

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-graduação em Direito

Yaçanã Eduarda da Cunha

**LIBERDADE PÚBLICA E TRIPARTIÇÃO
DOS PODERES NO ESTADO BRASILEIRO:
Um enfoque filosófico a partir de G.W.Hegel**

Belo Horizonte

2018

Yaçanã Eduarda da Cunha

**LIBERDADE PÚBLICA E TRIPARTIÇÃO
DOS PODERES NO ESTADO BRASILEIRO:
Um enfoque filosófico a partir de G.W.Hegel**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Estado, Razão e História.
Área de concentração: Filosofia do Direito / Teoria da Justiça.

Orientador: Prof. Paulo Adyr Dias do Amaral

Belo Horizonte

2018

Ficha catalográfica
Deve ser confeccionada por um bibliotecário.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-graduação em Direito

A Dissertação intitulada “LIBERDADE PÚBLICA E TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ESTADO BRASILEIRO: Um enfoque filosófico a partir de G.W.Hegel”, de autoria da mestranda Yaçanã Eduarda da Cunha, foi considerada _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Paulo Adyr Dias do Amaral

Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado

Dr. Gustavo Felipe Melo da Silva

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Belo horizonte, 21 de agosto de 2018

*Ao meu pai e à minha mãe Ana,
sempre e totalmente.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, detentor da Liberdade, por me acolher nos braços, meu Refúgio e Fortaleza!

Ao meu pai e à minha mãe Ana, palavras NUNCA serão o suficiente para expressar a gratidão e o respeito para com aqueles que não só me amaram incondicionalmente e educaram, como também orientaram meus passos.

À minha mãe Dulce, pela sua presença e incentivo.

Aos meus irmãos Demétrius, Luís Carlos, Larissa e Valentina por existirem!

Aos meus sobrinhos Loren, Arthur, Maria Luiza e Moisés, cujos sorrisos me motivam a lutar pelo o que é bom e justo, pela compreensão de minhas ausências.

Aos meus avós, tios, primos, padrinhos e madrinhas, pelos estímulos e apoio em meus estudos e na vida.

À minha avó Maria (*in memorian*), por todo amor e ensinamentos_ desde costurar as roupinhas da minha Barbie a ser temente a Deus. Desejo poder ter sido merecedora de todo seu amor e dedicação.

Aos meus amigos, em especial à Mylena, Karol, Felipe, Viviane, Ivanessa, Micaela, Ana Elisa, Imaculada e Brenna, pelo companheirismo, orações, incentivo e compreensão quanto aos dias de ausência.

À Tininha, personificação do amor de Deus à criação em forma de cachorrinha, por todo amor.

A todos os professores que passaram pela minha vida, seus ensinamentos jamais prescreverão!

Ao meu orientador Paulo Adyr, por confiar em minha capacidade. Obrigado pela paciência e dedicação!

Ao professor José Luiz Borges Horta, pelos ensinamentos, motivação e pronto auxílio nos estudos.

Ao professor Ricardo Henrique Salgado, por apresentar, através de meu orientador, os estudos desenvolvidos sobre Hegel no Programa de Pós-graduação em Direito desta faculdade.

Aos professores titulares dos Seminários Hegelianos, Joaquim Carlos Salgado, Paulo Roberto Cardoso, Ricardo Henrique Salgado e José Luiz Borges Horta, por todos os ensinamentos.

Aos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG, em especial à Nicele, pelo bom humor, prestatividade e atenção dispensada.

Enfim, a todos que me ajudaram a vencer os desafios, pois, perseverança e coragem são características dos fortes!

*Deram-nos a liberdade de voar,
mas cortaram-nos as asas
(Eduardo Vingreen)*

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo o exame, no campo jurídico-sociológico, do princípio da separação dos poderes e do seu papel garantidor da liberdade pública no Estado brasileiro, a partir da visão filosófica desse, trazida por G. W. Hegel, e descobrir se de fato há no Estado (Social e) Democrático brasileiro racionalidade e liberdade pública. O objeto de estudo deste trabalho, a liberdade pública, foi compreendida e utilizada inúmeras vezes nos mais diversos contextos pela literatura filosófica, contudo, nenhum estudioso ou filósofo apreendeu sua essência – o conceito, com tamanha maestria como Hegel o fez; com todo o seu aprofundado estudo sobre Justiça, Liberdade e Estado, declarou que ela só existe enquanto constituição racional do Estado. Nesse sentido, a liberdade pública é uma unidade concreta do universal e do particular que estabelece racionalmente a organização e o processo de funcionamento do Estado – em vinculação consigo mesmo. Para examiná-la em geral e em suas especificações particulares, é necessário pensá-la em conexão com o todo. O presente estudo parte da hipótese de que, apesar das atribuições dos diferentes poderes do Estado estarem perfeitamente demarcadas nos termos da sua comissão no texto da Constituição Republicana, se faz presente em nossa realidade o comprometimento da administração pública racional – desenvolvida pela liberdade pública, permeado pelo desrespeito ao princípio da separação dos poderes do Estado, o qual, não depende apenas de sua natureza, mas também, da mentalidade e procedimento daquele que exerce o poder. Desde os primórdios da história constitucional, uma das principais funções das Constituições é a promoção da liberdade do indivíduo, que permeou-se através da instituição do princípio da separação dos poderes. Unindo-se ao rol de teóricos do Estado, surge Hegel com seus estudos declarando o Estado, de modo geral, o reino da liberdade, onde “cada indivíduo, cumprindo seu dever, tem consciência do objetivo que busca, e que as leis prescrevem”: o bem coletivo, e levam uma vida racional – onde se encontra a verdadeira liberdade. Desta forma, ele traz ao princípio da separação dos poderes outro significado além da sua representação de artifício mecânico/instrumental concebido para a prevenção dos perigos dos abusos do poder: forma racional da unidade política – na diferenciação própria da vida social moderna, mediante o qual as esferas particulares são reconduzidas ao universal. Desta maneira, a divisão dos poderes do Estado tomada em seu sentido verdadeiro é garantia da liberdade pública, pois é nela que reside o momento da determinidade racional.

Palavras-chave: Liberdade pública. Separação de poderes. Estado brasileiro.

ABSTRACT

This work aims to examining, in the juridical-sociological field, the principle of the Separation of Powers and their role as guarantor of public liberty in the Brazilian State, based on the its philosophical view, brought by G.W. Hegel, and find out if there is in fact in the State (Social and) Democratic Brazilian rationality and public freedom. The object of study of this work, public liberty, was understood and used countless times in the most diverse contexts by the philosophical literature, yet no scholar or philosopher grasped its essence – the concept, with as much mastery as Hegel did; with all its thorough study on Justice, Freedom and State, declared that it only exists as a rational constitution of the State. In this sense, public liberty is a concrete unit of the universal and the particular that rationally establishes the organization and the process of State functioning – in connection with itself. To examine it in general and its particular specifications, it is necessary to think of it in connection with the whole. The present study starts from the hypothesis that, although the attributions of the different powers of the State are perfectly demarcated in the terms of its commission in the text of the Republican Constitution, the commitment of the rational public administration – developed by the public freedom, permeated by disrespect for the principle of Separation of Powers, which depends not only on its nature, but also, on the mentality and procedure of the one who exercises the power. From the beginnings of constitutional history, one of the main functions of the Constitutions is the promotion of the individual freedom, which was permeated through the institution of the principle of Separation of Powers. Joining the role of State theorists, Hegel emerges with his studies declaring the State, in general, the realm of freedom, where “every individual, complying his duty, is aware of the goal he seeks, and which the laws prescribe”: the collective good, and lead a rational life – where true freedom lies. In this way he brings to the principle of Separation of Powers another meaning beyond his representation of mechanical/instrumental artifice designed to prevent the dangers of abuses of power: rational form of political unity – in the differentiation proper to modern social life, by which the particular spheres are brought back to the universal. In this way, the division of the powers of the State taken in its true sense is a guarantee of public liberty, for it is in it that the moment of rational determinism resides.

Keywords: Public freedom. Separation of Powers. Brazilian state.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	25
2 FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E SOBERANO	30
2.1 O Poder e os poderes	31
2.2 Poder primitivo, poder social e poder político	32
2.3 Poder político e o Estado.....	33
2.4 Estado (Poder do Estado)	36
3 O ESTADO LIBERAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES	43
3.1 Constitucionalismo e o aparecimento das Constituições.....	46
3.2 Direitos fundamentais de Primeira Geração	50
3.3 Separação dos poderes	52
3.4 Montesquieu	54
3.5 A Balança de poderes e <i>Check and Balances</i>	58
3.6 Rousseau	60
3.7 O problema do poder político, porquê tripartição? Reflexos históricos da tripartição.....	63
4 HEGEL COMO PRECURSOR DO ESTADO SOCIAL	69
4.1 O fracasso da razão no terror da Revolução Francesa e a dissolução do Estado pela Ilustração.....	79
4.2 A crítica de Hegel ao Estado Liberal	79
4.3 O Estado Liberal e sua transformação em racional e ético através do valor trabalho	82
4.4 A Lógica hegeliana supera o conceito de Estado e propõe um novo Estado.....	85
5 ESTADO SOCIAL	99
5.1 Constituição e constitucionalismo	103
5.2 Direitos fundamentais de segunda geração	107
6 O ESTADO DEMOCRÁTICO	109
6.1 Constituição e constitucionalismo	117
6.2 Direitos fundamentais de terceira geração.....	118
6.3 Adoção do estado (social e) democrático de direito pelo Brasil	122
6.4 Constitucionalismo Brasileiro	125

6.5 Constituição principiológica	127
6.6 O sistema organizacional do poderio do Estado na Constituição Republicana de 1988	128
6.7 Superação da doutrina da separação de poderes	135
6.8 A unicidade do poder do Estado na Constituição Republicana de 1988	135
6.9 Freios e contrapesos e controle de constitucionalidade.....	136
6.10 Declínio e reavaliação do princípio da separação de poderes no Brasil	139
6.11 O princípio da separação dos poderes do estado como garantia de racionalidade e liberdade pública	144
7 CONCLUSÃO.....	150
REFERÊNCIAS	155

1 INTRODUÇÃO

A Filosofia tem por objeto a construção da liberdade do homem dentro do Estado. Ela não trata de simples conceitos que configuram ser-aí passageiro e contingência exterior, mas de ideias desenvolvidas a partir do real conceito e que têm efetividade.

O método científico não-filosófico busca primeiramente a definição do objeto/da Coisa – cuja dedução é retirada, por vezes, da etimologia, sobretudo pelo fato dela ser extraída de casos particulares comuns, e desconsidera o essencial, isto é, o conceito, que não é simplesmente o ser ou o imediato do ser, mas também a mediação – que reside nele mesmo, a forma infinita ou atividade criadora¹.

Como já afirmado por Hegel em sua Filosofia do Direito, no pensamento filosófico a necessidade de um conceito é a questão fundamental, e o percurso, enquanto resultado, é sua demonstração e sua dedução. Dessa forma, visto que seu conteúdo é necessário para si, o segundo ponto de vista é olhar ao redor de si o que lhe corresponde nas representações.²

O ponto-chave deste trabalho, a liberdade pública, foi, através do tempo, compreendida e utilizada inúmeras vezes nos mais diversos contextos pela literatura filosófica, porém, nenhum estudioso ou filósofo apreendeu sua essência – o conceito, com tamanha maestria como Hegel o fez; com todo o seu aprofundado estudo sobre Justiça, Liberdade e Estado, declarou que ela só existe enquanto constituição racional do Estado.

A Liberdade Pública é uma unidade concreta do universal e do particular que estabelece racionalmente a organização e o processo de funcionamento do Estado – em vinculação consigo mesmo, através da diferenciação dos momentos desse (o Estado) no interior de si mesmo e seu desdobrar até o subsistir. Para examiná-la em geral e em suas especificações particulares, é necessário pensá-la em conexão com o todo.

O indivíduo desenvolve-se na família e na sociedade civil, encontrando sua universalidade nas instituições e na corporação. São essas instituições que dão forma à constituição, ou seja, à racionalidade plena, desdobrada e efetivada no particular, sendo por isso o alicerce do Estado, tal como da confiança e da disposição de espírito dos indivíduos para com ele, uma vez que nelas, a liberdade particular é racional e está realizada, e com isso, está presente nelas mesmas em si, a união da liberdade e da necessidade³. Com a superação dos momentos – família, sociedade civil, instituições e corporação, o Estado surge como a

¹ Hegel, 2012, pág. 298, § 163, adendo 2.

² Hegel, 2010, pág. 48.

³ Hegel, 2010, pág. 239.

suprassunção (*Aufheben*) dialética desses momentos, visto que, é o fundamento verdadeiro de todo o processo racional.

O Estado é um todo orgânico de natureza ética, no qual todas as articulações são necessárias como num organismo, onde “cada parte é o todo e o todo cada parte”. Esse organismo é a constituição política do Estado – “a organização do Estado e o processo de sua vida orgânica *em vinculação consigo mesmo*, na qual ele diferencia seus momentos no interior de si mesmo e os desdobra até o *subsistir*”, de onde, a disposição de espírito toma seu conteúdo determinado particularmente dos diversos poderes do Estado – “o desenvolvimento da ideia até suas diferenças e até a efetividade objetiva delas”, suas ocupações e atividades, através dos quais “o universal se *produz* e, no caso, visto que eles são determinados pela *natureza do conceito*, de maneira *necessária*, e igualmente visto que sua produção é pressuposta, se *conserva*”, conseqüentemente, a Constituição consagra o princípio da separação dos poderes, repartindo as funções legislativa, administrativa e judicial por diferentes órgãos do Estado, de modo que se conserve a racionalidade e a liberdade pública do Estado. No entanto, não se deve, contudo, entender os diversos poderes como se estivessem isolados, mas sim como fatores essencialmente jurídica e funcionalmente coordenados (HEGEL, 2010).

Tendo em vista o momento reflexivo da crise de governabilidade do Estado e de sua estrutura, principalmente no que diz respeito à base de sua organização, na definição e abrangência de suas funções, e a análise, cada vez maior, da Liberdade e das garantias constitucionais, torna-se necessário o exame, no campo jurídico-sociológico, do princípio da separação dos poderes e do seu papel garantidor da liberdade pública no Estado brasileiro, a partir da visão filosófica desse, trazida por G. W. Hegel, e descobrir se de fato há no Estado (Social e) Democrático brasileiro racionalidade e liberdade pública.

A pesquisa parte da hipótese de que, a despeito das atribuições dos diferentes poderes do Estado estarem perfeitamente demarcadas nos termos da sua comissão no texto da Constituição Republicana, se faz presente em nossa realidade o comprometimento da administração pública racional – desenvolvida pela liberdade pública, permeado pelo desrespeito ao princípio da separação dos poderes do Estado, o qual, não depende apenas de sua natureza, mas também, da mentalidade e procedimento daquele que exerce o poder.

Salta à vista o fato de que, desde os primórdios da história constitucional uma das principais funções das Constituições é a promoção da liberdade do indivíduo, que permeou-se por meio da instituição do princípio da separação dos poderes. Unindo-se ao rol de teóricos do Estado, surge Hegel com seus estudos declarando o Estado, de modo geral, o reino da

liberdade, onde “cada indivíduo, cumprindo seu dever, tem consciência do objetivo que busca, e que as leis prescrevem”: o bem coletivo, e levam uma vida racional – onde se encontra a verdadeira liberdade. Desta forma, ele traz ao princípio da separação dos poderes outro significado além da sua representação de artifício mecânico/instrumental concebido para a prevenção dos perigos dos abusos do poder: forma racional da unidade política – na diferenciação própria da vida social moderna, mediante o qual as esferas particulares são reconduzidas ao universal. Desta maneira, a divisão dos poderes do Estado tomada em seu sentido verdadeiro é garantia da liberdade pública, pois é nela que reside o momento da determinidade racional. O princípio contém em si “o momento essencial da *diferença*, da racionalidade *real*”, onde o conceito e a ideia – em modo concreto, se determinam neles mesmos, e colocam com isso, abstratamente, seus momentos de universalidade, de particularidade e de singularidade – que se conhece a partir da Lógica hegeliana. Por conseguinte, apenas a autodeterminação do conceito dentro de si contém a origem absoluta dos poderes distintos, “e é somente por causa dela que a organização do Estado é enquanto o racional dentro de si o retrato da razão eterna” (HEGEL, 2010).

A recepção do princípio da separação dos poderes do Estado por Hegel se dá, no entanto, permeada pela reafirmação do princípio da unidade do Estado, visto que, para ele apesar de na relação orgânica estadual cada poder ter “sua efetividade separada dos outros momentos determinados pela razão, assim igualmente as outras esferas têm para si os direitos e as obrigações próprios de sua determinação, ao relacionarem– se uns com os outros, cada poder se conserva para si, conservando com isso, no organismo racional, os outros poderes na sua peculiaridade – o que é tomado como seu fim substancial, atacando prontamente a autonomia absoluta dos poderes “com argumentos de puro sabor hobbesiano”:

“Com a autonomia dos poderes... surge de imediato, como se viu largamente, a destruição do Estado, ou, quando este se conserva essencialmente, a luta pela qual um poder submete outro - ela produz em primeiro lugar a unidade, ainda que receba outro nome, e salva, assim, só o que é essencial: a existência do Estado”. (Fil. Dir. § 272 *apud* Bobbio, 2001).

Esta pesquisa é dividida em três partes: Introdução à história da tripartição de poderes do Estado, Hegel e a filosofia do Poder do Estado e, Liberdade Pública e Poder(es) do Estado no Estado (Social e) Democrático de Direito.

A primeira parte da pesquisa, Introdução à história da tripartição de poderes do Estado é composta por dois capítulos: “A formação do Estado moderno e Soberano”, onde é apresentado o caminho percorrido pelo poder através dos séculos até se condensar no Estado,

e “O Estado Liberal e separação de poderes”, onde é exposto o surgimento do Estado Liberal, do constitucionalismo e do princípio da separação dos poderes do Estado, bem como as suas versões até chegar-se à versão adotada pelo Estado brasileiro: a tripartição dos poderes e sua fundamentação. Esses capítulos visam a reconstrução da base teórica da pesquisa no que se refere ao princípio da separação dos poderes no Estado moderno, por isso faz-se necessário o seu estudo.

A segunda parte, Hegel e a filosofia do Poder do Estado é composta por capítulo único: “Hegel como precursor do Estado Social”, onde é se revela a transformação do Estado Liberal em racional e ético através do valor trabalho, por obra de Hegel, assim como a influência da invasão francesa à Prússia na formação do Estado hegeliano. Com esse capítulo procura-se apresentar o papel inovador que Hegel traz ao Estado ao incluir a necessidade do valor trabalho para a transformação desse (O Estado) em racional e ético, visando, sobretudo demonstrar as ideias sobre o Estado pertencentes a Hegel – fundador do nosso marco teórico.

A terceira parte, Liberdade Pública e Poder(es) do Estado no Estado (Social e) Democrático de Direito é composta por três capítulos: “O Estado Social”, onde é apresentada a formação do Estado Social, assim como a evolução do constitucionalismo e a criação dos direitos fundamentais de segunda geração, “O Estado Democrático”, na qual é exposta a formação do Estado Democrático e sua passagem para Estado Democrático de Direito, assim como a evolução do constitucionalismo e a criação dos direitos fundamentais de terceira geração, e, “A adoção do Estado (Social e) Democrático de Direito pelo Brasil”, onde, se demonstra a adoção do Estado (Social e) Democrático de Direito pelo Brasil e apresenta-se suas particularidades, expondo ao fim o declínio e reavaliação do princípio da separação de poderes no Brasil, evidenciando o papel desse princípio como garantidor de racionalidade e liberdade pública.

Cumprido os objetivos dos capítulos da primeira e segunda parte da pesquisa, os presentes capítulos, após concluírem o caminho percorrido pelo Estado até a sua transformação em Estado Democrático de Direito, apresentam o núcleo da pesquisa desenvolvida: o princípio da separação de poderes como garantidor da racionalidade e liberdade pública do Estado e, respondendo à pergunta à qual este trabalho se propôs: No Estado (Social e) Democrático brasileiro há racionalidade e liberdade pública?

PRIMEIRA PARTE
INTRODUÇÃO À HISTÓRIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES DO ESTADO

2 FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E SOBERANO

2.1 O Poder e os poderes

A despeito de não ser possível observar diretamente a formação do Poder, podemos afirmar que ele não surge abruptamente na sociedade – não adentra de forma incondicionada e inexplicável no meio das várias relações que mantêm a convivência entre os homens, mas se deriva da própria natureza. Natureza essa, que a especulação filosófica revela ser a inteligência e a vontade absolutas – Deus, sua causa suprema e originária.

Duguit, como bem evidencia Darcy Azambuja (1997), pondera que a única explicação racional da existência do poder é colocar Deus como sua última origem, pois nunca será possível demonstrar que um homem (ou vários) tenha *per si* direito de governar outros homens, ou seja, que uma vontade humana seja superior à outra.

As causas secundárias do poder, causas sociais e psicológicas, se manifestam à observação e a estudos científicos. As sociedades mais rudimentares tiveram, provavelmente, grande influência das causas sociais para o aparecimento do poder, pois, ao se encontrarem em constante estado de luta contra a natureza – para obtenção de alimentos, e grupos vizinhos – para a proteção e a conquista de territórios e alimentos, precisavam de uma autoridade, ainda que esporádica, que os orientasse, dirigisse e organizasse, para que pudessem sobreviver ou estariam fadadas à extinção.

Assim sendo, a frequência e a urgência das causas sociais cada vez maiores, determinaram o aparecimento do poder e a criação de uma autoridade, para que as sociedades pudessem sobreviver mediante a sua organização em formas políticas rudimentares capazes de manter a ordem interna e assegurar a defesa externa.

As causas psicológicas do poder são reflexo das causas sociais no espírito dos indivíduos, a reação inteligente ou automática aos estímulos da realidade social. Não sendo possível examinar todas as teorias sobre o que é denominado causas psicológicas do poder, resumimo-la ao que melhor a define: o consentimento da massa social, isto é, a conformidade expressa ou tácita dos governados quanto ao poder dos governantes. Consentimento esse, composto pelo interesse, a inteligência, a razão e o hábito.

A experiência própria ou adquirida por observação da extinção, derrota ou miséria dos grupos sem autoridade constituída, não tarda a demonstrar o interesse de todos em se deixar guiar por um chefe nas suas lutas contra outros grupos e contra a natureza; a inteligência e a razão confirmam e consolidam a convicção desse interesse mútuo; muitas vezes substituindo-

as, surge o hábito, que constitui a causa mais perene e o fundamento de todas as outras causas psicológicas do poder – que é corroborado pela falta da consciência do homem civilizado de seu interesse na organização política da sociedade e a necessidade do poder, que a tudo obedece apenas pela força do hábito.

Observa-se ao longo da história da humanidade que o Poder sempre foi alicerçado na violência – como força material capaz de impor submissão e comportamentos a indivíduos ou grupos, por fim, à sociedade. O poder de dominação pela violência perpassa a Idade Antiga – que não conheceu outro Poder, a Idade Média – cujas lutas eram travadas pelo domínio do outro, e os tempos modernos – como afirma Araújo (2005), que apesar de receber a transição da ideia do Poder como força, não fugiu à regra, nem mesmo com as Teorias do contrato social e da soberania.

Auferimos da doutrina diversas categorizações didáticas das formas de poder – como o poder econômico e o poder moral, as quais, muitas vezes são atribuídas caráter fundamental, no entanto, o caminho percorrido pelo Poder da Antiguidade à Modernidade resume-se na sequência histórica de três poderes principais: Poder primitivo, poder social e poder político, que serão expostos adiante, devido sua importância para o pensamento social moderno do Poder e o desenvolvimento lógico do presente trabalho.

2.2 Poder primitivo, poder social e poder político

Como sabido, os grupos primitivos eram formados por uma pequena quantidade de indivíduos e tinham sua vida baseada na caça e na coleta de alimentos, o que impunha naturalmente restrições ao seu tamanho. De acordo com Araújo (2005), pesquisas históricas como a de Deevey⁴ que indicam pequena densidade populacional da época, sugere que tais grupos viviam isolados, fechados em torno de si mesmos, empregando o Poder de forma difusa, segundo as necessidades ocasionais, impondo-o a todos sem que alguém tivesse que exercê-lo obrigatoriamente.

Seguido ao grupo primitivo, surge o poder social, correlato à sociedade, manifestando-se com o aumento da população e dos agrupamentos humanos e sua complexidade, nos quais os homens passam a participar de vários grupos – seja por afinidade ou necessidade, que têm suas próprias normas de conduta.

⁴ Deevey, Edward S. O homem pré-histórico.

A vida social passa a viver conflitos de interesses e deveres devido às novas representações coletivas de cada grupo e de cada sociedade, impondo a necessidade de uma forma de expressão de Poder individualizado, capaz de coordenar e comandar unificadamente a vida coletiva. Assim, ao se tornar social, o Poder organiza os grupos e as sociedades, bem como sua ordem normativa, tendo em seu ápice o governo – personificado na figura do chefe ou do Estado.

Do seio do poder social e dos caminhos percorridos pelo Poder através do tempo surge a sua forma mais perfeita: O poder político, que domina todos os grupos sociais e indivíduos, assim como seus poderes, visando ordenar as relações entre estes, mantendo a ordem e estimulando o progresso tendo em vista o bem comum, e que, como idealização do futuro, introduziu por si só, uma nova e longa caminhada em todo pensamento social.

2.3 Poder político e o Estado

O Poder constitui um dos temas centrais das ciências sociais, e como problema constante, é objeto de estudo em todo pensamento social. Visto a delimitação e o objetivo desta pesquisa, nos ateremos à forma em que o problema do poder é apresentado na filosofia política e na teoria política.

O problema do poder foi apresentado na filosofia política sob três aspectos, à base dos quais podem-se distinguir as três teorias fundamentais do poder: a substancialista, a subjetivista e a relacional (BOBBIO, 2007).

Na teoria substancialista, o poder é compreendido como uma coisa que se possui e é usada como outro bem qualquer. Típica interpretação substancialista do poder é a de Hobbes, segundo a qual o poder é entendido como o meio de que o homem dispõe para alcançar algum bem futuro.

Na teoria subjetivista, o poder é a capacidade do sujeito obter certos efeitos. Típica interpretação subjetivista do poder é a de Locke, donde se diz que “o fogo tem o poder de fundir os metais” tal qual o soberano tem o poder de fazer as leis e fazendo-as, de influir sobre a conduta de seus súditos.

Na teoria relacional – a mais aceita no discurso político contemporâneo, o poder é entendido como uma relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, caso contrário, não ocorreria. Típica interpretação relacional do poder – e a mais conhecida, é a de Robert Dahl, onde a influência é uma relação entre atores, na qual

um deles induz o outro a agir de um modo que, em caso contrário, não agiria (BOBBIO, 2007).

A teoria política dedicou-se ao longo dos tempos a distinguir o poder político das outras formas de poder. A tipologia clássica é encontrada na Política de Aristóteles, onde diferenciam-se três tipos de poder com base no critério da área em que é exercido: O poder do pai sobre os filhos, do senhor sobre os escravos e do governante sobre os governados. John Locke manifesta em seu *Two Treatises of Government* (“Segundo Tratado sobre o Governo Civil”) o propósito de descobrir em que é que o poder paterno e do senhor sobre seus escravos diferenciam-se do governo civil. Contudo, o seu tratamento difere-se de Aristóteles pelo critério de distinção utilizado: O princípio da legitimidade. O poder paterno, na medida em que nasce da própria geração, tem fundamento natural, o senhorial é o efeito do direito de punir quem é culpado por um grande delito, e o poder civil é instituído pelo consenso tácito ou expresso daqueles aos quais se destina. Trata-se, portanto das três formas clássicas do fundamento de toda obrigação: *ex natura*, *ex delicto* e *ex contractu*.

Todavia, essa repartição clássica não permite distinguir o poder político dos demais poderes; os critérios aristotélico – fundado no interesse, e o lockeano – fundado sobre o princípio da legitimidade, não passam de critérios axiológicos que servem apenas para diferenciar como deveria ser o poder político e não como é.

A teoria realista do poder político como forma de poder distinta de qualquer outra forma de poder fundou-se através da elaboração do conceito de *summa potestas* pelos juristas medievais.

Com o tempo, o poder político passa a ser identificado com o exercício da força, e é conceituado como o poder que, para obter os efeitos desejados, tem o direito de servir-se da força. Conseqüentemente, o dono do uso da força física, o meio mais resolutivo para exercer domínio do homem sobre o homem, e da exclusividade desse direito sobre um determinado território, detém o poder supremo, no sentido de que não há outro poder acima de si.

Bobbio (1987) afirma que a recorrente consideração segundo a qual o supremo poder, o poder político, deva ter uma justificação ética, deu lugar à várias formulações de princípios de legitimidade, dos quais podem ser distinguidos seis, que se referem através de duplas antitéticas a três grandes princípios unificadores: A Vontade, a Natureza e a História.

Dois princípios de legitimidade referem-se a uma vontade superior, dos quais em um, o poder deriva da autoridade de Deus, e o outro, da autoridade do povo. Tendo sua fórmula clássica em Hobbes: Na mesma medida em que os dois princípios são antitéticos, reforçam-se reciprocamente em algumas doutrinas – *Vox Populi, vox Dei*.

As doutrinas naturalistas se apresentaram em duas versões aparentemente antitéticas: a natureza como força originária – onde o direito de comandar de uns e o dever de obedecer de outros independe da vontade humana, decorre do fato natural de que existem indivíduos aptos a comandar e indivíduos capazes apenas de obedecer, e a natureza como ordem racional – que significa instituir o poder sobre a capacidade do soberano de identificar e aplicar as leis naturais, ou seja, as leis da razão.

A História apresenta duas dimensões, nas quais, em uma se procura extrair a legitimação do poder da autoridade na história passada, e na outra, na história futura. A história passada institui a força da tradição como princípio legitimador do poder, desse modo, o soberano legítimo é aquele que exerce o poder por muito tempo ou aquele que adquiriu o direito de comandar através da força do uso prolongado no tempo. A história futura constitui um dos critérios para a legitimação do poder que se está constituindo. Justificando-se como representação de uma nova etapa do curso histórico, o revolucionário tende a impor um novo ordenamento, que ainda não existe e encontra a sua fonte de legitimação apenas *post factum*.

Segundo Bobbio (1987) o problema da legitimidade foi completamente subvertido com a chegada do positivismo jurídico, pois antes, o poder deveria ser sustentado por uma justificação ética para durar, e agora, com sua chegada (do positivismo jurídico) passa a ser legítimo apenas o poder efetivo – onde a legitimidade é um puro e simples estado de fato. No âmbito do positivismo jurídico o tema da legitimidade não segue mais os critérios axiológicos, mas sim, as razões da eficácia, de onde deriva a legitimidade.

Nesta direção apresenta-se a teoria weberiana das três formas de poder legítimo, que não elencou modos para justificar o poder da classe política, mas especificou e descreveu as formas históricas do poder legítimo – definido como o poder que é capaz de condicionar o comportamento dos membros de um grupo social, emitindo comandos que são obedecidos na medida em que o seu conteúdo é assumido como máxima para o agir.

Weber descreve três tipos ideais de poder, o poder tradicional, o poder racional e o poder carismático, propondo-se a compreender quais são os diversos motivos pelos quais se forma, em determinadas sociedades, uma relação estável e contínua de comando-obediência que diferencia o poder político.

Cada tipo de poder apresenta sua própria motivação: o poder tradicional tem como motivo a obediência na crença da sacralidade da pessoa do soberano – que deriva da força daquilo que dura a tempo, que sempre existiu, e não conhece razões para ser alterado; o poder racional tem como motivo da obediência a crença da racionalidade do comportamento

conforme às normas gerais e abstratas – que instituem um relação impessoal entre governante e governado; o poder carismático deriva da crença nos dotes extraordinários do chefe.

A teoria de Weber quis demonstrar quais foram os fundamentos reais – não os presumidos ou declarados, do poder político, onde o poder tradicional cria em suas manifestações de legitimidade a noção de privilégio, o poder racional a noção de competência, e o carismático, que leva a legitimação até onde vá o alcance da missão do chefe, na medida de seus atributos carismáticos pessoais.

Apresentados diferentes critérios de legitimidade, inferimos que o seu debate não tem apenas valor doutrinal, mas está fortemente ligado ao problema da obrigação política, à base do princípio de que a obediência é devida somente ao comando de um poder legítimo. Sendo assim, um poder que é afirmado como legítimo à base de um critério, pode ser considerado ilegítimo à base de outro critério.

No entanto, ainda que variável em seu conteúdo – pois as sociedades sofrem constantes modificações e as suas exigências também, podemos concluir que o poder político é natural e necessário, sendo impossível separá-lo da sociedade sem que ela deixe de existir. Assim, a legitimação do poder político advém da própria necessidade de manutenção da sociedade.

2.4 Estado (Poder do Estado)

Da dissolução do grupo primitivo – fundado sobre laços de parentesco, e da formação da sociedade – composta pela união de vários grupos familiares, fundada por afinidade ou necessidade, surge voluntariamente o grupo político, que nas sociedades com relativo grau de desenvolvimento é dotado de aparato administrativo, coordenando e impondo regras e limites à multiplicidade de grupos sociais e indivíduos que compõe a sociedade civil.

O indivíduo desenvolve-se na família e na sociedade civil, encontrando sua universalidade na sociedade civil e nas instituições, encontrando sua universalidade nas instituições e na corporação. São essas instituições que dão forma à constituição, ou seja, à racionalidade plena, desdobrada e efetivada no particular, alicerce do Estado, tal como da confiança e da disposição de espírito dos indivíduos para com ele, uma vez que nelas, a liberdade particular é racional e está realizada e com isso, está presente nelas mesmas em si, a união da liberdade e da necessidade (HEGEL, 2010). Com a superação dos momentos direito abstrato, moralidade e eticidade que, por sua vez, se desdobra na família, na sociedade civil (SALGADO, 1996), nas instituições e na corporação, o Estado surge como a suprassunção

(*Aufheben*) dialética desses momentos, visto que, é o fundamento verdadeiro de todo o processo racional.

Enquanto saber científico, qual foi ou qual teria sido a origem do Estado e de seus direitos, assim como seus fundamentos foram apreendidos e consolidados na consciência, refere-se apenas à história do Estado e não propriamente ao nosso maior interesse, o seu conceito (HEGEL, 2010), que como todo conceito em matéria filosófica, pode ser tomado em duas grandes dimensões: a ideal, ou puramente conceitual – que, a partir do mundo das ideias platônico, que originariamente não integra o plano do Espírito, “[...] é natural, como fora o *logos* de Heráclito, apreensível pela razão, e as ideias ali presentes permanecem universalmente, no espaço e no tempo”, e a empírica, ou real – assim como a perspectiva naturalística de Aristóteles, que, “em leitura empirista, somente aceitará o dado a ser conhecido se identificado no plano da realidade: a existência do objeto é condição para sua inteligibilidade” (HORTA, 2011, págs. 25 e 26).

No entanto, faz-se necessário uma recapitulação de sua história para sua melhor compreensão, sem, no entanto, tomar qualquer uma dessas correntes, sob pena de abandonar o exame do Estado em sua totalidade (HORTA, 2011, pág. 27).

Como bem ressaltado por Aderson de Menezes *apud* Dallari (2013), não podemos dispor cronologicamente dos “tipos estatais” em ordem sucessiva apoiada na História, já que estes não têm curso uniforme, mesmo que tenham existido uns após os outros. Porém, muitos autores adotam uma sequência cronológica, na qual se encontram cinco “tipos estatais”: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.

Todavia, assim como Dallari (2013), Horta (2011) e Saldanha (1987), adoto o posicionamento que os “tipos estatais” Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano e Estado Medieval, não são estados de fato, mas apenas formas de organização político-social à sua época, pois não eram dotados de soberania, característica imprescindível ao Estado, não podendo ser, portanto, considerados como fenômenos isoladamente, mas apenas como momentos do Estado (Moderno) e de seu desenvolvimento.

A Antiguidade, desde a época mais remota até o fim do Império Romano não conheceu o conceito de soberania, pois, segundo afirma Jellinek *apud* Dallari (2013), faltava-lhe o único dado capaz de trazer-lhe à consciência: a oposição entre o poder do Estado e outros poderes. Foi durante a Idade Média – onde a ideia de Estado, nação e pátria ainda não havia surgido, que o problema dos poderes ganhou importância.

Conforme os costumes do tempo, havia uma grande multiplicidade de centros de poder – reinos, senhorios, comunas, organizações religiosas e corporações de ofício, cada uma

com a sua autoridade travando internamente uma luta tenaz contra os centros de poder mais fracos, a fim de consolidar a autoridade real e unificar o povo sob uma só coroa, resultando na afirmação de sua autoridade sob todos esses, adquirindo o poder supremo de justiça, de polícia e legislativo, adquirindo cada vez mais o caráter absoluto, até tornar-se supremo (DALLARI, 2013).

Externamente, os monarcas travaram uma luta semelhante para desvencilhar-se da tutela dos imperadores alemães – que se consideravam herdeiros do Império Romano, supremos sobre todos os reis da Europa, e do Papado – “pois a Santa Sé durante muito tempo se arrogava o direito de confirmar os reis no trono e de depô-los por meio da excomunhão, que desligava os súditos do juramento de fidelidade”. “Vitoriosos também nessa contenda, os reis das França adquiriram esse grau de poder que não reconhece outro superior”, sendo, portanto, independente de qualquer outro poder exterior ao seu território (AZAMBUJA, 1997, pág. 52).

