre três poderes: o Executivo, o Federativo e o Legislativo. Na medida em que o filósofo vê na Lei o instrumento último de preservação da própria comunidade, atribui ao Poder Legislativo uma posição preponderante sobre os demais poderes; acima do Legislativo, só o próprio poder popular que forma os seus corpos e é capaz de dissolvê-los. Ao poder Executivo, LOCKE atribui a tarefa de executar as leis criadas pelo Legislativo, por delegação deste último. Não obstante, caberia ao Poder Executivo – permanentemente instituído – conclamar o Legislativo – temporariamente instituído – a reunir-se, quando o interesse geral exigisse a criação de novas leis. Ao terceiro poder, o Federativo,

caberia resolver sobre a guerra e a paz, assim, promover pactos e alianças com outros Estados, ou resolver questões relativas a um determinado indivíduo frente a um Estado estrangeiro. LOCKE previu a necessidade de separação física somente entre os Poderes Legislativo e Executivo, sendo que o poder Federativo seria exercido pelo mesmo titular do segundo. Deste modo, mais do que a nomenclatura ou do que a divisão das funções criada por LOCKE, o que de mais importante subsiste em sua obra é a necessidade de se dividir as funções do Estado em órgãos diferentes, a fim de que tais funções não sejam utilizadas contra o bem comum e em detrimento da liberdade e da propriedade.

VI. MONTESQUIEU aprimora as idéias de LOCKE e, tendo como base a Constituição inglesa, descreve a existência de três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao primeiro, caberia a feitura das leis; ao segundo, os misteres da administração interna e a condução das relações internacionais; ao terceiro, caberia simplesmente o poder de julgar. A atribuição de cada um dos poderes deve ser dada a órgãos diferenciados e independentes, a fim de que se possa garantir a liberdade. A fim de que fosse mantida a harmonia entre os três poderes, sem que um preponderasse sobre os outros, MONTESQUIEU descreveu certas “zonas de interpenetração” na atuação de cada um dos poderes, de modo, v.g., que o Executivo tomasse parte no processo legislativo e o Legislativo participasse da definição do orçamento público. Ao Judiciário não era atribuída ingerência alguma sobre a atuação dos demais poderes, na medida em que o filósofo francês cria ser o primeiro um poder nulo, cujas manifestações nada mais eram do que a repetição, *ipsis litteris*, do conteúdo da Lei. Assim, com base nestas premissas, duas conclusões podem ser retiradas: a primeira é a inexistência de uma separação absolutamente rígida entre os Poderes, como se estes fossem totalmente ilimitados dentro de seu âmbito de atuação; como já visto, a tripartição de poderes pressupõe a contenção do poder pelo poder, existindo, pois, uma certa dose de ingerência de cada poder nas

esferas de atuação dos demais. A segunda conclusão é a de que MONTESQUIEU, por acreditar na nulidade do poder Judiciário, não previu qualquer forma de controle deste poder sobre os outros, de modo diverso do que ocorre com o Legislativo e o Executivo, ambos possuidores de prerrogativas que lhes permitem intervir nos âmbitos dos outros poderes.

- VII. CONSTANT também se baseou na Constituição Inglesa para descrever um sistema contendo quatro poderes distintos: além dos três descritos por MONTESQUIEU, acresceu o Poder moderador, exercido pelo Imperador. A teoria de CONSTANT foi adotada pela Constituição Imperial do Brasil (1824), que fazia menção expressa ao Poder moderador. Embora a conformação orgânica descrita por CONSTANT seja diversa daquela que descrevera MONTESQUIEU, percebem-se inalterados os objetivos fundamentais da tripartição de poderes. Isto, pois as competências atribuídas ao Poder Moderador são justamente aquelas que MONTESQUIEU atribuía ao Legislativo e ao Executivo, com o objetivo de que tais Poderes fossem capazes de controlar-se e moderar-se reciprocamente. Disto deflui que, independentemente da constituição orgânica de cada Estado, havendo uma estrutura que preze pela harmonia dos Poderes constituídos, mantida está a base conceitual preconizada por MONTESQUIEU, independentemente da quantidade ou nomenclatura dos Poderes.
- VIII. O princípio da tripartição de poderes teve grande influência sobre o Direito positivo brasileiro, tendo sido expressamente ou implicitamente mencionado em todas as Constituições republicanas, de 1891 a 1988.
- IX. A doutrina tradicional, interpretando o princípio da tripartição de poderes, atribuiu a cada um deles uma função primordial correspondente a um momento no *iter* de realização do Direito. Assim, ao Legislativo caberia criar o Direito, ao Executivo executá-lo e ao Judiciário aplicá-lo aos casos concretos.
- X. A tese da doutrina tradicional, que atribui ao Legislativo a função de criar o Direito e ao Judiciário a função de aplicá-lo ao caso concreto, não é válida,

