

Tema:
Neurociência e Inteligência artificial:
As novas interfaces do conhecimento



(DES)HARMONIA ENTRE OS TRÊS PODERES DA REPÚBLICA

Ellen, BERÇOCANO

Resumo: O presente artigo se baseou na teoria da divisão dos três poderes de Montesquieu com o intuito de avaliar se tal princípio insculpido na Constituição do Brasil, mantém-se conforme idealizado primordialmente e quais as possíveis consequências da sua não observância no sistema como um todo. A referida teoria repousa na separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo que cada qual deve ser controlado pelos demais poderes. Porém, é grande a discussão acadêmica em torno da viabilidade desse projeto, visto que invariavelmente acaba por haver algum tipo de intromissão de um poder sobre o outro. O desafio está na concretização de uma relação harmônica e independente entre os poderes a fim de se evitar o agigantamento de um poder em detrimento de outro, pois assim, fatalmente seria configurada a ditadura. Cabe ressaltar que o principal objetivo da divisão dos poderes é justamente afastar a possibilidade do absolutismo que vigorou no passado.

Palavras-chaves: Separação. Poderes. Estado

1 INTRODUÇÃO

Em uma análise sumária da evolução humana, constata-se que durante milênios as sociedades toleravam uma única forma de governo, com forte influência religiosa que arrogava para si fenômenos que não necessariamente eram provenientes das divindades, mas que eram aceitos como tal. Como havia uma grande miscelânea entre governo, política e justiça, a visão de uma outra forma de conviver não emergia das massas.

Mas por volta do século XVII, houve um momento que ficou conhecido como período iluminista, justamente porque homens se dispuseram a “dar luz” a ideias novas, pensamentos sobre liberdade, sobre o direito de propriedade e sobretudo mostraram que o absolutismo que vigia não era a única opção para as sociedades. É

sabido que esses lampejos de mudanças não foram os primeiros. Ainda nos tempos bíblicos, se notava algum tipo de controle exercido pelos profetas que exortavam os reis e autoridades religiosas como forma de contenção a abusos de autoridade. No século XII, há o registro de um importante documento que já impunha limites ao poder absoluto do governante conhecido como “Carta Magna”.

Mas, quando olhamos para nosso sistema de governo, o sistema tripartite, onde o poder está dividido entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, não há como negar sua origem nos preceitos de Montesquieu. Para o francês Charles-Louis de Secondat, conhecido por Montesquieu, e autor do famoso livro “Do Espírito das Leis”, não se pode admitir o poder nas mãos de um soberano, pois a história ensina que invariavelmente o resultado é um mau terrível, a tirania, cujo remédio consiste na diluição do poder. Nessa conformidade, surgiu a ideia de uma organização na sociedade de modo que os poderes de governança, sejam ao mesmo tempo harmônicos e controladores entre si, através de um intrincado sistema de freios e contrapesos.

É justamente com esse entendimento que nasceram as Constituições em nosso país, sobretudo a Constituição de 1988, que traz já em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Porém, na prática tem acontecido uma certa relativização do princípio proposto por Montesquieu resultando em uma grande insegurança jurídica.

Este trabalho pretende apontar o que justifica o comportamento contemporâneo do Supremo Tribunal Federal que ganhou, assumidamente, contornos políticos e abandonou a autocontenção interferindo despudoradamente sobre os outros poderes e as respectivas consequências do abandono da função precípua de guardiões da Constituição

2 PARTE HISTÓRICA

Não há como falar de harmonia, ou desarmonia entre poderes, sem contextualizar o processo de constitucionalização. Porém, a tarefa é árdua pois o movimento constitucional remonta a raízes temporais, geográficas e culturais diferenciados. Nas palavras de Canotilho, não há um constitucionalismo, mas vários (constitucionalismo americano, constitucionalismo inglês, constitucionalismo francês)

que acabam por oferecer uma complexa tessitura histórico-cultural. Quanto à definição do que é constitucionalismo, o autor preceitua que se trata de uma teoria que evidencia o princípio de um governo limitado, indispensável para sociedades que queiram garantir os direitos fundamentais e que pretendam uma dimensão estruturante da organização política e social (Canotilho, 2002, p.51).