A partir do momento em que a autoridade dos reis foi imposta acima dos diversos centros de poder e todos lhe prestavam vassalagem – transformando– os nos únicos soberanos, o conceito de *summa potestas*, que anteriormente estava ligado à posse de terra, passou a ser associado pelos legistas da época à figura dos reis ou governantes, dissolvendo num lento processo a multiplicidade de poderes desiguais do sistema feudal até transformar-se no detentor do poder soberano, absoluto, fundindo-o à sua figura política.

Ao termo da Idade Média, os monarcas já tinham supremacia e ninguém lhes disputava o poder, assim, sua vontade não sofria qualquer limitação. Os excessos dos monarcas, a gama de circunstâncias, a imposição de uma tributação exacerbada e o estado de guerra constante – que causavam grande prejuízo à vida econômica e social, desagradava a alta sociedade e a sociedade intelectual, acabando por despertar suas consciências para a busca da unidade estatal – que se concretizaria com a afirmação de um poder soberano reconhecido como o mais alto dentro de uma delimitação territorial específica, resultando na luta por profundas e revolucionárias alterações na sociedade, nascendo assim, o Estado Moderno⁵.

Com isso, apreendemos, como afirma Bonavides (2008, pág. 33), que a soberania é sem dúvidas o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, “impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizando e

⁵ Segundo Dallari (2013), com os tratados de Westfália tornou-se documental a existência do Estado Moderno.

concretizando na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”, tornando impossível falar do Estado Moderno sem antes tratar da soberania.

O conceito de soberania, firmado e teoricamente definido desde o século XVI, teve desde o seu nascimento significação política, apesar de todo o esforço de teóricos para discipliná-lo juridicamente.

A primeira obra teórica a desenvolver o seu conceito foi *Les Six Livres de la République* (“Os seis livros da República”), de Jean Bodin, que afirmava ser “necessário formular a definição de soberania, porque não há qualquer jurisconsulto, nem filósofo político, que a tenha definido e, no entanto é o ponto principal e o mais necessário de ser entendido no trabalho da República”, e esclarece que a soberania é o poder absoluto e perpétuo de um República – palavra usada em relação aos particulares e aos que controlam todos os negócios de estado de um República. Como poder absoluto, a soberania não é limitada em poder, por cargo ou tempo certo, logo, nenhuma lei poderia limitar o poder soberano. Como poder perpétuo, a soberania não pode ser exercida com um tempo certo de duração, logo, não poderá ser considerado soberano o detentor de um poder absoluto por tempo determinado, sendo apenas seu depositário.

Quase dois séculos depois – se considerarmos que Bodin escreveu sua obra por volta de 1583, Rousseau publicou o *Du Contrat Social ou Principes du droit politique* (“Contrato Social”), dando ênfase ao conceito de soberania e transferindo a sua titularidade da figura do governante para o povo, demonstrando ainda a sua inalienabilidade – por ser o exercício da vontade geral, indivisibilidade – porque a vontade só é geral se houver participação do todo, e limite – por não poder transgredir os limites das convenções gerais (DALLARI, 2013, pág. 65 e 66).

No combate da burguesia com a monarquia absoluta, a ideia de soberania popular exerceu grande influência caminhando no sentido de soberania nacional, concebendo-se a nação como o próprio povo numa ordem (DALLARI, 2013).

Já no começo do século XIX a noção de soberania ganha corpo como expressão de poder político, mas, a partir da metade do século o Estado passa a ser apontado como o seu verdadeiro titular, graças ao surgimento da teoria da personalidade jurídica na Alemanha. Aperfeiçoada a doutrina jurídica do Estado, a soberania passa a ser indicada como uma das notas características do mesmo (REALE, 1984).

A construção teórica da soberania teve um desenvolvimento gradativo, sendo necessária a passagem de posições de diversas épocas para que se apreendesse o seu conjunto e chegássemos ao seu conceito no Estado Moderno: Propriedade central do Estado, onde

reconhece-se como Estado somente as comunidades políticas cujas ordens normativas não devam validade a nenhuma ordem superior (HORTA, 2011).

O Estado Moderno surge na história por conta de certos fatores e se desenvolve através de estágios demarcados por mutações revolucionárias, que equivalem à passagem do Estado dito feudal ao Estado “estamental”, e deste às grandes monarquias, originando-se de um processo de alterações que incluem a exaustão do sistema socioeconômico feudal e o advento do capitalismo, do surgimento de uma nova vida urbana, em contraste com a existência predominantemente rural medieva e em consonância com a ascensão de um novo tipo social, a burguesia, acompanhando a realidade político-cultural da modernidade ocidental (SALDANHA, 1987).

Moldado por esse processo, o Estado Moderno Soberano surge e desdobra-se em fases distintas em características, que englobam os momentos: Absoluto, De Direito – que se divide em liberal, social e democrático, e “Legal”.

A despeito do desdobramento triplo do Estado Moderno, abre-se neste momento parêntesis para a breve apresentação de seus momentos Absoluto e “Legal”, para que, por intermédio desta recapitulação, aprofundemos os nossos estudos apenas ao que diz respeito ao nosso objeto de análise: o Estado de Direito e seus momentos.

O momento absoluto é considerado o estágio inicial do Estado Moderno. Nele, na realidade, o governo é absoluto, e não propriamente o Estado. A condição de *solutos alege* é característica do modo de exercer o poder, no caso, o poder monárquico – que durante os séculos XVI a XVIII era extremamente pessoal, ao ponto de sua vontade se identificar com a do Estado (SALDANHA, 1987).

Aos poucos, porém, enquanto prosseguia o processo de secularização da cultura, foi-se questionando o princípio da legitimidade do poder, surgindo aos poucos novos componentes à questão, como a noção de soberania que correspondia ao rei e ao Estado, a ideia de um poder soberano incontestável justificado pelas necessidades sociais, enfim, noções referentes ao domínio pessoal da soberania por parte do monarca.

A conjugação entre as oscilações de avanços e recuos, guerras de religião, competições econômicas – que dificultavam de certa maneira a política de equilíbrio europeu, a falta de segurança e instabilidade, fez com que a burguesia se ascendessem, até o dia em que, por via revolucionária decretasse o fim do Estado Absoluto e proclamasse a emancipação política e civil, desfazendo “os laços de submissão de submissão passiva ao monarca absoluto”, se inclinando ao “elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução”, abrindo com isso, o pórtico ao ingresso iminente na civilização

política das Leis Fundamentais para as instituições de governo, dando começo ao tempo do Constitucionalismo, assim como, do Estado de Direito e seus momentos.

O processo de conversão do Estado de Direito em Estado “Legal” inicia com a presença do executivo forte, que reintroduz no sistema político o princípio monocrático dos governos do passado, como uma das consequências da mudança no conceber a missão do Estado.

No Estado Legal toda a sociedade está resolvida na organização do poder político do Estado, que reúne em si o poder ideológico e o poder econômico, e recusa a subordinação do Estado a um direito a ele superior, logo, desrespeitando a Constituição.

Leciona Ferreira Filho *apud* Horta (2011, pág. 40): “O estado legal guarda o princípio de que, por meio de lei, é ditada a conduta dos particulares, que a lei é condição e limite da atuação dos órgãos públicos; todavia, a encara como um instrumento para a realização de objetivos politicamente definidos”.

Assim, identifica direito com o comando do Estado, sendo, por exemplo, os direitos dos homens os que o Estado lhes quiser reconhecer, tornando irrelevante cogitar do conteúdo das leis justiça ou injustiça, já que são feitas pelo Estado (HORTA, 2011).

Em nome da eficiência e do não ajustamento da lei votada pelo Legislativo, o executivo assume quase que por completo (ou por completo) a normação – através de atos com força de lei, em diversas matérias, substituindo a segurança do debate e do contraditório à imposição autoritária de interesse de quem está no poder. Vale tudo para se perpetuar no poder.

Nos ensinamentos de Ferreira Filho: “[...] o poder, no estado legal, tudo pode, desde que guarde as aparências, desde que mantenha as formalidades legais” (FERREIRA FILHO *apud* HORTA, 2011, pág. 40).

Assim, por um descuido, a permissão do crescimento do Estado Legal no Estado de Direito, decreta o fim dos direitos conquistados através de séculos de luta e instaura mazelas como as vividas no século XX pela Alemanha nazista⁶ e a Rússia stalinista⁷, e atualmente pela Venezuela⁸.

Finalizado o parêntesis acerca do Estado Absoluto e do Estado Legal, retornemos ao nosso objeto de estudo: O Estado de Direito.

⁶ Onde era “legal” prender pessoas por seu comportamento religioso e sua tradição cultural.

⁷ Onde membros do Estado prendiam e executavam quem discordasse das ideias do partido.

⁸ Onde, em tempos correntes, o povo foge para o Brasil em busca de alimentos e trabalho para sua sobrevivência, devido ao regime totalitário “legal” que desde Chávez mata e negligencia os venezuelanos.

Nascido dos sucessos revolucionários da segunda metade do século XIII que resultaram a queda do Estado Absoluto, o Estado de Direito traz nova identidade institucional ao Estado Moderno Soberano, transmitindo o poder de pessoas à lei, que passa a governar o ordenamento social e político. Tratar-se-ia, assim como leciona Horta (2010, pág. 2011), “de estado jurídico, de situação de juridicidade”, onde, segundo Bonavides (2008, pág. 41) “a legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições”.

Em seu “O Estado Ético e o Estado Poético” Salgado leciona que a partir da Revolução Francesa o que caracteriza o Estado de Direito é a legitimidade, que, segundo Horta (2011, pág. 35) comparece “menos como um dado empírico e mais como um gesto de respeito ao povo e à nação”.

Segundo os ensinamentos de Horta (2011), Salgado concebe o Estado democrático de Direito com a adequada síntese do elemento formal e técnico – a legitimação pela origem no consentimento: A democracia, com o elemento material do plano ético, e legitimação pela finalidade: A consagração de direitos, em especial, os Direitos Fundamentais.

Com isso, o Estado de Direito é a forma política que confere primazia axiológica aos Direitos Fundamentais, que estabelece um fim ético e constrói o Direito como método para atingi-lo, sendo a Constituição seu principal artifício.

O Estado Moderno Soberano, tornou-se constitucionalizado no Estado de Direito e desdobra-se⁹ em primeiro momento, em Estado Liberal – trazendo a primeira geração de direitos fundamentais: as liberdades públicas; em segundo momento, em Estado Social, logo após a Primeira Guerra Mundial, trazendo a segunda geração de direitos fundamentais, no intuito de complementar a primeira geração: os direitos sociais; e, em terceiro momento, o Estado Democrático de Direito, que traz os direitos de solidariedade.

⁹ Não há ruptura no tempo tocante ao teor dos Estados liberal, social e democrático de Direito, pois, surgem como “etapas sucessivas de formalização, materialização e plenificação do Estado de Direito” (HORTA, 2011, pág. 47).

3 O ESTADO LIBERAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES

A resistência à centralização absolutista desenvolvida “em várias frentes, sucessiva ou paralelamente” traz à tona a Era das Revoluções burguesas, cujos principais eventos, a Revolução Inglesa de 1688 – que buscava substituir o monarca, que se fizera absoluto, por um outro disposto a ser limitado e restaurar o poder do Parlamento; a Guerra da Independência dos Estados Unidos da América de 1776 – que segundo Saldanha (pág. 26) foi chamada de “Revolução” por haver implantado um ordem social e política paralela àquela que se preparava na França; e, a Revolução Francesa de 1791 – que reconstruiu a sociedade francesa de acordo com os critérios fornecidos pela razão (Drobrowolke *apud* Horta, 2011, pág. 58, nota n. 12), fizeram emergir o período liberal, onde desenvolveu-se o valor liberdade, que ao contrário da antiga liberdade, era essencialmente autonomia individual perante o Estado.

Sob tal valor foi fundado o Estado Liberal, baseado no Estado mínimo de John Locke, no qual a liberdade individual seria sacrificada apenas na “estrita medida da necessidade da sua garantia por parte do Estado”, que deveria estar sujeito a (um) rigoroso mecanismo de limitação do seu poder político”, enriquecido pelos ingleses “por contributos de natureza essencialmente empírico-pragmática, sobretudo de Bolingbroke e de Blackstone”, e no continente europeu, “pelo de Montesquieu, a qual se juntaram os de Rousseau e de Kant, de natureza essencialmente nacionalista-abstrata” (PIÇARRA, 1989, pág. 144).

O Estado de Direito Liberal possui uma evolução complexa. Seu modelo teórico clássico pretendia uma radical ruptura com o sistema jurídico-político anterior, considerando-se a única alternativa de ordem político-social qualificada¹⁰, desconsiderando a história e a factualidade empírica, adequando-se mais às suas construções o nível do dever-ser do normativo.

Tal modelo não se pretendia, primeiramente, à “uma interpretação de uma realidade tomada como base [...] mas antes um modelo normativo da realidade, ainda que muitas vezes sob aparência de um modelo descritivo e como tal utilizado” (PIÇARRA, 1989, pág. 147).

No entanto, a realidade não permitiu ou permitiu parcialmente se moldar por esse modelo de Estado, e deu origem a concretizações e condicionalismos sócio-político substancialmente diferentes (apesar de terem o princípio da separação dos poderes como denominador comum): O Estado de legislação parlamentar e o Estado de jurisdição executor de constituição.

¹⁰ Na América se tratava de construir uma ordem político-social.

O Estado de legislação parlamentar, que se procurou institucionalizar no continente europeu, se constituiu para realizar o sentido iluminista conferido à lei, tal como se havia assumido como pré-requisito da *rule of law*, e toma o princípio da separação dos poderes como garantidor do primado da lei, reduzindo o Estado ao Direito. Assegurava que o poder legislativo fosse o único centro efetivo de poder no Estado, “mediante a máxima supressão da autonomia decisória dos órgãos estaduais chamados a executar ou aplicar a lei, sem qualquer carácter juridicamente constitutivo” (PIÇARRA, 1989, pág. 150).

Piçarra esclarece que o princípio da separação dos poderes ao serviço do império da lei e do monismo do legislador-soberano, não é um instrumento ao serviço de um poder absoluto desse legislador, pois se parte do princípio de que esse e sua lei são dotados de características “que por si só constituam limites imanentes intransponíveis, que impedem a (sua) transmutação em poder arbitrário ou absoluto” (PIÇARRA, 1989, pág. 149 e 150).

O Estado de jurisdição executor de constituição, liminarmente implantado pelos Estados Unidos da América, chama o princípio da separação dos poderes à organização dos órgãos estaduais, funcionalmente referentes, legitimados unilateralmente ou não, num sistema de controles e limitações recíprocos, objetivando assegurar o pluralismo dos centros de poder e sua autonomização dentro do próprio Estado (PIÇARRA, 1989).

No entanto, o Estado concreto não se deixou reduzir ao Direito. Postergou o Estado de legislação parlamentar (arbitrário) e adotou o Estado de jurisdição executor de constituição, limitando e racionalizando “o poder político-estadual legítimo através de mecanismos constitucionais equilibrantes, de freios e contrapesos entre poderes constituídos no quadro da soberania da constituição, que perdurou através do tempo”. Assim, essa versão do princípio da separação dos poderes assumiu lugar de destaque nas constituições liberais escritas, “chegando a ser considerado condição *sine qua non* da própria existência de uma constituição¹¹, contribuindo para além de princípio organizatório, como princípio teleológico à serviço dos direitos fundamentais de liberdade” (PIÇARRA, 1989, pág. 150).

Segundo Andrew Vincent (1995) *apud* José Luiz Borges Horta (2011), talvez não haja pensamento mais complexo que o liberal, nem com maior impacto para o homem recente. De acordo com Horta (2011), o liberalismo se traduz em corrente de pensamento que, no entorno de um valor central, a liberdade, construiu todo um sistema jurídico e político de grande complexidade técnica.

¹¹ Como consta no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem.

É fato que o anseio por libertar-se acompanha o homem desde sempre: “A afirmação da liberdade pessoal frente ao poder tem sido uma constante no devir histórico da humanidade” (PEREZ LUÑO, 1995 *apud* HORTA, 2011).

Não é pacífica sua análise, todavia; em rigor, para o rótulo “liberal” convergem tendências de amplos matizes, naqueles que se tornaram os séculos do pensamento: humanistas, jusnaturalistas, racionalistas, iluministas, contratualistas (KOSELLECK, 1999 *apud* HORTA, 2011).

Um extenso caminho percorreu o Ocidente até o apogeu das escolas jusnaturalistas, para as quais a liberdade surgia, majestosa e púrpura como os prados de ORFF; é o momento a que se refere Paulo Nader à “valorização da pessoa, que se registrou com a Renascença, atingiu o âmbito da filosofia jurídica, quando então o direito natural passou a ser reconhecido como emanção da natureza humana” (NADER, 1998 *apud* HORTA, 2011).

O homem reencontra-se consigo mesmo, e supera, como quer Hegel a alienação de si ao estranho. Mezzaroba (2007) *apud* Horta (2011) indica que o novo humanismo traz uma complexa plêiade de pensadores, dos quais o autor destaca os que os parecem essenciais: Hobbes, Locke, Rousseau, Kant. A uni-los, ao menos aos três primeiros, a tese de que o Estado deve ser fruto de acordo entre os indivíduos: eis o Contratualismo, a partir de então, espraiando sua influência sobre o pensamento político mundial.

A ideia motriz do contratualismo está presente na sofística, com seu caráter convencional das leis e dos governos, em Platão, como dito, e ainda em Cícero: “Em qualquer coisa, o consenso de todos os povos deve ser considerado lei de natureza. O consenso de todos é a lei da natureza”.

Bobbio (1994) *apud* Horta (2011) demarca, no entanto, seu ponto alto na Modernidade: “Embora a teoria do contrato social fosse antiga e amplamente utilizada pelos legisladores da Idade Média, somente com os jusnaturalistas ela se torna uma passagem obrigatória da teoria política”.

Horta (2011) aduz que se pode explicar o contratualismo a partir de três elementos: o estado de natureza, o contrato social e o estado civil. O estado de natureza é o ponto de partida do pensamento contratualista – trata-se ora de uma vida idílica, ora de uma vida aterrorizante, alguma razão, no entanto, fez com que os homens tomassem a decisão racional de abandonar tal estágio natural, onde já possuíam direitos (naturais), e ingressar em um estado civil.

No que diz respeito ao contrato social, Horta (2011) leciona que é preciso então verificar as condições de tal contrato, identificando os valores centrais que se pretendia

preservar, e os bens dos quais o homem teria de abrir mão: há um custo para se viver em sociedade. Em relação à idealização do estado de natureza e à compreensão do contrato social é que divergem os autores, daí decorrendo diferentes concepções do Estado produto.

Em relação ao estado civil, Bobbio (1994) *apud* Horta (2011) ensina que “o estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação”. Ainda nessa toada, Bobbio (1994) *apud* Horta (2011) indica que na concepção de Locke, a transferência dos direitos naturais é parcialíssima, ingressando no estado civil os indivíduos renunciam substancialmente a um único direito, ao direito de fazer justiça por si mesmos.

Joaquim Carlos Salgado (1995) *apud* Horta (2011) lembra que “O estado de natureza é uma sombra da própria sociedade civil existente e não um momento historicamente anterior. [...] A sociedade civil, o Estado, não veio do estado de natureza, mas justifica-se diante da ideia de estado de natureza”.

Bobbio (1994) *apud* Horta (2011) indica que o problema relevante para explicar a origem da vida social não é tanto se o estado de natureza é pacífico ou belicoso, mas se é um estado positivo ou negativo; ao tratarem da origem da vida social, de fato traçaram novos rumos para a Filosofia do Estado: “Os três grandes [doutrinadores políticos] por cuja obra se mede hoje a importância do jusnaturalismo, e em função dos quais talvez valha ainda a pena falar de um ‘direito natural moderno’ contraposto ao medieval e ao antigo – Hobbes, Locke e Rousseau –, o tema de suas obras é quase exclusivamente o direito público, o problema do fundamento e da natureza do Estado”.

3.1 Constitucionalismo e o aparecimento das Constituições

Horta (2011) indica que o processo de submissão do poder estatal aos ditames da razão lança raízes já ao fim da Idade Média. A marca da razão, elevada à condição de fonte por excelência das regras de convivência social expressa-se por todo o período que se inicia, estabelecendo balizas de análise e construção do Direito.

Com o advento do Estado liberal de Direito, essa primeira fase terá contornos bastante específicos, tanto em termos de soberania, estrutura do ordenamento jurídico e evolução jusfilosófica, como nos correspondentes constitucionalismo clássico e primeira geração de direitos fundamentais.

Até o surgimento do Estado Moderno a soberania era mais que difusa. A sociedade medieval era uma estrutura pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de

agrupamentos sociais, cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio, onde o direito se apresentava como fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil.

Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito – assiste-se ao processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado, que se deu de modo gradual, inicialmente superando a difusão da soberania pelo meio social e, sobretudo, pelo meio religioso (HORTA, 2011).

Desse modo, a concentração de poderes na figura do soberano, padrão em que a soberania do Estado não tolera dentro dele nenhuma justaposição de vários poderes soberanos, permitiu de fato um aprimoramento do ordenamento jurídico, notavelmente acentuado com o ingresso na contemporaneidade.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994) *apud* Horta (2011) aduz que a soberania residira, nos séculos anteriores, no senhor territorial ou no rei. Esta forma bastante concreta e personalíssima de simbolizar o centro único de normatividade assinalava uma operacionalidade bastante limitada na organização do poder político. Ora, a substituição do rei pela nação, conceito mais abstrato e, portanto mais maleável, permitiria a manutenção do caráter uno, indivisível, inalienável e imprescritível da soberania (Constituição Francesa de 1791) em perfeito acordo com o princípio da divisão dos poderes.

Do ponto de vista da Política, a teoria da soberania insere-se entre as perspectivas democráticas, em contraposição às teocráticas. Com relação à isto Dalmo Dallari (1993) ensina sabiamente que as teorias democráticas, ou da soberania popular, apresentam fases sucessivas, nitidamente distintas. Numa fase, que adquire seu ponto de consolidação da Revolução Francesa, influenciando sobre as concepções políticas do século XIX e início do século XX, a titularidade é atribuída à nação, que ao povo concebido numa ordem integrante.

Assim, prevalecia uma doutrina democrática da soberania, fundada pelos poderes da Revolução – a doutrina da soberania nacional, na medida em que reconhece à coletividade a primazia no estabelecimento da esfera de jurisdição, ao passo em que postula a formalização, pela via representativa, da manifestação da vontade democrática, permite ultrapassar, em definitivo, o velho contexto de soberania difusa.

A gradual estruturação do ordenamento jurídico como hoje se conhece, dotado de unidade, coerência e completude, deu-se em total harmonia com os princípios do Estado de Direito.

Nesse sentido afirma Paulo Bonavides (1993, pág. 17) que:

O século XVIII colocou, por conseguinte, todas as premissas e divisas subsequentes da rotação que a ideia revolucionária, para cumprir-se, teve que cursar. Primeiro, promulgou as Constituições do chamado Estado de Direito e, ao mesmo passo, com a Revolução da burguesia, decretou os códigos da Sociedade civil. Outro não foi, portanto, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, que entrou para a história com a denominação de Estado liberal.

Adentrando à seara do Constitucionalismo, José Luiz Borges Horta (2011) leciona que Miguel Reale não somente marca, no período correspondente ao Estado liberal de Direito, “a transição dos estudos de Direito Natural nacionalista para os da Filosofia do Direito”, como reconhece que, com a Revolução Francesa, “assenta bases o Direito Constitucional”.

O constitucionalismo traduz-se em complexo movimento intelectual, que a um tempo se reúne em torno dos textos postos, construindo a hermenêutica constitucional respectiva, e a outro cuida de informar o próprio processo constituinte, atuando decisivamente no processo de mutação constitucional. É um fenômeno típico do Estado de Direito, ainda que possamos falar em constitucionalismos pré-modernos (HORTA, 2011).

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (1986) *apud* Horta (2011), o constitucionalismo tem sido um esforço para racionalizar juridicamente o exercício do poder político, submetendo sua organização a um elemento normativo. A intenção de subordinar o poder ao direito é constante, pode-se falar em um constitucionalismo antigo, um constitucionalismo medieval ou um constitucionalismo moderno.

Ao Estado Liberal de Direito, formação originária do Estado de Direito, corresponde o constitucionalismo que se convencionou chamar clássico, inclusive pela solidez de suas instituições. As constituições liberais nascem, portanto, com duas missões precípua: proclamar os direitos dos cidadãos e organizar o poder do Estado, limitando-o de tal forma que aqueles possam ser usufruídos (HORTA, 2011).

Conforme explica Baracho (1986) *apud* Horta (2011) tal dualidade de propósitos reflete-se na própria estruturação dos textos. A parte dogmática das Constituições contém um sistema de limitações da ação do Poder Público, que surgem e se afirmam, historicamente, pelo processo de lutas políticas entre governados e governantes. Traçam declarações definidoras ou imperativa, com a consagração de determinados princípios e normas fundamentais. Já a parte orgânica, é semelhante à organização e ao funcionamento do Estado e de seus governantes. As disposições sobre a organização de poderes, determinação de suas

respectivas funções e as relações entre as instituições que as desempenham formam a parte orgânica.

Tais dois grandes eixos sugerem a pertinente identificação de um Direito Constitucional do Poder e de um Direito Constitucional da Liberdade, ambos a integrarem e inspirarem o rico temário do constitucionalismo clássico, segundo Baracho (1986) *apud* Horta (2011) o elenco dos temas essenciais do constitucionalismo moderno, também denominado de clássico, constitui uma constante preocupação: O seu desenvolvimento está ligado à racionalização do Estado e à despersonalização do poder. Dentro desse aspecto, o constitucionalismo supõe uma Constituição codificada, rígida; uma parte dessa Constituição dedicada a transcrever a Declaração de uma série de direitos individuais (parte dogmática ou direito constitucional da liberdade); uma parte dedicada a organizar o poder, seus órgãos, suas funções, suas relações, tendo como princípio fundamental a divisão de poderes ou de funções (parte orgânica ou direito constitucional do poder).

A estruturação do poder político obedece aos valores liberais e democráticos imperantes no período. Nelson Saldanha (1976) *apud* Horta (2011) reforça a democrática noção de consenso: no plano institucional, o liberalismo significou a construção de um Estado em que o poder se fazia [em] função do consenso, e em que a divisão de poderes se tornava princípio obrigatório; o direito prevalecia em seu sentido formal e a ética social repudiava as intervenções governamentais.

Com relação à divisão dos poderes, é extremamente necessário e importante citar a herança inglesa que conduziu ao *rule of law*, antecedente direto e imediato do Estado de Direito, sobre o qual registra Pablo Lucas Verdú (1975) *apud* Horta (2011) que *rule of law* é criação tipicamente anglo-saxônica que imagina o direito como freio do poder governamental.

De acordo com José Luiz Borges Horta (2011) a ideia de opor óbices ao exercício do poder encontra-se na matriz da teoria da separação dos poderes de Locke e Montesquieu, “dogma do constitucionalismo”. Pode-se falar em duas grandes vertentes da ruptura ou divisão de poderes, ambas buscando evitar a concentração do poder nas mãos de um único soberano: a separação vertical de poderes – manifestada na técnica norte-americana de federalismo, e a separação horizontal de poderes, consagrada tradicionalmente na Europa.

Conclui-se assim que o constitucionalismo clássico, com seu temário e suas técnicas, propõe-se, enfim, a assegurar os direitos fundamentais que estruturam o Estado de Direito (HORTA, 2011).

Enquanto associada à constituição mista e coincidente com a balança dos poderes, a separação dos poderes foi, antes de mais nada, um programa político, ou seja, uma forma de

equilibrar num Estado com uma específica estrutura orgânico-funcional elementos de uma sociedade pré-construída, que pretendiam alcançar o monopólio sobre essa estrutura.

A separação dos poderes neste preciso sentido, pode sem dúvida, ser considerada como sucedâneo da constituição mista, como forma de moderação ou limitação do poder político através de sua distribuição equilibrada pelas forças político-sociais, que no caso, são estamentos.

3.2 Direitos fundamentais de Primeira Geração

No que diz respeito aos direitos fundamentais de primeira geração, Horta (2011) ensina que na consagração destes direitos, encontra sentido todo o processo de construção do Estado de Direito. Lafer (1988, pág. 123) ensina que a temática dos direitos humanos, assim, é mais que nuclear, na medida em que se toma uma exigência lógica e teleológica do sistema:

No jusnaturalismo, que inspirou o constitucionalismo, os direitos do homem eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compelir a mente [...] A proclamação dos direitos do homem surge como medida deste tipo, quando a fonte da lei passa a ser um homem e não mais o comando de Deus ou os costumes.

Nos primórdios, falar em direitos fundamentais implicava reconhecer o indivíduo, a pessoa, como centro da atividade jurídica do Estado; é assim que a liberdade individual atinge o ápice do sistema normativo do Estado liberal de Direito (HORTA, 2011).

Smith (1980) apud Horta (2011) elucida que a “noção de liberdades intrínsecas à natureza humana vai gerar [...] o conceito da prevalência dos direitos individuais como ponto de partida de toda concepção política e de toda tarefa legislativa. É o nascimento de uma nova concepção filosófica; a do liberalismo individualista”.

Horta (2011) esclarece que essa primeira geração tem claramente como centro convergente a liberdade, daí porque, de acordo com Karel Vasak, podemos considerá-los direitos de liberdade.

Segundo Paulo Bonavides (1994, pág. 517):

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

O reconhecimento do indivíduo como pessoa jurídica, detentor de direitos, manifesta-se na própria estrutura dos direitos individuais: “São direitos individuais quanto ao modo de exercício [...]; quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos [...]; e quanto ao titular do direito, que é o homem na sua individualidade” (LAFER, 1988).

Nessa toada, ensina Bonavides (1994) que “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

No que tange à classificação dos direitos de primeira geração, é conveniente referir a classificação realizada por Joaquim Carlos Salgado (1996) que ensina que “Os direitos individuais fundamentais poderão ser assim arrolados, sem que isto se pretenda apresentar uma lista exaustiva: direito à vida, direito à integridade, direito à propriedade, direito ao honra, direito à segurança, direito à liberdade e direito de igualdade”.

O supracitado citado autor ainda leciona que cada um dos direitos pode receber ainda desdobramentos, como é o caso do direito à liberdade. Segundo o doutrinador, a liberdade como um direito individual, tal como comumente se conceitua, tem a ver com a ação cotidiana das pessoas, e se desdobra em: liberdade de locomoção, liberdade de disposição do próprio corpo, liberdade de pensamento (expressão, imprensa), liberdade de reunião e associação, liberdade de palavra, de consciência, entre outros (SALGADO, 1996).

É relevante trazer à baila as considerações de José Luiz Quadros de Magalhães (1992) que propõe a classificação dos direitos individuais em sete grandes grupos: igualdade jurídica (fundamento de todos os outros direito individuais); liberdades fiscais (liberdade de locomoção, segurança individual, inviolabilidade de domicílio, liberdade de reunião, liberdade de associação); liberdades de expressão (liberdade de palavra e de prestar informações, liberdade de imprensa, liberdade artística, liberdade científica, liberdade de culto, sigilo de correspondência); liberdades de consciência (religiosa, filosófica, política, liberdade de não emitir o pensamento); propriedade privada, direito de petição e de representação, e garantias processuais (habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação de inconstitucionalidade e os princípios processuais; garantia da tutela jurisdicional, devido processo legal, juiz natural, instrução contraditória, ampla defesa, acesso à justiça, acesso à justiça e publicidade).

3.3 Separação dos poderes

Desde a Antiguidade Clássica a doutrina da separação dos poderes – como objetivo da limitação do poder político, é tema recorrente do pensamento ocidental, tendo suas origens remotas na ideia do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político, mediante o seu acesso à orgânica constitucional fundada no modelo aristotélico de constituição mista (PIÇARRA, 1989); e na teorização de constituição mista aristotélica retomada por Políbio, alcançada através da experiência constitucional concreta com a república romana em diferentes fases, que concluiu que o balanceamento das classes é obtido pela separação de seus diversos interesses a nível orgânico-institucional, ou seja, cada classe tem acesso apenas ao órgão constitucional que lhe está destinado.

Observa-se que apesar do modelo polibiano ter pouca afinidade com a doutrina da separação dos poderes difundida (não se pode dizer o mesmo de sua versão originária), já se encontra nele a ideia de que cada órgão constitucional funciona perante os outros simultaneamente como um limite e um contrapeso, uma das principais ideias do que hoje se tornou o princípio da separação dos poderes (PIÇARRA, 1989, pág.37)¹².

“Na Idade Média, a tradição da constituição mista foi utilizada para limitar o poder monárquico através dos estamentos e/ou dos seus órgãos representativos nas leis fundamentais e nas decisões políticas de caráter financeiro, não no intuito de dividir o poder unitário do estado, mas da intenção de compor numa unidade política as diversas ordens ou estados pré-existentes” (PIÇARRA, 1989, pág. 43).

A doutrina da separação de poderes surgiu pela primeira vez no século XVII na Inglaterra, durante a guerra civil (1642 – 1649), associada à ideia do *rule of law*¹³ baseando-se em ideias e critérios que se contrapunham ao absolutismo e buscava o fim da tradição da constituição mista¹⁴ (PIÇARRA, 1989).

Antes do século XVII a legislação era uma atividade excepcional no sistema jurídico, já que fazia parte do processo judicial, portanto, não era feita, apenas declarada. À medida que as relações sociais tornavam-se complexas a legislação parlamentar independente da função jurisdicional começou a adquirir um papel importante no sistema jurídico-político.

¹² Piçarra, 1989, pág. 37.

¹³ Concebida como pré-requisito prático da mesma.

¹⁴ Já que esta limitava o poder real através da intervenção dos estamentos e/ou seus órgãos representativos.

Diversas tentativas de usurpação da titularidade da supremacia legislativa do Parlamento e de sua transformação em mero conselho de seu reinado, juntamente com a sua dissolução por Carlos I em 1629 até 1640, fez com que o Parlamento abusasse do poder político através do uso sistêmico do impeachment, fazendo com que a oposição exigisse a separação dos poderes como modo de pôr fim à sua tirania.

Surge assim, enunciada pela primeira vez em seus traços autônomos fundamentais a doutrina da separação dos poderes, prescritora de arranjos orgânicos-funcionais e baseada numa análise das funções do Estado (PIÇARRA, 1989).

Tais características tornaram-na novidade na teoria constitucional, já que nada tinha em comum com qualquer variante da teoria da constituição mista: decorria de ideias jurídicas correntes na Inglaterra, visando assegurar a exclusão da tirania e do arbítrio e a garantia da liberdade e da segurança individuais.

Desde o século XV distinguia-se na Inglaterra o poder governativo – cujo principal titular era o rei, e o poder jurisdicional – à cargo dos juízes do *Common Law*, subordinado ao poder governativo em suas relações com os particulares.

Apesar do termo legislativo ter tido sempre o mesmo sentido, até o princípio do século XVIII o poder executivo referia-se à função judicial, o que levou à dicotomia funcional legislativo-executivo, componente da primeira versão da doutrina da separação dos poderes que visara servir de base à prescrição de que as leis não sejam feitas por quem tenha o poder de aplicá-las.

Nesta versão da doutrina da separação dos poderes estão os embriões de um traço essencial do Estado constitucional, do liberalismo e do princípio da separação dos poderes. Ela era dotada de uma conotação estritamente jurídica, sem de todo estar ligada ao tema político da constituição mista, sem cuidar, portanto, da titularidade política dos respectivos poderes-funções.

Contudo, após a abolição da realeza e da Câmara do Lordes – com a proclamação da República, a atuação novamente arbitrária do Parlamento, agora na forma da Câmara dos Comuns, levou à necessidade da reintrodução de mecanismos de controle efetivo da assembleia de representantes, adotando de novo o poder executivo do direito de veto sobre a legislação, introduzindo a ideia de que o Parlamento deve exercer funções executivas em nome da *rule of law* e em nome do seu poder de responsabilizar perante si os membros do poder executivo, extravasando assim, a natureza exclusivamente jurídica assumida no quadro da *rule of law*, tornando-se marcadamente política.

Apesar da doutrina da separação dos poderes ser consagrada como princípio na

primeira constituição escrita da Inglaterra durante a República, a restauração da monarquia mista não a suprimiu, associando-a à teoria desta.

Nessa época, as ideias de Locke em matéria de separação dos poderes ajustavam-se plenamente ao fundo comum das ideias políticas inglesas de matriz republicana – defendia que, para que a lei fosse aplicada imparcialmente seria necessário que os homens que a fizessem não a aplicassem, retomando a versão da eficiência da doutrina; ao desenvolver e fundamentar coerentemente a supremacia da função legislativa a partir de premissas política – que na versão *rule of law* da doutrina já se implicava, utilizando fatores equilibrantes/limitativos intraorgânicos, Locke contribuiu para o futuro da doutrina da separação dos poderes, distinguindo-se dos Republicanos e aproximando-se de Montesquieu e dos constituintes norte-americanos (PIÇARRA, 1989).

3.4 Montesquieu

“A concepção moderna da separação de poderes foi construída gradativamente de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos sociais”, no entanto, parece que o quadro preliminar originário da doutrina da separação de poderes finda com Locke em seu *Two Treatises of Government* (“Segundo Tratado sobre o Governo Civil”) – onde a doutrina é sistematizada pela primeira vez, e a supremacia da função legislativa é desenvolvida, abrindo caminho para Montesquieu “erigir as divagações filosóficas de seus predecessores em uma doutrina sólida” e lançar se *De L’Esprit des Lois* (1748) (“O Espírito das Leis”) no século XVIII, que logo foi “acolhida como dogma dos Estados liberais¹⁵ e que permaneceu até hoje sem alterações substanciais”.