na medida em que todo ato de criação do Direito é, também, um ato de aplicação do Direito e vice-versa. Tal idéia desenvolve-se a partir da construção da ordem jurídica como um sistema escalonado de normas interligadas, em cujo píncaro encontra-se a Constituição. Destarte, ao criar a Lei, o Legislativo cria normas gerais e abstratas que encontram fundamento de validade diretamente na Constituição; ou seja, para criar as leis, aplica a Constituição. Não obstante, o Judiciário, ao prolatar uma sentença aplica uma lei e cria uma norma individual, cujo conteúdo encerra o ajuste da hipótese geral e abstrata prevista em lei ao caso individual e concreto. Em outras palavras, para que as normas gerais e abstratas possam ser aplicáveis aos casos concretos impende criar-se uma norma individual cujo conteúdo é a particularização da hipótese geral ao caso trazido a exame. Com isto, é bastante evidente que tanto Judiciário quanto Legislativo criam e aplicam o Direito.

- XI. Conquanto seja certo que Legislativo e Judiciário criem e apliquem o Direito, poder-se-ia objetar que a diferença entre a atividade destes dois poderes reside no fato de que o primeiro sempre criará normas gerais e abstratas, enquanto o segundo somente criará normas individuais e concretas. Tal argumento, contudo, também não subsiste, na medida em que se analisa a atividade do Poder Judiciário no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. De fato, quando anula uma norma legal por tê-la como inconstitucional, o Tribunal Constitucional, cria uma norma geral e abstrata – que não possui exatamente a função de derrogação, embora dela se aproxime – cujo conteúdo é, justamente, o *não dever-ser* da norma inconstitucional. Assim, há de ser encontrado outro caráter distintivo para as atividades de legislar e julgar, que não redunde nas idéias errôneas de que somente o Legislativo cria normas ou somente o Legislativo cria normas gerais.
- XII. Em verdade, o caráter distintivo entre as atividades de legislar e julgar, que deve informar uma nova leitura do princípio da separação de poderes,

compatível com a jurisdição constitucional, reside não no fato de somente o Legislativo criar o Direito, mas sim no entendimento de que tanto o Judiciário quanto o Legislativo criam o Direito, mas o fazem de modo diferente. Em suma, o processo de criação do Direito pelo Legislativo é diferente do processo de criação do Direito pelo Judiciário. No processo judicial de criação do Direito são características a inércia, a imparcialidade e o contraditório, de modo que o Judiciário só pode criar o Direito quando for provocado e dentro dos lindes desta provocação, mantendo-se afastado do interesse das partes, garantindo-lhes igual tratamento. Tais características inexistem no processo legislativo de criação do Direito, já que o Poder Legislativo pode criar o Direito quando bem entenda, abordando qualquer assunto, sendo que cada parlamentar atua justamente para garantir os interesses daqueles que o elegeram, não sendo este um processo imparcial.