Apesar de este trabalho não ter a intenção de mergulhar na história das constituições, seria ignominioso deixar de citar o direito romano, se não como o marco inicial na limitação de poder, como o mais importante, visto que até os dias atuais, usufruímos desse legado. Sahid Maluf discorre sobre o Estado romano revelando que este já distinguia o direito da moral (que era exigida apenas no que se referia à garantia da segurança pública). Os romanos já consideravam a propriedade privada como um direito dos seus cidadãos e a função do governo era de garantir esse direito. Outra característica destacada é que no direito romano era dada ao homem relativa liberdade em face do poder estatal, ou seja, ninguém era obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei (MALUF, 2010, 119-121).

É pertinente ao presente trabalho fazer um recorte e trazer informações ainda no direito romano, considerando apenas o período da república (de 510 à 27 a.C) a fim de demonstrar o quanto nosso ordenamento jurídico bebeu dessa fonte. José Cretella Júnior, nos apresenta vários institutos desse período que podem facilmente serem reconhecidos. A começar pela substituição do rei pelo poder *consular*, representado por dois cônsules que detinham o *imperium*. A dinâmica envolvia um revezamento mensal entre os dois, e o cônsul no poder era fiscalizado pelo colega, que por sua vez tinha poder de veto, em caso de discordância. Na hipótese de um perigo grave, era dado à um dos cônsules o *imperium* absoluto, ou seja, se tornava um ditador.

Em relação à plebe, houve nesse período a criação dos *tribuni plebis*. Eram magistrados plebeus, invioláveis, sagrados, com direito de veto contra decisões tomadas e inclusive havia a possibilidade de se oporem às decisões dos cônsules e dos senadores. O que nos leva a organização política da república que incluía cônsules, senado e povo. O Senado era composto por 300 *patres* nomeados pelos cônsules e se tratava de um órgão consultivo.

Por reivindicação da plebe, que ansiava por uma lei aplicável a todos, após anos de elaboração, foi aprovado um documento chamado Lei das XII Tábuas,

de conteúdo variável e valor incontestável. Outro instituto criado foi o plebiscito que proporcionava à plebe a participação nas decisões (Cretella, 2001, p.30-34).

A ação popular também tem sua origem no direito romano, haja vista que aquele que ajuizava uma ação alegando violação de uma sepultura comum, representava o interesse de seus associados pois todos seriam beneficiados. Nos esclarece Ronaldo Poletti que o objetivo dessas ações era proteger a família, no sentido romano da expressão, ou seja, não apenas famílias biológicas, mas todos sob o *pater* (Poletti, 1996, p.205).

Dentre tantos institutos, a Bíblia nos apresenta um relato envolvendo um cidadão romano chamado Paulo, que reverbera um instituto muito conhecido hodiernamente, o foro privilegiado, conforme se aduz do seguinte trecho, Atos 21:25-24:

25 Quando o estavam amarrando com correias, disse Paulo ao centurião presente: Ser-vos-á, porventura, lícito açoitar um cidadão romano, sem estar condenado?26 Ouvindo isto, o centurião procurou o comandante e lhe disse: Que estás para fazer? Porque este homem é cidadão romano.27 Vindo o comandante, perguntou a Paulo: Dize-me: és tu romano? Ele disse: Sou.28 Respondeu-lhe o comandante: A mim me custou grande soma de dinheiro este título de cidadão. Disse Paulo: Pois eu o tenho por direito de nascimento.29 Imediatamente, se afastaram os que estavam para o inquirir com açoites. O próprio comandante sentiu-se receoso quando soube que Paulo era romano, porque o mandara amarrar.