Como será demonstrado a seguir, em matéria de separação dos poderes, Montesquieu terá dito pouco de verdadeiramente original relativo às doutrinas jurídicas e políticas da Inglaterra do tempo, pois à data que escrevia a sua obra, havia na Inglaterra versões da doutrina da separação de poderes, como a *rule of law*, as doutrinas da monarquia mista e da balança dos poderes, e até mesmo, a mistura das doutrinas entre si. No entanto, deve-se admitir que Montesquieu deu o impulso decisivo para transformar a doutrina da separação dos poderes inglesa, em critério do Estado constitucional.

Os seus pontos de partida, por exemplo, a ideia de natureza humana e sua relação com o poder político e a ideia de liberdade proveniente das leis, advinham da *rule of law*,

¹⁵ Acolhido com entusiasmo pela América do Norte, foi ratificado e adaptado por Hamilton, Madison e Jay, tornando-se a essência da doutrina do *check and balances*.

coincidindo assim, com algumas ideias consagradas do pensamento político inglês.

Nuno Piçarra chega a afirmar que “a separação dos poderes em Montesquieu pode ser lida como uma série de variações sobre o tema da *rule of law* ou como essencialmente ligada ao sistema do Estado de Direito” (PIÇARRA, 1989, pág. 91).

Como já sabido, a *rule of law* distinguia as funções legislativa e executiva, a estas Montesquieu acrescentou a função judicial¹⁶.

Montesquieu entendia o poder legislativo como o poder de fazer as leis e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas; o poder executivo do Estado como um poder de relação internacional – fazer paz ou guerra, manter relações diplomáticas, de manter a segurança e de prevenir invasões; o poder de julgar (que é o poder executivo das coisas cíveis) é o poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares (MONTESQUIEU, 2005). “Para Montesquieu as funções estaduais parecem, pois, resumir-se à edição de leis e à sua execução pela força pública, diretamente ou mediante a intervenção dos tribunais” (PIÇARRA, 1989, pág. 93).

Ele considerava indispensável a garantia de que a edição das leis e a sua execução ficassem orgânica e pessoalmente separadas, pois só assim ficaria “garantida a supremacia da lei ou um regime de legalidade, como condição da liberdade e da segurança do cidadão”. Para ele a lei é a regra da razão justa, adequada às características dos fatos sociais que pretenda reger de conteúdo geral e abstrato, e destinada a perdurar no tempo (PIÇARRA, 1989, págs. 94 e 95).

“O certo é que a construção de Montesquieu nesta matéria [...] aponta para um sistema jurídico-político em que a legislação é peça essencial ou, mais concretamente, em que a lei tende a ser o único modo de constituição do Direito ou a identificar-se com ele” (PIÇARRA, 1989, pág. 95).

O arbítrio do legislador-juíz ou juiz-legislador conduziu Montesquieu à exigência de separação orgânico-pessoal entre função legislativa e função judicial, como forma de lhe por fim. Ele reduziu a função judicial a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal, cuja consistência deveria ser absoluta. Assim, conhecido os fatos e a lei, o juiz apenas procede a uma operação lógica automática e forçosa, sem nada de juridicamente constitutivo.

Essa definição de poder judicial integrada na análise de Montesquieu da constituição da Inglaterra, não traduz a realidade desse país. Ele descreve o poder judicial como se não

¹⁶ Esta classificação tripartida era conhecida na Inglaterra antes de que Montesquieu a adotasse, porém, foi a partir dele que ela se infiltrou no constitucionalismo liberal.

fosse composto por juizes profissionais, mas apenas por jurados, recusando a inequívoca função constitutiva de Direito dos juizes ingleses e sua margem de autonomia decisória no quadro do sistema de precedentes do *common law*.

Piçarra (1989) afirma que a concepção da função judicial que Montesquieu expõe está em total consonância com o programa iluminista e em larga medida, em contradição com a sua própria concepção geral do Direito – de pendor mais historicista e empírico, onde não cabe exatamente a ideia de lei que tal concepção da função judicial pressupõe.

Montesquieu é taxativo quanto à necessidade de separação entre o poder judicial e executivo, justificando-se ao aduzir que a função judicial é temível no plano factual mesmo quando exercida apenas por juizes que não têm acesso direto ao comando da força pública, tornar-se-ia muito mais temível e opressiva quando prosseguida por quem detém simultaneamente o poder executivo.

A reunião do poder executivo e do poder judicial, tratando-se sobretudo, de maneira criminal, pode conduzir ao emprego de força pública contra os acusados, à sua intimidação ou à destruição do caráter de processo jurídico regular que um julgamento deve patentear para, como tal, poder ser considerado.

Claramente influenciado por Locke, Montesquieu distingue entre a monarquia moderada da maior parte dos reinos europeus – onde o poder judicial não cabe ao monarca, e o despotismo da Turquia – onde o próprio monarca exerce o poder judicial.

Percebe-se que o exposto até aqui insere-se na temática da versão originária da *rule of law* desenvolvendo e aprofundando-a, sendo dotada de conotação exclusivamente jurídico-funcional, visando garantir a supremacia da lei, mediante o exercício de acordo com ela, da função executiva e da função judicial (PIÇARRA, 1989).

Na doutrina da separação dos poderes expendida por Montesquieu já estão presentes traços que hão de converter o princípio homônimo numa das bases imprescindíveis do Estado de Direito. “Até aqui, a doutrina da separação dos poderes foi apenas tratada na sua vertente jurídica, cujo centro de gravidade é uma doutrina da lei, e não na sua vertente política, cujo centro de gravidade é a estruturação do poder político-estadual” (PIÇARRA, 1989, pág. 102).

Ele adotou a doutrina da balança dos poderes no que se refere à monarquia mista, determinando com base nesta os titulares políticos dos diferentes órgãos constitucionais. “O problema agora deixa de ser apenas jurídico” e passa “a ser primordialmente político”. “Em Montesquieu, a análise dos poderes do Estado e a análise dos poderes segundo as funções que devem desempenhar, constituem dois momentos da mesma unidade” (PIÇARRA, 1989, pág. 104).

“A doutrina de Montesquieu envolve duas dimensões não inteiramente harmonizáveis, que o autor não correlaciona com total rigor, passou-se a distinguir na sua doutrina uma separação¹⁷ funcional dos poderes e uma separação social para designar respectivamente a dimensão orgânico funcional e a dimensão político-social da sua doutrina (PIÇARRA, 1989, pág. 105). Por causa da dimensão político-social se prender no autor, precisamente com o tema da constituição mista e com o tema da balança dos poderes, é em sua sede que ele será analisado.

É importante salientar que alguns constitucionalistas ingleses como Bolinbroke reformularam a doutrina da separação dos poderes, de tal modo que a separação entre a função legislativa e a função executiva passou a ter como objetivo possibilitar que os órgãos que as exercessem tivesse a suficiente independência para poderem reciprocamente se limitar, sem se pretender que um apenas legislasse e o outro apenas executasse (PIÇARRA, 1989).

Em certos pontos da sua obra, o autor expende um conceito de povo aparentemente incompatível com o de monarquia mista: O povo é um estamento contraposto à nobreza e ao rei, que com estes deve participar do exercício do poder político, de acordo com o esquema de monarquia mista. Nenhum dos estamentos pode exercer só por si, simultaneamente as funções legislativa, executiva e judicial¹⁸.

A primeira diferença entre a balança dos poderes descrita por Montesquieu e a clássica balança dos poderes, que atribuía o poder legislativo coordenadamente ao rei, à nobreza e ao povo – de acordo com a fórmula do *King in Parliament*, é quando estabelece o órgão legislativo como lugar de equilíbrio entre nobreza e povo¹⁹.

Montesquieu ainda usa a *faculté d’empêcher* – o mesmo que a *negative voice* de Bolinbroke, um dispositivo atribuído a um órgão constitucional para controlar, limitar ou contrabalancear o poder de outro órgão, como prisma para a análise das relações entre legislativo e executivo, demonstrando sua dívida com uma sólida corrente do pensamento político inglês, que, desde o Longo Parlamento, insistia que devido sua abrangência, era mais suscetível à arbitrariedade e precisava ser limitado.

¹⁷ Montesquieu nunca fala em sua obra a expressão separação, o que não passa de um erro de interpretação. Na verdade ele trata de distribuição ou divisão de poderes.

¹⁸ O poder judicial fica fora da separação social dos poderes. Ele deve ficar à margem do equilíbrio entre os estamentos ou não estar ligado a nenhum deles. Deve ser político-socialmente e funcionalmente invisível e nulo.

¹⁹ Aqui é nítida a influência de Bolinbroke, que descreveu o rei como tendo apenas uma *negative voice* sobre a legislação, sem qualquer participação no processo legislativo, por não fazer parte do respectivo órgão (Piçarra, 1989).

Montesquieu via o monarca como o titular do poder soberano, porém, não lhe cabia a totalidade de seu exercício²⁰: O poder soberano deveria ser exercido conjuntamente pelo rei e pela nobreza, daí resultando a sua moderação ou limitação. O poder legislativo é exercido conjuntamente pelo rei e pelos parlamentos judiciais. O poder executivo cabe ao rei e aos corpos intermédios. O exercício do poder judicial é vedado ao rei, sendo exercido apenas pelos corpos intermédios dependentes.

Essa forma de monarquia assenta num Estado e numa sociedade estamentais, teve uma concretização na monarquia pré-absolutista francesa, existente desde o final da Idade Média. Ela marca, efetivamente, um específico momento de equilíbrio político-social, mas constitui uma forma política meramente transitória. Apresenta traços característicos de uma monarquia mista, embora Montesquieu evite tal designação às várias forças políticas que exercem conjunta e compatibilizadamente o poder (PIÇARRA, 1989).

À face do exposto, é evidente que Montesquieu acrescentou pouco às doutrinas jurídicas e políticas da Inglaterra do tempo, sendo sua maior contribuição o impulso que transformou a doutrina da separação dos poderes inglesa em critério do Estado constitucional.

3.5 A Balança de poderes e *Check and Balances*

Da mistura ideológica entre as doutrinas da separação dos poderes e da monarquia mista surge a doutrina da balança dos poderes (*Balance of powers*), que veio a ser a teoria constitucional inglesa típica do século XVIII. A ideia de Balança dos poderes (e de freios e contrapesos) “é dotada de uma matriz liberal, impregnada por ideias de equilíbrio, limites internos e fiscalização recíproca, na tradição da doutrina da constituição mista”.

Ela apresenta duas variantes, uma que se limita a transpor para o novo esquema teórico das funções estaduais, a realidade do *King in Parliament* – onde o rei, a nobreza e os representantes do povo, fazendo-se mutualmente contrapeso, determinariam que toda e qualquer lei resultasse forçosamente de um compromisso entre os três. Nela, o equilíbrio e o controle recíprocos são intraorgânicos, onde apenas o órgão legislativo é o lugar de equilíbrio. A balança dos poderes não é mais do que o esquema da monarquia mista aplicado ao novo arranjo orgânico-funcional, que tem por centro o legislativo²¹ (PIÇARRA, 1989).

²⁰ Ele adota aqui a distinção de Bodin entre titularidade e exercício do poder soberano.

²¹ Neste ponto, a ideia de separação-independência orgânico pessoal entre as funções legislativa e executiva influenciou e inovou a configuração do modelo anterior da balança dos poderes, que se confiava ao interior do órgão legislativo passou a localizar-se na relação entre os órgãos legislativo e executivo.

A segunda variante deriva da primeira, onde a balança dos poderes é de tipo interorgânico e seus fatores equilibrantes são dois órgãos mutualmente independentes quanto à formação e subsistência, ou seja, uma Balança de poderes entre legislativo e executivo.

Apesar de nessa época tornar-se lugar comum a analogia entre o Estado e uma máquina, chegando ao ponto da constituição ser apontada o objetivo essencial de fazer do Estado uma peça de relojoaria – convertendo o problema político num problema mecânico, a doutrina de tipo interorgânico passa a ter cada vez mais uma perspectiva institucional, passando a ser mais do que um equilíbrio entre forças político-sociais; passa a ser a consecução de um equilíbrio entre órgãos independentes, funcionalmente diferenciados e dotados de mecanismos específicos e dispositivos constitucionais destinados à fiscalização recíproca dos respectivos atos (PIÇARRA, 1989).

Do prolongamento natural desta variante da balança dos poderes surge a teoria dos freios e contrapesos, de natureza técnico-institucional, passando para primeiro plano os órgãos legislativo (Parlamento) e executivo (Rei).

É trazida novamente à colação a versão da responsabilidade da doutrina da separação dos poderes – o Parlamento controla o exercício da função executiva e o poder de veto do Rei é reduzido a um *negative voice*, que apenas exprime a oposição a um ato legislativo autônomo de autoria do Parlamento (PIÇARRA, 1989).

A partir dessa concepção técnico-institucional da balança dos poderes, surge a conhecida doutrina dos constituintes norte-americanos: *check and balances*²², resultante da difícil conciliação de pontos de vista divergentes, interesses e apreensões contrapostos, sofrendo influência sobretudo, pelo pensamento de Locke e Montesquieu, tanto na sua formulação, quanto nos trabalhos da Constituinte²³ (PIÇARRA, 1989 e VASCONCELOS, 1994).

É importante salientar que, independentemente de sua procedência, os *check and balances* devem ser entendidos à luz da experiência das preocupações e necessidades conjunturais enfrentados pelos delegados no decurso da Convenção²⁴ (VASCONCELOS, 1994).

²² A expressão *check and balance* já era conhecida na Inglaterra e usada como sinônimo de *balance of power*. Mas, em rigor, os *check and balances* são uma das variantes da balança dos poderes não referida à monarquia mista (Piçarra, 1989, pág. 83, nota n.º 9).

²³ Observa-se ainda a influência da ideia de constituição mista na solução bicameral, refletida na configuração do Senado.

²⁴ Instituição convocada para superar o funcionamento deficiente do Congresso Continental, que regido pelos Artigos da Confederação desde 1781 detinha apenas os poderes expressamente delegados pelos Estados, embora só através dos Estados pudesse aplicar as suas deliberações (Vasconcelos, 1994, págs. 24 e 25).

Compreendemos assim, que a Separação de Poderes foi encarada como um meio de limitar o Poder e como técnica para a construção de um governo mais estável e eficiente, do qual se destacasse um Executivo autônomo (Fisher, *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*, Princeton University Press, 1985, p.12 ss, *apud* Vasconcellos, 1994, pág. 25).

A disputa entre o Congresso e o Presidente é um resultado que se pretendeu potenciar através dos controles e compensações, com a intenção de contrariar a tendência de uma concentração de poderes num único órgão de soberania. A teoria dos freios e contrapesos representa a análise do princípio da separação dos poderes, assim como, uma visão do conjunto e o exame dos pormenores.

Antes mesmo dos Estados Europeus, a América do Norte acolheu a fórmula da Separação dos Poderes de Montesquieu – cujo princípio ratificado e adaptado por Hamilton, Madison e Jay, foi a essência da doutrina exposta no *Federalista*, de contenção do poder pelo poder, que chamaram de *check and balances* (sistema de freios e contrapesos).

Mas além das obras teóricas, a divisão de poderes passa a ser assunto rotineiro em documentos escritos, como nas “Constituições”, nos quais é um dos postulados, confundindo aqui a história do constitucionalismo com a história das limitações do poder público.

Essa preocupação com a superação dos poderes visando a proteger a liberdade, refletiu-se imediatamente em todo movimento constitucionalista – dando origem à doutrina do Sistema de freios e contrapesos.

Até então, distinguia-se ao tempo, a função de julgar, sem, contudo, considerar-lhe poder do Estado. Foi sobretudo, na doutrina americana formada em torno das discussões a respeito da Federação – à época da Constituição, que o Judiciário ganhou posição autônoma (Achelson *apud* Mello, 1968, págs. 28 e 29).

Embora associadas na história moderna, a separação dos poderes e a monarquia mista estavam destinadas à cindir-se, já que uma se ocupava do pensamento do futuro e a segunda, do passado.

3.6 Rousseau

Visto que, o “tema da separação-balança dos poderes assume relevância política apenas a propósito do poder executivo”, com o objetivo de impedir que ele se torne um “efetivo pólo de poder, autônomo e capaz de se opor ao poder legislativo”, faz-se necessário falar um pouco sobre Rousseau, “que ao proclamar a unidade política do corpo social e o

princípio da soberania popular contra a sociedade de estados e contra o poder monárquico-aristocrático”, deu à doutrina da separação dos poderes – entendida como modo de garantir a supremacia da lei, o seu desenvolvimento mais radical (Piçarra, 1989, págs. 125, 138 e 139).

Até princípios do século XX o conceito iluminista de lei foi dominante, o que resultou, de certa forma, de uma convergência dos pensamentos de Rousseau e Kant. Rousseau defendia a soberania popular pelo império absoluto da lei, e Kant concebia a lei com referência à soberania do povo e da razão. “A vontade geral, que em Rousseau parecia pouco precisa, foi, por Kant, desenvolvida e clarificada em termos de vontade racional” (TAVARES, 2009, pág. 1199).

No entanto, no Estado de Direito de legalidade – que se constituiu para realizar o sentido de lei conferido pelo iluminismo, o princípio da separação dos poderes servia para garantir o primado da lei e, assim, o monismo do poder centrado no Legislativo.

Rousseau era adepto de uma construção radicalmente monista do poder político do Estado, onde o seu conceito de lei desempenhava papel fundamental a serviço da soberania e estava inteiramente colocado no esquema de separação dos poderes que propôs (PIÇARRA, 1989, págs. 125 e ss).

Antes de continuarmos, devo ressaltar que, o pensamento de Rousseau tem antecedentes importantes na teoria constitucional dos republicanos ingleses do século XVII, a despeito do diferindo quanto à ideia da representação política. Suas ideias, no que diz respeito à insusceptibilidade de limitação ou interferência por parte de outros órgãos estaduais sobre o órgão legislativo, confinado estritamente à emanção de leis, e à exigência de exercício absolutamente separado (orgânica e pessoalmente) da função executiva, coincidem, no essencial, com as dos republicanos ingleses (PIÇARRA, 1989).

O ponto de partida a sua concepção de lei, Estado e poder político de Rousseau foi o contrato social, assim como para Locke e Hobbes, e, portanto, radicalmente individualista. Celebrado o contrato, a soberania permanece no corpo coletivo, fracionada em tantas partes quantos os seus membros. A passagem do estado de natureza ao estado civil modifica o homem: a liberdade individual torna-se liberdade civil, que consiste, antes de mais nada, em participar da soberania como cidadão e em submeter-se às leis que fez, como súdito, submetendo-se portanto, a si próprio. Assim, “o povo que constitui a República e que, como todo, é soberano em relação a cada membro, exprime-se na vontade geral” – que consubstancia a unidade e a essência do corpo político ou do corpo moral coletivo (PIÇARRA, 1989, pág. 129).

A vontade geral de Rousseau é um conceito normativo, é um dever-se, que pode ser, desde que cada membro da comunidade saiba escutar a vontade geral que, como cidadão, necessariamente discerne. A identificação entre vontade geral e a vontade de todos é, pois, um objetivo ou tarefa (ROUSSEAU, Contrato Social, II, 7, pág. 77 *apud* PIÇARRA, 1989).

Piçarra (1989) afirma que “o primado da vontade geral, na direção das forças do Estado vem a traduzir-se, na prática, pelo primado absoluto da lei, única forma de expressão daquela”, revelando a essência jurídica, e não política, do Estado.

Para Rousseau, a ajuda do legislador ao povo era necessária para que, de fato, estivessem à altura de exprimir a vontade geral. Portanto, o seu legislador seria uma espécie de ponte entre o dever-ser que propõe e o fato que, afinal, não se pode de todo ignorar. O legislador seria apenas o redator das leis e não o titular do poder legislativo – já que rejeitava a ideia de representação política, sob a justificativa de que se apenas uma parte do corpo social, ainda que eleita pela totalidade do corpo social para a criação da lei, fosse eleita representante político, exprimiria uma vontade particular (PIÇARRA, 1989).

A separação entre poder legislativo e poder executivo em Rousseau corresponde a uma perfeita classificação das funções estaduais, uma vez que em seu Estado não há lugar para atos que não sejam estritamente jurídicos, toda a sua atividade se esgotando na emancipação de leis e na sua execução ou aplicação. Resulta claro que, essa separação dos poderes está totalmente desligada do problema político da sua referência aos grupos sociais ou aos estamentos da constituição mista, decorrendo de razões estritamente funcionais, não se pretendendo lugar de equilíbrio de forças político-sociais; para ele, o poder executivo não passava de um corpo intermediário colocado entre os súditos e o soberano para a sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade civil e política (PIÇARRA, 1989).

Para garantir o monismo do poder soberano (legislativo) Rousseau permitia apenas a repartição do poder executivo – por diversas partes constitutivas, para reforçar o caráter absoluto do poder legislativo soberano, o que em sua ótica equivale a garantir a liberdade dos cidadãos, pois um povo livre obedece às leis de que é autor e apenas a elas (PIÇARRA, 1989).

Assim, o exposto traz à baila o radicalismo de Rousseau, onde, em seu pensamento o tema do pluralismo e do controle do poder pelo poder está a serviço no monismo do poder legislativo, revelando a não-pretensão de equilíbrio de poderes na sua versão da separação dos poderes.

3.7 O problema do poder político, porquê tripartição? Reflexos históricos da tripartição

Visto o tópico anterior, percebemos que, como doutrina, a separação dos poderes do Estado teve diversas versões ao longo da sua existência, apresentando continuidade, descontinuidades e adaptações, pelo que seria um equívoco tomar uma das versões como sua forma pura, clássica ou definitiva.

No entanto, podemos aduzir que o poder político sempre foi um problema constante através dos séculos, situando opiniões e preocupações em todo pensamento social, seja na teoria do direito e da política – a propósito de assuntos como governo, órgãos, legitimidade, imperatividade, ou na sociologia e na filosofia social – por conta da teoria das estruturas e das instituições e por conta do tema da ação social, tendo essencialmente em cada área enfoque político.

Em determinado momento da evolução do Estado moderno (detentor de todo poder, principalmente do poder político) foi impelido à separação dos poderes por motivos políticos: a passagem do absolutismo monárquico para o liberalismo constitucionalista. “O Estado, uniforme, se desdobraria internamente em funções complementares”, enquanto, “a soberania, incindível, se apresentaria em cada uma delas por igual, diferenciando-se conforme o plano de ação correspondente” (SALDANHA, 1987, pág. 84).

Depois da influência da sociologia do conhecimento, a teorização política apresentou relações e “conexões de sentido” com as estruturas sociais e os contextos concretos onde se formava, sendo expressa de diferentes formas conforme as convicções doutrinárias, a ideologia ou propósitos metodológicos. Por exemplo, o centro da preocupação no pensamento medieval era dois poderes: O poder temporal e o poder espiritual (SALDANHA, 1987).

Entretanto, o princípio da separação de poderes sempre encontrou-se no fato de que opera antes contra uma concentração, do que a favor de uma separação.

Se colocarmos a separação de poderes em relação com os modos de conceber a estrutura da ordem política e as atividades do Estado, a imagem da ordem – com seu *quantum* de formalidade e seu caráter “estável”, pode ser entendida como um refazer-se, que existe na medida em que se impõe através de normas e instituições nos diversos planos da vida social, e se refaz através da reposição de valores e serviços que são de certo modo, relacionamento do poder com a comunidade. A partir desta formulação admite-se a noção de que no Estado existem atividades peculiares e distintas, cujo número para uns é dois, para outros, três, conforme se fale em legislar, executar (administrar) e julgar (ou se entenda os atos judiciais como parte das atribuições administrativas). Isso nunca abalou a noção de unidade do poder

do Estado, pois se trata de funções inerentes à sua existência, e propriamente de potências substancialmente autônomas em torno e a partir das quais se encontrassem as atividades. Em todo caso, a alternativa entre a adoção de um dualismo (Legislativo e Executivo) ou de um triadismo (Legislativo, Executivo e Judiciário) sempre dependeu de problemas conceituais (SALDANHA, 1987).

Em tempos liberais – onde foi mais ativa a luta pela descentralização do poder, os pensadores políticos consideravam o Estado cartesianamente, dividindo as suas funções de forma equânime, o que tornou inevitável a adoção e decisão pela permanência de um triadismo, ou seja, de uma tripartição do poder, encontrando neste, um equilíbrio “simétrico” ideal entre os focos de poder, tornando-a a melhor forma de sua distribuição.

A tripartição do poder estatal ficou conhecida e repercutiu no mundo ocidental a partir de sua exposição por Montesquieu em sua obra “O espírito das leis” – onde, inspirado pela separação de poderes inglesa e associada à ideia do *rule of law*, “acrescentou” expressamente a esta o Judiciário, tornando-a dogma do Estado liberal.

A primeira sagração efetiva e formal da separação de poderes na forma tripartite foi em 12 de junho de 1776 pela *Virginia Declaration of Rights*, que estatuiu em seu artigo 5:

Que os poderes legislativo e executivo do Estado devem ser separados e distintos do judicativo; e, para que os membros dos dois primeiros possam ser restringidos da opressão, sentindo e participando das obrigações do povo, eles deveriam, em períodos fixos, ser reduzidos a uma estação privada, retornar àquele corpo do qual foram originalmente levados, e as vagas serão supridas por eleições frequentes, certas e regulares, nas quais todos, ou qualquer parte dos ex-membros, serão novamente elegíveis ou inelegíveis, conforme as leis devem orientar (tradução nossa)²⁵.

Apesar de ser o berço da tripartição, a França adotou-a somente em 1791 na sua *Constitution de 1791* em seu Título III - *Des pouvoirs publics*, em seus artigo 3, artigo 4 e artigo 5:

Artigo 3. O poder legislativo é delegado a uma Assembleia Nacional, composta por representantes temporários livremente eleitos pelo povo, a serem exercidos por ela,

²⁵ That the legislative and executive powers of the state should be separate and distinct from the judicative; and, that the members of the two first may be restrained from oppression by feeling and participating the burthens of the people, they should, at fixed periods, be reduced to a private station, return into that body from which they were originally taken, and the vacancies be supplied by frequent, certain, and regular elections in which all, or any part of the former members, to be again eligible, or ineligible, as the laws shall direct (Virginia Declaration of Rights, article 5).

com a sanção do Rei, na forma a seguir determinada (tradução nossa)²⁶.

Artigo 4. O governo é monárquico; o poder executivo é delegado ao Rei, a ser exercido, sob sua autoridade, por ministros e outros agentes responsáveis, na forma a seguir determinada (tradução nossa)²⁷.

Artigo 5. O poder judicial é delegado a juízes que são eleitos em tempos determinados pelo povo (tradução nossa)²⁸.

Logo após a sua adoção, a tripartição espalhou-se pelo mundo e incorporou-se ao direito constitucional moderno. A Constituição Portuguesa de 23 de setembro de 1822 adotou a tripartição dos poderes do Estado detalhando-a em seus Título III – Do Poder Legislativo ou das Cortes (do artigo 32 ao artigo 120), Título IV – Do Poder Executivo ou do Rei (do artigo 121 ao artigo 175) e Título V – Do Poder Judicial (do artigo 176 ao artigo 211). A Constituição da República Italiana de 1947 adotou a tripartição nomeando-a diferentemente de Montesquieu: Título I – O Parlamento²⁹ (do artigo 55 ao artigo 82), Título III – O Governo³⁰ (do artigo 92 ao artigo 100) e Título IV – A Magistratura³¹ (do artigo 101 ao artigo 113).

Ao decidir-se pela forma republicana de governo, após o fim do Império e de sua organização constitucional – que apresentava uma separação de poderes inspirada em Benjamin Constant, onde os poderes do Estado eram quatro: Moderador, Legislativo, Executivo e Judicial³², o Brasil aderiu à separação de poderes na forma tripartite no artigo 15 da Constituição de 1891 do Brasil, asseverando que “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. A partir de então, as constituições brasileiras jamais deixaram de adotar e conter em seu corpo explicitamente a divisão tripartite de poderes. Vejamos:

A Constituição de 16 de julho de 1934 estatuiu em seu artigo 3º: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”.

²⁶ Article 3. - Le Pouvoir législatif est délégué à une Assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle, avec la sanction du roi, de la manière qui sera déterminée ci-après.

²⁷ Article 4. - Le Gouvernement est monarchique : le Pouvoir exécutif est délégué au roi, pour être exercé sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables, de la manière qui sera déterminée ci-après.

²⁸ Article 5. - Le Pouvoir Judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple.

²⁹ Equivale ao Legislativo.

³⁰ Equivale ao Executivo.

³¹ Equivale ao Judiciário.

³² TITULO 3º - Dos Poderes, e Representação Nacional. Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. Constituição política do Imperio do Brazil de 1824.

A Constituição de 1946, mesmo após o Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, durante a Ditadura Militar, não se afastou da tradição republicana e continha a tripartição de poderes em seu artigo 36: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, artigo 6º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A Constituição de 05 de outubro de 1988, artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Observamos com isso que, apesar de mínimas mudanças no texto do artigo que se refere à divisão tripartite de poderes, a Constituição Federal do Brasil nunca se afastou do espírito genuíno da divisão dos poderes do Estado disseminado a partir de sua adoção pela *Constitution de 1791* da França.

SEGUNDA PARTE
HEGEL E A FILOSOFIA DO PODER DO ESTADO

4 HEGEL COMO PRECURSOR DO ESTADO SOCIAL

Das causas que produziram o Estado, a teoria que, segundo Reale (1984), mais parece aderir à realidade dos fatos é aquela que aprecia seus elementos formadores de maneira relativa, considerando “as múltiplas variáveis que dependem umas das outras e agem umas sobre as outras, em um sistema de interações funcionais”, de modo que “não é possível estabelecer a priori qual o elemento dominante, diverso que é segundo as contingências de lugar e de tempo”, tornando o problema, nesta ordem de ideia, histórico-sociológico, considerando-se a marca da liberdade humana, o fator “imprevisto histórico”. “No entanto, o estudo da história do Estado não pode desconhecer que nele se verifica um fenômeno de integração crescente, de crescente redução das partes componentes ao sistema da ordem jurídico-política total” (REALE, 1984, pág. 40).

A história do Estado Moderno é uma história de integrações crescentes e de progressivas reduções à unidade. Ele surge, como sabido, pela extensão dos domínios das monarquias absolutas por meio de guerras, casamentos entre soberanos de reinos distintos, atos diplomáticos, “pela elaboração de uma consciência de individualidade nacional, feita de tradição, de lembranças de fatos militares e de conquistas gloriosas na arte e na ciência, de reveses que não raro unem mais que as vitórias”, de sentimentos que as famílias alimentam desde seu nascimento e a vida consolida no choque dos contrastes e das lutas (REALE, 1984, pág. 41).

Na fase subsequente às Grandes Guerras, a integração alcança graus tão surpreendentes de intensidade, que chega-se à constatação de que nunca houve Estado sem integração. Como afirma Orestano, “o Estado atual é uma incessante luta de integração social, refletindo em sua estrutura forças independentes que congrega e comanda o todo segundo a sua finalidade” (Orestano, *Le sintesi nazionali*, in *Conflagrazione Spirituale*, Roma, 1919, *apud* REALE, 1984, págs. 42 e 43).

A ideia de que o desenvolvimento da sociedade obedece a um processo de integração, em virtude do qual o corpo político representa uma unidade orgânica – na qual as partes componentes se conservam distintas do todo, embora subordinadas aos fins comuns indispensáveis à convivência, é tão antiga, que pode-se dizer que já se encontra expressa, de certa maneira, em autores que notaram semelhanças entre a natureza da associação política e o corpo humano, onde a unidade social representa uma realidade que se não confunde com as partes que a compõem (organicismo). Advém dessa postura, a sustentação de que o Estado é ao mesmo tempo fim – “relativamente à atividade que é peculiar ao todo e não resulta de

simples soma de interesses individuais” e meio – “relativamente à atividade que cada homem conserva como própria, formando o núcleo de sua personalidade”. Essa concepção da unidade estatal como integração harmônica do múltiplo nos vem de Aristóteles (REALE, 1984, pág. 51 e 52).

O Estado é uma etapa final do desenvolvimento histórico e, por representar mais que o simples resultado desse processo de puros fatos, necessita de um elemento de ordem espiritual para que se afirme sua existência, a consciência do bem comum:

Uma vez que todos fazem tudo por amor do que lhes parece o seu bem, é evidente que todas as associações tendem a um bem; e acima de todas as associações tende ao bem, ou melhor, ao supremo dentre todos os bens, aquela associação que a todas supera e compreende: a associação que chamamos Estado ou sociedade política³³.

Em São Tomás de Aquino, encontramos “ensinamentos sobre a justa maneira de conceber a natureza real da sociedade política”. Conforme Lachance (1923) *apud* Reale (1984), na doutrina tomista a sociedade é considerada como uma multidão, uma ordem e um todo, onde a ideia de multidão envolve uma pluralidade de sujeitos e uma certa unidade, pressupondo, “uma perfeita autonomia interna dos sujeitos a um termo final único”, o bem comum – “em virtude do qual a unidade de ordem se funda” (REALE, 1984, pág. 53).

Ainda, essa ideia do todo traz a ideia de solidariedade entre as partes,

devendo-se distinguir o todo que absorve as partes, o todo que deixa a cada parte a sua natureza, mas lhe tira a independência de movimentos, e, por fim, o todo no qual as partes obedecem a um movimento de conjunto conservando o seu ser e a sua operação própria” (REALE, 1984, págs. 53 e 54)³⁴.

Assim, a sociedade dos homens e “o todo que forma a coletividade civil ou a família não possui senão unidade de ordem, a qual não lhe confere uma unidade absoluta (*non simpliciter unum*)” (REALE, 1984, págs. 53 e 54).

Portanto, já são encontrados em Aristóteles e São Tomás de Aquino os princípios de uma teoria que colhe as características essenciais de uma realidade *sui generis* – à época, a cidade, que, embora não possa ser considerada uma unidade absoluta, devido ao fato de que não subsistia sem os indivíduos que a integrava, que representava uma unidade de integração, atualmente representada pelo Estado (REALE, 1984).

³³ Aristóteles, *Política*, I, 1, 1252 - III, 5, 1280, III, 6, 1280 e III, 7, 1283. *apud* Reale, 1984, pág. 52.

³⁴ Louis Lachance, *Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas*, Montreal-Paris, 1923, esp. P. 355 e s. *apud* Reale (1984).

Embora os modelos políticos medievais terem aparentemente conformidade com a razão na sua ordem, eram fundados no império hierárquico da força da fé, no qual encontravam sua razão de ser e sua forma de operar; tal fato, trouxe à tona a incompatibilidade do absolutismo com uma forma racional de vida do indivíduo racional e “com uma forma racional de organização racional de organização social”, fazendo surgir a necessidade de uma mudança que impusesse uma ordem racional na ordem social. Desse modo, desabrocha a Ilustração, que compele tal mudança, como será visto adiante, através da Revolução (SALGADO, 1996, pág. 291).

A Ilustração, tal como se desenvolveu na França e encaminhou-se para a Alemanha, opunha-se à fé na forma de pura inteligência com o objetivo de restaurar a força da razão como unidade do mundo cultural, e assim, restaurar a unidade ética vivida no período clássico – cindida pela alienação no processo de formação do Espírito. Desta maneira, apresentava a sua crítica baseada na objetividade da religião e estendendo-a a partir do momento exterior de manifestação religiosa: o culto da divindade pelas coisas sensíveis, até a consciência da alienação do espírito fora de si mesmo. Por ser crítica feita pelo entendimento, opõe-se também à religião subjetiva, fixando suas representações sem avançar no que está oculto às exterioridades religiosas e abstrações teológicas. A reação da Ilustração à fé, “é a reação à alienação que o mundo da cultura e o da fé introduziram na história” (SALGADO, 1996, pág. 287).

“A Ilustração tem um caráter crítico e um programático (Lima Vaz)”. Como crítica à cultura-atividade própria da razão como faculdade de julgar, destrói “no seu plano todos os segmentos culturais que não se submetem ao seu poder de explicação, dentre os quais está o seu primeiro alvo e fonte de todos os demais, a fé”. “Como programática, a razão propõe uma nova forma de unidade da cultura, baseada no seu poder de dar conta do sentido de toda a realidade” (SALGADO, 1996, pág. 291).

Ao considerar o indivíduo um ser racional, volta a ele sua preocupação e tenta elevá-lo da “incapacidade culposa” em que vive, ao plano da maioria (Kant), integrando-o em um todo que, de certa forma, o iguala a todos os demais, em suma, “restaurar a dignidade da razão e a sua força infinita na vida teórica e prática do homem”. Dessa forma, a Ilustração é “o momento cultural que pretende fazer com que o homem assuma a autonomia no pensar para [...] desvincular-se da forma mítica de representar a realidade, pensando-a reflexivamente”, ou seja “uma redescoberta da razão pelo modelo científico moderno” (SALGADO, 1996, págs. 292 e 293).

A ação demolidora da Ilustração, como pura negação abstrata, sob o universal da fé – que se fundamenta na exterioridade dos sentidos, provoca o aparecimento de outra forma de imediatidade do sentimento: o romantismo, cuja individualidade, segundo Salgado se exprimia “na sensibilidade, nas emoções e paixões” aspira ao universal na forma do orgânico, ao passo que a individualidade preconizada pela Ilustração aspira a um universal na forma de uma totalidade mecanicista”, o que corresponde a “pensar um universal enfraquecido, como totalidade não integradora do particular, mas somadora por justaposição” (SALGADO, 1996, pág. 288).