XIII. A idéia de controle de constitucionalidade liga-se diretamente à posição que a Constituição ocupa no topo da pirâmide normativa, dando fundamento de validade último a todas as normas da ordem jurídica. A existência de um controle presta-se, pois, a verificar a ocorrência de situações de contrariedade com a Constituição e retirá-las da ordem jurídica, mantendo o sistema coeso. Em linhas gerais, o controle de constitucionalidade busca combater as situações de inconstitucionalidade, as quais podem ser traduzidas em um fazer contrário ao estipulado pela Constituição (inconstitucionalidade por ação) ou um não-fazer em hipótese que a Constituição exige uma determinada ação (inconstitucionalidade por omissão). Dentre os modelos de controle de constitucionalidade está o controle judicial de constitucionalidade, no qual órgãos do Judiciário são responsáveis pela verificação e supressão da constitucionalidade. Dentro do controle judicial de constitucionalidade destacam-se dois modelos básicos: o modelo americano e o modelo austríaco de controle judicial de constitucionalidade. Em cada modelo podem ser destacados os aspectos

subjetivo (quem é responsável pelo controle), modal (quais os meios de se suscitar o controle de constitucionalidade) e dos efeitos das decisões.

XIV. O modelo americano de controle judicial de constitucionalidade surgiu da própria atividade da Suprema Corte americana, a partir do caso *Marbury vs. Madison*. Quanto ao aspecto subjetivo trata-se de um controle *difuso*, já que inexistente um órgão judiciário específico a quem caiba especificamente efetuar a análise da constitucionalidade das leis, sendo todo e qualquer juiz ou tribunal competente para analisar a constitucionalidade de uma norma. Quanto ao aspecto modal, trata-se de um controle *incidental*, ou por *via de exceção*, tendo em vista que não existe ação específica para provocar o Judiciário à análise da constitucionalidade de uma norma. Por fim, quanto aos efeitos dos pronunciamentos, operam-se *ex tunc e inter partes*, sendo esta última característica mitigada pelo princípio do *stare decisis*.

XV. O modelo austríaco de controle judicial de constitucionalidade surge com a Constituição Austríaca de 1920, tendo sido engendrado por Hans Kelsen. Em relação ao aspecto subjetivo, trata-se de um controle *concentrado*, já que a análise da inconstitucionalidade de uma lei não pode ser feita por qualquer juiz ou tribunal, cabendo exclusivamente a uma Corte Constitucional. Quanto ao aspecto modal o modelo austríaco encerra um controle *principal* ou por *via de ação*, já que a inconstitucionalidade só pode ser levada a conhecimento da Corte Constitucional por meio de ação específica, proposta por órgão constitucionalmente legitimado para tal, não esquecendo que a emenda constitucional de 1929 trouxe modificações neste aspecto. Por fim, quanto aos efeitos dos pronunciamentos, são *ex nunc e erga omnes*.

XVI. O Brasil possui um modelo autônomo de controle de constitucionalidade que mescla elementos dos modelos americano e austríaco. Assim, no aspecto subjetivo existe tanto o controle difuso, quanto o concentrado, realizado ante o STF. No aspecto modal, igualmente, convivem o controle principal, dotado de vários instrumentos, e o *incidental*. Por fim, quanto aos efeitos dos pronunciamentos, em regra, as decisões do controle de

constitucionalidade concentrado teriam eficácia *ex nunc* e *erga omnes* e as do controle difuso *ex tunc* e *inter partes*. Não é, contudo, o que ocorre em todas as hipóteses, devendo cada um dos instrumentos do controle concentrado ser analisado individualmente.

- XVII. Analisando especificamente os efeitos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal aos instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão vê-se que a tais, foi relegado somente o efeito de notificar ao órgão omissor a existência de uma omissão inconstitucional por ele causada. Segundo o Excelso Prteório, seria-lhe impossível suprir a omissão legislativa inconstitucional, já que tal agir seria contrário ao princípio da separação de poderes.
- XVIII. A posição adotada pelo STF merece críticas, na medida em que não é suficiente para fazer cessar a situação de inconstitucionalidade. De fato, nos moldes em que são entendidos pelo STF, o mandado de injunção e a ADIN por omissão tornam-se um instrumentos que fogem à lógica do sistema de controle de constitucionalidade, já que incapazes de expurgar a inconstitucionalidade. Para que isso ocorresse, deveria ser possível ao Judiciário, nas hipóteses em que a comunicação ao Legislativo inadimplente não fosse suficiente, editar uma sentença normativa que suprisse a omissão inconstitucional.
- XIX. Em seu conteúdo mais atual, compatível com a jurisdição constitucional, o princípio da separação de poderes não é lesado pela supressão provisória de omissão legislativa, operada pelo Poder Judiciário no julgamento da ADIN por Omissão e do Mandado de Injunção, já que ao assim agir o Judiciário cria normas jurídicas, sem, contudo, fazê-lo à moda do Legislativo. Ou seja, ao suprir a omissão inconstitucional, o Judiciário age do mesmo modo que quando anula uma norma legal inconstitucional. Os limites a tal agir residem não só em suas virtudes passivas de julgador, que devem ser mantidas, como também na própria Constituição, que, por vezes, exigirá,