Embora o Império romano tenha deixado de existir, numerosos institutos desse período não morreram. Interessante notar que alguns se mantêm intactos e outros com alterações ou adaptações, mas o fato é que todo nosso ordenamento está impregnado com o direito romano. Em se tratando de direito civil, apenas a título de exemplo, podemos citar os contratos de compra e venda, o mútuo, o comodato, o depósito, o penhor e a hipoteca. Para o presente trabalho, cabe destacar, diante do que foi exposto até aqui a limitação do poder do governante, a noção de república que contava com os cônsules, senado e povo e o foro privilegiado.

Mas na evolução histórica, a queda do Império Romano assinala o fim da idade Antiga e o início da Idade Média, por volta do século V da era cristã. Sahid Maluf defende que nessa nova ordem, os costumes germânicos substituíram completamente as tradições romanas, de modo que as situações eram encaradas e solucionadas como relações de ordem individual. Os germânicos desconheciam a noção de Estado, embora possuíssem uma cultura política calcada em princípios de

direito natural, na dignidade do homem, na liberdade individual, na inviolabilidade da família e no direito de livre associação.

Embora os métodos usados na época fossem revestidos de extrema violência nas invasões, espoliando e massacrando populações vencidas, esse período é marcado pela implantação da lei e da razão. O rei ou o legislador, é um servo da lei. Caracteriza esse período a confusão entre direito público e privado. Prova disso era o entendimento que o proprietário de terras era proprietário até das pessoas residentes sob seu domínio. Mesmo diante desse quadro, segundo o autor, o absolutismo monárquico só apareceu com o declínio da civilização medieval (MALUF, 2010, p.123-124).

Para falar sobre a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, é válido considerar Kleber Couto Pinto, que destaca nesse período uma verdadeira revolução cultural, mudanças na relação com a religião de modo a influenciar o exercício de poder. O Estado ganhou nova configuração que, com o intuito de restabelecer a unidade territorial dos reinos buscava o fortalecimento de um poder central.

Segundo o autor, a extinção dos feudos e suas anexações às coroas foram o pano de fundo para o início do Absolutismo. Agora o rei e o Estado se confundiam, tal e qual o direito público e o direito privado, além de a autoridade do soberano ser considerada proveniente diretamente de Deus. O ápice desse momento histórico acontece com Carlos I, na Inglaterra, e Luís XIV, o Rei-Sol, na França, com sua célebre citação: *L'État c'est moi!* (tradução: O Estado sou eu!)

Não foi sem oposição que vigorou o Absolutismo. As reações contrárias ensejaram outro movimento, conhecido como liberalismo, cujo berço foi a Inglaterra. Porém, esses novos ares atingiram também América do Norte, resultando na criação da república confederativa americana e na França se deu a famosa Revolução Francesa. Eis que uma nova estruturação teórica de poder é consagrada (PINTO, 2013, p. 231-232).

A revolução popular de 1789, na França, baseada nos ideais liberais, suprimiu todos os privilégios e proclamou o princípio de soberania nacional. Maluf apresenta as máximas dessa revolução (Maluf, 2010, p.142):

Todo governo que não provém da vontade nacional é tirania; a nação é soberana e sua soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível; o Estado é uma organização artificial, precária, resultante de um pacto

nacional voluntário, sendo o seu destino de servir o homem; o pacto social se rompe quando uma parte viola as cláusulas; não há governo legítimo sem o consentimento popular; a Assembléia Nacional representa a vontade da maioria que equivale à vontade geral; a lei é a expressão da vontade geral; o homem é livre, podendo fazer ou deixar de fazer o que quiser, contanto que sua ação ou omissão não seja legalmente definida como crime; a liberdade de cada um limita-se pela igual liberdade dos outros indivíduos, etc.

Esse movimento jurídico, político e cultural deu base para o que ficou conhecido como Constitucionalismo moderno no fim do século XVIII, ou seja, associou-se à ideia da necessidade de um Estado submetido à uma Constituição escrita munida de instrumentos capazes de frear o arbítrio dos Poderes Públicos. Não obstante, esse período também representa um estágio de reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito. Uadi Lammêgo Bulos ressalta essa realidade afirmando que os princípios expressos ou implícitos passaram a incorporar as constituições, reconhecendo-lhes uma dimensão normativa que viria a influenciar os ordenamentos jurídicos em todo o mundo. (Bulos, p.73-74)

No Brasil, resta evidente a contribuição do constitucionalismo moderno, representado pelos pórticos da legalidade, da igualdade da separação de Poderes, do estado democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da reserva de jurisdição, da solidariedade e da equidade.