Deste modo, conclui-se que os elementos da concepção do Estado à época eram “a universalidade abstrata do racionalismo da Ilustração, oposta à universalidade orgânica do romantismo, razão oposta à vida, individualidade autônoma da Ilustração oposta à individualidade que se consome no uno do Romantismo” (SALGADO, 1996, pág. 296).

Neste momento, abre-se parêntesis para falar de uma figura que muito influenciou o resultado da Ilustração – a Revolução, e se encontra entre as concepções iluminista e romântica: Rousseau.

Influenciado pelas concepções românticas da pureza do homem no estado de natureza, Rousseau indaga a origem da desigualdade que corrompe o homem e como recuperar a sua bondade “na impossibilidade do retorno ao estado natural”, acabando por assim, a refletir sobre ética e eticidade (Lima Vaz *apud* SALGADO, 1996, págs. 288 e 289).

Leciona Salgado (1996), que “dois livros são fundamentais para se compreender a conciliação proposta por Rousseau [...] *Emílio ou da Educação* e o *Contrato Social*”, que demonstram a possibilidade de, por meio da educação do indivíduo como ser livre para a sociedade, “constituir-se uma sociedade de tal forma organizada que a lei limitadora da liberdade seja ao mesmo tempo a garantia da realização dessa liberdade e essa, o veículo da sua criação”. Assim, na concepção de educação e liberdade de Rousseau, Lei e liberdade, razão e ação livre, Ilustração e romantismo encontram o ponto de convergência e conciliação (SALGADO, 1996, pág. 289).

Rousseau pode ser visto como a origem da moderna concepção do Estado, pois, a partir dele o “Estado não se dá mais na realização da felicidade dos indivíduos”, tendo como seu fundamento a vontade livre – “essência do homem enquanto determinação de si mesmo (*Sichselbstbestimmung*)”, cujo objeto é si mesmo, visto que não é determinada por coisas externas. Como “querer universal que não pode ter outro objeto senão a si mesmo”, a vontade livre, é dotada de uma liberdade absolutamente incondicionada, determinando-se a si mesma. Nesse sentido, o princípio da liberdade foi posto em primeiro plano por Rousseau, onde

somente enquanto racional pensante, a vontade é livre (SALGADO, 1996, págs. 297 e ss).

A Ilustração propõe um avanço no campo das ciências de modo geral, penetrando na ordem social, como forma de seu domínio e explicação. Dessa forma, foi o berço da Revolução – que representou seu “estuário da torrente cultural do racionalismo” na esfera prática (SALGADO, 1996, pág. 291).

A Revolução ruiu o edifício aristocrático da organização política do *Ancien Régime* introduzindo no pensamento e na ação histórica a consciência da individualidade livre do homem, e abalando profundamente “a consciência europeia acostumada a uma ordem monárquica interna e tranquila de séculos” (SALGADO, 1996, págs. 314 e 315).

Somente a partir da Revolução Francesa “a liberdade numa sociedade política tem uma forma de organização que lhe é própria: a ordem jurídica constitucional, pela qual as leis organizam a liberdade do povo”, que “tornou possível que o homem conduzisse a sua própria vida e fizesse livremente a sua história, organizando racionalmente a vida por meio do direito racional”; sendo assim, a liberdade que buscava realizar, detinha duplo sentido: o direito subjetivo – a liberdade do sujeito, e o direito objetivo – a lei, e produzia a liberdade absoluta, com a qual o Espírito, antes alienado de si, retornava completamente para dentro de si, abandonando a terra da cultura e passando para a terra da consciência moral, contendo assim, em seu bojo, a semente do Estado ético de Hegel (SALGADO, 1996, págs. 306 e 311).

Abre-se agora parêntesis para falar sobre a invasão napoleônica à Prússia e a retomada do poder pelos alemães, que também exerceu grande influência sob a formação da ideia de Estado para Hegel.

Nos primeiros anos da invasão napoleônica à Prússia (1806-1808) Hegel expressou sua grande insatisfação “com as políticas governamentais e investigações legais estavam sendo realizadas pela elite ‘política e intelectual’ do seu país”³⁵. Para ele, tais investigações ainda não conseguiam compreender e expressar o verdadeiro sentido racional da moderna ideia de liberdade, posto que, viam “com desdém as lições políticas produzidas pelo processo revolucionário francês” e os “princípios jurídicos inovadores dos órgãos legais napoleônicos”, o que o levou a fundamentar a necessidade do imperador francês ser o jurista e o político responsável pela germinação e organização dos princípios da liberdade nas *instituições estatais alemãs*, com a finalidade de que o alcance dos princípios jurídicos de um Estado monárquico constitucional livre, organizado por uma ordem constitucional e jurídica – destinadas a evitar transformação do poder monárquico em despótico, fosse compreendido

³⁵ Tradução nossa de: “con las políticas gubernamentales y con las investigaciones jurídicas que estaban siendo llevadas a cabo por la élite “política e intelectual” de su país (Tinajeros Arce, 2010, págs. 27 e 28).

progressivamente (TINAJEROS ARCE, 2010, págs. 27 e 28).

A Alemanha foi “transformando-se profundamente com a invasão militar das tropas napoleônicas e com o surgimento de um movimento interno de resistência militar”³⁶, que recebeu ideias sólidas e inovadoras na política, na cultura, na economia e na sociedade. Essas ideias não faziam parte dos fundamentos do antigo regime estatal, todavia, já faziam “parte do cotidiano da esfera da sociedade civil burguesa alemã, especialmente no âmbito das relações econômicas, trabalhistas, industriais, comerciais, etc.”³⁷ e originaram um novo movimento político e militar, o movimento libertário dos reformadores prussianos, que foi liderado por Hardenberg, Stein, Scharnhorst, Humboldt, Altenne, Clausewitz, Gneisenau, Schuckmann (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 32).

Entre 1807 e 1815, os reformadores prussianos dividiram suas campanhas político-militares em duas frentes, nas quais, uma se destinava a libertar a Alemanha, através da via militar, da dominação francesa, e a outra, “objetivava produzir uma nova constituição política para o Estado alemão”³⁸ – baseada “essencialmente na realidade ética "costumes e hábitos" do povo alemão”³⁹, permitindo dessa maneira, que os valores culturais mais civilizados daquela cidade fossem reconhecidos em suas instituições estatais (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 32).

O imperador alemão convocou a frente militar dos reformadores prussianos para que fossem os comandantes militares do exército e se encarregassem da articulação da estratégia que viabilizariam a libertação alemã frente aos franceses, e planejassem as táticas para a retomada do controle da Prússia e do resto do império. Sua estratégia baseou-se no fortalecimento institucional do exército imperial, mediante a criação de um estado geral supremo, dotado de comando único, centralizado e extremamente disciplinado, que articularia institucionalmente os exércitos dos vários principados alemães (TINAJEROS ARCE, 2010).

Renovado, o exército imperial alemão foi comandado em campo pelos reformadores, que “estudaram detalhadamente cada um dos movimentos realizados nas batalhas com o inimigo”⁴⁰ – o que lhes possibilitou “a desejada reviravolta histórica para conseguir invadir

³⁶ Tradução nossa de: “fue transformándose profundamente con la invasión militar de las tropas napoleónicas y con el surgimiento de un movimiento interno de resistencia militar” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 32).

³⁷ Tradução nossa de: “parte del diario vivir de la esfera de la sociedad civil burguesa alemana, especialmente en el ámbito de las relaciones económicas, industriales, comerciales, laborales, etc” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 32).

³⁸ Tradução nossa de: “objetivaba producir una nueva constitución política para el estado alemán” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 32).

³⁹ Tradução nossa de: “esencialmente en la realidad ética “costumbres y hábitos” del pueblo alemán” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 32).

⁴⁰ Tradução nossa de: “estudiaban al detalle cada uno de los movimientos realizados en las batallas con el enemigo” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 33 e 34).

com suas tropas Paris (1814-1815)”⁴¹, organizaram e formaram os membros do exército imperial baixo com os ideais do patriotismo alemão – que diferentemente dos ideais patrióticos do socialismo nacional alemão, visava concretizar a ideia de liberdade, concebida no sentido de autonomia ou independência política do Estado e do povo alemão, assim como, “no sentido da autonomia individual ou liberdade individual dos cidadãos para decidir sobre o destino de suas vidas”⁴² (TINAJEROS ARCE, 2010, págs. 33 e 34).

A ideia de patriotismo defendida pelos reformadores, e também por Hegel⁴³, visava reforçar a disposição política de que os cidadãos de um Estado livre teriam de “dar vida às suas instituições políticas, isto através do cumprimento espontânea e natural das atividades ordinárias relacionadas à manutenção do Estado”⁴⁴, da mesma forma que, exigia dos cidadãos o cumprimento de uma prestação extraordinária baseada no sacrifício da defesa militar do Estado, a fim de preservar as liberdades civis e públicas, visto que a garantia das liberdades civis estava nas instituições de um Estado soberano (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 34).

Para Wilhelm von Humbolt, um dos reformadores, a ideia de patriotismo se manifestava “no livre desenvolvimento das individualidades dos seres humanos diante de um fenômeno tão natural e repetitivo na história da humanidade como ‘guerra’”; que para ele, ao testar o caráter de cada pessoa e as suas individualidades (habilidades, talentos, etc.) para gerar ou conservar a liberdade individual e substancial, produz oportunidades na formação moral dos indivíduos:

[la guerra] uno de los fenómenos más saludables para el cultivo de la naturaleza humana, pues su función es formativa, no destructiva, de la individualidad. De este modo, los individuos adquirirían una fortaleza de carácter (Gesinnung), un sentido de libertad y una moral más resistente en sus valores. En consecuencia, la guerra no es una expresión de falta de civilización, sino una forma vital de la misma⁴⁵.

⁴¹ Tradução nossa de: “el ansiado vuelco histórico al conseguir invadir con sus tropas París (1814- 1815)” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 33 e 34).

⁴² Tradução nossa de: “en el sentido de la autonomía singular o libertad individual de los ciudadanos para decidir sobre el destino de sus vidas” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 33 e 34).

⁴³ A ideia de Hegel de patriotismo, implantada em seu sentido político mais concreto- disposição de ânimo subjetivo em relação à política, faz um apelo fundamental para o sentimento de reconhecimento singular (individual) com o universal (substancial), tanto em relação aos benefícios objetivos que os cidadãos devem cumprir em relação ao Estado, como, nas sensações estritamente subjetivas experimentadas por cada um deles. Conforme, Tinajeros Arce, 2010, pág. 35.

⁴⁴ Tradução nossa de: “dar vida a sus instituciones políticas, esto mediante el cumplimiento espontaneo y natural de las actividades ordinarias relacionadas al mantenimiento del Estado” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 34).

⁴⁵ Wilhelm Von Humboldt “Os limites da ação do Estado”. Topbooks/Liberty Fund. Rio de Janeiro, p 154. *apud* Tinajeros Arce, 2010, pág. 36.

Segundo Tinajeros Arce, tais concepções de guerra e liberdade individual foram transmitidas aos soldados do exército imperial, para que assim, pudessem recuperar a confiança na vitória e “nos ideais patrióticos daquela antiga assembleia de guerreiros germânicos que lutavam por seu povo, pelos valores de sua cultura e essencialmente por sua liberdade e felicidade”⁴⁶ (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 36).

Em contrapartida, a frente aberta pelos reformadores que objetivava produzir uma nova constituição política para o Estado alemão “se encontrava direcionada à produção de mudanças substanciais para o Estado alemão, mediante a realização de um processo de modernização de acordo com o espírito da época”⁴⁷ (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 37).

No espírito da época as demandas sociais e políticas se manifestavam claramente: Direito de propriedade, unificação do regime tributário e abolição dos impostos feudais, reforma educacional, liberalização do comércio e da indústria, abolição da servidão, racionalidade administrativa, eleições orgânicas municipais e, uma nova constituição política monárquica-constitucional. No entanto, os reformadores queriam que as transformações das instituições e das leis alemãs iniciassem a partir do próprio Estado monárquico – e não de forma revolucionária e popular como fizeram os movimentos populares franceses, de modo que este, “se modernizasse e se adequasse à realidade vivida diariamente pela sociedade civil burguesa alemã, em razão das instituições feudais do antigo império alemão não mais refletirem os interesses modernos daquela população”⁴⁸ (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 37).

No que diz respeito ao direito de propriedade, este foi “introduzido na lei alemã pela influência doutrinária dos princípios do Código Francês e retomado na proposta constitucional dos reformadores Stein e Hardenberg, com o ‘Direito geral de propriedade sobre a terra’”⁴⁹ (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 38).

⁴⁶ Tradução nossa de: “en los ideales patrióticos de aquella antigua asamblea de guerreros germánicos que luchaban por su pueblo, por los valores de su cultura y esencialmente por su libertad y felicidad” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 36).

⁴⁷ Tradução nossa de: “se encontraba direccionado a la producción de cambios sustanciales para el Estado alemán, mediante el emprendimiento de un proceso de modernización acorde con el espíritu de ese tiempo” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 37).

⁴⁸ Tradução nossa de: “se modernizase y se adecuase con la realidad vivida diariamente por la sociedad civil burguesa alemana, en razón de que las instituciones feudales del viejo imperio alemán ya no reflejaban los intereses modernos de esa población” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 37).

⁴⁹ Tradução nossa de: “fue introducido en la legislación alemana por la influencia doctrinaria de los principios del Code francés y retomada en la propuesta constitucional de los reformadores Stein y Hardenberg, con el ‘Derecho general a la propiedad sobre la tierra’” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 38).

A unificação do regime tributário através da eliminação dos tributos regionais feudais dos principados pretendia evitar sobrecargas fiscais para os cidadãos, e assim, promover a liberdade econômica com a liberalização comercial, industrial e trabalhista – abolição da servidão.

Segundo Tinajeros Arce (2010, pág. 38), tais medidas,

Facilitariam o livre desenvolvimento individual e a liberdade contratual para desenvolver todos os tipos de empreendimentos, sejam eles de subsistência ou lucrativos, dependendo do indivíduo a decisão sobre o caminho que proporcionasse sua vida econômica, sem ser mais restringido por impostos de todos os tipos, especialmente do tipo arbitrário⁵⁰ (tradução nossa).

Na área educacional, os reformadores promoveram a livre pesquisa científica em universidades e escolas, para que os professores e as instituições “pudessem decidir sobre os conteúdos de estudo, sem estarem sujeitos a imposições ideológicas ordenadas pelo governo”⁵¹.

Para os reformadores, especialmente para Humboldt, a ideia de educação trazia “a concretização da dignidade humana e da autonomia individual, promovendo o livre desenvolvimento individual das próprias habilidades”⁵² (Tinajeros Arce, 2010, pág. 38):

[...] o ideal humboldtiano do homem ativo pressupõe, portanto, um indivíduo educado, treinado, capaz de decidir por si mesmo, exercendo a liberdade de escolha e não necessitando das muletas ou dos serviços estatais para determinar autonomamente seu comportamento⁵³ (tradução nossa).

Assim, na concepção de Humboldt, um indivíduo civilizado é aquele educado ou formado sob os princípios da liberdade, um ser autônomo, “capaz de decidir sobre os diferentes aspectos de sua vida, pois tem o poder de discernir e agir por conta própria sem a necessidade”⁵⁴ de outra pessoa para pensar ou agir por ele, ou, que alguém além dele

⁵⁰ Tradução nossa de: “facilitarían el libre desarrollo individual y la libertad contractual para desarrollar todo tipo de emprendimientos, sean estos de subsistencia como también de lucro, dependiendo del individuo la decisión sobre el camino que le proporcionase a su vida económica, sin hallarse más restringido por impuestos de todo tipo, en especial del tipo arbitrario” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 38).

⁵¹ Tradução nossa de: “pudiesen decidir sobre los contenidos de estudio, sin encontrarse sometidos a imposiciones ideológicas ordenadas desde el gobierno” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 38).

⁵² Tradução nossa de: “el concretizar la *dignidad humana* y la *autonomía individual*, mediante el fomento del libre desarrollo individual de las capacidades propias” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 38).

⁵³ Tradução nossa de: “[...] el ideal humboldtiano de hombre activo presupone, por lo tanto, a un individuo educado, formado, capaz de decidir por sí mismo, ejercitando la libertad de elección y no necesitando las *muletas* o los servicios estatales para determinar autónomamente sus conductas” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 38).

⁵⁴ Tradução nossa de: “capaz de decidir sobre los diferentes aspectos de su vida, pues él se encuentra facultado para discernir y actuar por sí mismo sin necesidad” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 38).

mesmo, possa proibi-lo de desenvolver sua individualidade – “que lhe permite decidir por si mesmo e, portanto, lhe torne um ser totalmente responsável por suas ações”⁵⁵ (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 38).

Apesar disso, os reformadores sabiam que um cidadão eximamente treinado nos princípios da liberdade não seria suficiente para tornar o Estado livre, tendo por isso, como um de seus principais objetivos em sua reforma, “a provisão de uma constituição moderna e racional ao Estado alemão”⁵⁶ – dotada “de uma racionalidade administrativa baseada no mérito profissional da burocracia para torná-lo eficiente e imparcial”⁵⁷. A reforma ainda visava “constitucionalizar a instituição da monarquia de modo que ela tivesse funções e limitações legais”⁵⁸, e não continuar à mercê de um poder soberano arbitrário, que poderia “ignorar os direitos dos cidadãos ou suprimir por capricho as outras instituições da monarquia reino”⁵⁹ (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 39).

Depreendemos com isso, que a constituição monárquica prussiana era uma forma de organização política com propósito de preservar e reformar a monarquia – principalmente em suas atribuições e funções, “enquadrando-a dentro de diretrizes constitucionais, legais e institucionais predeterminadas de maneira clara e concreta”⁶⁰, sobretudo no que se refere à sua relação com outros poderes do Estado – com os quais deveria trabalhar constitucionalmente de maneira coordenada e harmoniosa, não mais podendo, de forma despótica, como fez a monarquia feudal do direito divino, concentrar e suprimir os outros poderes do estado quando lhe convinha; assim, ela não era uma forma de organização política revolucionária como as constituições republicanas da França e dos Estados Unidos, pois, essas lutaram para desvencilhar-se da monarquia e não mantê-la ou reformá-la (TINAJEROS ARCE, 2010, pág. 39).

⁵⁵ Tradução nossa de: “le permite decidir por sí mismo y por tanto, le hace un ser plenamente responsable de sus acciones” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 38).

⁵⁶ Tradução nossa de: “el dotar de una constitución moderna y racional al Estado alemán” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 39).

⁵⁷ Tradução nossa de: “de una racionalidad administrativa basada en el mérito profesional de la burocracia para hacerla eficiente e imparcial” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 39).

⁵⁸ Tradução nossa de: “constitucionalizar la institución de la monarquía para que esta tuviese funciones y limitaciones legales” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 39).

⁵⁹ Tradução nossa de: “de pasar por alto los derechos de los ciudadanos o de suprimir por capricho a las otras instituciones del reino” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 39).

⁶⁰ Tradução nossa de: “enmarcándola dentro de lineamientos constitucionales, legales e institucionales predeterminados de forma clara y concreta” (Tinajeros Arce, 2010, pág. 39).

4.1 O fracasso da razão no terror da Revolução Francesa e a dissolução do Estado pela Ilustração

Como visto, a Ilustração propunha o avanço no campo das ciências de modo geral e sua inserção na ordem social, como forma de seu domínio e explicação. Entretanto, ao dissolver o mundo da fé no mundo efetivo da riqueza, fez-se valer um mundo integralmente inverso de suas ideias: embora abstratamente, concebesse como o justo a igualdade e a liberdade de todos, realizava no Estado, por meio de sua ordem política e jurídica, privilégios, que somados ao terror na fase final da Revolução Francesa demonstrou um aparente fracasso da razão (enquanto razão analítica) (SALGADO, 1996).

4.2 A crítica de Hegel ao Estado Liberal

Hegel repudia a ideia liberal do privilégio da sociedade civil e a ideia do caráter negativo do Estado, na sua compreensão de mero instrumento dos interesses privados ou de mal necessário. Para ele, a estrutura da ordem política e jurídica francesa de privilégios era injusta, chegando a declarar que “a riqueza extorquida ao suor do povo não foi empregada para os fins do Estado, mas esbanjada em algo sem sentido”⁶¹ (SALGADO, 1996, pág. 306).

Assegurar a instância do político como esfera racional para Hegel “constitui recurso teórico necessário à compreensão dos Estados modernos”, o que acaba por incluí-lo numa linha filosófica crítica da tendência liberal “de negação do político e a sua conseqüente instrumentalização social e econômica” – “bastante forte e envolvente no século XX” (RAMOS, 1995, págs. 115 e 116).

Para a constituição do Estado, Hegel defende os dois princípios que Schmitt empregava no conceito de democracia: “a identidade entre governantes e a erradicação da heterogeneidade”; no entanto, para ele, “a aplicação teórica e as conseqüências práticas destes conceitos” tem “um uso especulativo da noção de identidade e totalidade” (RAMOS, 1995, pág. 113).

O caráter da racionalidade ético-política do Estado – que define a sua modernidade a partir de Hobbes, significa para Hegel, propor a medida da universalidade ética pública e política à particularidade dos interesses privados da sociedade civil (RAMOS, 1995).

⁶¹ *Vorlesugen über dia Philosophie der Geschicht*, 12, p. 528, *apud* Salgado, 1996, pág. 306.

Para Hegel, a esfera da sociedade civil “caracteriza-se pela união formal de indivíduos que, pelo trabalho, buscam a satisfação das necessidades privadas”; sendo essa, o estado da necessidade e do entendimento – marcado pela liberdade subjetiva dos seus membros, e, estando regulada pelo direito privado e pelas leis do mundo é incapaz, por si só, de alcançar o status político e o interesse público. Aqui, o Estado surge, como um momento político necessário, se erigindo superiormente à sociedade civil, e gerando “uma universalidade que se distingue dos interesses privados da esfera social e econômica”. “Nesse sentido, a distinção e a relativa autonomia da sociedade civil diante do Estado não autoriza a primazia do econômico sobre o político” e do privado sobre o público (RAMOS, 1995, pág. 114).

Hegel valoriza o Estado compreendendo a sociedade civil como meio para a realização de um fim político superior, concebendo “a impossibilidade da vida humana sem sua destinação política”, na qual, “a potência universalizadora do Estado envolve pacífica e solidariamente os indivíduos”. O Estado é fim, e por isso, não pode ser objeto de limitação (RAMOS, 1995, pág. 115).

“O Estado hegeliano não ostenta uma unidade indiferenciada que regula de forma autoritária o agir dos indivíduos e a sua liberdade”, “não encobre a força autocrática que cerceia as liberdades fundamentais do cidadão, nem sustenta o olho invisível que controla a sociedade” – “impondo-lhe os rumos de acordo com a vontade do príncipe”, e muito menos, “fundamenta o intervencionismo que liquida com a livre iniciativa dos cidadãos” (RAMOS, 1995, pág. 115).

Hegel é a favor da intervenção do Estado, porém, apenas quando os mecanismos sociais de formação do indivíduo não conseguem minorar as contradições da sociedade – particularmente, a pauperização e o aprofundamento da desigualdade das riquezas, e revelam a necessidade de tal intervenção “para evitar a desagregação social e para coibir que o indivíduo sucumba na limitação econômico-social de sua existência e jamais alcance a plenitude de sua vida no Estado” como cidadão, já que, para ele, a liberdade subjetiva de ser proprietário e sujeito empreendedor inserida na sociedade civil “exige o afastamento do Estado, até mesmo para preservar o caráter de superioridade da instância política que o Estado representa e constitui” (RAMOS, 1995, pág. 115).

A ideia do poder do Estado como algo negativo e exterior- o qual inevitavelmente tende a se tornar abusivo se não for limitado, levada a cabo pelo liberalismo, é criticada por Hegel, visto que, para ele, o poder do Estado é algo positivo e imanente à vida política dos cidadãos, sendo decisivo para a sociabilidade (RAMOS, 1995).

Hegel recusa a instrumentalização do Estado em favor da sociedade, pois isso levaria o Estado à negação do político ou à sua neutralização e despolitização, e repudia, veementemente, a ideia liberal “do privilégio da sociedade civil ante o Estado” – que para ela, “surge apenas como mal necessário ou mero instrumento dos interesses privados”; ainda, crítica, em sua Filosofia do Direito, a pretensão da separação entre direito, ética e política (Direito abstrato, Moralidade e Eticidade), na qual, não só revela o encadeamento lógico dessas três esferas, como também, a sua intenção especulativa de ver no Estado moderno “a ex-posição e a realização efetiva da política” (RAMOS, 1995, pág. 116).

O liberalismo vinculava o político às liberdades individuais, fazendo, do ponto de vista institucional, prevalecer o direito como fim e a organização estatal política como meio; a inclinação do seu governo da lei como forma política de autoridade legítima, acaba por prevalecer sobre o político, e nega, assim, sua autonomia. Para ele, são pressupostos para o político a “racionalidade da norma e o caráter irreduzível da liberdade individual, a plausibilidade moral dos direitos individuais” – “associada ao consenso dos homens sobre a conveniência da paz e sobre o valor dos acordos como ideia ética reguladora da sociabilidade”, que acaba desqualificando-o “diante da ‘racionalidade’ da lei, da positividade do direito e da legalidade dos procedimentos”; a “norma e o ordenamento jurídico, embora provenientes da vontade do legislador, tornam-se auto-suficientes, dotados de uma fundamentação para além da política” (RAMOS, 1995, pág. 116).

Por isso, segundo Ramos, “a Filosofia política de Hegel se coloca também, de algum modo, para além do político, na medida em que a sua possível autonomia se dissolve na racionalidade do Estado moderno e, por ele, se normatiza”. Desta forma, Hegel rejeita apenas o normativismo “do entendimento abstrato que separa a norma, a lei, o direito de sua fundamentação racional (a ‘política’ do Estado)”, e não todo o normativismo. “A universalidade deve se exprimir na norma e não na particularidade”. “Assim, a política de Hegel, por força da lógica universalizante da razão, volta-se para a universalidade da norma, e não para a presença existencial da decisão” (RAMOS, 1995, pág. 116).

Portanto, a crítica de Hegel ao liberalismo é “a crítica à negação do político e à instrumentalização do Estado: a hipótese de que a sociedade deve, ela mesma, encontrar formas de auto-regulação econômica e política excluindo como objetivo final o Estado” (RAMOS, 1995, pág. 116).

4.3 O Estado Liberal e sua transformação em racional e ético através do valor trabalho

O impasse do século XIX e do início do século XX, era tornar concreto o Estado de Direito construído no entorno da ideia de liberdade, de forma que garantisse real liberdade aos homens, pois, apesar de no momento pós-revolucionário a consciência histórica expressar-se na certeza de que todos são livres e iguais, como elucidado anteriormente, o Estado era instrumentalizado em favor da sociedade e realizava, por meio de sua ordem política e jurídica, privilégios. Assim, surge como produto de grande efervescência de ideias – na maioria das vezes “contraditórias [...], mas sempre girando no entorno da noção de *igualdade*”, o Estado Social (Horta, 2011, pág. 127).

Diante de tal realidade, Hegel traz em sua ideia de justiça – “cujo elemento central é sempre a liberdade”, um dado novo a incorporar os valores supremos de liberdade e igualdade: o valor trabalho, considerado o “processo pelo qual o homem se torna livre”, cuja irrupção no plano jusfilosófico resultou notáveis transformações nos valores liberdade e igualdade. A liberdade e a igualdade como valores que constituem a ideia de justiça jusfilosófica germânica, já estava em Kant, no entanto, Hegel traz através da perspectiva dialética o tratamento do “valor trabalho e a forma com que a liberdade, o trabalho e a igualdade vão ser tratados” (SALGADO *apud* HORTA, 2011, págs. 127 e 128).

Em Hegel, a sociedade civil tem tudo o que se requer para descrever o Estado liberal, contudo, embora liberal, o Estado ainda não é ético, fazendo com que Hegel traga ao conceito de sociedade civil o trabalho livre, simultaneamente, como fonte de organização jurídica e econômica dessa (sociedade). O trabalho, “que vincula espiritualmente o homem e o mundo, aparece como um momento ou uma manifestação da consciência” (HORTA, 2011, pág. 128), sendo “o processo de formação do homem e de transformação da natureza”.

Desta maneira, o trabalho em Hegel é libertador: “Ao mesmo tempo em que é forma de atendimento das necessidades do Homem, é forma de humanização da natureza e libertação do homem das suas determinações externas” (ABBAGNANA e SALGADO *apud* HORTA, 2011, pág. 128).

No Estado liberal, a sociedade civil é vista como uma multidão de indivíduos ligados externamente pelo laço do direito privado e pela exigência da satisfação das suas necessidades individuais, o que traz à tona a crítica de Hegel, “com o parâmetro da ideia de Estado de Platão⁶²”, à essa sociedade, pois é a sociedade que “dá a substancialidade ética do Estado ou

⁶² Para Platão a ideia do bem abstrato é fundamento do Estado. Para Hegel, “o bem em que o Estado se fundamenta é a ideia de liberdade”, não em forma abstrata, mas na sua concretude, “como bem vivente, razão

do Estado concebido como universalidade”.

“O Estado no momento da sociedade civil é o Estado do entendimento”, no qual as “particularidades se fixam umas ao lado das outras”, de modo que o Estado – “aparelho administrador dessas particularidades, é algo particular, um aparelho separado da sociedade e dos indivíduos que a compõem” (SALGADO, 1996, pág. 373).

Salgado (1996, pág. 382), leciona que:

No comando do texto de Hegel sobre a sociedade civil está a ideia de justiça social, cujo direito primeiro é o direito ao trabalho que, por sua vez, na sociedade moderna traz consigo o direito de formar-se espiritualmente pela educação e conservar-se fisicamente pela saúde”.

Pois, só assim, “ocorre a efetividade do Estado como interesse da totalidade e do particular, como bem comum na velha tradição tomista, que é o bem de todos na medida em que é o bem de cada um”. “O Estado hegeliano tem a dimensão comum de toda crítica ao Estado liberal individualista, a ideia da “solidariedade dos membros de uma comunidade política”. Assim, a Filosofia do Direito de Hegel é a condensação teórica do seu tempo e “uma antecipação do futuro” (ILNG, K. H., *La Forme Logique et Systématique de la Philosophie du Droit*”, in: *Hegel et la Philosophie du Droit*, p. 49, *apud* SALGADO, 1996, pág. 382).

É no âmbito da dualidade da sociedade civil, que, por si mesma, “não pode realizar a unidade dos indivíduos senão analiticamente, num aglomerado de pontos iguais formalmente”, mas, que no jogo dos interesses diversos torna os indivíduos desiguais⁶³ – se igualando formalmente “apenas na dependência das classes uma da outra”, que Hegel propõe a solução de um Estado ético – “em que os princípios do que ele denomina Moralidade” – “na qual prevalece a ideia de liberdade individual”, e o “sistema mecânico de necessidades” – “em que o indivíduo se satisfaz na produção para o outro” pelo trabalho, sob a lei abstrata que os rege, “encontrem a sua unidade numa forma de organização livre” – “numa ordem conjugada dialeticamente com a liberdade, em que a lei é a objetivação da liberdade e a liberdade individual, realização da lei no sujeito de direitos universalmente reconhecidos” (SALGADO, 1996, págs. 382, 383 e 384).

existente, realizando-se pelo agir da vontade (PhR, 7, §142) subjetiva, base do Estado racional ou ético” (Salgado, 1996, págs. 373 e 374).

⁶³ Segundo Salgado (1996), essa “desigualdade é sustentada no próprio sistema das necessidades e garantida por uma ordem jurídica externa à sociedade que se lhe sobrepõe como o leviatã, ou cuja função é diretamente a manutenção dessa precária ordem de interesses diversos e mesmo antagônicos” (págs. 382 e 383).

Esse é o principal problema que Hegel enfrenta na “restauração da unidade ética da *pólis* antiga [...] perdida na fragmentação social do mundo moderno”. Problema que, de acordo com Lima Vaz *apud* Salgado (1996), ainda nos desafia na sociedade contemporânea, “formulado na ‘busca’ e no ‘encontro de um novo fundamento universal para a ordem da liberdade e que torna Hegel “um interlocutor válido”” (LIMA VAZ *apud* SALGADO, 1996, págs. 384 e 385).

O trabalho livre do indivíduo-conceito central da sociedade civil, é o que caracteriza a sociedade civil, e com isso sua atomização, “na medida em que cada um produz a sua subsistência e satisfação das suas necessidades ao mesmo tempo que produz a de todos” (LIMA VAZ *apud* SALGADO, 1996). Contudo, essa racionalidade débil não é para si, e se “desenvolve num sistema de necessidades mecânicas, do entendimento, campo próprio da ciência econômica” (ROSENFELD *apud* SALGADO, 1996, pág. 385).

Nessa forma de “organização” mecânica da sociedade encontra-se “a liberdade individual e a afirmação da consciência individual de ser o seu próprio fim e fim da sociedade”, ou, a natureza individual (SALGADO, 1996, págs. 385).

A sociedade civil mostra nas suas contradições a sua própria negação, e suscita uma unidade orgânica na qual se realize a liberdade dos indivíduos no Estado racional -“orgânico” e não liberal-atomístico, “livre” e não autocrático. “Assim, todo o movimento da Filosofia do Direito alcança o seu escopo e a liberdade aparece como ideia ou Estado racional, no qual a ordem” – a substância, e a liberdade – o sujeito, “se mediatizam numa unidade dialética” (SALGADO, 1996, págs. 386).

Dessa forma, ensina Salgado (1996, pág. 387), que a Filosofia do Direito,

Cumprir uma dialética que vai da pessoa no direito abstrato e do sujeito na moralidade, pelo indivíduo que trabalha na sociedade civil e termina na sociedade política como realização da liberdade subjetiva do indivíduo e da liberdade objetiva na sociedade (na forma das suas instituições e normas) ou liberdade concreta no Estado.

Sendo, então, “uma organização de poder em que as formas objetivas da liberdade” – as normas e instituições – “se encontram e se realizam com a liberdade subjetiva” (SALGADO, 1996, pág. 387).

Hegel, trata da justiça na Filosofia do Direito, percebendo-a “como a ideia pela qual uma sociedade do trabalho se estrutura em termos de igualdade” para, na sua própria concepção, “realizar a liberdade na forma do Estado”. Dessa forma, “ao lado da igualdade em liberdade propugnada pela Revolução”, o trabalho assume em Hegel, uma posição, até então,

não pronunciada no pensamento ocidental (SALGADO, 1996, págs. 374 e 388).

Professa WEIL *apud* Salgado (2010, pág. 375), que

Por meio do trabalho, o homem não só se faz livre como consciência dessa liberdade mas também se liberta da determinação da natureza, criando a sua própria natureza, a cultura, pela qual o homem não depende mais da necessidade natural, mas do seu próprio arbítrio.

Diante de todo o exposto, Hegel apresenta-se como precursor e fundador jusfilosófico do Estado Social, já que o século XIX, “com sua profusão de ideologias, seria solo fértil para o vicejar de novas concepções, via de regra [...] igualitárias” (HORTA, 2011, pág. 128).

4.4 A Lógica hegeliana supera o conceito de Estado e propõe um novo Estado

No que diz respeito à investigação do conceito do Estado, o “conceito clássico” criado por Rousseau – a apreensão da vontade apenas na forma de vontade singular e a vontade universal não enquanto o racional da vontade em si e para si, mas apenas enquanto coletivo, que provém dessa enquanto consciente, e torna a união dos singulares no Estado um contrato de proteção e garantia da vida e da propriedade dos indivíduos enquanto singulares –, foi superado pela Lógica hegeliana, posto que, através dela, o Estado foi percebido como unidade concreta da vontade da comunidade – onde toda a particularidade e universalidade estão dissolvidas e mantidas e legitimado como/enquanto ideia do todo (HEGEL, 2010).

Em Hegel, o Estado surge como a suprassunção (*Aufheben*) dialética dos momentos direito abstrato, moralidade e eticidade⁶⁴. O desenvolvimento da eticidade imediata “mediante a cisão da sociedade civil-burguesa⁶⁵ até o Estado” é a “*demonstração científica* do conceito de Estado”, um vez que este (o Estado) é o resultado e o fundamento verdadeiro de todo o processo racional, que suprassume a *mediação* e o aparecer igualmente para a *imediatez* dos momentos (HEGEL, 2010, págs. 228 e 229).

De acordo com Salgado (1996, pág. 293-294), o Estado de Hegel busca

A sua base nas ideias da Ilustração na medida em que o universal por ele representado não é uma unidade orgânica análoga à do organismo vivo, mas um universal organizado em que o cidadão não é mera peça submetida à determinação

⁶⁴ Que se desdobra na família, na sociedade civil, nas instituições e na corporação.

⁶⁵ A tradução da Filosofia do Direito de Hegel utilizada usa a expressão “sociedade civil-burguesa”, no entanto, no intuito de amenizar a possibilidade de interpretações errôneas- como denominação/classificação crítica ou derivadas do significado de tal expressão para Hegel, utilizarei em substituição a sociedade civil-burguesa a expressão sociedade civil.

da unidade individual do todo, mas a um só tempo parte e sujeito desses todo, particular enquanto não pode existir sem o todo, e universal como autônomo sujeito dessa organização ética, o Estado.

Assim, diversamente do resultado do romantismo – no qual o Estado aparece como unidade orgânica onde o indivíduo se consome, “o Estado, como vertente natural do classicismo e da Ilustração, é o elemento de vida autônoma do indivíduo na medida em que esse indivíduo atua como cidadão” (SALGADO, 1996, pág. 294).