impreterivelmente, a criação de norma geral e abstrata pelo processo Legislativo.

O controle das omissões legislativas é imprescindível para que se crie uma “cultura de respeito à Constituição”, garantindo sua força normativa. Justamente neste sentido, impõe-se dar maior efetividade aos instrumentos que a própria Carta Política previu para o controle da inconstitucionalidade por omissão, permitindo-se ao Poder Judiciário suprir, provisoriamente, a omissão legislativa no caso de procedência de tais ações.

O suprimento judicial apresenta-se como possível solução ao problema das omissões legislativas inconstitucionais, mormente quando se reconhece a incapacidade do Poder Legislativo de atender à demanda normativa existente, em uma sociedade cada vez mais sedenta por normas que regem as mais diversas atividades, gerando uma intensa juridicização do meio social. Se tal medida for realmente adotada, caminhar-se-á na direção de uma Constituição mais forte, mais respeitada, que ainda pode ter a pretensão de fazer cumprir, no futuro, o programa solenemente anunciado em seu artigo 3º.

Evidentemente, o reconhecimento da possibilidade do suprimento judicial das omissões legislativas requer uma postura ativa de um Poder Judiciário que seja capaz de impor o seu crescimento aos já titânicos Legislativo e Executivo. O Poder Judiciário ou há de permanecer atrelado a doutrinas vetustas, ou há de crescer para igualar-se aos seus pares. Sobre o resultado de tal escolha, adverte Mauro CAPPELLETTI³⁵⁹:

Recaindo a escolha na primeira alternativa, a autoridade judiciária ficará confinada ao tranqüilo, embora apertado, campo das funções “protetoras” e “repressivas”. A sua escolha não superará os que podem ser considerados, em sentido lato, conflitos privados (sejam civis ou penais), dado tratar-se

³⁵⁹ “Júizes Legisladores”. Op. Cit. p. 47.

sempre de conflitos que não envolvem as novas tarefas promocionais, agudas e usualmente discricionais do “Poder Político” do estado. Foi o que ocorreu, em princípio (sem que se possam fazer agora as oportunas ressalvas e precisões), na Europa continental, tanto ocidental quanto oriental. Aqui, por outro lado, a autoridade judiciária, ou a *ordre judiciaire*, viu progressivamente diminuir a própria relevância político e social, motivo pelo qual se pode dizer, sem demasiado exagero, que, em face dos poderes legislativo e executivo, a sua impotência tornou a magistratura ordinária na débil e quase marginal “sobrevivente” de outros tempos.

Qual a escolha a ser feita pelo Judiciário brasileiro, só o tempo pode elucidar. Desta mudança de postura, contudo, depende mais do que o destino da magistratura; depende o destino da própria Carta de 1988, a qual pode convaler e reafirmar que algo como “a criação de uma sociedade livre, justa e solidária” não é um objetivo fora de nosso alcance enquanto sociedade; ou pode, caso a escolha seja outra, tornar-se uma antiguidade bizantina e inoperante, a espera de ser varrida por outra Constituição. Não obstante, que esperanças pode ter de prosperar eventual Constituição nascitura que se insira em uma sociedade que não preza, em essência, pelo respeito à idéia de Constituição?