Em consonância Fredie Didier Jr. apregoa que após a Constituição de 1988, a doutrina passou a defender a Constituição como o principal veículo normativo do sistema jurídico. Daí se falar em constitucionalismo, no sentido de o Estado não mais ser fundado em leis (Estado legislativo), mas sim um Estado fundado na Constituição. Resultado dessa mudança é o desenvolvimento da teoria dos princípios que ganham também força normativa, assim como a transformação da hermenêutica jurídica, tudo isso encoberto pela máxima da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas (Didier, 2016, p.42-43).

É possível descrever o constitucionalismo como um movimento que, embora tenha grande alcance jurídico, apresenta inegáveis feições sociológicas. Em relação ao lado jurídico, basta a obviedade de todo o sistema se basear em corpo normativo máximo que está acima até mesmo dos próprios governantes-a Constituição. Enquanto o viés sociológico vem da percepção da limitação do poder dos governantes que os impede de fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado. (Tavares, 2020, p.27)

O resumo do constitucionalismo, denominado por alguns neoconstitucionalismo portanto, se revela em mais respeito a princípios do que normas, mais ponderação do que subsunção às leis, mais trabalho judicial (ativismo) do que criação de leis pelo legislativo. Mas, a despeito das nomenclaturas, seja constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, o fato é que os Estados, a partir do segundo pós-guerra, em repúdio aos regimes autoritários, foi dando um novo caráter às ordens jurídicas nacionais. Por esse movimento, as Constituições, outrora observadas repositórios de divisão de competências e de definição de programas genéricos a entes públicos, foram sendo alçadas a um novo patamar, adotando constituições fortemente concentradas em direitos, princípios, valores e mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade.

Para que o constitucionalismo possa de fato ser vivenciado além das hostes acadêmicas, é mister maior participação da sociedade a fim de que o Poder Público seja cobrado com mais veemência no que tange a gestão das verbas públicas, e, de igual modo na atuação dos organismos de controle, como o Ministério Público na preservação da ordem jurídica e do interesse público estampados na Constituição.

3 DO PRINCÍPIO DOS TRÊS PODERES

O princípio da divisão dos poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke, Rosseau e veio a ser definido e divulgado por Montesquieu. Em sua obra *Do Espírito das Leis*, escrita em 1748, é apresentada a ideia de liberdade ligada intimamente à legalidade. Mas, o ponto alto de seu legado é a doutrina da separação dos poderes em um trinômio, legislativo, executivo e judiciário, que encara a separação e independência dos poderes como pré-condição para um equilíbrio destes através de controle recíproco, viabilizado pela atribuição a cada um deles de precisos dispositivos jurídico-constitucionais.

Lembra-nos José Afonso da Silva que a própria Constituição americana se baseou nesse princípio em 17.09.1789. Dois anos mais tarde, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, declarou que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes, tamanha a relevância para a garantia dos Direitos do Homem. (SILVA,2003 p.109)

A Constituição brasileira carrega a característica da constitucionalização dos direitos fundamentais vinculando assim os poderes públicos constituídos - Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário - e até o poder de reforma, de tal modo que o desrespeito à norma fundamental, que lhes é superior, abre um flanco para a invalidade desses atos. (Gonet,2010, p.321)

O princípio da separação dos poderes explícito na Constituição Federal de 1988, rege toda a estrutura organizacional do Estado resumida em seu artigo 2º, que diz: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Note-se o status de cláusula pétrea, tornando o princípio imune a emendas, reformas ou abolição. Humberto Ávila nomeia o princípio da divisão de poderes de princípio estruturante, ou seja, este faz parte da categoria de princípios aos quais não se aplicam a “dimensão de peso” ou a possibilidade de serem afastados por razões contrárias, visto que abrangem toda a atuação estatal. Afinal, todas as situações, e não somente parte delas, deverão estar em conformidade com o seu conteúdo, visto que eles possuem eficácia permanente. (Ávila, 2012, p.134). Contudo, em algumas situações, o autor afasta essa rigidez, como ficará exposto mais à frente.