É fato que o romantismo contribuiu para a formação do pensamento político filosófico de Hegel, porém, essa contribuição se restringe ao conceito de totalidade orgânica ou totalidade cujas partes não se unem por justaposição, que em Hegel se torna dialética: “a parte de tal forma integra-se no todo, que traz em si a própria universalidade do todo” (SALGADO, 1996, págs. 294 e 295).

Salgado (1996, pág. 294) explica que, a

Visão do todo orgânico que consome a individualidade oposta pelo romantismo ao todo racional da Ilustração tem como resultado na esfera do prático a concepção organicista do Estado, em que os indivíduos aparecem como órgãos de tal forma vinculados ao todo que não podem afirmar a sua autonomia.

Os elementos da concepção do Estado no seu tempo – a “universalidade abstrata do racionalismo da Ilustração, oposta à universalidade orgânica do romantismo, razão oposta à vida”, e a “individualidade autônoma da Ilustração oposta à individualidade que se consome no uno do Romantismo” –, estavam, como leciona Salgado, prontos para “a articulação geral da Filosofia do Direito: a Universalidade abstrata e a individualidade autônoma da Ilustração e a organicidade romântica”, no entanto, como esses elementos tornaria possível a inteligência radical do Estado? Em busca da resposta dessa indagação Hegel “retoma a tradição política grega e a integra no movimento vibrante da razão no tempo da Revolução”, que somada ao direito racional, forma a díade convergente de seu pensamento político (SALGADO, 1996, págs. 296 e 300).

Portanto, a compreensão da filosofia de Hegel supõe “dois acontecimentos culturais importantes que se desenvolveram na Europa e que foram por ele vividos”: o racionalismo da Ilustração – inaugurado por Descartes e Galileu–, e o romantismo – que como fenômeno cultural, “dominou pelo menos a literatura alemã a partir de Goethe” (ILTING, Hegel Diverso, pág. 55ss, *apud* SALGADO, 1996, pág. 296).

A Ilustração (*Aufklärung*) apareceu como formação – preocupação em elevar o homem da sua incapacidade à maioria, como expressou Kant em *Was ist Aufklärung?*, na

Alemanha. Tal preocupação vinha do fato da Alemanha ter como primeira tarefa a formação de um Estado moderno, sendo esse conceito de formação- cultura (*Bildung*), que “dá a tônica da primeira e uma das principais obras de Hegel, a *Fenomenologia do Espírito*”. O modelo da Ilustração alemã é “fenomenologia da cultura (*Geist*, o mundo da cultura), o processo de formação da consciência” – “pelo qual ela se desenvolve de estágios mais rudimentares de conhecimento dos objetos até chegar à forma da razão, em que ela sabe que o conhecimento de si é o conhecimento da realidade interiorizada” (SALGADO, 1996, págs. 300 e 301).

Se de um lado Hegel “desenvolve a noção de cultura (formação) e a incorpora no seu próprio método de filosofar”, por outro, faz severas críticas à Ilustração racionalista francesa (bem como ao empirismo inglês). A razão não poderia “ser concebida apenas como razão matemática, cartesiana, instrumental, ou razão da ciência da natureza de Galileu”, pois é uma “razão abstrata, faculdade separada dos objetos, que procura explicá-los analiticamente”, não podendo ser o instrumento adequado ao pensar filosófico. “Como razão abstrata, não pode pensar o absoluto sem contradição”, visto que separada dele, não seria “o próprio movimento interno do objeto, do absoluto, mas algo a ele externo”, assim, não podendo pensar o absoluto, tal razão só pode conhecer, como demonstra Galileu, “se se volta para a experiência sensível”. A partir desse dualismo surge o problema filosófico decisivo do idealismo alemão, que Hegel pretendeu resolver: é possível um conhecimento do absoluto? Sendo, justamente, a Revolução que oferece os elementos para pensar esse absoluto na história (SALGADO, 1996, págs. 300 e 301).

Com isso, Hegel desenvolve uma teoria realista e integral da Revolução, onde “estabelecidas as condições reais da desigualdade pelos privilégios”, faz-se necessário que, por meio dos intelectuais, o povo tenha consciência de tal injustiça, e se forme, no plano teórico, um conjunto de ideias que se oponham à essa realidade e que ao mesmo tempo seja um projeto para sua mudança (SALGADO, 1996, págs. 306 e 307).

Esse momento da ação revolucionária como execução da ideia de vontade livre absoluta- liberdade absoluta preconizada pela Revolução, expressou-se no mundo intelectual à época através de Kant. Hegel observa que essa vontade que fundamenta a Revolução e dá ao mesmo tempo a fundamentação da nova ordem por ela reivindicada, estabelece o princípio sobre o qual se assentam os direitos – cujo reconhecimento é reivindicado universalmente, “simplesmente porque o homem é homem, independentemente das diferenças de raça, religião, posição, etc., suportes da edificação da ordem jurídica injusta (desigual) que a Revolução desfez” (SALGADO, 1996, pág. 310).

A vontade livre de Kant possibilita o estabelecimento de novos fins para o Estado “com a supressão dos privilégios: o direito de liberdade e, com ele, a igualdade de todos perante a Lei” (SALGADO, 1996, pág. 310). A liberdade e a igualdade passam a complementar-se como direitos básicos – “com que se realiza a humanidade dos indivíduos, pois a igualdade se obtém pela comparação de méritos”; como esses indivíduos têm a liberdade como principal determinação, “há uma conexão íntima entre liberdade e igualdade” (HEGEL, *Philosophie der Geschichte*, 12, p. 525-26. *apud* SALGADO, 1996, pág. 294).

Dado que a história do Estado se inicia no plano do Espírito, Hegel começa o estudo do mesmo a partir do Espírito imediato, que corresponde à Cidade-Estado grega – onde se dá a primeira manifestação do Espírito como mundo ético, a harmonia da consciência de si e da substância, que manifesta a sua essência em sua organização política e, onde se realiza “a unidade do eu no nós de modo imediato”, percorrendo a “Idade Média para, finalmente, estudá-lo na forma do Estado que se desenvolve por força e a partir da Revolução Francesa, o Estado de Napoleão e, para ele, o da Alemanha do seu tempo” ” (HYPPOLITE, *Génesis et Structure*, p.316 *apud* SALGADO, 1996, pág. 276).

Para Hegel, o Estado é o momento de maior realização do Espírito no mundo objetivo – que “por meio da experiência da consciência, passou da natureza para a história, que traz na sua interioridade a própria natureza superada na experiência da consciência”. “Uma vez que a história é o seu objeto e é ao mesmo tempo sua obra ou a consciência [...] na forma da razão objetivada”, é nela que “se dará a forma mais racional da expressão objetiva do Espírito”: o Estado (SALGADO, 1996, pág. 276).

Leciona Salgado que o “fato de Hegel iniciar a reflexão sobre a história na sua forma de organização política a partir da *polis* tem significado cultural e metodológico”, pois foi a cultura ocidental que tornou possível a forma filosófica de conhecer a realidade na esfera do pensar – ou seja, além dos esquemas das representações religiosas, “em virtude do qual o “objeto não mais se move em representações ou figuras, mas em conceitos, isto é, num ser-em-si [*Ansichesein*] diferente, mas que não é, para a consciência, diferente dela mesma” (HEGEL, *Phenomenologie des Geistes*, Hambur: F. Meiner (PHB) 1952, p. 156. *apud* SALGADO, 1996, págs. 276 e 277).

Nenhuma forma de vida política anterior, ou fora do Ocidente, além do mundo greco-romano, conseguiu organizar-se na forma harmoniosa do conceito; para Hegel, ele é “o começo próprio da História do Espírito e o fim que o seu esforço e trabalho alcançou no longo período da sua pré-história, que constitui o tempo anterior ao nascimento da civilização ocidental”, sendo que, apenas “a partir daí pode-se falar numa continuidade histórica dentro

das diferenças que ela produz e de uma unidade do Espírito”. A vida do Espírito é toda a vida da cultura ocidental, “uma unidade idêntica a si mesma e que se desenvolve a partir do seu interior, pondo as suas próprias diferenças”. Assim, “o mundo ético antigo é já o Espírito na sua totalidade e unidade, preparado para a inflexão do conhecer de si mesmo, pondo-se como seu próprio objeto na história do Ocidente” (SALGADO, 1996, pág. 277).

De acordo com Salgado (1996, pág. 277), a Fenomenologia

desenvolve a passagem do Espírito imediato na totalidade harmônica da vida ética antiga, introduzindo nela a divisão pela afirmação da individualidade livre ou sujeito, para chegar à sua plena efetividade como universalidade e singularidade, numa comunidade ética, na qual o indivíduo se insere, afirmando-se como a própria universalidade, ou seja, como sujeito livre.

“Essa comunidade constituída da totalidade de sujeitos livres” – “que afirmam a sua independência na dependência do todo, é o Estado que a experiência do Espírito, de si mesmo, descobre”. Portanto, o conceito de Estado só é encontrado na história do Ocidente a partir da descoberta da razão pelos gregos- primeiro na sua identidade na *polis*, e depois, como dilaceração da eticidade a partir do Império romano, pela alienação (SALGADO, 1996, págs. 277 e 278).

Na Fenomenologia o Estado é “a instituição no seu momento avançado de harmônica totalidade ética, já tendo superado as formas primitivas que ainda vigoravam no Oriente, após ter-se libertado o homem da sua vontade natural e imediata pela negação do estado natural sem liberdade”. Assim, é a “forma de realização da vida ética de um povo, pela qual a ideia se desenvolve como Espírito” – na sua verdade, é a essência ética efetiva ou mundo ético vivo (SALGADO, 1996, pág. 278).

A dialética do desenvolvimento da ideia de Estado é indicada por Hegel da seguinte forma:

O Espírito é a vida ética de um povo, na medida em que é a verdade imediata, o indivíduo que é um mundo. Ele tem de progredir até a consciência do que é imediatamente, superar a bela vida ética e, por meio de uma série de figuras, alcançar o saber de si mesmo. Estas, porém, diferenciam-se das anteriores por serem os espíritos reais, verdadeiras realidades efetivas e, em vez de figuras apenas da consciência, figuras de um mundo” (HEGEL, *Philosophie der Geschichte*, 3, p. 326. *apud* SALGADO, 1996, pág. 278).

Em sua Filosofia do Direito, Hegel expõe o Estado na sua ideia, “não se referindo a um Estado particular da realidade histórica [...] mas o Estado na necessidade do seu conceito, que não é algo abstrato, mas a própria necessidade lógica realizando-se na história”: o Estado

ético (SALGADO, 1996, págs. 402 e 403).

Para Hegel, o Estado tem sua existência imediata no costume e sua existência mediada na autoconsciência do singular, no saber e na atividade do mesmo – assim como essa, por meio da disposição de espírito no Estado tem sua liberdade substancial, “como sua essência, seu fim e seu produto de sua atividade” (HEGEL, 2010, pág. 229).

Em geral, o Estado é na efetividade o primeiro, onde, em seu interior, a família desenvolve-se em direção à sociedade civil que é a ideia do Estado. No entanto, apesar de sua proximidade, o Estado não pode ser confundido com a sociedade civil, pois assim a sua determinação seria posta erroneamente na segurança e na proteção da propriedade e da liberdade pessoal, colocando o interesse dos singulares enquanto tais como seu fim último – pelo qual estariam unidos, enquanto na verdade a união dos indivíduos no Estado tem como propósito levar uma vida universal, onde sua singularidade e seus interesses particulares se realizam enquanto interesse universal (HEGEL, 2010).

“O Estado é a efetividade da ideia ética”⁶⁶ e é no desenvolvimento da sociedade civil que a substância ética adquire sua forma infinita, que contém dentro de si os momentos da “*diferenciação* infinita até o ser-dentro-de-si sendo-para-si da autoconsciência” e o da forma da universalidade – que está na cultura, o da forma do pensamento, pelo qual o espírito é objetivo e efetivo para si nas leis e nas instituições, em sua vontade pensada, enquanto totalidade orgânica. É também, o racional em si e para si – que ele tem na *autoconsciência* particular elevada à sua universalidade; “essa unidade substancial é um auto fim imóvel absoluto, em que a liberdade chega a seu direito supremo” (HEGEL, 2010, págs. 228, 229, e 234).

Em geral, a racionalidade, considerada abstratamente, consiste na unidade em que se compenetraram a universalidade e a singularidade, onde, concretamente, segundo o conteúdo, consiste na unidade da liberdade objetiva – ou seja, da vontade substancial universal e da liberdade subjetiva, “enquanto saber individual e da vontade buscando seus fins particulares” –, e por causa disso, segundo a forma, “essa ideia é o ser em si e para si eterno e necessário do espírito”, “num agir determinando-se segundo leis e princípios *pensados*”, ou seja, universais (HEGEL, 2010, pág. 234).

Em Hegel, o Estado é um todo orgânico de natureza ética, no qual todas as articulações são necessárias, como num organismo – resultando de um processo de formação interno a ele mesmo, onde “cada parte é o todo e o todo cada parte” –; sua ideia tem uma

⁶⁶ “O espírito ético enquanto vontade substancial *manifesta*, nítida a si mesma, que se pensa e se sabe e realiza o que sabe e na medida em que sabe” (Hegel, 2010, pág. 229).

efetividade imediata – o Estado individual enquanto organismo que está em relação consigo: constituição ou direito estatal interno, que passa à relação do Estado singular com outros Estados: direito estatal externo, sendo “ideia universal enquanto gênero e potência absoluta, contra os Estados individuais, o espírito em que se dá sua efetividade no processo da *história mundial*” (BOBBIO, 2001, pág. 149; HEGEL, 2010, pág.234; SALGADO, 1996, pág.402).

Na família e na sociedade civil desdobra-se a individualidade, que encontra sua universalidade nas instituições e na corporação. Essas instituições, que conformam a constituição são a racionalidade plena, desdobrada e realizada. “A constituição significa o constituir-se do Estado, ou seja, o realizar-se do espírito objetivo que é o Estado” (DRI, 2010, pág. 237).

Para Hegel um Estado moderno é constituído por três poderes que relacionam entre si dialeticamente: o poder de definir e de estabelecer o universal – poder legislativo–, “a subsunção das esferas *particulares* e dos casos singulares sob o universal” – poder governamental–, e, a subjetividade como decisão suprema da vontade – poder do príncipe–, no qual se reúnem os poderes distintos numa unidade individual, que é o ápice e o começo do todo, a monarquia constitucional (HEGEL, 2010, pág. 255 e ss.).

O pensamento de Hegel acerca dos poderes do Estado partiu das concepções constitucionais de Montesquieu para a formação da ideia de estado moderno, quais sejam, a cisão do poder público em vários poderes e a criação de uma constituição política com forma estabelecida de poder. No entanto, encontrou nas ideias de Montesquieu incongruências e barreiras conceituais, o que fez com que, em muitas vezes, retificasse de modo lógico e político os pensamentos do autor (TINAJEROS ARCE, 2010).

Visto que, o princípio da divisão de poderes tornou-se o principal fundamento que diferenciava as concepções do Estado moderno das do Estado feudal/antigo, chegaria o momento no qual Hegel trataria desse e de suas consequências. Assim, os estudos sobre as teorias da Divisão dos poderes do Estado e Das formas de governos começaram a ser provocados por Hegel no início do subtítulo “Constituição interna para si” de sua Filosofia do Direito, no qual usa de sua própria estrutura lógica especulativa para implantar a ideia hegeliana de Estado (TINAJEROS ARCE, 2010).

Ao explicar o sentido racional das determinações internas presentes em sua concepção de Estado, Hegel usou das determinações conceituais mais relevantes das teorias do direito constitucional da época: a Divisão dos poderes do Estado, onde destaca-se a desconcentração do poder público em razão da ideia de Estado livre, evidenciada nas filosofias políticas de Montesquieu e em *O Federalista* – que foram posteriormente modificadas racionalmente por

Hegel, e o sistema de freios e contrapesos⁶⁷. Porém, apenas nas determinações racionais de Hegel é que se tornaram evidentes as limitações racionais dos conceitos do entendimento usados por Montesquieu (TINAJEROS ARCE, 2010).

Para Hegel, a Divisão dos Poderes abrange o momento essencial da diferença que faz referência aos momentos internos do conceito do Estado livre, que são distintos dentro da unidade ideal, como se cada momento fosse uma própria unidade ou totalidade com uma existência autônoma uma da outra, assim, na teoria da diferenciação constitucional dos poderes do Estado – dividido em poder legislativo, poder governativo e poder monárquico, cada poder é visto como uma totalidade. Lado outro, as teorias constitucionais levantadas pela lógica do entendimento abstrato, tem na divisão dos poderes do Estado uma visão de distribuição do poder público nas instituições absolutamente independentes entre si (TINAJEROS ARCE, 2010).

A determinação fundamental da concepção de Estado político de Hegel se distingue da Montesquieu pelo fato que a ideia hegeliana é uma unidade substancial, um todo que possui em sua idealidade seus momentos internos, tendo na realização das atividades de seus momentos internos a efetivação de assuntos funcionais como resolvidos em sua substancialidade, efetivados em um contexto racional. A concepção hegeliana possui em sua interioridade reflexiva seus momentos internos conservados em forma de membros orgânicos, que compõem no todo ideal do poder do Estado, enquanto a concepção montesquiana, tem na realização mecânica de suas partes independentes a efetivação particular, ou seja, a realização das práticas funcionais se limitando ao particular de cada um dos poderes estatais (TINAJEROS ARCE, 2010).

Pela ótica de Hegel, os poderes devem ser diferenciados mantendo entre si uma relação harmoniosa, complementando-se de modo que formem um todo, diferentemente de Montesquieu, onde apresentam uma autonomia que os impede de complementar-se. Cada uma dessas instituições são órgãos imprescindíveis presentes em todo o corpo político por meio da consecução de funções individuais como momento do todo orgânico e atribuições gerais como totalidade mediata e concreta do todo orgânico. Desta feita, quando os poderes são desmembrados em existências particulares como faz Montesquieu, a ideia de um todo orgânico do Estado acaba em diversos todos autônomos e externos entre si. De outro modo, o equilíbrio se faz dispensável quando não mais existem as ligações funcionais entre poderes, eis que não mais possuem pontos de referência, inexistindo idealidade que os identifiquem

⁶⁷ Tais doutrinas estão contidas nos princípios jurídicos das constituições dos Estados civilizados contemporâneos.

como um todo (TINAJEROS ARCE, 2010).

Deduz-se assim, que a concepção de idealidade hegeliana é um conceito genérico e extensivo, que na figura da *constituição interna para si* considera a forma do conceito Estado, na qual compreende sua totalidade ou idealidade nos três momentos internos, seus poderes, que estão diferenciados na unidade totalizadora a fim de gerar o cotidiano orgânico e efetivo do poder estatal (TINAJEROS ARCE, 2010).

Embora Hegel tenha colhido em Montesquieu a doutrina da divisão dos poderes, os poderes compreendidos pela sua constituição não correspondem perfeitamente àqueles examinados por Montesquieu. Para ele a potestade do Estado se dividia em poder do príncipe, poder governativo e poder legislativo.

Bobbio leciona que, o poder judiciário “não aparece nessa partição porque é interpretado por Hegel não como genuíno poder constitucional, mas como atividade administrativa diretamente funcional, na ordem civil, mais do que na política”. Diante disso, a administração da justiça é colocada por Hegel no nível da "sociedade civil" (BOBBIO, 2001, págs. 160 e 161).

A figura do monarca manifesta o modelo hegeliano a unidade pura e simples do Estado, enquanto essa unidade- para não ser exclusivamente alegórica, deve se concretizar na vontade de uma única pessoa física. Ele representa o momento da decisão e da resolução a respeito de todas as coisas – o momento da pura vontade sem nenhum acréscimo; assim, é nele que “todos os negócios e poderes particulares do Estado encontram sua unidade definitiva” (BOBBIO, 2001, págs. 160 e 161).

Ao poder governativo corresponde a subsunção do universal das leis estabelecidas pelo dever legislativo aos casos particulares, implicando com isso, que os poderes judicial e policial estejam sob sua dependência; é a tarefa dos funcionários do Estado, que são denominados por Hegel como classe universal. É importante salientar que para compor a classe universal o indivíduo deverá, impreterivelmente, provar sua capacidade para cumprir as funções políticas através de uma prova, o que garante “a todo cidadão a possibilidade de se dedicar à classe universal” (DRI, 2006, pág. 240).

O poder legislativo institui o universal em seu primeiro momento- o universal abstrato, as leis, as que supõem a constituição. Para Hegel, por parte dos legisladores – os quais contribuem ao desenvolvimento da constituição mediante o aperfeiçoamento das leis–, a constituição está fora de toda determinação. No entanto, participa desse os outros dois momentos do conceito do Estado, o monárquico, “ao qual pertence a decisão suprema, e o governativo, ao qual se deve consultar para o conhecimento das particularidades sobre as que

se deve legislar”, e o elemento estamental (DRI, 2006, págs. 240 e 241).

Dri (2006, pág. 241) chama atenção quanto à acentuação de Hegel ao que se refere à participação dos outros poderes no poder legislativo, quando isso é todo evidente, já que se trata de uma totalidade ética, declarando que:

Não podemos senão pensar que constitui uma chamada de atenção sobre certas tendências estamentais a colocarem seus direitos por cima do direito universal do Estado, como pode ser visto na análise sobre “o desmascaramento completo da anterior oligarquia estamentária de Berna” de 1789 e o “exame crítico das atas da assembléia de estamentos do reino de Württemberg” nos anos 1815 e 1826.

Hegel menciona o papel e a necessidade da existência dos estamentos – exigida pela racionalidade –, e, com eles, suas corporações, associações e comunidades: é o meio-termo do silogismo – conceito ou a ideia desenvolvida –, Estado-sociedade civil e Sociedade civil-governo. Os estamentos cumprem a sua tarefa de meio termo desses dois silogismos da seguinte forma: “Por um lado, constituem-se como meio termo dos extremos do Estado e da sociedade civil, e, por outro, entre os próprios membros da sociedade civil e o governo”. Assim, sem os estamentos e suas corporações, a sociedade civil apareceria como simples multidão de indivíduos dispersos e desconectados do Estado (DRI, 2006, pág. 242).

Neste momento, abre-se um pequeno parêntesis para expor o que Hegel (1972) nos diz a respeito dos indivíduos que constituem o Estado. Ele defende que uma multidão “só pode ser chamada de Estado se for unido pela defesa comum da totalidade (Gesamtheit) de [o que é] sua propriedade”⁶⁸ e “organizar uma defesa comum e autoridade política”⁶⁹ – “Se os titulares de autoridade forem um só ou vários, isso é indiferente, [...] em relação a [...] uma multidão que constitui um Estado”⁷⁰. Mesmo que haja “uma conexão muito superficial, ou absolutamente nenhuma, entre os membros”⁷¹, sob o “que antes constituía o pilar da união de um povo”⁷², como os costumes e a linguagem, isto “eles não impedem que uma massa constitua um poder político”⁷³, pois é mantida a unidade através do espírito e da arte da organização política, que se submetem à atividade direta do poder público supremo (HEGEL, 1972, págs. 28 e 29).

⁶⁸ Tradução nossa de: “solamente se puede llamar Estado si está unida para la defensa común de la totalidad (Gesamtheit) de [lo que es de] su propiedad” (Hegel, 1972, pág. 22).

⁶⁹ Tradução nossa de: “organice una defensa y una autoridad política comunes” (Hegel, 1972, pág. 23).

⁷⁰ “Si los detentadores de la autoridad son uno o varios, [...] eso resulta indiferente, [...] en relación con [...] que una multitud constituya un Estado” (Hegel, 1972, pág. 24).

⁷¹ Tradução nossa de: “una conexión muy superficial, o ninguna, entre los miembros” (Hegel, 1972, pág. 27).

⁷² Tradução nossa de: “que constituyó antiguamente el pilar de la unión de un pueblo” (Hegel, 1972, pág. 27).

⁷³ Tradução nossa de: “no le impiden a una massa constituir un poder político” (Hegel, 1972, pág. 27).

Portanto, é essa mediação realizada pelos estamentos que permite a organização do poder governamental de modo que “o poder do príncipe não apareça como extremamente isolado nem, por conseguinte, como simples domínio ou arbitrariedade, e assim que não se isolem os interesses particulares das comunas, das corporações e dos indivíduos”; assim, é através dessa mediação que “os indivíduos não se apresentam perante o Estado como uma massa informe, uma opinião e uma vontade inorgânica, poderes maciços em face de um Estado orgânico” (DRI, 2006, pág. 242).

Desta feita, é evidente a importância da concepção hegeliana de Estado que aperfeiçoou a teoria montesquiana no que concerne à divisão dos poderes do Estado – formando uma unidade substancial, contendo em sua idealidade seus momentos internos, trazendo um novo sentido lógico-positivo representado no momento e na totalidade, todavia, como se sabe, foi a construção de Montesquieu “que teve a maior influência na história das ideias e na história dos eventos na nossa era” (BOBBIO, 2001, pág. 161).

TERCEIRA PARTE
LIBERDADE PÚBLICA E PODER(ES) DO ESTADO
NO ESTADO (SOCIAL E) DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5 ESTADO SOCIAL

Em relação à origem do Estado Social, Horta (2011), aduz que a falência do modelo liberal era patente em todos os planos. A sociedade e o mercado (capitalista) pareciam não se subjugar aos ditames da razão. Trata-se, como propõe Morin *apud* Horta (2011), de uma “revolta dos fatos contra os códigos”, já que, como afirma Holmes *apud* Horta (2011), “a vida do Direito não tem sido lógica, mas sim experiência”.

A razão cede espaço às forças vivas da sociedade, nesse sentido ensina Bernard Bourgeois (2000) *apud* Horta (2011) que, se a Revolução Francesa, que exprime um momento decisivo da história universal, marcou o início de um esforço consciente de objetivação do espírito, esse esforço não chega a se completar na edificação de um mundo ético-político perfeitamente de acordo com a razão.

A sociedade cresceu e, ao crescer, extratificou-se; as massas transferiam-se pouco a pouco do campo para os centros urbanos, fazendo desaparecer, paulatinamente, o velho mundo da aceitação (cristã) de um destino de servidão, diverso do destino glorioso, nobre e rico dos grandes cavaleiros. Porém, na cidade, a diferença econômica é avultante e, assim, aviltante (HORTA, 2011).

Nesse contexto, florescia a consciência de classe, conforme explica Fábio Lucas (1959) *apud* Horta (2011) “a evolução da indústria trouxe consigo a formação de um proletariado cada vez mais organizado e forte, a ganhar crescente expressão política. A primeira luta que os operários tiveram de sustentar foi a derrogação das leis vindas com a Revolução Francesa que proibiam energicamente qualquer tipo de coalisão de caráter profissional”.

Nelson Saldanha (1986) *apud* Horta (2011) ensina que a consciência europeia melindrava-se, uma vez que a Europa romântica, tornada mais sensível pelo sentimentalismo pós-revolucionário, começou a se chocar com a fisionomia da miséria que se agravava com o aumento dos contingentes populacionais – a miséria que foi fixada por alguns grandes desenhistas e escritores (como por exemplo, Dickens), tematizada pelo socialismo.

No que diz respeito às falhas do Estado Liberal, Eric J. Hobsbawm (1997) *apud* Horta (2011) indica brilhantemente que a melhor escusa do Estado liberal seja exatamente a não priorização de democracia e igualdade, tendo em vista que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária.

A reconstrução da Europa, marcada por trincheiras, exigiu largos investimentos públicos e sociais, pois depois da guerra de 1914 é que situações políticas e sociais inteiramente novas impuseram o reconhecimento dos direitos sociais, de forma que o homem das modernas Constituições não fosse apenas o *homo politicus*, mas também, e, sobretudo, o homem social. A Guerra foi assim, protagonista de grandes transformações (HORTA, 2011).

Com relação às soluções de compromisso, Fábio Lucas (1959) *apud* Horta (2011) indica que as mesmas surgiam por toda parte, a burguesia, assim, se vê obrigada, dia a dia, a ceder mais um passo, fazer mais uma concessão. As reivindicações trabalhistas atendidas revelam o progresso permanente desse processo, o recuo tático de uma classe encurralada. Através dele, a burguesia assinou compromisso - o compromisso democrático – com as forças contrárias.

Em tempos anti-estatais, o Estado de Direito acaba adequando-se ao figurino de crescente intervenção no domínio, outrora livre (e sagrado), do mercado. Estabelecia-se um novo modo de agir, e o Estado social, “abandonando premissas de neutralidade e individualismo chama para si a intervenção direta nos processos socioeconômicos e, ainda que se mantenha fiel ao primado do direito, o realiza a partir de princípios heterônomos frente à autonomia caracterizada pelo Estado liberal de Direito” (PEREZ LUÑO, 1995 *apud* HORTA, 2011).

Com relação aos principais fatores sociológicos que implicaram a construção do Estado Social de Direito, Antônio Carlos Wolkmer (1986) *apud* Horta (2011) ensina que mais especificamente sobre a peculiaridade desse processo histórico, devem-se considerar as profundas modificações sociais e econômicas ocorridas na Europa e no Ocidente: em parte, devido à amplitude dos conflitos sociais e ao conseqüente alargamento da “questão social”, ao crescimento de reivindicações das massas urbanas trabalhadoras – associadas, em determinado momento, às representações socialistas e anarco-sindicalistas; à contribuição da Igreja Católica na afirmação de uma doutrina de justiça social, e, de outra parte, aos novos rumos do desenvolvimento do capitalismo industrial e financeiro, aos efeitos da Grande Guerra de 1914-18 e ao decisivo impacto ideológico da Revolução Russa de 1917.

Verdú (1975) *apud* Horta (2011) reafirma o contexto jurídico-econômico do Estado social, afirma que, parece ser o Estado social de Direito a meta que pretende alcançar a democracia em seu esforço de apresentar-se com veste jurídica, no seu propósito de legalizar as situações correspondentes à sociedade neocapitalista.

Como dito no capítulo anterior, a ideia de justiça em Hegel, cujo elemento central é sempre a liberdade, traz o valor trabalho para incorporar esse valor supremo do direito e a

forma com que a liberdade, o trabalho e a igualdade vão ser tratados: a perspectiva dialética.

Na celebrada dialética do senhor do escravo, transparece o potencial libertador do trabalho: “É na mediação do trabalho que o escravo encontrará um instrumento da retomada da sua consciência como ser livre e, portanto, igual ao senhor, enquanto se dá conta da alienação do seu trabalho”. Igualmente, é alçado o trabalhador à condição de agente da história: “É em Hegel que, pela primeira vez, de forma contundente, aparece a valorização do trabalho escravo e da própria posição do escravo como motor da história na luta pela sua libertação”. O trabalho, que vincula espiritualmente o homem e o mundo, aparece como um momento ou uma manifestação da consciência; registra Salgado: “O trabalho é então o processo de formação do homem e de transformação da natureza” (SALGADO, 1996 *apud* HORTA, 2011).

Mais uma vez, retoma-se o pensamento de que o trabalho, para Hegel, é libertador, pois: “Ao mesmo tempo em que é forma de atendimento das necessidades do homem, é forma de humanização da natureza e libertação do homem das suas determinações externas”. Hegel aparece, assim, como o fundador jusfilosófico do Estado social; o séc. XIX, com sua profusão de ideologias, seria solo fértil para o vicejar de novas concepções, via de regra, igualitárias (SALGADO, 1996 *apud* HORTA, 2011).

Com relação às novas perspectivas trazidas pelo socialismo, Nelson Saldanha (1986) *apud* Horta (2011) registra: “De certo modo, o socialismo veio trazer uma nova ética: ou antes, os diversos socialismos trouxeram novas formulações éticas, fundadas sobre a consideração do igualitarismo e da dimensão social dos homens [...] Em vez do puro racionalismo, o destaque da condição concreta dos homens; em vez da valorização dos méritos individuais, a estimação do coletivo”.

Nesse sentido, Fábio Lucas (1959) *apud* Horta (2011) contrapõe o Estado liberal e o Estado social dizendo que “A democracia política do séc. XIX representou a libertação da burguesia; instaurou uma democracia formal; bateu-se pela liberdade irrestrita do cidadão; tinha o caráter individualista; correspondeu aos postulados do liberalismo; e evoluiu para forma de ‘Estado parasita’. A democracia social do séc. XX representa a emancipação do proletariado; quer instaurar uma democracia real; defende a igualdade dos homens; tem cunho coletivista; corresponde aos princípios do socialismo; tende a evoluir para o ‘Estado providência’. Houve um deslocamento de posições: as liberdades não são meios de resistir ao Estado. O Estado é que cria as condições de liberdade: o Estado é Libertador”.

Baracho (1986) *apud* Horta (2011) conclui assim que a nova roupagem do Estado, dotado de instrumentos jurídicos de ação social e econômica, é fruto de um grande ecletismo

axiológico, que tem no Estado social a resultante de vetores distintos e peculiares: “No constitucionalismo de entre guerras o corre a confluência de tendências socialistas, liberais, cristãs, com influências nas Constituições, onde já começam a surgir as técnicas planificadoras. [...] Sente-se a necessidade da constitucionalização das realidades econômico-sociais”.

No que diz respeito ao termo “social”, Nelson Saldanha (1987) aduz que é corrente chamar de social à fase do Estado Ocidental moderno que vem depois da absoluta e da liberal. É perceptível que o uso destas diferentes designações revela uma variação de critério.

No caso do Estado absoluto, no qual o governo é que era absoluto, o critério para a designação acha-se no caráter “não limitado” do poder exercido; no caso do Estado liberal, o Estado não era propriamente liberal: era liberal a concepção político-social que o embasava e que o moldou como um Estado limitado; no caso do Estado social, o “social” acha-se no alcance da ação estatal: em seu alcance ou nas bases sobre o que se situa.

Ao designar a ordem política pós-feudal como absoluta, o pensamento político moderno enfatizou aquilo que nela contrastava com a realidade anterior, ao falar em Estado liberal, transpôs-se para o Estado um atributo da nova sociedade que o condicionava, ao utilizar o termo social, pensava-se num Estado que, contrariamente ao liberal, penetra inteiramente na vida dos homens, a ponto de comprometer a distinção clássica – tão cara aos liberais – entre o setor público e o setor privado da existência.

Traçando considerações finais no que diz respeito à significação do Estado Social, evocam-se os ensinamentos de Nelson Saldanha (1987) dizendo que Jurgen Habermans em “O espaço público”, após mencionar a gradativa “polarização” da esfera social e da esfera privada, realizada durante a revolução do liberalismo, alude à “transformação do Estado constitucional liberal em Estado social”. Segundo Habermas, os direitos fundamentais mencionados nas Constituições modernas, que refletiam o “modelo liberal” da esfera pública burguesa, tinham marcadamente um caráter negativo, evitavam a intervenção estatal em determinados setores, ao passar-se a um Estado que se preocupa com os aspectos sociais das relações, não se “rompeu” com a tradição liberal, mas antes houve uma continuidade. A intenção de Habermas é, no ponto, exageradamente crítica: a continuidade se deu, mas noutro sentido.

De qualquer sorte, enquanto a passagem ao Estado liberal, proveito de revoluções exemplares – ocorridas em dois ou três países–, a transição ao Estado Social implicou eventos revolucionários apenas em parte. É o que o conceito de “Estado social”, construído sobre um termo com extrema largueza de acepções, se aplica a vários tipos de regimes, de modo que o

olhar sobre suas origens encontra casos bastante diferentes que remetem, de certa forma, a dois modos fundamentais. Por uma parte temos o Estado Social de procedência revolucionária, resultando da violenta destruição de formas outras de governo: nem sempre a destruição de regimes “burgueses” como era previsto no esquema de Marx. Por outra parte temos o Estado Social surgindo da transformação de governos liberais em regimes intervencionistas, geralmente através de programações e planos econômico-sociais que exigem do Poder Executivo uma exorbitação de suas atribuições clássicas.

Conclui Saldanha (1987), que o denominador comum é, no caso o intervencionismo, planificador: ele se acha presente nos Estados sociais do primeiro tipo, que são geralmente governos ditatoriais, e que atuam através de largas programações econômicas, e também nos do segundo tipo, que também promovem a programação. Há um profundo sentido ético na intervenção do Estado de Direito na vida “privada”.

5.1 Constituição e constitucionalismo

O Estado social acaba por conceber a norma jurídica como “uma espécie de norma social, cujo estudo lógico-normativo ou proposicional, não obstante a sua relevância, não bastava para nos dar o seu real significado” (REALE, 1998 *apud* HORTA, 2011).

De acordo com Horta (2011), sem dúvidas, Weimar funciona como um divisor de águas no constitucionalismo: “A Constituição da República de Weimar foi o ponto de maior influxo no contexto do Constitucionalismo ocidental contemporâneo: uma espécie de marco inicial do próprio Constitucionalismo social”. A partir de então, as constituições não seriam mais tratadas como declarações formais de direitos e mecanismos de limitação do poder; pelo contrário, inserem-se nas constituições sociais toda sorte de intervencionismos, fortalecendo o Estado e permitindo-lhe, à moda planificadora, intervir no domínio sócio-econômico.

Nesse sentido, Baracho (1986) *apud* Horta (2011) elucida que “O constitucionalismo clássico sofre profundas modificações no século XX, com o constitucionalismo social, antecipado pela Constituição do México de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, que incorporaram em seus textos direitos sociais e econômicos”. Horta (2011) explica que tratou-se de estudar as constituições sob novos enfoques, compreendendo tanto a faceta formal, como o plano material. A dualidade forma-matéria transparece de modo evidente na polêmica travada, na Colônia dos anos 30 entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, autores de evidentes divergências no tocante ao Estado de Direito.