Como arremate, necessário advertir que, conquanto se proponha aqui um novo conteúdo ao princípio da separação de poderes, continua este a possuir um significado já existente em MONTESQUIEU e que continua a ser o mote principal, o qual justifica, inclusive, a atualização do princípio, em detrimento de seu descarte. A separação de poderes continua forte em seu significado enquanto instrumento para garantir a harmonia e o equilíbrio entre os poderes, com o fim último de preservar a liberdade dos cidadãos. Destarte, ao escolher, deve o Judiciário ter em mente que a inexistência de um controle efetivo para as omissões legislativas gera uma situação de desequilíbrio entre os poderes constituídos, fazendo com que o Legislativo permaneça alheio aos ditames constitucionais, enquanto seus pares devem obedecer a tais

normas. Nesta situação de desequilíbrio e de avilte impune à Constituição reside a maior lesão ao princípio da separação de poderes, seja no conteúdo que hoje se lhe empresta, seja na leitura literal da teoria de MONTESQUIEU.

Que o princípio possa ser respeitado em sua essência, essa sim imutável, e não seja invocado para acobertar sua própria ocisão; só assim poderemos continuar avançando em nossa por vezes confusa história constitucional.

Podemos divergir entre nós e provavelmente divergimos no que diz respeito a quanto, quão rápido e para qual direção devemos avançar, mas em um ponto todos concordamos – não andaremos um milímetro sequer para trás. Não andaremos para trás porque os princípios que defendemos são princípios que perduram de uma geração para outra. Os homens mudam, os costumes mudam, as maneiras mudam, governos e primeiros-ministros mudam (...). Mas os princípios não mudam³⁶⁰.

³⁶⁰ CHURCHILL, Winston. Um simples receptáculo da plutocracia *in* Os Melhores discursos de Winston Churchill. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 40.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALTHUSSER, Louis. Montesquieu, a Política e a História. 2ª edição. Lisboa. Editorial Presença, 1977.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: Editora UFPR, 2001.

ARGÜELLO, Katie. O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Editora Acadêmica, 1997.

ARISTÓTELES. Política. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. The Politics and The Constitution of Athens. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean. Le Conseil Constitutionnel. Paris: Montchrestien, 1992.

AYERS, Michael. Locke: Idéias e Coisas. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Editora Globo, 1983.

AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. O Controle Legislativo de Constitucionalidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BACOT, Guillaume. L'Esprit des lois, la séparation de pouvoirs et Charles Eisenmann *in* Revue du Droit Public. Mai-Juin 1992. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1992, pp. 617-656.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Organização do Poder. A institucionalização do Estado *in* Revista de Informação Legislativa n. 90 abril-junho 1986. Brasília: Senado Federal, 1986, pp. 5-34.

BARBOSA, Ruy. Commentários á Constituição Federal Brasileira. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 1932.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999

BOBBIO, Norberto. Locke e o Direito Natural. 2ª edição. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. O Positivismo Jurídico. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRUGNERA, Neditso Lauro. A Escravidão em Aristóteles. Porto Alegre: Grifos, 1998.

BUENO, José Antônio Pimenta: Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978.

CANFORA, Luciano: Júlio César: o Ditador Democrático. Trad. Antônio da Silveira Mendonça. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes : Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª edição. Coimbra: Almedina. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro: Juízes Legisladores ?. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____ : O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CÁRCOVA, Carlos Maria. “Direito, Política e Magistratura”. Trad. Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dorneles Coelho. São Paulo: LTr, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol II. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHURCHILL, Winston. Um simples receptáculo da plutocracia *in* Os Melhores discursos de Winston Churchill. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, pp. 39 a 41.

CLINTON, Robert Lowry. Marbury v. Madison and Judicial Review. Lawrence: University Press of Kansas, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direito e Poder. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação de poderes *in* Revista de Informação Legislativa. Ano 34, n. 134. Brasília: Editora do Senado Federal, abril-junho de 1997. pp. 99 a 106.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. Max Weber e a História. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

CONSTANT, Benjamin: Princípios Políticos Constitucionais. Trad. Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. Curitiba: Hemus, 2000.

CRACOGNA, Dante. Cuestiones Fundamentales de la Teoria Pura del Derecho. México, Fontamara. 1998.

_____. Teoria y Realidad del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

DREYFUS, Herbert L.; RABINOW, Paul. Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica. Para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica. São Paulo: Forense Universitária.