Na prática, segundo J Canotilho, mesmo havendo a divisão do poder em três poderes, o que se verifica é um complexo sistema de corresponsabilidades e interdependências. Em outras palavras, o princípio da divisão dos poderes não é rígido pois admite uma série de interferências recíprocas e até mesmo prevê um sistema que possibilita justamente que um poder interfira no outro. Apenas a título de exemplo, a atuação do legislativo carece da promulgação do executivo, do mesmo modo que o poder executivo também participa da legiferação quando emite medidas provisórias ou exerce o poder de veto. Para além disso, existe a divisão de poder dentro do mesmo poder e por fim, mas não menos importante, está presente um intrincado sistema de freios e balanços constitucionalmente estabelecidos para impedir o que o autor chama de “cesarismo presidencial”, “absolutismo parlamentar” ou uma “autocracia do governo”. (CANOTILHO, 2002, p. 555).

Não obstante a aquiescência dos Estados democráticos no que concerne ao princípio da divisão dos poderes, é notável que sua aplicação, no quesito harmonia e independência, se reveste de questões de difícil solução. As atribuições apesar de estarem distribuídas e delimitadas pela constituição, não dão conta de todas as situações concretas que se apresentam. José Afonso da Silva esclarece que a independência dos poderes significa que a investidura e a permanência das pessoas

nos órgãos do governo, não dependem da confiança ou da vontade dos outros, que os titulares das funções não dependem de consultas ou autorizações dos outros e por fim que na organização de seus respectivos serviços, cada um é livre, desde que dentro das disposições constitucionais e legais. Já a harmonia se reveste das normas de cortesia no trato recíproco e no respeito mútuo a que todos tem direito. (Silva, 2203, p.110)

Contudo, mesmo revestidos de mesuras, rapapés e salamaleques, os poderes se digladiam rotineiramente, e surpreendentemente, amparados na própria Constituição. Paulo Bonavides, expõe a incoerência da aclamada harmonia e independência incrustada em cláusula pétrea, com institutos como veto presidencial, o indulto, nomeações de cargos públicos que dependem de aprovação do órgão legislativo, dentre muitos outros (Bonavides, 1996, p.75). O que é o veto se não uma interferência do legislativo no judiciário. Da mesma forma o indulto é um remédio de que se socorre o Executivo para anular um ato do judiciário. E por fim, o que dizer da independência real do Poder Executivo ao sujeitar o nome de sua escolha à aprovação do Legislativo.

Comprovam a tentativa de um poder se imiscuir no outro as várias ADI(s) propostas após a criação de órgãos por parte dos Estados para fiscalização e acompanhamento do desempenho do judiciário, ou seja, o legislativo criando formas de controle sobre outro poder, além dos meios já previstos em lei. É o que se verifica na ADI-1905 MC, na qual a Associação dos Magistrados Brasileiros-AMB, classificou como “escandalosa” a Lei 11.075 do Estado do Rio Grande do Sul que previa um controle das atividades do Poder Judiciário pelo Poder executivo com sanções pecuniárias. Vejamos:

EMENTA: Separação e independência dos Poderes: freios e contra-pesos: parâmetros federais impostos ao Estado membro. I. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os "freios e contrapesos" admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes. II. Conseqüente plausibilidade da alegação de ofensa do princípio fundamental por dispositivos da L. est. 11.075/98-RS (inc. IX do art. 2º e arts. 33 e 34), que confiam a organismos burocráticos de segundo e terceiro grau do Poder Executivo a função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da Justiça: medida cautelar deferida.
urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:1998-11-19;1905-3702924