No tocante à constituição, reproduz-se o pensamento de Nelson Saldanha (1987) que ensina que: “Pela mesma época, alguns autores discutiram em termos novos o conceito de constituição, entre os quais Hans Kelsen, que lhe deu, contudo um sentido extremamente jurídico-formal. Contra este sentido colocaram-se várias publicistas como Carl Schmitt, partidário de um conceito político de constituição, Hermann Heller, com um conceito integrativo, e outros”.

No entorno de tais debates, o constitucionalismo social produz um novo campo de enfoques, batizado por Schmitt como a Teoria da Constituição. O cânone que herdamos dos pensadores que construíram este novo campo de estudos permite a apreensão das perspectivas e contradições do constitucionalismo social. Em autores como Carl Schmitt, a disciplina era nada mais que uma Sociologia constitucional; já na tradição kelseniana, não poderia ser mais que uma teoria da norma constitucional. Finalmente, Herman Heller integraria as duas vertentes, propondo um conceito de constituição muito mais adequado à perfeita construção da disciplina (HORTA, 2011).

O grande esteio de uma leitura constitucional demarcada pela realidade fática, ansiosa pela ruptura com o formalismo jurídico, e antecipadora de uma boa parte das tensões presenciadas pelo século XX, é a rica advertência de Ferdinand Lassalle, apresentada já em 1863 a lideranças intelectuais e sindicais e posteriormente publicada (LASSALLE, 1985 *apud* HORTA, 2011). Ali, o autor cunha a famosa hipótese da constituição como uma mera folha de papel, que tanto influenciaria os pensadores que, em especial na Alemanha, o seguiriam: Referimo-nos à obra de três grandes pensadores germânicos, Carl Schmitt, Rudolf Smend e Karl Loewenstein, a qual, sem sombra de dúvidas, é tremendamente representativa de seu tempo, de suas angústias e dos grandes abalos do princípio do século (HORTA, 2011).

Schmitt, a rigor com a obra “*Verfassungslehre*” (1928) o grande proponente da disciplina, é sem dúvida um autor datado, imerso no totalitarismo do primeiro pós-guerra, ao qual emprestou sua capacidade intelectual, participando destacadamente na construção de seu arcabouço teórico. Sua reflexão, densa e admirável, é permanentemente permeada pelos seus anseios autoritários de justificação do Estado-Força. A identificação da soberania com a decisão no momento de absoluta exceção traduz uma visão pragmática da política, lastreada numa soberania eminentemente fática, tomada “não [juridicamente ou estruturalmente] como monopólio da sanção ou dominação, mas como o monopólio da decisão” (HORTA, 2011).

José Luiz Borges Horta (2011) indica que autores de compromissos políticos e ideológicos radicalmente distintos, Schmitt, Smend e Loewenstein possuem inúmeras diferenças em termos de Teoria do Estado: em variadas questões tomaram posturas

discrepantes, tanto frente à teoria dos poderes e funções do estado, quanto à teoria da representação, aí incluídas as reflexões atinentes aos sistemas eleitorais e partidários. Podem, contudo, ser reconhecidos como os fundadores da Teoria da Constituição (ou Teoria sociológica da Constituição). E isto porque, apesar dos incontáveis dissensos, num ponto os três possuíam manifesto acordo: na concepção, inspirada em Lassalle, da Constituição como um fato sociológico.

Horta (2011) elucida essa questão aduzindo que, em Schmitt, temos a noção de *lebend Verfassung*, decisão conjunta de um povo politicamente unido e culturalmente homogêneo, em Smend, temos um Estado em contínua renovação, como num plebiscito de cada dia (a influência de Renan é ululante), efetivando uma dinâmica constitucional de integração norma-realidade, em Loewenstein, temos a busca do sentido real da Constituição, a rigor sintetizada na teoria do sentimento constitucional.

Para tais autores, a posição epistemológica dos estudos de Teoria da Constituição não seria, portanto, controversa, até por suas fortes inclinações sociológicas (no caso de Loewenstein, mais que patentes), ambos concebiam a teoria do ponto de vista sociológico, senão mesmo como uma Sociologia Constitucional (HORTA, 2011).

O sistema lógico entabulado pelo mestre de Viena contrapõe-se com grande nitidez às concepções dos sociologistas que antecedem e sucedem Kelsen. Em Kelsen, se o Estado nada mais é que o sistema jurídico a ele pertinente, e a constituição sobretudo o “escalão de direito mais elevado”, ou a “norma que regula a produção” de outras normas, construir uma Teoria da Constituição implica em construir uma disciplina meramente normativa, pura de fatos ou valores, aferrada ao ponto de vista da norma (HORTA, 2011).

A limitada concepção de constituição de Kelsen, ainda que matizada na Teoria Geral do Direito e do Estado em relação à Teoria Pura do Direito, é uma evidente afronta à hoje universalizada e amplamente aceita teoria material da constituição, consagrada em Heller, que estrutura forte resistência ao formalismo kelseniano (HORTA, 2011).

Na lição de Erich Kaufmann *apud* Horta (2011), registra-se com grande acuidade que o “formalismo normológico de Kelsen consiste numa fuga à realidade, [...] fuga para ver-se livre da acabrunhante e esmagadora variedade infinita que se acha contida na realidade”.

A contribuição de Kelsen, entretanto pode nos ser extremamente útil na configuração do constitucionalismo social, em especial em virtude de seu confronto com Schmitt: “A polêmica Kelsen– Schmitt nos anos 30 em Colônia constitui um dos momentos decisivos da reação que o formalismo provoca na Alemanha, produzindo um divisor de águas na teoria do século XX” (HORTA, 2011).

Mário Lúcio Quintão Soares (2001) *apud* Horta (2011) resume os pontos centrais de divergência: “A concepção Schmittiana, alicerçada no decisionismo, parte da premissa de que uma constituição é de cisão conjunta de um povo sobre o modo de sua existência política, apresentando-se válida quando emana de um poder constituinte (no sentido de força ou autoridade) e estabelece-se por sua vontade”. Por sua vez, o normativismo, insculpido no Estado liberal de direito, determina que tudo é previsível e calculável, em situações de equilíbrio bastam as normas. A decisão consiste, então, no elemento fundamental da ordem jurídica, pois cria, mantém e aplica a norma.

O embate pode ser flagrantemente identificado, por exemplo, na divergência no entorno do guardião da Constituição: para Schmitt, o chefe de Estado; para Kelsen, o Tribunal Constitucional. Nenhum autor traduziu melhor a profunda divisão entre o normativismo kelseniano e o decisionismo schmittiano que Herman Heller, autor síntese da Teoria da Constituição.

Segundo Baracho (1986) *apud* Horta (2011), Hermann Heller propõe um conceito dialético-plenário de poder constituinte: “Heller procurou demonstrar a conexão indissolúvel entre o mundo real e o mundo cultural. A existencialidade, a normatividade e o poder constituinte não se acham, certamente, em oposição, mas condicionam se reciprocamente. Um poder constituinte que não esteja vinculado aos setores de decisiva influência para a estrutura de poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade e, por conseguinte, também não tem existência. Essa metodologia de Heller marca as diferenças entre suas concepções e as de Hans Kelsen e Carl Schmitt”.

Ao definir a constituição, Heller vai considerá-la como uma realidade social, presente em toda sociedade política, e que, no Estado, possuirá três dimensões: a constituição não normada – mas que, entretanto, encontra-se normalizada (pelo próprio ambiente sócio-cultural, que condiciona a ação do homem de diversos pontos de vista, como o econômico, o histórico, o social) –; a constituição normada extrajudicialmente – que inclui não somente as normas sociais de costume, moral, religião, como também os chamados princípios éticos, as únicas normas realmente conhecidas e vivas no espírito da comunidade–; e, a constituição normada juridicamente.

Horta (2011) conclui que a constituição estatal é um soma de normalidade e normatividade (jurídica e extrajurídica), e não, como em Schmitt, manifesta normalidade, ou pura normatividade jurídica, como em Kelsen; elucidando ainda que, a preocupação de integrar normalidade e normatividade manifesta-se por inúmeras dualidades que Heller transcende. Em última análise, ao Estado sem Direito de Schmitt, e ao Direito sem Estado de

Kelsen, Heller contrapõe um Estado com Direito - um Estado de Direito, na mais renovada tradição.

5.2 Direitos fundamentais de segunda geração

Bonavides (1994, pág.518) *apud* Horta (2011) esclarece que a intervenção do Estado no domínio social traduziu-se, prioritariamente, na consagração de uma nova categoria de direitos:

Os direitos da segunda geração [...] dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Segundo Perez Luño (1995) *apud* Horta (2011) “as lutas sociais do século XIX [...] evidenciaram a necessidade de completar o catálogo dos direitos e liberdades da primeira geração com uma segunda geração de direitos: os direitos econômicos sociais e culturais”. Na substituição do Estado liberal de Direito pelo Estado social de Direito, esses direitos alcançaram sua paulatina consagração jurídica e política; nos ideais românticos do séc. XIX encontramos a matriz axiológica dos direitos sociais: “A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados ao direito de participar do ‘bem-estar social’” (LAFER, 1988 *apud* HORTA, 2011).

Ao cabo de severas críticas ao formalismo liberal emergem os direitos sociais, econômicos e culturais considerados como direitos fundamentais do homem, concebidos exatamente para assegurarem a real efetivação das liberdades originárias.

Lafer (1988) *apud* Horta (2011) ensina que os “direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais”. São direitos em regra oponíveis ao Estado (daí falar-se em crédito, dos indivíduos contra o poder), que passa a ser responsável por prestações positivas. Horta (2011) elucida que os direitos sociais são dotados de grande apelo e responsáveis por vultosos gastos, foram situados em plano meramente político, sendo recente a noção de direitos públicos subjetivos, que ensejariam inclusive medidas judiciais para sua garantia.

Portanto, os direitos sociais estão ligados ao conceito de trabalho e, mais rigorosamente, ao de trabalhador. O estado social é o que declara, como sua finalidade central, a realização da justiça social e, por isso, dos direitos sociais (SALGADO, 1996 *apud* HORTA, 2011).

6 O ESTADO DEMOCRÁTICO

O contexto da origem do Estado Democrático, segundo Horta (2011), se dá no século XX - que emerge do pós-guerra e é o século do medo, do risco e da desesperança. O Estado, em permanente estado de beligerância, era cada vez mais caro, garantindo um desenvolvimento sem precedentes da indústria bélica; as potências emergentes de Yalta, após retalharem a Europa em zonas de influência, disputam palmo a palmo do Ocidente.

Em 1989, cai o Muro de Berlim, que dividira a antiga capital germânica entre russos e ocidentais. Nestes termos, Fabiana de Menezes Soares (1997) *apud* Horta (2011) esclarece que: a História mundial recente mostra a ruína política dos estados totalitários – caracterizados pelo extremo centralismo e sufocamento das liberdades individuais e de expressão, sobre a falsa fachada de garantidores de uma igualdade social. “A queda do muro de Berlim foi o marco mais concreto de que os regimes atentatórios aos direitos fundamentais, e por isso opressores, não estão encontrando legitimidade para se manterem”.

Acrescentando ainda, que

ainda em 1970, o Sindicato Solidariedade enfrenta o governo polonês, tornando-se proscrito até 1988, e inaugurando, assim, a resistência nos países do leste. A existência de castas políticas concentradoras de grande poder oligárquico é também uma das causas de insatisfação popular, e a soberania, cuja sede é o próprio povo, tornou-se (ainda que em menor grau, em vários países, inclusive o nosso) instrumento de favorecimento privado, em detrimento de prejuízos públicos (SOARES, 1997, pág. 170).

A vitória financeira do Ocidente é cantada como o fim da história: “Dissolvido o socialismo do partido único e da ditadura, decretou-se, por igual, o fim da economia dirigida assim como o termo das ideologias que lhe serviam de sustentação. Nunca se louvou tanto a economia de mercado do capitalismo quanto agora, apregoando-se virtudes que lhes seriam ínsitas” (BONAVIDES *apud* HORTA, 2011, pág. 171).

De acordo com Miguel Reale (1998) *apud* Horta (2011, pág. 171) há pressa em estabelecer a pax americana: “Muitas vezes, a tão elogiada globalização se reduz a mero disfarce de novo imperialismo, gerado pelo domínio e a posse dos mais avançados processos técnicos de produção e distribuição das riquezas por parte dos países na vanguarda da civilização cibernética”.

Com o esfacelamento final da União Soviética e a imposição absoluta da hegemonia norte-americana, o Consenso de Washington não foi nada mais do que a sistematização e a generalização de uma receita já testada e praticada muito precocemente na América Latina, no

Chile do general Pinochet, e, em termos mundiais, nos Estados Unidos e Grã-Bretanha pelos governos Reagan e Thatcher (HORTA, 2011).

Segundo Bonavides *apud* Horta (2011, pág. 172), a soberania é reduzida a um conceito paradoxal; cita Bonavides que assevera que o “principal temor suscitado pelas multinacionais prende-se ao ponto de vista político, no proclamado fim da soberania, a extinção do Estado Nacional” - a substituição desse “no palco da história por novos protagonistas que, despreconcebivelmente, estariam preparando o advento de uma convivência universal debaixo de novos imperativos econômicos”.

Neste sentido, Juliana Neuenschwander Magalhães (1998) *apud* Horta (2011, pág. 172-173) descreve a descrença nos Estados soberanos: “A primeira razão pela qual o conceito de soberania vem sendo questionado diz respeito ao que se convencionou chamar de ‘globalização’” – onde a soberania externa está submetida “às pressões evolutivas provenientes de uma sociedade que, cada vez mais, se afirma como sociedade do mundo”. Sob o rótulo globalização “indica-se o processo pelo qual a transnacionalização dos mercados acabou por pressionar a política em direção a uma nova forma de organização que ultrapassa a ideia de soberania dos Estados”.

Afirma ainda que, assim “da perspectiva externa, as ‘pressões evolutivas’ que colocam em embaraço o conceito de soberania dizem respeito ao mercado globalizado que faz com que as necessidades econômicas acabem por impulsionar o sistema político a se organizar, também, em direção a formas globalizadas”.

Por outro lado, com relação à globalização, Reale (1998) *apud* Horta (2011, pág. 173) alerta que “ela tende a eliminar a interferência do Estado na economia tornada transnacional”. A globalização, hoje, é um poderoso fato histórico, podendo tanto gerar posturas colaboracionistas, quanto democráticas resistências; é um jogo desleal, no entanto: “A globalização é ainda um jogo sem regras; uma partida disputada sem arbitragem, onde só os gigantes, os grandes quadros da economia mundial, auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios”.

Pode-se concluir, segundo José Luiz Borges Horta (2011) que todo o complexo contexto fático do Estado democrático de Direito é representado na expressão *Estado poiético*, que Joaquim Carlos Salgado propõe, a partir do grego *poiein* (fazer, produzir): e que é o Estado que rege-se pela lei econômica do superávit e do lucro: “O Estado Poiético é a ruptura no Estado Ético contemporâneo que alcançou a forma do Estado de Direito”.

A ênfase na poiese implica em tornar secundária a *ratio* ética do Estado de Direito:

O elemento central e essencial do Estado de Direito é postergado, pois o jurídico, o político e o social são submetidos ao econômico. O Estado poético não tem em mira a ‘produção social’. Entra em conflito com a finalidade ética do Estado de Direito, abandonando sua tarefa de realizar os direitos sociais (saúde, educação, trabalho), violando os direitos adquiridos, implantando a insegurança jurídica pela manipulação sofisticada dos conceitos jurídicos através mesmo de juristas com ideologia política serviente, exercendo o poder em nome de uma facção econômico-financeira (HORTA, 2011, pág. 189).

Em 10 de dezembro de 1948, emerge o marco definitivo de uma nova era: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que traz o novo valor central do Estado de Direito: a Fraternidade (ou Solidariedade, como preferem alguns). Os autores utilizam os dois termos em sentido equivalente, no entanto, fraternidade tem direta conexão com o tradicional brado *Liberté, Egalité, Fraternité*, ou *la Mort*, forjado no alvorecer do Estado de Direito, enquanto a noção de solidariedade já terá gerado o solidarismo. Solidariedade, tomada em termos jurídicos, indica corresponsabilidade, o que parece bastante conexo com o atual momento, já fraternidade, parece traduzir melhor a ideia do reconhecimento do Outro como semelhante, ainda que diferente, ponto central do Estado democrático de Direito, como o concebemos (HORTA, 2011).

José Luiz Bolzan de Moraes conecta a solidariedade ao Estado social em crise ao dizer que a “crise filosófica atinge exatamente as bases sobre as quais se assenta o modelo do bem-estar” – crise, que aponta para “a desagregação da base do Estado do Bem-Estar, calcada na solidariedade, impondo o enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais, característicos deste Estado” (HORTA, 2011, pág. 193).

A Declaração Universal, que inaugura “uma nova era histórica: a era da cidadania mundial”, preferiu fraternidade: “Artigo I - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (HORTA, 2011, pág. 194).

A igualdade garantira a liberdade na ótica do Estado social, não obstante, o Estado de Direito permanecia uma realidade nacional, restrita aos países que, desenvolvidos economicamente, puderam garantir patamares de cidadania compatíveis com os antigos ideais.

A humanidade, todavia, ainda não provara o sabor da liberdade: “Um lance de olhos pela história dos últimos dez séculos revela que a liberdade nasce em berço aristocrático, cresce burguesa e, na virada do milênio, não chegou ainda à maturidade democrática”. Há dez

anos, quando o pensamento conservador celebrou o fim da história, proclamando a vitória do modelo liberal, foi necessário fechar portas e janelas e trancar-se dentro do mundo acadêmico, pois, ao contrário, teriam sido escutados gritos pré-históricos vindos da África, ou contemplado a agonia latino-americana, lugares “onde a história apenas começou” (BARROSO *apud* HORTA, 2011, págs. 194 e 195).

Segundo José Luiz Borges Horta (2011), esta consciência da cidadania restrita anima os sonhos de universalização de direitos, e estimula a construção de novas perspectivas para o Estado de Direito. A fraternidade exige a universalização do Estado de Direito.

É de todo pertinente a nota de Reale: “É o valor da pessoa humana que constitui o fundamento da ideologia ecológica, pois protege-se a natureza em razão dos interesses existenciais da criatura humana, desde os vitais aos estéticos. A Ecologia é a filha mais nova e sedutora da Antropologia”. Na perspectiva da fraternidade humana, a igualdade é matizada pelo respeito (e até mesmo pela valorização) à diferença (HORTA, 2011).

Esclarece Horta (2011) que o ideal de igualdade é grego, como já se afirmou, com base em Salgado; não obstante, parece haver algum sentido no apelo à desigualitarização. A rigor, se acreditamos na liberdade plena do homem, temos de aceitar, senão mesmo exigir, que cada um possa realizar-se integralmente, o que implica estimular diferentes desejos, vocações, perspectivas. A verdadeira libertação do homem (que só pode dar-se num contexto de igualdade de oportunidades) exige reconhecer suas especificidades; este, o tom dos movimentos libertários (*lib movements*) contemporâneos, e seus anseios de igualdade de gênero (feminismo), liberdade de orientação sexual, liberdade de vida alternativa (dos hippies aos punks).

À instância de realização plena (e universalizada) do Estado de Direito e da pessoa humana chamamos Estado democrático de Direito. Na concepção de Elías Díaz o Estado democrático de Direito se traduz em “intento de organização jurídico-política e de realização sócio-econômica, em liberdade e com igualdade, dos melhores postulados humanistas e até mais profundamente liberais (críticos e pluralistas) do socialismo” (HORTA, 2011, pág. 198).

Construído nos marcos do pensamento político do PSOE (Partido Socialista Operário Espanhol), e particularmente da transição espanhola, o Estado democrático de Direito propunha-se a transformar o mundo: “O ponto de partida, o Estado do real é [...] o Estado social (neocapitalista) de Direito, porém a meta a alcançar, o Estado possível, poderá ser para a esquerda – dentro sempre da Constituição – o Estado democrático (socialista) de Direito” (HORTA, 2011, págs. 198 e 199).

Horta (2011) ensina que percebe-se o compromisso de Díaz com a Constituição e a juridicidade, e, daí provem a sua recusa em conceder ao Estado do generalíssimo Franco o status de Estado de Direito: “Nem todo Estado é Estado de Direito [...] O Estado de Direito é o Estado submetido ao Direito, ou melhor, o Estado cujo poder e atividade vêm regulados e controlados pela lei. O Estado de Direito consiste assim fundamentalmente no ‘império da lei’” (HORTA, 2011, pág. 199).

Nelson Saldanha (1986) *apud* Horta (2011, págs. 199-200) sintetiza a importância do momento dizendo ser inegável que a ideia de um Estado social, montado sobre arcabouço constitucional, enfrenta sérios dilemas nos tempos atuais. “Nos países capitalistas, entre a concorrência brutal e o assistencialismo; entre o intervencionismo e a ‘livre iniciativa’”. “Nos países socializados, a contradição entre a linguagem do poder e os problemas reais do povo”, entre a necessidade de crítica – e de livre decisão –, e a rigidez dos esquemas padronizadores – se não repressores. “O pleito por um socialismo democrático [...] conduz em seu bojo – através das implicações institucionais do termo democrático – componentes liberais: controle do poder, governo representativo, garantias e direitos”.

Horta (2011) indica que é, talvez, o neosocialismo de que nos fala Washington Albino, ao declarar que consideraremos “os ‘modelos’ ideológicos ‘puros’ e os ‘mistos’, em suas manifestações mais simples e que nos oferecem os elementos indispensáveis ao raciocínio em face dos textos constitucionais”, explicando que os modelos ideológicos puros distinguem-se o Liberalismo e o Socialismo, e dentre os modelos ideológicos mistos, o Neo-Liberalismo ou Neo-Capitalismo e, “a se julgar pelas modificações anunciadas nos países socialistas, o Neo-Socialismo”. “O prefixo ‘neo’ é utilizado justamente para designar o sentido mesclado dos princípios ideológicos adotados e que, embora opostos em termos ‘puros’, ali se encontram reunidos” (HORTA, 2011, pág. 200).

Esta flexibilidade crescente das teorias políticas é bastante típica de nossos dias: “A queda fragorosa do socialismo real subverteu todas as paragens socialistas”, deixando até o presente momento o campo ideológico da social-democracia, indefinido e incerto, que, “ainda vai conservar sua característica de ‘ideologia omnibus’” – destinada a abrigar quem não se defina como liberal, conservador ou aquele que se apegue ao ‘*statu quo*’ qualquer que ele seja”, ainda por muito tempo (HORTA, 2011).

Miguel Reale prefere falar em social-liberalismo, ao invés do liberal-socialismo de Bobbio, ressaltando que toma por “social-liberalismo a corrente liberal que discorda de duas teses do chamado neoliberalismo, quer na linha extremada de Friedman, quer na mais moderada de Hayek, pois ambos pleiteiam um estado mínimo evanescente” (HORTA, 2010,

pág. 200).

José Luiz Borges Horta (2011) cita Miguel Reale ao dizer que a questão do caminho para o socialismo é ainda hoje candente, uma vez que o futuro de uma forma de socialismo parece, atualmente, ter-se esgotado. Um dos elementos predominantes da tradição socialista no século XX (o marxismo-leninismo institucionalizado) recebeu, de certo modo, um golpe fatal na década passada com o colapso da Europa Oriental, e a transição do que resta da União Soviética para as economias de mercado vem abalando sua aspiração de se desenvolver. Isso de modo algum foi fatal para tradição socialista.

Nos ensinamentos de Streck e Moraes (2014), o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.

Com efeito, os autores supracitados indicam que são princípios do Estado Democrático de Direito, a Constitucionalidade – vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica –, a organização Democrática da Sociedade, o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância – porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo – pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade, a Justiça Social, como mecanismos corretivos das desigualdades, a Igualdade, não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa, a Divisão de Poderes ou de Funções, a Legalidade, que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência, e, a Segurança e Certeza Jurídicas.

Com isso, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare state* neocapitalista, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é

um plus normativo em relação às formulações anteriores (STRECK e MORAIS, 2014).

Vê-se que a novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade, do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos - os quais vêm sendo construídos de alguma data. Para sintetizar este debate, poderíamos sustentar que, como contraposição ao modelo absolutista, o modelo liberal se formaliza como Estado de Direito. Este se afasta da simplista formulação como estado legal, pois pressupõe não apenas uma regulação jurídico-normativa qualquer, mas uma ordenação calcada em determinados conteúdos, sendo neste ponto que as várias possibilidades se produzem (STRECK e MORAIS, 2014).

Como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em social, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica (STRECK e MORAIS, 2014).

Streck e Morais (2014) elucidam que em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida. Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais (STRECK e MORAIS, 2014).

É com a noção de Estado de Direito, contudo, que liberalismo e democracia se interpenetram, permitindo a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição, onde deve prevalecer o interesse da maioria. Deste modo, a Constituição é colocada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, como tal, é aceita como poder legítimo (STRECK e MORAIS, 2014).

Concluem Streck e Morais (2014) assim, com intuito de dispersar ou absorver as contradições decorrentes da diversidade socioeconômica, pondo à mostra o falacioso princípio da isonomia (formal) diante da lei, o liberalismo jurídico-político alberga as noções de um

ordenamento completo, ausente de lacunas e hierarquizado, que, para conseguir a reprodução da dominação vigente, requer a aceitação acrítica de normas básicas. Isto é, deste modo, acaba calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa prontidão generalizada de todos os cidadãos para a aceitação passiva de normas gerais e impessoais, ou seja, das prescrições legais ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto.

A novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas sim no incorporar características inéditas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado para a garantia, através do asseguramento jurídico, de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade (STRECK e MORAIS, 2014).

Embora tal problemática já fosse visível no modelo anterior, há, neste último, uma redefinição que lhe dá contornos novos, em que tal objetivo se coloca vinculado a um projeto solidário – a solidariedade, agregada, passa a compor um caráter comunitário. Aqui estão inclusos problemas relativos à qualidade de vida individual e coletiva dos homens.

A atuação do Estado começa a ter um conteúdo de transformação do *status quo*. A lei aparece como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, tornando-o transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos (STRECK e MORAIS, 2014).

À diferença dos modelos anteriores, Streck e Morais (2014) esclarecem que o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil. Há, desse modo, uma identificação entre o constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Veja-se, para tanto, a Constituição do Brasil, que determina, no art. 3º, a construção do Estado Social, cujo papel, cunhado pela tradição do constitucionalismo contemporâneo, é o de promover a integração da sociedade nacional, ou seja, “el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad en una unidad sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes”. Integração esta que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no

nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira. Ou seja, a Constituição de 1988, parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social. E é exatamente por isso que o texto – dirigente e compromissório – aponta para esse desiderato (STRECK e MORAIS, 2014).

6.1 Constituição e constitucionalismo

Citando José Luiz Bolzan de Moraes, Horta (2011, pág. 205) ensina que “O Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare state*”. O incipiente constitucionalismo democrático está por estruturar-se – não só estimulando a formalização das constituições pela via constituinte, mas também, vivendo de sua reconstrução hermenêutica (ora em marcha no caso das constituições democráticas).

A primeira razão de tal manifesta alvorecência do constitucionalismo democrático é a eventual paralisação perante os fatos antiestatizantes, deixando parte dos constitucionalistas de produzir uma Teoria da Constituição, em prol de estéreis teorias da sociedade global. Por outro lado, talvez a perspectiva mais significativamente nova venha a ser a do internacionalismo que, com tratados e convenções internacionais, vem caminhando abertamente para o que Celso Lafer chamou de internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional, inspirando Gerson de Britto Mello Boson (HORTA, 2011).

É possível, no entanto, identificar alguns tópicos centrais do constitucionalismo em voga. A primazia dos princípios surge como o vetor central na hermenêutica do constitucionalismo democrático, leciona Luís Roberto Barroso que o “ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui” (HORTA, 2011, pág. 218).

Desse modo, os princípios constitucionais são tomados como normas que possuem, “normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”, pois lhes cabe “funcionar como critério de interpretação e integração do texto constitucional,

na medida em que os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica” (HORTA, 2011, págs. 218 e 219).

Do ponto de vista de uma hermenêutica do sistema jurídico, alerta Barroso que os “princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”. Nesse diapasão, anota Raul Machado Horta que “a eficácia irradiante dos princípios, notadamente dos princípios fundamentais, foi assinalada por Mortati na função de supremo critério interpretativo das disposições constitucionais, quando o princípio adquire o relevo de supernorma”. Para Bonavides, “a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”; para Barroso, eles “funcionam como limites interpretativos máximos do Direito” (HORTA, 2011, pág. 219).

Em correlação à teoria contemporânea do Direito, o constitucionalismo democrático priora também a instigante temática da efetividade constitucional, como esclarece Márcio Diniz, alimenta-se ainda da Tópica de Theodor Vieweg, da metódica estruturante de Friedrich Müller, da sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Haberle e da força normativa de Konrad Hesse (HORTA, 2011).

O constitucionalismo democrático, segundo Horta (2011), no entanto, não se afasta dos marcos do Estado de Direito. Ensina Barroso *apud* Horta (2011, pág. 219-220) que,

Desde as grandes revoluções que abriram caminho para o Estado liberal – inglesa (1689), americana (1776) e francesa (1789) –, o constitucionalismo tem se mostrado como a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso. Nada parecido com o fim da história, porque valorizar e prestigiar a Constituição não suprime a questão política de definir o que vai dentro dela. Mas o fato é que as outras vias de institucionalização do poder praticadas ao longo do tempo [unipartidarismo, militarismo e fundamentalismo] não se provaram mais atraentes.

Assim, o constitucionalismo democrático, que permanece em elaboração, deverá tomar como tema central os direitos fundamentais, referidos como núcleo basilar do Direito e do Estado.

6.2 Direitos fundamentais de terceira geração

Segundo Edgar da Matta-Machado *apud* Horta (2011, pág. 221), “após o segundo conflito mundial, entretanto, e ainda no seu curso, há uma irrupção da Pessoa no mundo jurídico, através de nova declaração dos direitos do homem, agora, e pela primeira vez em

toda a história, com o expresse cunho da universalidade”, surgindo, com isso, os direitos fundamentais de terceira geração.

Para Paulo Bonavides, trata-se de um novo momento na história humana: “A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca desde o princípio, num grau mais alto de jurisdição, concretude, positividade e eficácia”. A universalidade não exclui os direitos da liberdade, mas primeiramente os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante efetivação dos direitos da igualdade e da fraternidade. O ano de 1948 foi tão importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais quanto o de 1789 fora para a velha universalidade de inspiração liberal (HORTA, 2011, pág. 221)

Bobbio *apud* Horta (2011, pág. 221-222) registra a nova era compartilhando que com a Declaração de 1948 inicia-se uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, simultaneamente, universal e positiva. Universal, no sentido de que “os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens”, e, positiva, no sentido de que “põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”.

Considerado o impacto e as radicais transformações operadas na perspectiva dos direitos fundamentais, Bobbio *apud* Horta (2011, pág. 222) propõe uma análise dialética:

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos políticos universais.

Dalmo Dallari, por sua vez, teoriza que o exame dos artigos da Declaração revela que nela foram consagrados três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos – “exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições” –; a segurança dos direitos – impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados” –; e, a possibilidade dos direitos – “exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos, onde grande parte do povo vive em condições sub-humanas” (HORTA, 2011, pág. 222).

Horta (2011, pág. 223) elucida que a força da universalização dos direitos fundamentais não é, no entanto, tema concluso, permanecendo em franco progresso; nesse aspecto, Celso Lafer registra a importância da Conferência de Viena de 1993, onde se explicitou a “existência axiológica de um *consensus omnium gentium* a respeito da universalidade dos direitos humanos”.

Lafer (1988) *apud* Horta (2011, págs. 223-224) elucida que a nova categoria de direitos acrescida ao rol de direitos fundantes do Estado de Direito possui características específicas, em especial quanto à titularidade:

Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. É o caso por excelência do direito à autodeterminação dos povos, [...] juridicamente concebido como um direito de titularidade coletiva.

Nem todos os direitos de terceira geração estão elencados na Declaração de 1948, mas apresentam-se em constituições, convenções e tratados que a ela se seguiram, embebidos de seu espírito. É notável, no entanto, a força dos direitos difusos: mesmo não tendo um titular preciso, a humanidade parece gradualmente acercar-se deles, promovendo novas perspectivas para o Direito e o Estado. Não somos titulares desses direitos: eles devotam-se às gerações futuras e às tradições passadas, anunciando a plenitude do homem – de todo homem. Nenhum desses direitos deixa de ser tutelado pela humanidade como um todo (Horta, 2011).

No plano político, temos os direitos à paz e à autodeterminação dos povos, no plano econômico, o direito ao desenvolvimento; no plano cultural, o direito ao patrimônio comum – histórico, artístico, ambiental e paisagístico, da humanidade–, o direito à tradição religiosa e o pleno acesso à comunicação; no plano da qualidade de vida, o direito ao meio ambiente; no plano das relações intersubjetivas, a proteção ao consumidor e a proteção à infância e à adolescência (HORTA, 2011).

O espírito de fraternidade, consagrado na Declaração de 1948, vem somar-se aos valores da liberdade e da igualdade, assim sendo, a terceira geração adere-se às antecedentes, garantindo-as e ampliando seu leque de efetivação. Trindade (1991) *apud* Horta (2011, pág. 227) adverte que entre as distintas ‘categorias’ de direitos só pode haver complementaridade e não antinomia, o que revela a artificialidade da noção simplista da terceira geração de direitos humanos: os chamados direitos de solidariedade, historicamente mais recentes, segundo leciona, “interagem com os direitos individuais e sociais, e não os ‘substituem’, distintamente do que a invocação inadequada da imagem do suceder das gerações pretenderia ou pareceria

insinuar”. Além disso, declara que, “a analogia da ‘sucessão generacional’ de direitos, do ponto de vista da evolução do direito internacional nesta área, sequer parece historicamente correta”, enquanto no direito interno - constitucional, “o reconhecimento dos direitos sociais foi historicamente posterior ao dos direitos civis e políticos, no plano internacional ocorreu o contrário”.

A concepção generacional dos direitos fundamentais não implica, de modo algum, em compreender algo como uma referida sucessão geracional: “Ao longo das últimas décadas, as propostas categorizações dos direitos consagrados têm-se mostrado interligadas à consideração de seus meios adequados de implementação”; das tentativas de categorizações de direitos “a mais próxima da operação dos meios de implementação tem sido a suposta distinção entre direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais”. Supunha-se na época, que, “enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação ‘imediate’, requerendo obrigações de abstenção por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas progressiva, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado” (HORTA, 2011, pág. 227).

Uma vez incorporadas à consciência histórica, as gerações compactam-se em núcleo que pretendemos indivisível: “A Conferência de Direitos Humanos de Teerã de 1968 e a célebre Resolução 32/130 de 1977 da Assembleia Geral da ONU [...] proclamaram a indivisibilidade e a interdependência de todos os direitos humanos, à luz da unidade fundamental de concepção dos direitos humanos”. Deu-se conta, assim, de que os meios de implementação dessas categorias de direitos não teriam de ser necessariamente em todos os casos distintos. “Sem os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos teriam pouco sentido para a maioria das pessoas, e determinados direitos de caráter econômico e social revelavam afinidades com as liberdades civis” (HORTA, 2011, pág. 227 e 228).

Trindade (1991) *apud* Horta (2011, pág. 228) ensina que “estes ‘novos’ direitos não restringem, mas sim ampliam, aprimoram e fortalecem o *corpus* dos direitos humanos já reconhecidos”, revelando novas dimensões de implementação dos direitos humanos e contribuindo para clarificar o contexto social do tratamento adequado e aprimorado que “se der ao conteúdo normativo dos ‘novos’ direitos, como em particular o direito ao desenvolvimento (como um direito humano) e o direito ao meio ambiente sadio, se poderá passar no futuro próximo a um exame mais proveitoso e aprofundado das condições e dos meios de sua real implementação”.

Segundo Ferreira Filho (1999) apud Horta (2011, pág. 228) trata-se da evolução do homem e do Estado: “A doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios”. Sua primeira geração, enfrentou o problema do arbítrio governamental com as liberdades públicas, a segunda, “o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”, “a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os direitos de solidariedade”.

Citado por Horta (2011, pág. 229), Norberto Bobbio (2000) esclarece que a gênese histórica de direitos é um processo em constante devir, pois, desde a sua primeira aparição no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem teve grande avanço- embora entre conflitos e limitações. “Mesmo que a meta final, uma sociedade de livres e iguais, não se tenha cumprido, foram percorridas várias etapas, em relação às quais já não será possível retroceder tão facilmente”.

De acordo com Perez Luño (1995) apud Horta (2011, pág. 230) “a positivação dos direitos fundamentais é produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento, no plano técnico, dos sistemas de positivação e o paulatino afirmar-se, no terreno ideológico, das ideias de liberdade e dignidade humanas”.

Finalmente, no que concerne à consagração dos direitos fundamentais de terceira geração, assevera Cançado Trindade (1991), citado por Horta (2011, pág. 230), que “não há qualquer impossibilidade lógica ou jurídica de se continuar avançando, concomitantemente, na busca, no plano substantivo, da consagração de um núcleo universal de direitos inderrogáveis” e, no plano processual da implementação – “à luz da concepção da indivisibilidade dos direitos humanos” – “cada vez mais eficaz e aprimorada dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Portanto, “A consideração da possível expansão do núcleo dos direitos inderrogáveis afigura- se certamente como passo recomendável para um futuro próximo”.