DUNN, John. Locke. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. Controle da Constitucionalidade na Omissão Legislativa. Instrumentos de Proteção Judicial e Seus Efeitos. Curitiba: Juruá Editora. 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre Poderes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. O Poder Judiciário na Constituição de 1988 *in* Revista de Direito Administrativo, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, pp. 1 a 16.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e Contrato de Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Microfísica do Poder. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

_____. Vigiar e Punir. 21ª Edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRIED, Charles. Saying what the law is. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

GALVÃO FILHO, Luciano Américo. “Noções sobre o princípio constitucional da separação de funções” *in* Revista dos Tribunais, vol. 717, ano 84, julho de 1995, p. 320-323.

GUIMARÃES, Mário. O Juiz e a Função Jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HERÓDOTO. História. 2ª edição. São Paulo: Ediouro, 2001.

HOBBS, Thomas. Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 3ª ed., revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GIDDENS, Anthony. O Estado-Nação e a Violência. Segundo Volume de uma Crítica Contemporânea ao Materialismo Histórico. São Paulo: Edusp, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. La Philosophie du Droit de Montesquieu. Seconde Edition, revue et corrigée. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1979.

JAGUARIBE, Hélio. Um Estudo Crítico da História. Vol. I. 2ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.

KEEGAN, John. Uma História da Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____ . “O que é Justiça?”. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001

_____ . Teoria Geral das Normas. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____ . Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luis Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____ . Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOZICKI, Katya. “Conflito e Estabilização: Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas. Florianópolis: Tese de Doutorado, 2000.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A Vinculação da Interpretação Judicial: aspectos constitucionais *in* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 11, n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 209-278.

LEROY, André-Louis. Locke. Lisboa: Edições 70, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Manual de Direito Processual Civil”. vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2004

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de Injunção. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; DAY, John: O Federalista. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MARIAS, Julián. História da Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARQUES, José Frederico. Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARTÍNEZ, Soares. Filosofia do Direito. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

MENDES. Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESTRE, Achille. La Séparation de Pouvoirs dan L'Église catholique *in* Revue du Droit Public. Septembre-Octobre 1996. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1996, pp. 1265-1290.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU. Considerações sobre as Causas da Grandeza dos Romanos e da sua Decadência. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Do Espírito das Leis. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOORE, J. M. Aristotle and Xenophon on Democracy and Oligarchy. Berkeley: University of California Press, 1986.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Atlas, 2002.

MORO, Sérgio Fernando: Jurisdição Constitucional como Democracia. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, pela UFPR. Curitiba, 2002.

NELSON, William E. Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

PICKERILL. J. Mitchell. Constitutional Deliberation in Congress: The Impact of Judicial Review in a separated system. Durham: Duke University Press, 2004.

PIOVESAN, Flávia: Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. 2^a ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2003.

PLUTARCO. Alexandre, o Grande. São Paulo: Ediouro, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Independência e Harmonia dos Poderes *in* Revista de Direito Público. Vol. 5, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 9 a 24.

REALE, Miguel. “Filosofia do Direito”. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. Do contrato Social. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

RUSSEL, Bertrand. História do Pensamento Ocidental. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SEGAL, Jeffrey *et alli*. The Supreme Court in the American Legal System. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 19ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. “Curso de Processo Civil. Vol. I”. 5ª Edição. São Paulo: RT, 2000.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STAROBINSKI, Jean. Montesquieu. Paris: Editions du Seuil, 1989.

STERN, Klaus. O Juiz e a aplicação do Direito. in GUERRA, Willis Santiago; in GRAU, Eros Roberto. "Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides". São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 505 a 515.

SUETÔNIO. A Vida dos Doze Césares. 2ª edição. São Paulo: Ediouro, 2002.

TUCÍDIDES. História da Guerra do Peloponeso. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987.

VAN CREVELD, Martin. Ascensão e Declínio do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo: A Criação e Realização do Direito na Decisão Judicial. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

WEBER, Max. Ciência e Política: Duas Vocações. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. Economia e Sociedade. Vol I. São Paulo: Editora UNB, 2004.

_____. Economia e Sociedade. Vol II. São Paulo: Editora UNB, 2004.