No mesmo sentido: ADI-135 PB, ADI-137 PA, ADI-111 BA, ADI-165 MG.
Em todas as ADIs retromencionadas, a inconstitucionalidade das leis recaiu na divisão

dos poderes imposta pelo artigo 2º da Constituição, dando procedência aos pedidos oriundos do judiciário.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, por vezes age também de forma a interferir no que foi votado pelos parlamentares. Vejamos a ADI 855-2-PR:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente.
urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2008-03-06;855-1561243

Nesse caso, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei que previa a obrigatoriedade da pesagem do gás de modo que o consumidor pudesse averiguar a conformidade do peso indicado, o que inviabilizaria o sistema de entrega de gás usado na época e, conseqüentemente traria enormes prejuízos.

Humberto Ávila esclarece que quando há uma comprovação cabal da inadequação de uma medida adotada, em nome da preservação dos direitos fundamentais ou de algum princípio constitucional, deve o Poder Judiciário anular tais medidas (Ávila, 2012, p.192).

O voto do ministro Cezar Peluzo na ADI 855-2-PR, retrata fielmente esse pensamento pois as palavras do ministro ao se referir à lei em questão foram: “não correspondendo à necessidade de ser adequada à promoção do fim visado, que é restritivo ao exercício de uma liberdade fundamental de comércio, a lei é inconstitucional”.

3.1 CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA DIVISÃO DOS PODERES

Muitas são as críticas relativas ao princípio da divisão dos poderes. Contudo, poucos se arvoram a apresentar qual sistema se mostraria capaz de substituir tal entendimento que vem sendo aplicado desde Aristóteles, John Locke e Montesquieu.

Um ferrenho opositor, não só ao princípio em si, mas de todo o arcabouço que o envolve é o renomado autor Paulo Bonavides. Ele reconhece o valor histórico do princípio, por ter seu nascimento em uma época de revolta com os

espíritos da Idade Média, o que justificou a aceitação do princípio por se vislumbrar o enfraquecimento do absolutismo. Mas, para o autor, Montesquieu advogava um princípio liberal, abraçava uma solução intermediária e relativista que conseguia afastar o despotismo do rei, mas diluía o poder nas mãos de outros e não do povo. Vejamos o que ele diz (Bonavides, 1996, p.72):

Um desses esquemas foi o da divisão de poderes, que tinha como objeto precípuo servir de escudo aos direitos de liberdade, sem embargo de sua compreensão rigorosamente doutrinária conduzir ao enfraquecimento do Estado, à dissolução de seu conceito, dada a evidente mutilação a que se expunha o princípio básico da soberania, uma de cujas características, segundo Rousseau, era a indivisibilidade.

Por fim, cabe ressaltar que a solução proposta por Bonavides é a troca do sistema presidencialista pelo sistema parlamentarista, que remove toda a incomunicabilidade dos poderes, impondo a supremacia do Legislativo, além de elevar a organização política do Estado. Entende o autor que o presidencialismo, amparado em sua técnica rígida de separação de poderes dificulta a passagem do humano ao social (Bonavides, 1996, p.86).

Humberto Ávila, não partilha dessa mesma contundência ao se referir ao princípio da divisão dos três poderes, mas em alguns momentos defende a supremacia do Judiciário, por entender que o exercício de certas prerrogativas oriundas do princípio democrático deve ser objeto de controle do judiciário a fim de se afastar o risco de restringir direitos fundamentais. Ao escrever sobre o tema, esclarece que (2012, p.198):

Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade, que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição

Corroborando esse entendimento Paulo Ferreira da Cunha, ao afirmar que existe, e sempre houve, a preponderância de um poder, como se observa em seu questionamento: “Uma pergunta deverá iluminar a nossa indagação: será que nessas diferentes épocas alguma vez terá ocorrido a rígida separação de poderes, completamente alheia a um poder dominante?”. Entende o autor que o que existe na prática é uma hierarquização dos poderes conforme a conveniência do momento e das classes dominantes.