6.3 Adoção do estado (social e) democrático de direito pelo Brasil

Com a finalidade de tratar da adoção do Estado (Social) Democrático de Direito pelo Brasil, é cabível, neste momento, traçar considerações elaborando seu caminho na história, abordando o seu surgimento e as mudanças que sofreu até chegar ao referido Estado adotado na Carta Magna de 1988.

Conforme ilustra Iris Kammer (2003), lastreado no vigor da soberania popular e com intuito de superar as dificuldades sociais e regionais, baseado na instauração de um regime

democrático que realize a justiça social, nasce o Estado Democrático de Direito, que tal qual o Estado Liberal de Direito, traz como características básicas a submissão às leis, a divisão de funções estatais, bem como o enunciado e a garantia dos direitos individuais, buscando, sobretudo, a justiça social e a autêntica participação democrática do povo em seu processo político, respeitando sempre as diferenças estruturais existentes entre as pessoas, tais como etnias, diferentes crenças e cultura, situação social e etc.

O Estado Democrático de Direito vem calcado não apenas na obediência em seu âmbito de atuação à legalidade, mas também e principalmente, na existência da necessidade de legitimidade de suas decisões. Esta legitimidade só é alcançada quando respaldada pela vontade do povo, o que se dá mediante a participação na formação da vontade estatal, individualmente, ou por meio de organizações sociais ou profissionais, isto porque, é a participação que proporciona à população a oportunidade de manifestar livremente sua própria vontade (KAMMER, 2003).

De acordo com Iris Kammer (2003), a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, erigiu o Brasil a Estado Democrático de Direito, fazendo valer, assim, para o nosso país, os princípios e regramentos acima mencionados, envolvendo essa caracterização. Para a perfeita garantia da transformação e manutenção do Brasil como Estado Democrático de Direito, a Carta Magna afirmou que todo poder emana do povo, podendo ser exercido diretamente por este ou por representantes, e determinou, como sendo fundamentos básicos a serem respeitados por nossa República Federativa, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político.

Ives Gandra da Silva Martins (1985) leciona no que tange à separação de poderes no Brasil, que no período imperial o país possuía quatro poderes. A monarquia, no regime parlamentar de governo, assim era considerada. O Imperador, Chefe do Estado e da nação, constituía-se no poder moderador.

Discorre o doutrinador (1985) que a insurreição republicana e a Constituição de 1891 aboliram não só a monarquia e o regime parlamentar de governo, assim como, o decorrente poder moderador. Desde 1981 e pelas demais Constituições, o país hospeda o exercício do poder pela fórmula montesquiana. São três os poderes nacionais, a saber, o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A constituição é rígida nas atribuições de cada um, não permitindo exceções a não ser aquelas expressas no próprio texto maior, rigidez essa, que não permite sequer a acumulação de funções. O doutrinador ainda aduz que a separação dos poderes objetiva faz com que seu exercício decorra de autorização popular.

José Ostom Damasceno (2008) elucida que no que diz respeito ao princípio da separação dos poderes, este sempre ocupou lugar de relevo no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, a qual adotou a separação quadripartite de Poderes, conforme a formulação de Benjamin Constant: Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário. O supracitado autor (2008) esclarece que adicionou-se à clássica tripartição, um quarto poder, o Moderador (arts. 98 e seguintes), conferido ao Imperador, ao qual também era confiada a chefia do Poder Executivo (arts. 102 e seguintes), o que desequilibrou totalmente a relação entre os Poderes, com nítida prevalência do Poder Executivo, exercido pelo Monarca.

Christian Edward Cyril Lynch (2010) aduz que a grande preocupação de Benjamin Constant era com a estabilidade do poder. Liberal, desejoso de saudar as grandes conquistas da Revolução de 1789, excluindo cuidadosamente a herança do Terror, Constant afirmava que apenas a aceitação de limitação da soberania popular poderia impedir o desrespeito aos direitos fundamentais. O Poder Moderador teria aí o papel fundamental de impedir que os outros três poderes, entrando em choque, levassem uns aos outros de vencida, assegurando a estabilidade do Estado liberal e os direitos civis e políticos dos cidadãos.

Em consonância com Soares de Pinho (1961), o Poder Moderador, pensado por Benjamin Constant, “[...] seria destinado a estabelecer o equilíbrio entre os demais poderes e exercido pelo Imperador [...]”, ou, ainda, “[...] seria a chave de toda organização política, ou melhor, o fecho da abóbada, a cúpula do governo”.

Soares de Pinho (1961, pág. 27) explana que

a divisão de poderes nunca se dissociou da ideia da sua interpenetração, do seu equilíbrio, da sua harmonia, não podendo ser tida como absoluta e desintegradora. E teve sempre em vista, no consenso unânime dos que a adotaram, a limitação do poder em benefício da liberdade individual.

Acrescenta ainda que

Nem seria lícito imaginar-se que o Estado, destinado a servir ao homem, e sua criação, fosse organizado e funcionasse de tal modo que o absorvesse e o oprimisse, como ocorre nos regimes absolutistas e totalitários [...]

A divisão da Assembleia Geral, órgão do Poder Legislativo, em duas Câmaras, como ainda hoje ocorre, já inclui nesse ramo um dos processos de interpenetração, exercendo a ação frenadora através da qual se visa a alcançar o desejado equilíbrio (Soares de Pinho, 1961, pág. 27).

Segundo Paulo Bonavides (2011), o princípio da separação de poderes se inaugura no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do

poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal. Leciona que o teor programático das cláusulas distributivas dos poderes ressalta-se patente no texto das ditas Constituições, que não se cingem a montar todo o esquema do poder estatal naquele princípio, proibindo um poder de jamais exercer as atribuições de outro poder.

Ainda elucida que, ao decidir-se pela forma republicana de governo, o Estado Brasileiro aderiu ao princípio da separação de poder na melhor tradição francesa, a de Montesquieu, com explicitação formal. A Constituição republicana de 1981 dispunha no artigo 15 que: “são órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes”. A Constituição de 16 de julho de 1934 manteve o princípio nos seguintes termos: “art. 20. São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. A Constituição de 18 de setembro de 1964 não se afasta da tradição republicana: “art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 em seu art. 60 reproduz o princípio: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Finalmente, a Constituição de 05 de outubro de 1988 tem redação quase idêntica: “art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BONAVIDES, 2011).

Conforme ensina Oliveira (2004), a Carta Magna reserva ao princípio da separação de poderes a sua inviolabilidade pelo art. 60 § 4º, III, considerando-o como cláusula pétrea. Assim, o instituto da separação de Poderes não poderá ser eliminado ou mitigado por meio de Emendas à Constituição. Acrescenta que, no entanto, a Constituição Republicana de 1988, no entanto, manteve o princípio com o enunciado um pouco diferente. O texto obteve aprovação no segundo turno sem a cláusula “independes e harmônicos entre si”, pois se adotava o regime parlamentarista de governo, no qual há mais colaboração entre os Poderes do que separação independente.

6.4 Constitucionalismo Brasileiro

De acordo com Ivo Dantas (1993), nenhum texto constitucional, assim como qualquer norma jurídico-positiva, é elaborada de forma isolada, sem vinculação alguma com as ideias e os “modelos” antecedentes, tanto a nível interno como estrangeiro. Em outras palavras: as ideias políticas e os modelos constitucionais desempenham forte influência e “inspiração” no preparo de uma nova Constituição, ou de sua reforma, o que, por isto só, justifica a

importância dos estudos de História Constitucional e Direito Constitucional Estrangeiro, este último sob o enfoque do Direito Comparado.

Se tal afirmativa é válida para todas as épocas, muito mais o será nos dias atuais, onde os meios de comunicação difundem ideias e paradigmas de forma instantânea, fazendo com que os sistemas jurídicos apresentem entre si traços comuns. Evidentemente, isto não significa renúncia aos condicionamentos sociais, políticos, linguísticos e geográficos que configuram cada sociedade e, conseqüentemente, informam os conteúdos de cada ordenamento (Dantas, 1993).

Ivo Dantas (1993) leciona que a História Constitucional brasileira está repleta de exemplos que comprovam a presença do fenômeno da Recepção Legislativa em suas duas perspectivas, quais sejam, a recepção interna e a recepção externa. No plano da recepção interna, surge um dos problemas mais delicados da Teoria do Direito Constitucional, o das relações entre a nova Constituição e aquela que lhe antecedeu, matéria esta que é objeto das denominadas Disposições Constitucionais Transitórias. Neste particular, a Constituição de 1891, apesar de transformar a forma monárquica, unitária e parlamentar em forma republicana, federal e presidencialista, consagrou em seu texto (art. 83) que “continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explícita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados” (DANTAS, 1993).

Dantas (1993) esclarece que idêntico comportamento foi adotado pela Constituição de 1934 (art. 187) e pela Carta Política de 1937 (art. 183), enquanto que os textos de 1946, 1967 e o atual de 1988 não explicitaram o princípio da continuidade das leis. Neste sentido, a Constituição de 05.10.88 (art. 34 parágrafo 5º do ADCT), ao dispor que o sistema tributário nela concebido entraria em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao de sua promulgação, assegurou a aplicação da legislação anterior, evidentemente, no que não fosse incompatível com o novel sistema constitucional.

A propósito, oportuna se faz a lição de Raul Machado Horta na conferência-artigo “Estrutura, Natureza e Expansividade das Normas Constitucionais”, onde doutrina que “a ausência de norma constitucional expressa, consagrando o princípio da continuidade das leis compatíveis com o novo ordenamento, não deve conduzir o intérprete a concluir pela sua negação” (“Revista da Faculdade de Direito” da Universidade Federal de Minas Gerais, outubro de 1991, p. 14. *apud* DANTAS, 1993).

A História Constitucional Brasileira é rica de exemplos de recepção externa. Pelo texto de 1824, dentre muitos outros, podemos fazer referência ao Poder Moderador, nele

consagrado graças às ideias difundidas por Benjamin Constant, já que, originariamente, foi produto do pensamento de Clermont Tonnere. Na Constituição de 1891 (primeira de nossa agitada vida republicana), não só no tocante à forma do federalismo, mas, igualmente, em diversos outros pontos, dos quais cabe destacar a estrutura do Supremo Tribunal Federal, fez-se presente o modelo norte-americano (DANTAS, 1993).

Em 1934, na esteira do que já acontecia na Europa desde 1917, com a Constituição Mexicana (“La Primera Constitución Político-Social dei Mundo” no dizer de Trueba Urbina), depois seguida pela de Weimar (1919), ingressamos na fase do denominado constitucionalismo social, expressão do Estado Social Democrático, suspenso pelo texto de 1937 que marcou, sem dúvida, um retrocesso só interrompido com a Constituição de 1946. Mesmo assim, durante o Estado Novo, não fugimos à regra da recepção legislativa, e os modelos oriundos dos denominados Estados Fortes europeus (Alemanha, Itália, Espanha e Portugal) se fizeram presentes, sobretudo, no exemplo do Decreto-Lei, instituto criado pelo constitucionalismo italiano, aqui adotado (DANTAS, 1993).

Com a Constituição de 1946 fica interrompida a fase por nós denominada de constitucionalismo aparente, voltando-se ao modelo de 1934, o qual vigorou até o movimento de 1964, quando, então, “em nome do combate à inflação e ao comunismo”, as Forças Armadas impuseram-nos dois textos (1967 e 1969) que, contudo, e por quase todo o período de sua vigência, estiveram subordinados à existência de Atos Institucionais e Complementares (DANTAS, 1993).

Finalmente chegou-se à vigente Constituição de 05 de outubro de 1988, resultado de um processo de sedimentação histórica que se iniciou com a Campanha das Diretas-Já, culminando com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, através de Emenda Constitucional (nº 26), oriunda do Poder Executivo.

6.5 Constituição principiológica

A Lei Maior de 1988 tem a relevância de uma Constituição principiológica, a primeira no país provida do mais alto teor e grau axiológico de normatividade. Portanto, se fez introdutória do novo Direito Constitucional contemporâneo, baseado sobre a juridicidade dos princípios, auferindo, pelas prescrições do art. 5º, aplicabilidade imediata. Tais princípios e direitos deixam, por conseguinte, de ser normas programáticas, cuja eficácia ficava relegada às calendas gregas, como costumava acontecer no Constitucionalismo antecedente. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2011) elucida que é, portanto, dos princípios, o lugar hegemônico e

culminante que eles doravante ocupam no espaço normativo das Constituições, designadamente, na chamada Constituição-cidadã de 1988.

Do ponto de vista teórico, no domínio da positividade formal, nenhum Estado constitucional brasileiro, do Império à República, foi tão longe em matéria de liberdade, igualdade e justiça, quanto este que se instituiu no país com a promulgação da Constituição de 1988 (BONAVIDES, 2011).

O “Preâmbulo”, parte positiva e não meramente programática da Carta Constitucional de 1988, refere-se à instituição de um Estado Democrático, no qual se condensam todos os valores substanciais constitutivos das dimensões ou gerações de direitos fundamentais que fazem a contextura da Democracia participativa, em seu mais alto grau de realização e legitimidade. Ele ainda afirma, que esse Estado Democrático abraça os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e isenta de preconceitos (BONAVIDES, 2011).

Paulo Bonavides (2011) ensina que a sinopse teórica da Democracia participativa consta, por conseguinte, da transcrição literal do texto introdutório da Carta Magna e aufere um reforço taxativo de normatividade específica da nossa ordem republicana e federativa, com o acréscimo qualificativo de Estado (Social e) Democrático de Direito, constante do art. 1º. cinco os fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, na sua qualidade de Estado (Social e) Democrático de Direito: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Segundo o autor, logo a seguir, se chega ao parágrafo único do sobredito artigo, com a definição principiológica que trasladou para o texto a essência democrática e operativa desse Estado Constitucional: Estado fundado, por inteiro, sobre a Democracia e o Direito. Com efeito, consta o texto que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BONAVIDES, 2011).

6.6 O sistema organizacional do poderio do Estado na Constituição Republicana de 1988

No que diz respeito ao sistema organizacional do poderio do Estado na Constituição Federal de 1988, José Carlos Cal Garcia (1989) ensina que o poder do Estado é uno e indivisível, mas a ele correspondem diferentes funções que, exatamente por serem diferentes e tendo em vista o racional exercício desse poder, ensejam a divisão tripartite consagrada por Montesquieu. O autor ainda leciona que a ordem de fixação de tais poderes não é arbitrária, ensejando a sequência: Legislativo, Executivo e Judiciário. Ele ressalta que a célebre tripartição clássica existe para que todo o poder não fique concentrado em um só organismo,

portanto, as suas funções são separadas, mas devem conviver de modo harmônico.

Passar-se-á a tratar de cada um dos poderes supracitados, começando pelo Poder Legislativo. Na Constituição Federal de 1988 consta que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara Federal e o Senado Federal. Assim, a composição do Poder Legislativo, manteve-se fiel à tradição do direito constitucional brasileiro, adotando o bicameralismo, preservando o entendimento de que a Câmara Federal representa o povo e o Senado Federal representa os Estados.

A Constituição estabeleceu o sistema proporcional para a composição da Câmara Federal, estabelecendo o mínimo de oito deputados e o máximo de setenta por Estado. Tal proporcionalidade é atribuída pela Justiça Eleitoral, levando em conta a população e na forma estabelecida em lei complementar. Cada território, porém, terá quatro deputados. Já para o Senado da República, a eleição é majoritária e a representação dos Estados-Membros e do Distrito Federal é paritária, isto é, o número de senadores é invariável: três em cada Estado e no Distrito Federal. O mandato é de oito anos com renovação, a cada quatro anos, alternadamente, por um e dois terços; cada senador tem dois suplentes (GARCIA, 1989).

Garcia (1989) aduz que no que concerne às atribuições do Congresso Nacional, a Constituição extremou as competências que necessitam da sanção do Poder Executivo das em que a participação executiva não é exigida, de outra parte, separou, nitidamente, as atribuições de cada uma das Casas do Parlamento. Segundo o autor, a primeira das grandes inovações do texto constitucional, relacionadas com o retorno das prerrogativas do Parlamento, é a inclusão da competência privativa do Congresso Nacional, independentemente de sanção presidencial, do poder de controlar e fiscalizar atos do Executivo, inclusive da Administração indireta.

Destaca-se entre as novas prerrogativas, a de determinar a realização – sempre que necessário–, de *referendum* popular para aprovação de emendas ou reforma da Constituição e leis. O referendun deve ser autorizado pelo Congresso Nacional na forma do que for disciplinado em lei complementar, prevista no parágrafo único do art. 59. Outra prerrogativa estabelecida, é atinente à iniciativa da lei que conceder anistia, cuja iniciativa, passa a ser também do Legislativo, com a sanção do Presidente da República (GARCIA, 1989).

A restauração da dignidade das Comissões Parlamentares de Inquérito – com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais–, também é relevante: Elas podem ser criadas em qualquer das casas do Legislativo, em conjunto ou separadamente, por um terço dos seus membros para a apuração de fato determinado e por prazo certo. As suas conclusões, se for o caso, devem ser encaminhadas ao Ministério Público, para os fins de direito (GARCIA, 1989).

José Carlos Cal Garcia (1989) expõe que no que diz respeito ao processo legislativo a Constituição preferiu dar em disposições gerais as diretrizes, deixando ao legislador complementar sobre a técnica de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Mas não se omitiu no definir quais os degraus que o processo legislativo compreende. São eles: as Emendas à Constituição, as Leis complementares, as Leis ordinárias, as Leis delegadas, as Medidas Provisórias, os Decretos legislativos e, as Resoluções.

No que concerne à emenda constitucional o Texto Maior aumentou a legitimidade para a iniciativa, fixando que a Constituição poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara Federal ou do Senado da República; do Presidente da República; de mais da metade das Assembleias Legislativas, manifestando-se, cada uma delas, por maioria relativa dos seus membros. O texto aumentou o número de matérias proibidas de tramitação como emendas à Constituição: A forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Permaneceram as exigências de votação, em dois turnos, em cada Casa do Congresso, e aprovação por três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas (GARCIA, 1989).

Por fim, uma das mais importantes funções do Legislativo, qual seja a fiscalização financeira do Poder Executivo, foi tratada de forma abrangente no texto. Foram explicitados novos mecanismos para o relacionamento entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas, principalmente através das Comissões Permanentes que a passam a ter função fiscalizadora na sua área específica de atuação (GARCIA, 1989).

No que diz respeito ao Poder Executivo, o mesmo é exercido pelo Presidente da República – auxiliado pelos Ministros de Estado; a sua eleição dar-se-á por maioria absoluta de votos em primeiro turno. No segundo turno, deverão concorrer os dois candidatos mais votados; em caso de empate na segunda colocação, qualificar-se-á o mais idoso para a disputa no segundo turno; o candidato eleito será o que obtiver a maioria dos votos válidos (GARCIA, 1989).

A ordem de sucessão, em caso de impedimento ou de vaga, nos cargos de Presidente e vice-presidente é a mesma adotada no regime anterior. É prevista, contudo, eleição, no prazo de noventa dias da última vaga, em caso de vacância dos cargos do Presidente e vice-presidente da República, salvo se o fato ocorrer nos dois últimos anos do mandato presidencial, hipótese em que a eleição será realizada, trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma determinada em lei. Os eleitos em tais circunstâncias complementarão, sempre, o período dos antecessores (GARCIA, 1989).

A Constituição diz que é crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios à Lei Fundamental, destacando, ainda, os praticados contra a existência da União, contra o livre exercício dos demais Poderes, do Ministério Público e dos poderes constitucionais das unidades da Federação, contra a segurança interna do País, contra a probidade na Administração, contra a lei orçamentária e contra o cumprimento das leis e decisões judiciais. Existe a previsão de que lei especial defina tais crimes e estabeleça as normas de processo e julgamento (GARCIA, 1989).

Garcia (1989) elucida que nos crimes comuns e de responsabilidade, se recebida a denúncia ou queixa pelo Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República será afastado das funções, sendo que este último ocorre apenas após a instauração do processo pelo Senado Federal. Tal afastamento cessará no prazo de cento e oitenta dias se o julgamento não for concluído, mas o processo continuará regularmente. Somente em caso de sentença condenatória, nos crimes comuns, é que o Presidente estará sujeito à prisão (§3º, art. 86, CF).

Finalmente, no que tange ao Poder Judiciário, segundo José Carlos Cal Garcia (1989), na Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal ficou, explícita e precipuamente, com a guarda da Constituição. Assim, a competência do Supremo Tribunal Federal foi modificada. É de sua competência originária o processo e julgamento de todas as causas em que todos os membros da magistratura sejam, direta ou indiretamente, interessados, e aquelas em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam, direta ou indiretamente, interessados (GARCIA, 1989).

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a Constituição avançou consideravelmente. Acabou com o monopólio do Procurador-Geral da República no que respeita à legitimidade ativa para a ação direta. Além de estabelecer que compete ao Supremo, originariamente, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e dispôs quem é parte legítima para propô-la: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, ou, Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (GARCIA, 1989).

É obrigatória, em qualquer hipótese, a oitiva do Procurador-Geral da República na ação de inconstitucionalidade, bem como em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. O Advogado-Geral da União, na ação direta de inconstitucionalidade, deverá ser citado, previamente, para defender o ato ou texto impugnado (GARCIA, 1989).

Garcia (1989) esclarece que o Superior Tribunal de Justiça, criado pela estrutura prevista na Constituição, tem a grave e relevante atribuição de zelar pela unidade do direito federal e fazer com que os conflitos tenham um fim mediante decisão jurisdicional conclusiva. Não se trata, à evidência, como alguns procuram insinuar, de uma terceira instância, mas de um tribunal da federação para zelar pelo direito federal. Sua competência foi subdividida em três: Processo e julgamento originariamente, julgamento de Recurso ordinário, julgamento de Recurso Extraordinário. A competência para o julgamento originário abrange:

- a) A ação direta de inconstitucionalidade de lei, ato normativo estadual ou federal e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) Nos crimes comuns, o Presidente da República e seu vice, Seus Ministros, os membros do Congresso Nacional e o Procurador-Geral da República; nos crimes comuns e nos de responsabilidade, Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais de Contas da União, os membros dos Tribunais Superiores e os chefes de missão diplomática de carácter permanente;
- c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do Presidente da República, das Mesas do Congresso Nacional, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do STF; de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal; o *habeas corpus*, quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas já mencionadas;
- d) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- e) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- f) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- g) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- h) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

j) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

k) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

l) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

m) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

n) 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;

o) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

O julgamento recursal ordinário será da competência do Tribunal quando se tratar de *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, e o crime político. O recurso extraordinário terá cabimento quando se tratar de causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais, ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, se a decisão recorrida: Contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, Julgar válida lei local contestada em face de lei federal (GARCIA, 1989).

A Constituição define como órgãos da Justiça Federal os Tribunais Regionais Federais⁷⁴ – que nasceram da necessidade sentida de descentralizar a Justiça Federal e evitar o acúmulo de causas pendentes de julgamento no Tribunal Federal de Recursos, e os juízes federais (GARCIA, 1989).

Garcia (1989) ensina que os Tribunais Regionais Federais tem competência originária para processar e julgar: os juízes federais da área de sua jurisdição, inclusive os da Justiça

⁷⁴ Os Tribunais Regionais Federais passam, assim, a ser o segundo grau de jurisdição da Justiça Federal.

Militar e do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; as revisões criminais e as ações rescisórias dos seus julgados ou dos juízes federais da região; os mandados de segurança e os *habeas corpus* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal; os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal; os conflitos de jurisdição entre os juízes federais vinculados ao Tribunal.

A Justiça do Trabalho não sofreu modificação a não ser na composição do Tribunal Superior do Trabalho, que passou a se formar com vinte e sete Ministros (GARCIA, 1989).

A estrutura da Justiça Eleitoral permaneceu íntegra: Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, juízes eleitorais e Juntas Eleitorais. Foi mantida a obrigatoriedade de o juiz servir à Justiça Eleitoral por dois anos, vedada mais de uma recondução. Assim, consecutivamente, o juiz não pode servir mais de quatro anos nos Tribunais Eleitorais. A Justiça Militar ficou estruturada com o Superior Tribunal Militar, os Tribunais e Juízes Militares instituídos em lei. A Justiça dos Estados será organizada por eles, com observância dos princípios estabelecidos na Constituição da República. A Constituição do Estado deve definir a competência dos tribunais e juízes estaduais, cabendo ao Tribunal de Justiça a iniciativa da lei de organização judiciária (GARCIA, 1989).

Sob o capítulo intitulado “Das funções essenciais à administração da Justiça”, o texto constitucional reúne a advocacia, Ministério Público e as procuradorias-gerais da União, dos Estados e do Distrito Federal, e as defensorias públicas. O advogado tem garantida, constitucionalmente, nos limites da lei, a inviolabilidade por seus atos e manifestações, dentro de um contexto geral, a norma é necessária. A Constituição, sabiamente, separou a advocacia da União, isto é, a sua representação judicial e extrajudicial das funções do Ministério Público Federal. Estabeleceu-se a Defensoria Pública como órgão incumbido da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus dos necessitados.

Por fim, no que diz respeito ao Ministério Público, tem-se que o mesmo é considerado instituição permanente, essencial à função jurisdicional, tendo como atribuições a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público é uno, indivisível, e goza de independência funcional, possui, assim, autonomia administrativa e funcional, graças à Constituição Republicana; No plano federal, é encarnado pelo Procurador-Geral da República (GARCIA, 1989).

6.7 Superação da doutrina da separação de poderes

Segundo André Ramos Tavares (2018), a doutrina da separação dos poderes serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a distribuição de seu Poder por diversos órgãos de forma exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano. Na Constituição se encontra o grau de interdependência e colaboração entre os diferentes órgãos existentes e as suas respectivas atribuições, assim, tem-se uma teoria da separação de poderes como uma específica teoria acerca do arranjo institucional desenhado em cada Estado pela respectiva Constituição.

Retomando a ideia de separação de poderes como teoria das funções, Tavares (2018) aduz que modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases supostamente mais científicas. A realidade já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, especialmente numa distribuição rígida tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários. Salienta-se, assim, a superação da doutrina da tripartição dos poderes como teoria das funções estatais.

6.8 A unicidade do poder do Estado na Constituição Republicana de 1988

Sahid Maluf (1995) ensina que no que diz respeito à unicidade do poder estatal, a essência do sistema constitucional se encontra na divisão do poder do Estado em três órgãos distintos – Legislativo, Executivo e Judiciário–, independentes e harmônicos entre si; conseqüentemente, uma Constituição que não contenha esse princípio não é Constituição. O poder de soberania é substancialmente uno e indivisível e se manifesta através desse três órgãos estatais- formalmente separados, de onde defluem três categorias diversas de manifestação típica do poder soberano: a criação de leis, a administração e a resolução de conflitos. Como observa Kelsen, há unidade do poder estatal e pluralidade das suas formas de manifestação.

A soberania é necessariamente una e indivisível, pois, o Estado é a organização da soberania, e o governo é a própria soberania em ação. O poder é um só, uno e indivisível na sua substância, não podendo haver duas ou mais soberanias dentro de um mesmo Estado, porém, é possível a existência de haver órgãos diversos da manifestação do poder de soberania. Cada órgão, dentro da sua esfera de ação, exerce a totalidade do poder soberano.

Em outras palavras, cada ato de governo, manifestado por um dos três órgãos, representa uma manifestação completa do poder (MALUF, 1995).

Explicando esse fato, Kant parodiou o dogma da Santíssima Trindade, dizendo que o Estado é uno e trino ao mesmo; a aparente confusão, pode ser facilmente desfeita se as coisas forem postas em seus devidos termos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes autônomos no sentido literal da palavra, porém, devem ser harmônicos e coordenados entre si; são em conjunto, a manifestação do poder de soberania nacional, sendo que, na esfera da sua função específica, cada um exerce a totalidade desse poder. Como o corpo humano que dispõe de vários órgãos e sentidos (visão, audição, e etc.) sujeitos ao fulcro de uma só vontade, o Estado manifesta a sua vontade - o seu Poder, através desses três órgãos que compõem a sua unidade. Cada um dos três poderes, isoladamente, sem a correlação e a integração dos outros, não chegaria a expressar o poder do Estado (MALUF, 1995).

Por isso, segundo Sahid Maluf (1995) a divisão formal e funcional - não substancial, do poder de Estado repele o significado literal do termo independente. Os três poderes só são independentes no sentido de que se organizam e funcionam separadamente, mas se entrosam e se subordinam mutuamente na finalidade essencial de compor os atos de manifestação da soberania nacional, mediante um sistema de freios e contrapesos – na expressão dos constitucionalistas norte-americanos, realizando o ideal de contenção do poder pelo poder.

6.9 Freios e contrapesos e controle de constitucionalidade

Os pensadores políticos do racionalismo ilustrado consideraram o Estado e suas funções em sentido “geométrico” buscando seu equilíbrio numa simetria que deveria existir entre os diversos focos de poder, para assim compor-se uma correta distribuição de forças: o princípio da separação dos poderes – que, no plano prático, “consistiu em organizar o funcionamento dos órgãos políticos fundamentais, de modo que a existência de um governo não comprometesse o grau de liberdade social obtido”. De modo consequente, de tanto combater o poder absoluto, chegamos ao constitucionalismo e ao nascimento do Estado de Direito (SALDANHA, 1987, pág. 114).

O princípio da separação dos poderes, como meio e mecanismo – sem tolher as atividades precípuas do organismo estatal, de limitação do poder do Estado em busca da segurança da liberdade do povo–, recebeu dos doutrinadores norte-americanos a sua melhor interpretação: o sistema de *check and balances*, adotado no Brasil sob o nome de freios e contrapesos.

O sistema de freios e contrapesos exerce no governo o papel de meio posto à disposição de cada um dos poderes para a correção do extravasamento dos limites constitucionais imposto a cada um desses na atividade prática dos poderes do Estado. Assim, segundo leciona Pinho (1961, págs. 105-106), existe como arma “precipualemente forjada para bloquear atos considerado arbitrários, abusivos, praticados com ofensas à Constituição ou às leis, prejudiciais ao interesse público, em excesso de poder ou estrita observância da norma legal, mas sem atenção a outros valores humanos e sociais”.

No esforço de contribuir ao sistema de freios e contrapesos para a solução do problema da divisão dos poderes, o direito constitucional brasileiro apresenta uma fórmula nova: a independência e a harmonia dos poderes. Sob o aspecto da independência, os poderes são distintos e autônomos, desempenhando em toda a sua plenitude, as funções que lhes são conferidas, vigora o regime da interindependência, que norteia a atuação de cada poder frente aos outros, visando assegurar a eficiência do Estado e a defesa da liberdade dos cidadãos. A harmonia entre os poderes significa a sua pacífica e livre coexistência, compreendendo-se e auxiliando-se no respeito mútuo à área de atribuição de cada qual, onde não são admitidas invasões ou usurpações: lado a lado “os poderes se dirigem para o mesmo fim e sabem que o fazem” (SÁ FILHO, 1959, pág. 40).

Compondo a relação entre a independência e a harmonia dos poderes, conferida a função própria a cada órgão do Estado, encontra-se “a interferência de uns nas atribuições específicas dos outros” – “o que constitui um dos aspectos de maior importância nas relações recíprocas, posto ser o que melhor caracteriza a colaboração entre eles”, e o desempenho de diversa atribuição que, a título principal, pertence a outro órgão (PAULO DOURADO GUSMÃO, 1957, *apud* SÁ FILHO, 1959, pág. 41).

Sá Filho (1959, pág. 41) declara que “essa ingerência mútua não configura exceção ao princípio da divisão dos poderes, senão a sua forma evoluída, da separação para a cooperação”. Assim, um poder intervém na esfera de atribuições dos outros, “para melhor assegurar o seu entrosamento ou vinculação, em benefício do escopo comum”. Assinala ainda, considerando os numerosos casos de ingerência dessa natureza, que sob esse aspecto as relações entre os poderes são de duas ordens: retificativas, que “corrigem, censuram, impugnam, desaprovam, aquiescem, placitam”, ou ratificativas; apresentando como exemplo de uma e outra o “o veto e a sanção das leis, que frisam a participação do Executivo na tarefa legislativa”.

Apesar da distribuição das competências entre os vários ramos e diferentes níveis do poder trazer à tona “oportunidades e mecanismos que se traduzem por outros tantos fatores de

limitação e correção”, apenas a sua aplicação não assegura o impedimento da sobreposição de um poder sob o outro, fazendo-se necessário uso de um meio, que mantenha a racionalidade e contenha o possível arbítrio entre eles: a Jurisdição Constitucional (PINHO, 1961, pág. 106).

Baracho (1984, pág. 98) ensina que a “Jurisdição Constitucional é compreendida como a parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado”; cita F.J.Galvez Montes, para quem essa, “refere-se a uma típica forma processual, que compreende o processo, que recolhe matéria constitucional ou que tem por objeto este assunto” (MONTES, 1974, “El Control de la Constitucionalidad em España, La España de los Años 70” *apud* BARACHO, 1984, pág. 98).

Portanto, a Jurisdição Constitucional é tomada no sentido de atividade jurisdicional – vinculada à uma demanda, cujo objetivo é verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição, para resguardá-la, desde que esses tenham violado as formas impostas pelo texto constitucional ou estejam em contradição com seus preceitos, pelo que para a declaração de sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade se faz imprescindível a colaboração de órgão de outro poder, visto que, por si só, é impotente ⁷⁵.

Ensina Baracho (1984, pág. 101-102) que o Estado democrático e social – também qualificado como Estado de Justiça–, propiciou a nova fase da consagração da justiça constitucional. Esclarece que a preferência do uso da expressão “Justiça constitucional” entre todas àquelas que designam os instrumentos de garantia dos dispositivos constitucionais denota “uma opção de caráter preponderantemente axiológico, inerente aos mecanismos examinados”; assim, “a efetividade das normas fundamentais depende das bases de organização e funcionamento dos organismos de poder, mas, também, de princípios valorativos supremos”.

A ideia de uma justiça constitucional é bem antiga, porém, a sua estruturação através de mecanismos próprios para sua efetivação- mesmo que de maneira pragmática, teve origem na Constituição dos Estados Unidos, cujos autores, apesar de não terem ideias definitivas sobre a justiça constitucional, desenvolveu-a por via jurisprudencial, o chamado *judicial review of legislation*. No entanto, em seu significado preciso, a jurisdição constitucional surge com a Constituição Austríaca de 1920, considerando-se Hans Kelsen “o inspirador do sistema e fundador de uma nova disciplina: o Direito Processual Constitucional”, pois defendia a

⁷⁵ ESPIELL, Héctor Gros. *La Jurisdicción Constitucional em el Uruguay*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, n.º 35, maio./ago., 1979, p. 433 *apud* Baracho, 1984, pág. 98; Pinho, 1961, pág. 94.

necessidade e criação de tribunais constitucionais, contra a posição até então adotada: deixar-se a “tutela das disposições constitucionais a um órgão político especial, como o Senado Conservador da Constituição francesa de 1799, inspirado por Sieyès”⁷⁶.

Apesar das discussões doutrinárias revelarem que não existe acordo no que concerne à natureza da justiça constitucional, que pode ser como “função não jurisdicional”, mas substancialmente legislativa, ou “órgão constitucional”, que está fora e acima da tripartição dos poderes do Estado, Baracho considera a definição de sua natureza “de grande relevo para a própria estruturação do Estado Contemporâneo e para a defesa das liberdades fundamentais do cidadão, em qualquer setor que venha a realizar suas atividades e pronunciamentos”: “função jurisdicional, levada de maneira ordenada para a defesa dos princípios e normas constitucionais”, sendo assim, nas palavras de Cappelletti, jurisdição constitucional da liberdade (BARACHO, 1984, págs. 08, 107 e 113).

A jurisdição constitucional tutela a regularidade constitucional do exercício ou atividades dos órgãos constitucionais, fazendo valer, ao mesmo tempo, “as situações jurídicas subjetivas do cidadão, previamente consagradas no texto constitucional” (BARACHO, 1984, pág. 113).

Assim sendo, o seu desenvolvimento apresenta particularidades vinculadas à sua importância na moderna organização estatal, através de suas repercussões jurídicas e políticas, das quais destacam-se: a superação da primitiva concepção mecanicista da separação de poderes, com a preferência pelo sistema dos *check and balances* e a difusão de estruturas constitucionais rígidas com a descentralização interna - em bases federais ou regionais. Isso posto, assegurar o controle de constitucionalidade das leis permite, também, o equilíbrio dos distintos centros de Poder, dentro do pluralismo institucional (BARACHO, 1984).

6.10 Declínio e reavaliação do princípio da separação de poderes no Brasil

Quando o poder pendia entre governantes – que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais–, e o povo – que representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos–, fez-se historicamente necessária a separação de poderes.

⁷⁶ PRÉLOT, Marcel e BOULOUIS, Jean. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1972, 6.^a ed., p. 360 *apud* Baracho, 1984, pág. 103.

Preconizada como o melhor remédio para a garantia das liberdades individuais, que alcançavam na organização do Estado constitucional amplitude de valores absolutos, a separação de poderes, com sua discriminação de competências entre poderes deliberadamente divididos e enfraquecidos, servia de meio para impedir toda a possibilidade de abuso de poder.

Com o desaparecimento da ameaça da volta do Estado ao absolutismo da realeza, e a passagem da valoração política do plano individualista ao plano social, acabaram-se as razões de manter-se um princípio que “paralisava a ação do poder estatal e criava consideráveis contrassensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada”, resultando na criação técnicas de controle como corretivos para o rigor e a rigidez da separação de poderes – que desencadeou na perda da autoridade e prestígio do princípio da separação de poderes (BONAVIDES, 1986, págs. 87 e 88).