Sendo assim, a solução está no controle do judiciário que contribui para o travamento do poder absoluto ao apreciar legislação e atos administrativos, funcionando como mais uma instância que melhora o sistema de freios e contrapesos. Afinal, como não incluir esta função de controle se é o judiciário o vigia da lei e da Constituição junto ao executivo, da administração, do legislativo, ou talvez seja melhor dizer fiscalizador geral de políticas através do controle de constitucionalidade concentrado. Cabe ressaltar que essa aparente panacéia não conta com o apoio irrestrito do autor, pois ele afirma ser possível um “mau governo de juízes”, embora acredite ser uma possibilidade remota. (Cunha, 2018, p.190-191)

Para o atual ministro do supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, no Estado Liberal, era possível encontrar duas funções estatais bem definidas – a de elaborar a lei (função legislativa) e a de aplicá-la de ofício (função executiva) ou mediante provocação (função judicial) –, que eram agrupadas em três poderes harmônicos e independentes. Mas, no entendimento do ministro, no Estado democrático de Direito, por outro lado, passa a existir uma multiplicidade de funções, que refletem a pulverização sociopolítica do poder. Embora o poder estatal continue sendo uno e indivisível, o seu exercício sofre um desdobramento diversificado, que se expressa de muitos modos para a execução de variadas atribuições. A enumeração taxativa, rígida e estática das atividades designadas a cada poder não permitiria uma adaptação institucional rápida para o atendimento de demandas inéditas inerentes ao dinamismo da sociedade contemporânea. Nessa ordem de ideias, mais do que um mero mecanismo de distribuição de funções entre órgãos estatais, o princípio da separação de poderes passa a ser um instrumento de cooperação, harmonia e moderação entre os diferentes atores e instituições públicas, com vistas à preservação da democracia e à consecução do bem comum.(BARROSO, 2024, p.630)

Se retomarmos as críticas apresentadas até aqui, constataremos que há um consenso na inviabilidade da divisão dos três poderes. Diante disso, as soluções apresentadas vão desde a implementação do parlamentarismo, ou seja, a prevalência do legislativo, até a legitimação do poder judiciário como a última instância capaz de harmonizar os outros poderes já que estes não teriam outra opção para se valer. Nesse sentido, Cunha chama a atenção para o perigo de o judiciário se corromper (Cunha, 2018, p. 211):

Apesar desta grave perturbação na separação de poderes e nas próprias garantias dos cidadãos, que do dia para a noite se podem ver perdidos pelo

conluio mais que natural entre um governo autoritário e uma assembleia majoritariamente dócil, cabe ainda ao judicial uma palavra, se for capaz de, como lhe incumbe, desempenhar as suas funções livre das pressões facciosas e das seduções corruptoras. Livre também do preconceito e da popularidade das suas sentenças, isto é, alheia e indiferente ao sufrágio da oscilante opinião pública, a qual, lamentavelmente, não raro não passa da opinião que se publica- ou que se exhibe.

Mas, antes da discussão sobre possíveis substituições ao princípio da divisão dos três poderes, há que se lembrar que seu nascedouro é a própria Constituição.

Com o advento da constitucionalização e o aparecimento da Nova Hermenêutica, introduziu-se um novo e perigoso conceito de concretização dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional, a ponto de colocar em risco a normatividade que se dispersa nos casuísmos do poder ou nas soluções tópicas de um decisionismo sem juridicidade, que confunde poderes, extingue garantias e transgride competências. É o que afirma Paulo Bonavides que chega a colocar a separação dos três poderes no tempo do “velho Direito Constitucional”. (Bonavides, 2009, p.606)

Em contrapartida à tais críticas, em tempos não remotos, porém muito distantes da realidade dos dias atuais, na defesa da divisão dos três poderes, como a única forma de se evitar o agigantamento de um poder sobre o outro, o que caracterizaria despotismo ou ditadura, encontramos as palavras do ministro atual do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (Moraes, p.467):

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Se por um lado as imunidades e as garantias dos agentes políticos, previstas na Constituição Federal, são instrumentos para perpetuidade da separação independente e harmônica dos Poderes de Estado, por outro lado, igualmente defendem a efetividade dos direitos fundamentais e a própria perpetuidade do regime democrático.

Afirma o referido Ministro que não haverá estado democrático de direito sem que haja harmonia entre os poderes instituídos pois estes são de tal forma ligados

que a derrocada de um fatalmente implicaria na supressão dos outros. Em outras palavras, se um dos poderes sobressair é porque instalou-se a ditadura.

Resta evidente que o princípio da separação dos três poderes gera muitas controvérsias a respeito de sua real aplicabilidade. Porém, maiores que os debates acadêmicos, são as consequências quando tal princípio é violado. Tomemos como exemplo uma decisão jurídica. O juiz tem diante de si, primordialmente a lei, mas também poderá valer-se de princípios, costumes, ponderações, sopesamentos, a fim de justificar sua palavra final. Mas, quando além do que lhe é permitido, esse juiz se deixa dominar por questões políticas, ou ignora os meios para atingir um fim, quebrada está a linha tênue que divide o poder judiciário da força da política. Sem essa separação, assim como uma reação em cadeia, os mecanismos de freios e contrapesos são enfraquecidos a tal ponto que já não há limites para a hipertrofia do judiciário, ou seja, dá-se o ambiente propício à ditadura de um poder, justamente o que se pretendia impedir com o princípio aviltado.

4 CONCLUSÃO

Nas palavras de Ives Gandra da Silva Martins, quanto mais se lê autores modernos, há um convencimento de que em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; em matéria de filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram e no que se refere à tripartição equilibrada dos poderes de Montesquieu, nada mais se acrescentou à possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas.

Portanto, resta clara a pertinência da teoria de Montesquieu até os dias atuais de modo que importa lembrar uma de suas sábias lições: “É uma experiência eterna que todo homem que dispõe de poder” – e devemos acrescentar, todo órgão estatal dotado de poder, mesmo constitucional – “é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”.

Diante da realidade experimentada em nossos dias, cabe um verdadeiro escrutínio em nosso sistema de freios e contrapesos, pois é visível que algumas engrenagens estão fora de controle, haja vista a insegurança jurídica facilmente percebida internamente e pior, fora do país, o que justifica a fuga de capitais noticiada amplamente nos últimos dias.

Um teste simples para saber se a Constituição está plenamente vigendo, é quando seu conteúdo não é contestado diuturnamente. Porém, em nosso país, mudou-se até mesmo a cultura das “rodas” de conversa, onde predominavam assuntos esportivos, ou qualquer outra forma de entretenimento. Hoje, pessoas comuns discutem política, falam sobre a Constituição, justamente por não se sentirem protegidos pelas leis postas e sobretudo pela atuação dos poderes constituídos.

Quando o princípio da divisão dos três poderes é vilipendiado, como tem acontecido em nosso país principalmente pelo poder judiciário, através do ativismo judicial, acontece uma reação em cadeia que acaba por desacreditar todas as demais instituições.

Diante desses desafios, é essencial promover uma maior transparência no funcionamento do STF, bem como fomentar um maior diálogo e cooperação entre o tribunal e os demais poderes. O fortalecimento dos mecanismos de checks and balances e o respeito mútuo entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são fundamentais para garantir o pleno funcionamento do sistema democrático e o respeito ao Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25^o ed.atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 25. ed., rev. e acrescida com casos práticos dos Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em:

<https://moodle.toledoprudente.edu.br/local/biblioteca-digital/minha-biblioteca.php?isbn=9788553601912>

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 1 : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Barueri: Atlas, 2024. Disponível em: <https://moodle.toledoprudente.edu.br/local/biblioteca-digital/minha-biblioteca.php?isbn=9786559776375>

PINTO, Kleber C. Curso de teoria geral do estado: fundamento do direito constitucional positivo, 1ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013

POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano público e privado**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Con São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.