Desta forma, numa época em que “o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu”, não há lugar para a prática rigorosa do princípio da separação de poderes, desaparecendo com essa prática os valores políticos cardiais que a inspiraram. Por conseguinte, o princípio passou a valer unicamente como “técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados” – modernamente, através da técnica horizontal da separação de poderes e da técnica vertical do federalismo, nunca mais podendo valer em termos de incomunicabilidade, mas sempre em cooperação, harmonia e equilíbrio, sem qualquer linha que marque uma separação absoluta ou intransponível (BONAVIDES, 1986, págs. 85 e 89).

Coste-Floret *apud* Bonavides (1986, pág. 89), relator de um projeto constitucional na França, resume eximamente o presente estado da doutrina de separação de poderes, ao declarar:

Pois que é indubitável que a soberania é una, é impossível admitir com sistema presidencial que existem três poderes separados. Mas porque a soberania é una, não é preciso concluir que todas as funções do Estado devem ser necessariamente confundidas. Para realizar uma organização harmoniosa dos poderes públicos, é preciso ao contrário construí-los sobre o princípio da diferenciação das três funções do Estado: legislativa, executiva, judiciária. Para tomar de empréstimo uma comparação simples à ordem biológica, é exato por exemplo que o corpo humano é uno e todavia o homem não faz com os olhos o que tem o hábito de fazer com as mãos. É preciso que ao princípio da unidade orgânica se junte a regra da diferenciação das funções. Há muito tempo que a regra da separação dos poderes, imaginada em outros tempos por MONTESQUIEU como um meio de lutar contra o absolutismo monárquico, perdeu toda a razão de ser.

De fato, não estamos mais expostos à ameaça da separação rígida dos poderes do Estado, no entanto, ao adotarmos a separação dos poderes ao estilo norte-americano, *check and balances*, expomos o nosso Estado de Democrático de Direito a sérios riscos, pois o relacionamento entre os poderes não depende apenas de sua natureza, mas da mentalidade e procedimento daqueles que os exerce.

Os políticos democráticos, mais interessados na vitória nas eleições do que na efetivação das liberdades individuais e na conservação da racionalidade e liberdade pública do Estado, aproveita-se da ignorância, da pobreza e do preconceito vividos pelos indivíduos que compõem a população brasileira, para minar a administração pública imparcial e perseguirem os seus objetivos, assim como, os objetivos da classe à qual representa. Assim, a despeito das atribuições dos diferentes poderes do Estado estarem perfeitamente demarcadas nos termos da sua comissão no texto da Constituição Republicana, presenciamos, periodicamente, diversos casos de tentativa de usurpação de função e sobreposição de poder dos mais fortes sobre os mais fracos - o que demonstra a hegemonia de um sob os outros, levando à afirmação de que o princípio da separação do poderes do Estado presente na doutrina e em nossa Constituição, constitui um ponto morto em nossa realidade política.

O Estado brasileiro não fugiu ao panorama das democracias modernas, tendo, constantemente, em seu seio, a luta pela supremacia, travada, entre o Congresso e o Presidente da República, representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo, respectivamente. Essa luta estimula crises de governabilidade em tempos de impasse e compromete a separação dos poderes – que se funda na lógica especialização funcional, que, ao contrário de encorajar um arranjo normativo marcado pela diversidade e combinação de ideias, “hipertrofia a politização da administração pública” (ACKERMAN, 2009, pág. 96). Duas formas são aplicadas para a resolução do impasse entre poderes opostos: o ataque direto ao outro poder, e, o regime do suborno e da corrupção.

O ataque direto a outro poder se dá por meio do abuso do limite em que se encontra a sua legitimidade, implementando suas ideias por meio de atos normativos pertinentes à função exercida, valendo-se de sua autoridade. Essa forma pode ser identificada através da análise da origem, da intenção ao momento da criação de diversos atos normativos, de seu texto integral e da discussão doutrinária a seu respeito – que revelam, inúmeras vezes, o seu surgimento em prol do benefício de seus proponentes e aliados, e a sobreposição de um dos poderes sobre o outro ou os outros.

A esse abuso de poder, não há outro remédio possível senão a provocação do Supremo Tribunal Federal (STF) - nosso órgão político de jurisdição constitucional firmado como garantidor das normas constitucionais diante de violações, por meio de processo especial, para assegurar o controle de constitucionalidade⁷⁷ de tais atos normativos, proporcionando, assim, o equilíbrio entre os distintos centros de poder e sua manutenção, dentro do pluralismo institucional do Estado brasileiro. Esse aspecto adotado pelo regime que praticamos – pesos e contrapesos–, é criação original norte-americana, e equivale ao seu *judicial review of legislation*. A ampla competência deixada ao Supremo Tribunal Federal para o controle de constitucionalidade dos atos normativos do Presidente da República e das comissões diretoras da duas casas do Congresso, declara a inexigibilidade ou inoperância deste, porém, a força de sua decisão é, por si só, impotente, fazendo-se imprescindível a colaboração do Legislativo para que se efetive a suspensão de sua execução (PINHO, 1961).

O regime do suborno e da corrupção – o problema da contemporaneidade brasileira–, se dá por meio da corrupção e influência dos membros de um poder sob o outro, através da distribuição de benefícios aos membros desta, que vão desde pensões e subsídios até à oferta de cargos públicos. Custoso se faz a identificação dessa forma, pois ela depende da denúncia de tal prática a órgão de controle administrativo, como a Ouvidoria do Governo Federal, que monitora a utilização dos recursos públicos e a obediência às leis, ou a órgão judicial, como o Ministério Público (MP) no âmbito estadual, e o Ministério Público Federal (MPF) no âmbito federal, que, assim como os órgãos de controle administrativo podem monitorar a utilização dos recursos públicos e a obediência às leis, assim como, utilizar a proposta de colaboração premiada⁷⁸, técnica que consiste em oferecer benefícios àquele que confesse e preste informações úteis ao esclarecimento de fato delituoso - o que pode, inclusive, trazer à tona novo delito.

Também para os casos de foro especial por prerrogativa de função em crimes cometidos pelo Presidente da República, seu vice, Ministros de Estado, Senadores, Deputados federais, comandantes das Forças Armadas e ministros deste próprio tribunal; do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos casos de foro especial por prerrogativa de função em crimes cometidos por Desembargadores e Governadores; dos Tribunais Regionais Federais, nos crimes cometidos por Prefeitos e Juízes federais que envolvem recursos federais; e, dos

⁷⁷ O controle de constitucionalidade funciona como um segundo filtro aos riscos de violação dos preceitos constitucionais.

⁷⁸ Essa técnica de investigação ganhou notoriedade popular no Brasil em meados de 2015 ao ser utilizada pela equipe do Ministério Público Federal do Paraná, chefiada pelo procurador Deltan Dallagnol na Operação Lava-jato.

Tribunais de Justiça, nos casos de foro especial por prerrogativa de função em crimes cometidos por membros do Ministério Público, Prefeitos, Deputados estaduais e membros dos Tribunais de Contas; e aguardar o seu devido julgamento não há outro remédio possível senão a suscitação do Supremo Tribunal Federal (STF).

No entanto, apesar do único remédio para esse abuso de poder depender de seu julgamento por algum tribunal, existem dois meios, na maioria das vezes, eficazes, para nos prevenir que de os políticos e funcionários de determinado poder desalinhem os objetivos racionais do Estado através da corrupção: A sua escolha após investigação de sua vida pregressa e de suas capacidades no que se refere à função a qual pretende integrar, e, a constante observação crítica de seus atos funcionais.

Não obstante a resolução do impasse entre poderes opostos através das formas supracitadas – usadas diariamente no Estado brasileiro –, ambas apresentam um ataque direto ao princípio da separação dos poderes, pois ao abusar do limite em que se encontra a sua legitimidade, implementando suas ideias por meio de atos normativos pertinentes à função exercida, valendo-se de sua autoridade, e, corromper e influenciar os membros do poder oposto, prejudica a racionalidade e a democracia do Estado, sustentáculos do Estado (Social e) Democrático de Direito que resguardam a liberdade civil, a liberdade dos poderes em suas relações recíprocas – no exercício do poder que lhe é atribuído de maneira específica, e principalmente a liberdade pública (BARACHO, 1984).

Darcy Azambuja (1997, pág. 131) nos apresenta mais uma “espécie numerosa de abusos de poder”, porém, no sentido de seu mau uso: a extensão exagerada da competência do Estado - que lhe determina a ineficiência, tornando-o nocivo e desprestigiado. Geralmente ela não é causada “pela ambição dos governantes de aumentar seu campo de ação, e sim por exigência dos governados, que supõem tenha o Estado competência para resolver problemas que eles não resolvem por inépcia ou preguiça”.

Perdido no meio de uma civilização egoísta e cruel, o homem “começou a apelar desesperadamente para o Estado”. Assim, a cada necessidade, a cada capricho e a cada desejo por riqueza, o Estado dá à luz uma lei, um regulamento ou a uma ninhada de funcionários. Muito se pede ao Estado, mas pouco se recebe, pois o que se exige dele está, na maioria das vezes, além do seu poder, ainda que seja o maior poder (AZAMBUJA, 1997, pág.132).

Consequentemente, hipertrofiou-se o Estado e os seus órgãos se fatigam funcionando. A organização política do Estado, que deveria ser um “aparelho regulado, seguro e rápido para cumprir com eficiência um objetivo certo e limitado, transformou-se numa engrenagem monstruosa e desconjuntada” - que, mesmo nas mãos de bons governantes, é pouco eficiente,

e nas mãos dos maus, se faz “um engenho infernal, que em vez de ordem e justiça produz ao funcionar a intranquilidade e a ruína” (AZAMBUJA, 1997, pág.132).

Apesar de todas as leis, todos os impostos, todos os sacrifícios, todos os órgãos e todos os consertos e reformas, o Estado moderno não deu nenhum dos bens que lhe exigiram, ou resolveu os problemas que lhes são apresentados – alguns, não é *provável* que sejam revolvidos, outros é *impossível* que venham a resolver, porque são insolúveis, mesmo diante da vontade, da cultura e da energia dos governantes. O homem tanto forçou o maquinismo do Estado, que esse explodiu-se na crise do não-cumprimento de suas tarefas elementares: manter a ordem, distribuir justiça e organizar os serviços públicos essenciais, que viabilizam a formação do homem livre. A sua esfera de ação tem sido tão ampla na atual fase histórica, que ao cuidarem dos “vastos e complexos interesses de milhares de indivíduos que vivem na sociedade”, ele erra e se perde no meio da multiplicidade de desejos, esquecendo-se de sua tarefa elementar. Porém, se “a maioria dos homens tivessem o hábito de reflexão, ou sequer fosse dócil à experiência e ao conselho dos mais prudentes e sábios, a crise teria sido evitada, e evitados os incalculáveis malefícios que ela causou e ainda causa”. Se o Estado não consegue cumprir sua tarefa elementar devido à multiplicidade de desejos dos cidadãos, não há porque lhe exigir ainda mais competências (AZAMBUJA, 1997, págs.132 e 133).

Para dar fim à presente crise é necessário, antes de mais nada, “aliviar o Estado de parte dos encargos sob os quais corre perigo de ficar soterrado” (AZAMBUJA, 1997, pág.135) descongestionando-o e desipertrofiando “seus órgãos, que a experiência, já tão longa, e o bom-senso convençam os indivíduos de uma divisão mais equitativa e racional do trabalho entre eles e o poder público” (V. H. SPENCER *apud* AZAMBUJA, 1997, pág. 136).

Conclui-se, portanto, que o poder do Estado deve ter o seu objetivo limitado sem a extensão exagerada de suas competências, para que assim os cidadãos estejam resguardados do seu abuso de poder, no sentido do seu mau uso.

6.11 O princípio da separação dos poderes do estado como garantia de racionalidade e liberdade pública

Segundo Hegel, o Estado é um todo orgânico de natureza ética, no qual todas as articulações são necessárias como num organismo, onde “cada parte é o todo e o todo cada parte”. A disposição de espírito toma seu conteúdo determinado particularmente dos diversos poderes do Estado – que “é o desenvolvimento da ideia até suas diferenças e até a efetividade objetiva delas”, suas ocupações e atividades, através dos quais “o universal se *produz* e, no

caso, visto que eles são determinados pela *natureza do conceito*, de maneira *necessária*, e igualmente visto que sua produção é pressuposta, *se conserva*". Esse organismo é a constituição política do Estado, que em primeiro lugar, é "a organização do Estado e o processo de sua vida orgânica *em vinculação consigo mesmo*, na qual ele diferencia seus momentos no interior de si mesmo e os desdobra até o *subsistir*", e, em segundo lugar, "enquanto uma individualidade, ele é um *uno excludente*, que com isso se relaciona com *outros* [Estados], assim, volta sua diferenciação *para fora* e, conforme essa determinação, põe suas diferenças subsistentes no interior de si mesmo, na sua *idealidade*" (HEGEL, 2010, págs. 229 e ss).

A Constituição é o "conjunto das regras fundamentais relativas à convivência sob forma de comunidade de Estado". Entre essas regras fundamentais encontra-se as normas referentes à organização do Estado, principalmente, as disposições que especificam quais são os órgãos supremos do Estado, como se dá a sua instituição, quais as suas tarefas e competências de regulação, como procedem e colaboram, e, normas sobre outras estruturas fundamentais da ordem comunitária, e, finalmente, "contam-se entre estas normas os princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos e determinações dos fins do Estado, em que radicam estas disposições organizatórias e garantias jurídicas" (ZIPPELIUS, 1997, pág. 65).

Acentuou-se desde muito cedo na história constitucional que uma das principais funções da constituição é a garantia da Liberdade – onde encontra-se a liberdade individual e a liberdade pública, através da delimitação do poder. Neste contexto, a constituição surge como o instrumento fundamental de controle do poder que distribui as tarefas do Estado por diversos órgãos, regulando a cooperação e o controle recíprocos destes, e protegendo as liberdades fundamentais do indivíduo contra os titulares do poder político, e a liberdade pública do Estado perante os indivíduos (LOEWENSTEIN *apud* ZIPPELIUS, 1997, pág 67).

A divisão dos poderes do Estado tomada em seu sentido verdadeiro e sem deturpações, é garantia da liberdade pública, pois é nela que reside o momento da determinidade racional. Tal princípio contém "o momento essencial da *diferença*, da racionalidade *real*", onde o conceito e a ideia – em modo concreto–, se determinam neles mesmos, e colocam com isso, abstratamente, seus momentos de universalidade, de particularidade e de singularidade- que se conhece a partir da Lógica hegeliana. Assim sendo, apenas a autodeterminação do conceito dentro de si contém a origem absoluta dos poderes distintos, "e é somente por causa dela que a organização do Estado é enquanto o racional dentro de si o retrato da razão eterna" (HEGEL, 2010, págs. 254 e 255).

Na relação orgânica estadual cada poder “tem sua efetividade separada dos outros momentos determinados pela razão, assim igualmente as outras esferas têm para si os direitos e as obrigações próprias de sua determinação”; ao relacionar-se uns com os outros, cada poder – visto que se conserva para si, conserva com isso, no organismo racional, os outros poderes na sua peculiaridade - o que é tomado como seu fim substancial (HEGEL, 2010).

Nada obstante a presença da divisão formal dos poderes do Estado - que no Estado brasileiro se encontra na Constituição Republicana na forma tripartite: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, na Constituição Republicana, estamos passando por enormes problemas para garantir a racionalidade e a liberdade pública do Estado através da manutenção do princípio, pois, nos encontramos ao meio de uma crise de governabilidade devido ao regime do suborno e da corrupção.

O regime do suborno e da corrupção se encontra nos governos republicanos, na maioria das vezes – mas não exclusivamente, entre os poderes que necessitam do voto dos cidadãos para integrarem a si membros: o Poder Executivo e do Poder Legislativo, representados, respectivamente, pelo o Presidente da República e o Congresso, que travam constantemente uma luta pela supremacia de seus interesses.

Essa luta pela supremacia de interesses já foi vivenciada através dos séculos, e resultou numa teoria de racionalidade do Estado (que em Hobbes, surge como remédio para as paixões humanas), que construiu o Estado como ente de razão por excelência - no qual o homem realiza plenamente sua natureza de ser racional, aparecendo assim, em cada oportunidade e ao mesmo tempo, como ente racional e como o garante do interesse coletivo - do útil mediato (BOBBIO e BOVERO, 1996).

O regime do suborno e da corrupção faz emergir uma realidade que é presente apenas no estado de natureza, o domínio das paixões, a pobreza, o isolamento, a guerra, etc., ao ignorar o que realmente deveria compor o Estado: o domínio da razão, a riqueza, a sociabilidade, a paz, etc. Na medida em que somente o Estado permite ao homem realizar a suprema lei da razão, devemos comportá-lo racionalmente, pois, somente o Estado racional consegue conservar a potência que é constitutiva da sua natureza: a soberania (BOBBIO e BOVERO, 1996).

A independência, a harmonia e a interferência entre os poderes do Estado não implicam em igualdade de forças teórica e prática – já reconhecia Hamilton, Madison e Jay no “Federalista” que não é possível, a cada poder, atribuir uma autoridade igual para a sua própria defesa e o desempenho dos seus deveres, no entanto, o fato de um poder ter mais força do que os outros não o permite que os domine. “A ascendência, supremacia ou onipotência

devem ser postergadas, em prol do equilíbrio do mecanismo do Estado” (HAMILTON, Story, Noailles *apud* A. LEAL *apud* SÁ FILHO, 1959, pág. 42).

A dominação de um poder sobre os outros revela uma fraqueza presente no cenário político brasileiro: a frustração do cidadão perante o governo Estado. Presenciada a corrupção no governo estatal, a conformação ou o exercício das competências estatais não bastam para proteger as liberdades individual e pública, frustrando uma das necessidades mais fundamentais da comunidade jurídica. O “poder de Estado perde a sua credibilidade e juntamente com a segurança coloca-se em jogo também a permanência da ordem estatal” (ZIPPELIUS, 1997, pág. 69), pois, ao não esperar mais nada da Constituição e das leis, o povo reage furiosamente em protestos ou cai no marasmo, depositando suas esperanças nos seguintes candidatos ao governo.

É de se acrescentar que, no vazio do poder irrompe, frequentemente, “com muito maior força o poder soberano que é na maioria das vezes saudado devido à necessidade de uma mão forte” que restabeleça a ordem estatal, colocando em jogo as liberdades individuais e a liberdade pública do Estado, pois, a redução excessiva do poder estatal prepara o terreno no qual pode crescer facilmente um excesso de poder estatal, podendo nos levar à tirania. “Por outras palavras: é necessária uma aplicação controlada mas enérgica do direito estatal a fim de vedar o caminho aos tiranos” (ZIPPELIUS, 1997, pág. 69).

Todavia, a manutenção estável do interesse universal do Estado e do que é legal no exercício de suas funções de potência, não é desrespeitada apenas pelos delegados do poder governamental, deve grande parte de seu declínio aos cidadãos. Os cidadãos elegem os seus representantes, que, segundo Azambuja (1997), são apenas comissários para executar a vontade geral, de acordo com suas paixões e benefício próprio, vendendo o seu voto inúmeras vezes. Desta forma, a tendência à corrupção exprime-se de modos diferentes e em níveis de variados do governo e da população.

Os políticos democráticos, mais interessados na vitória nas eleições do que na efetivação das liberdades individuais e na conservação da racionalidade e da liberdade pública do Estado, dependendo do povo para a sua adesão a algum dos poderes do Estado, aproveitam-se da ignorância, da pobreza e do preconceito vividos pelos indivíduos que compõem a população brasileira e usam a sua simpatia, suas relações de parentesco, de amizade e de conhecimentos para se autopromover no meio do povo e, assim, difundir suas ideias e exercer maior influência sobre a opinião pública- conquistada, na maioria das vezes, através da promessa de cumprimento de ideais cuja implantação beira ao impossível; com isso, a promessa da realização do irrealizável rouba o coração das multidões, captando

devotos e votos às custas da cegueira das paixões dos cidadãos- que deveriam ser guiados pela razão, o que passa a dirigir a marcha do governo, arremetendo-se os políticos vencedores para a frente do poder em velocidade máxima, independente de seus planos de governo.

Assim, os políticos conseguem minar a administração pública imparcial por meio da manipulação das paixões dos cidadãos e a compra de seus votos em troca de benefícios próprios, perseguindo os seus objetivos, assim como, os objetivos da classe à qual representa, aprovando legitimamente quaisquer leis, emendas constitucionais, medidas provisórias e decretos que quiserem.

Se em nosso país, todos os membros que compõem a população fossem cidadãos, no sentido de pessoas capazes de sobrepor às suas paixões – sempre irracionais–, e aos seus interesses particulares o interesse geral ou o bem comum, participando, nessa qualidade, do poder soberano e garantindo, assim, que este será sempre o que deve ser, estariam seguras e formadas a liberdade individual, a racionalidade e a liberdade pública do Estado.

Entretanto, as liberdades individual e pública do Estado só se encontram nos Governos moderados, onde os representantes dos poderes do Estado não ultrapassam o limite legal de seu poder e a população não troca o seu voto por paixões irracionais ou benefícios próprios; assim, nem sempre elas se encontram no Estado. Não há princípio fundamental do Estado que dependa apenas de sua natureza; depende essencialmente da mentalidade e procedimento daqueles que formam o Estado, que deveriam ser compostos pela ética e pela moral – objetos que não discutiremos neste trabalho.

O Estado, sendo, de modo geral, o reino da liberdade, “pois nele cada indivíduo, cumprindo seu dever, tem consciência do objetivo que busca, e que as leis prescrevem”: o bem coletivo, deveria se compor por membros que “não atuam com base no privilégio, nem, de modo geral, com base num princípio particular”, como ocorre nos dias atuais, mas sim na base do dever de levar uma vida racional – onde se encontra a verdadeira liberdade. Em outras palavras, obedecendo às leis os indivíduos cumprem conscientemente seu dever na coletividade (BOBBIO, 2001, pág. 159).

Desta forma, adota-se um novo significado para o princípio da divisão dos poderes: “não representa um artifício concebido para prevenir o perigo dos abusos do poder, nem é algo de mecânico ou instrumental”, mas orgânico, que organiza corpo político, mediante o qual as esferas particulares são reconduzidas ao universal. Assim, a divisão dos poderes, em que consiste o caráter constitucional do Estado, é a forma racional da unidade política, na diferenciação própria da vida social moderna (BOBBIO, 2001, pág. 160).

Conforme o demonstrado, o princípio da separação de poderes está claramente comprometido com a racionalidade e a liberdade pública do Estado, uma parte essencial da qual se compõe o Estado Democrático de Direito.

Visto que, a história ainda não fornece soluções para crise de governabilidade pela qual estamos passando além do controle do exercício das funções dos representantes do governo, e o uso do senso crítico e a consideração do interesse geral dos cidadãos no momento da escolha dos representantes dos poderes do Estado, faz-se necessário, para permitir ao homem alcançar do melhor modo possível a racionalidade e a liberdade pública do Estado – a despeito das restrições ao governo ser uma parte essencial da consagração da visão do princípio supracitado–, considerar, até determinado ponto, reconhecer um grau mínimo de “governo forte” para a manutenção desses valores – na verdade, o reconhecimento da necessidade de ação do governo para fornecer o ambiente necessário para a prevalência de tais valores é complementar e não incompatível com a visão de que as restrições ao governo são essenciais à teoria do Estado racional.

Precisamente por isso, um conjunto de cidadãos só pode funcionar como um Estado (Social e) Democrático de Direito quando nele se encontrar e fazer valer-se a racionalidade, que mantém a sua potência e autonomia através da soberania interna – que mantém a ordem dentro do Estado–, e da soberania externa – que assegura a autonomia de um Estado perante o outro. Portanto, ou o Estado é soberano, ou é nada.

7 CONCLUSÃO

A finalização desta dissertação, que teve como escopo o exame, no campo jurídico-sociológico, do princípio da separação dos poderes e do seu papel garantidor da liberdade pública no Estado brasileiro, a partir da visão filosófica desse, trazida por G. W. Hegel, e descobrir se de fato há no Estado (Social e) Democrático brasileiro racionalidade e liberdade pública, possibilitou apreender com o estudo – dividido em três partes, afim de proporcionar uma melhor compreensão do assunto abordado, como se dá o alcance de tal liberdade e sua consolidação através dos poderes do Estado.

Na primeira parte realizou-se uma introdução à história da tripartição de poderes do Estado, considerando o poder e os tipos de poderes, tais como poder primitivo, poder social e poder político e abordando a formação do Estado moderno e soberano. Após tratar do Estado moderno, passou-se ao Estado liberal e à forma de separação dos poderes, que surge e é adotada por este. Nessa primeira parte, abarcou-se ainda, o constitucionalismo e o aparecimento das Constituições e, o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração.

Com relação à separação de poderes, que desde os primórdios surgiu com o objetivo de realizar a limitação do poder político, perpassou-se pelas teorias da monarquia mista, da divisão de poderes de Montesquieu, da *rule of law*, da balança de poderes e da conhecida doutrina dos constituintes norte-americanos *Check and Balances*, que surge a partir da concepção técnico-institucional da balança dos poderes, resultante da difícil conciliação de pontos de vista divergentes, interesses e apreensões contrapostos, sofrendo influência sobretudo, pelo pensamento de Locke e Montesquieu, tanto na sua formulação, quanto nos trabalhos da Constituinte. Como explicitado, a separação de poderes fundamenta-se como um meio de limitar o Poder e como técnica para a construção de um governo mais estável e eficiente.

Ao tratar-se do tema da separação-balança dos poderes fez-se necessário evocar as teorias de Rousseau. Pois, como visto no presente trabalho, até o início do século XX, o conceito iluminista de lei foi dominante, o que resultou, de certa forma, em um embate dos pensamentos de Rousseau e Kant. Rousseau defendia a soberania popular pelo império absoluto da lei, e Kant concebia a lei com referência à soberania do povo e da razão. No entanto, no Estado de Direito de legalidade o princípio da separação dos poderes visava garantir a primazia da lei e, assim, o monismo do poder centrado no Legislativo. Rousseau era adepto de uma construção radicalmente monista do poder político do Estado, onde o seu

conceito de lei desempenhava papel fundamental a serviço da soberania e estava inteiramente colocado no esquema de separação dos poderes que propôs. Pelo estudo, apreendeu-se o radicalismo de Rousseau, o qual concebia que o pluralismo e o controle do poder pelo poder estavam a serviço no monismo do poder legislativo, revelando a não-pretensão de equilíbrio de poderes na sua versão da separação dos poderes. Finalizando a primeira parte, tratou-se do problema do poder político.

A segunda parte da dissertação trouxe considerações sobre Hegel e a Filosofia do Poder Do Estado. Suscitou-se a ideia de que Hegel foi o precursor do Estado social. Como visto anteriormente, durante os primeiros anos da invasão napoleônica à Prússia, Hegel expressou grande insatisfação com as políticas governamentais e as investigações legais que estavam sendo realizadas pela elite política e intelectual do seu país. Neste ponto, abordou-se a crítica de Hegel ao Estado Liberal. Hegel repudiava a ideia liberal do privilégio da sociedade civil e a ideia do caráter negativo do Estado, na sua compreensão de mero instrumento dos interesses privados. Para a constituição do Estado, ele defendia os dois princípios que Schmitt empregava no conceito de democracia: a identidade entre governantes e a erradicação da heterogeneidade.

Nesta segunda parte, foram traçadas considerações sobre o Estado Liberal e sua transformação em racional e ético através do valor trabalho, dada por Hegel. Viu-se que para Hegel, apesar da sociedade civil ter tudo o que se requer para descrever o Estado liberal, não o transforma em Estado ético, fazendo com que traga ao conceito de sociedade civil o trabalho livre, simultaneamente, como fonte de organização jurídica e econômica da sociedade. O trabalho, segundo Hegel vincula espiritualmente o homem e o mundo, configurando-se no processo de formação do homem e de transformação da natureza. Deste modo, de acordo com Hegel o trabalho concretiza-se como algo libertador, pois ao mesmo tempo em que é forma de atendimento das necessidades do homem, também é um modo de humanização da natureza e libertação do homem. Tratou-se ainda da lógica hegeliana que supera o conceito de Estado e propõe um novo Estado.

Por fim a terceira parte desta dissertação dedicou-se a traçar considerações pontuais sobre a liberdade pública e os poderes do Estado no Estado (social e) democrático de direito. Primeiramente, conceituou-se o que vem a ser o Estado Social, tratando, em seguida, das constituições e do constitucionalismo social. Abordou-se o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, que configuraram-se em direitos sociais, culturais e econômicos bem como em direitos coletivos ou de coletividades. Após a abordagem do Estado Social passou-se ao surgimento do Estado Democrático. O estado democrático, como

visto, fundamenta-se em uma ordem de democracia baseada em fundamentos legais e jurídicos. Com o surgimento deste novo tipo de estado, ocorreu o surgimento dos direitos fundamentais de terceira geração, direitos que têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.

Finalmente, abordou-se a adoção do Estado (Social e) Democrático de Direito pelo Brasil, fato ocorrido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988. Neste sentido, apreendeu-se neste estudo que para a perfeita garantia da transformação e manutenção do Brasil como um Estado (Social e) Democrático de Direito, a Carta Magna firmou através de princípios brasileiros que todo poder emana do povo, podendo ser exercido diretamente por este ou por representantes, e determinou, como sendo fundamentos básicos a serem respeitados por nossa República Federativa, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político.

Com relação ao constitucionalismo brasileiro, base do Estado Democrático, verificou-se que a trajetória constitucional brasileira possui muitos exemplos de Recepção Legislativa em suas duas perspectivas: a recepção interna e a recepção externa. Como demonstrado, no âmbito da recepção interna, ocorre uma questão delicada da Teoria do Direito Constitucional, a questão das relações entre a nova Constituição e aquela que lhe antecedeu, matéria esta que é objeto das denominadas Disposições Constitucionais Transitórias. Também no que concerne ao Constitucionalismo Brasileiro, foi esclarecido acerca da Constituição principiológica.

No que diz respeito ao sistema organizacional do poderio do Estado estabelecido na Constituição Republicana de 1988, foi verificado a existência dos três poderes, cuja consagração deu-se a partir da obra de Montesquieu, quais sejam, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, todos fundamentados na ideia prevalente de existência independente e harmônica.

Concluiu-se a terceira parte desta dissertação, onde foram abordados os temas da superação da doutrina da separação de poderes, da unicidade do poder do Estado na Constituição Republicana de 1988, dos freios e contrapesos e controle de constitucionalidade. Teceu-se, ainda, considerações referentes ao declínio e reavaliação do princípio da separação de poderes no Brasil, figura garantidora da racionalidade e da liberdade pública do Estado, concluindo que, apesar de ter sido criada uma teoria de racionalidade do Estado, a luta pela supremacia de interesses continua a seguir no Estado brasileiro, e, que o regime do suborno e da corrupção trouxe à tona uma realidade presente apenas no estado de natureza: o domínio

das paixões e a irracionalidade. Assim como, que a dominação de um poder sobre os outros revela uma fraqueza: a frustração do cidadão perante o governo Estado, que ao perder a sua credibilidade, coloca em jogo a permanência de sua ordem, assim como, abre espaço para a irrupção de um poder tirano, o que compromete a sua potência e autonomia através da soberania interna_ que mantém a ordem dentro do Estado, e da soberania externa _ que assegura a autonomia de um Estado perante o outro. Portanto, o Estado brasileiro ou é soberano, ou é nada.

Quisera eu, sozinha, dar vida à santa mártir, que ao nascer foi saudada como elemento da grandeza futura de seu povo e fonte inesgotável de toda a sua felicidade. Contudo, aqueles que a saudaram são os mesmos que não a deixaram nunca fazer o bem que pode e, cobrindo-se com o seu nome, apunhalam-a todos os dias. Seu túmulo detém uma pintura rude que bem representa a sua existência: uma linda donzela escorregando de seu berço para uma cova. Quanta tristeza... Ainda com metade do corpo no berço, já tem os pés metidos dentro de uma cova! (MACEDO, 2010). No entanto, quanto à santa defunta, não nos resta apenas rezar por sua alma e admirar as palavras de seu epitáfio, “Aqui jaz quem nunca viveu”, mas também revivê-la, por meio da inteligência, da racionalidade e da ética trazendo-as ao Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcellos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. **O direito e o estado como estruturas e sistemas: um contributo à teoria geral do direito e do estado**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2005. Apresentado originalmente como tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 36ª ed. São Paulo: Globo, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10 jun 2018.

BRASIL. **Constituição de 1891**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacao-original-15017-pl.html>>. Acesso em 10 jun 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 10 jun 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 10 jun 2018.

BRASIL. **Ato institucional nº 01, de 9 de abril de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em 10 jun 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 jun 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 jun 2018.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**; por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Coleção Pensamento crítico, v. 69.

- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10ª ed. tradução de Sérgio Bath, Brasília: UnB, 1ª reimpressão, 2001.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia política moderna**. Tradução. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Brasiliense: 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo**. 14.ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DAMASCENO, José Ostom. **Influência da medida provisória e desequilíbrio na divisão das atribuições estatais segundo a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu**. Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – Unilegis e pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo, Brasília, 2008.
- DANTAS, Ivo. **Constitucionalismo brasileiro: ontem, hoje e amanhã**. Conferência pronunciada no Seminário sobre Revisão Constitucional, UNICAPE. Recife, 12.08.93.
- DRI, Rubén R. **A filosofia do Estado ético: A concepção hegeliana do Estado**. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/10_dri.pdf>. Acesso em 25 mar. 2018.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e estado legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 157, p. 14-44, jan. 1984. ISSN 2238-5177. Disponível: Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>>. Acesso em: 05 jul. 2018.
- FRANÇA. **Constitution de 1791**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em 10 jun 2018.
- GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. Martins Fontes: São Paulo, 2002.
- HALL, Gunston. **A Declaração dos Direitos da Virgínia. Esboço Final, 12 de julho de 1776**. Disponível em: <http://www.gunstonhall.org/georgemason/human_rights/vdr_final.html>. Acesso em 10 jun 2018.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Enciclopédia das Ciências Filosóficas em compêndio (1830) (Enc3). Volume I. A Ciência da Lógica**. Texto completo, com os Adendos Orais, traduzido por Paulo Meneses com a colaboração do Pe. José Machado. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **La constitucion de Alemania**. Introduccíon, traduccíon de Dalmacio Negro Pavon. Madrid: Editora Aguilar, 1972.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Linhas fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio**. Tradução: Paulo Meneses et. al. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2010.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

ITÁLIA. **Constituição da república italiana de 1947**. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 10 jun. 2018.

KAMMER, Iris. **Considerações sobre o estado democrático de direito e os fundamentos da República Federativa do Brasil**. Revista Jurídica “9 de Julho”, São Paulo, n. 2, p. 127-136, 2003.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Coleção Justiça e direito.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. A separação de poderes e a constituição do Estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu. **Revista Virtual da AGU**, Brasília, ano VII, n. 63, abr. 2007. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80131&ordenacao=1&id_site=1115>. Acesso em: 20 fev. 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933**: um estudo de direito comparado. Revista de informação legislativa, v. 47 n. 188, p. 93-111, out./dez. 2010.

MACEDO, Joaquim Manuel. **A carteira do meu tio**. 2. Ed., Porto Alegre: L&PM, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Separação de poderes no Brasil**. Curso Modelo Político Brasileiro, V. IV, Brasília: PrND/ Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. **Elementos de teoria geral do direito**: para os cursos de introdução ao estudo do direito. 3. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed., atual. até a Emenda Constitucional 51, de 14.2.2006/ por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes a guarda da constituição: as cortes constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis.** Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo.** 4. ed. atual. até a EC nº 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Jurandir dos Santos de. **Os institutos de controle da democracia brasileira ainda carentes de aperfeiçoamento.** Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – Unilegis e pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo, Brasília, 2004.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora 1989.

PINHO, A. P. Soares de. **Freios e contrapesos do governo na constituição brasileira.** Tese (livre docência) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Niterói, RJ: [s.n.], 1961.

PORTUGAL. **Constituição Portuguesa de 23 de setembro de 1822.** Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constituico-portuguesa-de-23-de-setembro-de-1822--0/html/>>. Acesso em 10 jun 2018.

RAMOS, Cesar Augusto. A crítica de Schmitt e de Hegel ao liberalismo. **Trans/ Form/ Ação**, Marília, v. 18, p. 105-119, janeiro de 1995. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31731995000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 08 de mai de 2018.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado.** 4a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984.

SÁ FILHO, Francisco. **Relações entre os poderes do estado: leituras de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

SAHID, Maluf. **Teoria Geral do Estado.** rev. e atual. pelo Professor Miguel Alfredo Malufe Neto. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel.** Edições Loyola. São Paulo: 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 21. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 38, de 12.06.2002). São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.*

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado.** 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais:** (a administração pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização). Coimbra: Livraria Almedina, 1995. Dissertação no âmbito do Curso especializado conducente ao Mestrado em Direito pela Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, na área de especialização das Ciências Jurídico-Políticas (Outubro-1992).

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TINAJEROS ARCE, Gonzalo Humberto. **A estrutura lógica dos poderes do Estado na Filosofia do Direito de G. W. F. Hegel.** Dissertação de Mestrado. Orientador: Rosenfield, Denis Lerrer. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. 2009.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **A Separação dos poderes na constituição americana:** do veto legislativo ao executivo unitário - a crise regulatória. Coimbra: Coimbra Ed. 1994.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers.** 2nd ed. Indianapolis: Ed. Liberty Fund, 1998.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado.** Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho; coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

