



“A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM 30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA: O ESQUECIDO PAPEL DA COOPERAÇÃO PARA CONTEMPLAR O TODO PERFEITO DO DESENHO INSTITUCIONAL”

Carina Barbosa Gouvêa¹

INTRODUÇÃO

A teoria da separação dos poderes² vem acompanhando o estudo do constitucionalismo e das Constituições ao longo dos tempos. Pode-se dizer que constitui uma ideia básica para a modelagem do desenho institucional, eis que se centra em torno de três ramos governamentais: poder executivo, legislativo e judiciário — aqui pensado como uma separação necessária para prevenir e controlar o poder.

Inúmeras pesquisas³ ao modelo descrito por Montesquieu têm sido apresentadas, mas raras são as que incorporam a cooperação como elemento essencial da sua teoria. Por exemplo, o desenvolvido por Bruce Ackerman⁴, intitulado “Nova separação dos poderes”, que argumenta contra a exportação do sistema americano de poderes, em favor de uma abordagem de prática constitucional de “parlamentarismo restrito”⁵. Para o autor, este modelo pode gerar uma variedade de estratégias institucionais que melhor sirvam aos três grandes princípios que motivam a doutrina moderna da separação dos poderes: democracia, governança e proteção dos direitos fundamentais.

¹ Estágio Pós Doutoral UFPE – Orientanda do Prof. Dr. Ivo Dantas; Doutora e Mestre em Direito pela UNESA; Professora Pesquisadora I da UFRPE; Professora da FACIPE/PE; Pesquisadora dos Grupos de Pesquisas: Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional (NPJuris/UNESA-RJ); Laboratório de Estudos Comparados Latino Americano e Europeu (CECLAE); Membro do *Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability* (UVA/RJ). Advogada. E-mail: carina.gouvêa25@gmail.com.

² Famosamente descrita por MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

³ ROZNAI, Yaniv. The Oldest-Newest Separation of Powers. *Int'l J. Const. L.* Blog, May 23, 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/04/the-oldest-newest-separation-of-powers>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

⁴ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. Vol 113, January 2000, N.03, *Harvard Law Review*, p.633-725.

⁵ Segundo Ackerman, o exercício do parlamentarismo restrito, no qual um primeiro ministro e seu gabinete estariam autorizados a permanecer no poder desde que consigam manter o apoio de uma câmara dos deputados democraticamente eleita. (ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. Vol 113, January 2000, N.03, *Harvard Law Review*, p.634.).

As Constituições brasileiras incorporaram a teoria da separação dos poderes a partir da Constituição de 1891 e assim seguiu-se o modelo de uma organização de poderes com algumas variações importantes de sentidos.

O propósito da breve pesquisa é reacender no universo acadêmico, especialmente tendo em vista a crise conceitual e estrutural que estamos presenciando, a partir de uma incorporação deficiente da teoria da separação dos poderes.

Nesta pequena contribuição pretendo me concentrar no modelo teórico clássico de Montesquieu, que invoca a “cooperação” como elemento substancial para a teoria da separação dos poderes, aqui materializado pela via da integração entre os poderes, o que necessariamente significa apostar em ferramentas que manifestem o diálogo institucional.

Por que reacender a clássica teoria da separação dos poderes no aniversário de 30 anos de Carta Cidadã? Porque, embora absorvida pelo desenho institucional brasileiro, essa teoria foi operacionalizada de maneira deficiente, o que conseqüentemente leva ao agravamento da crise do Estado de Direito. A deflagração do “estado de coisas inconstitucional” – violação massiva dos Direitos Humanos — pela Suprema Corte Constitucional Brasileira, relativa ao sistema prisional nacional, representa um destes efeitos.

Não pensamos o funcionamento do desenho institucional pela via da integração e cooperação. E a mais antiga teoria da separação dos poderes entre o povo e o governo deve ressurgir na forma do envolvimento direto na mudança de atualização de sentido do texto constitucional. E isso manifesta o despertar da teoria da separação dos poderes, colocando o “freio” pela via do arquétipo institucional integrado e cooperado.

O artigo pretende explorar o conceito da teoria da separação dos poderes descrita por Montesquieu a partir de seus núcleos fundamentais: a separação ou independência, a distribuição de competências e a cooperação, que se conectam num todo perfeito. Parte-se para uma análise descritiva da recepção da teoria da separação dos poderes nas Constituições brasileiras de 1824 a 1988. Posteriormente, serão expostos alguns problemas decorrentes da crise conceitual e material da incorporação deficiente da teoria da separação dos poderes em terras brasileiras.

Dada esta exposição panorâmica da organização do texto, bem como conhecido o problema sobre o qual ela debruça e o objetivo que se indica, o caminho metodológico que aqui se impõe é o de uma pesquisa bibliográfica e documental.

1 DESPERTANDO A CLÁSSICA TEORIA DA SEPAÇÃO DOS PODERES DE MONTESQUIEU E SEUS NÚCLEOS ESSENCIAIS

A preocupação de se evitar a concentração do poder remonta à antiguidade — o pensamento dos antigos filósofos, ainda que não tenha formado um sistema doutrinário, contribuiu para a teoria da “separação dos poderes” concebida por Montesquieu⁶. A cogitação mais antiga, segundo o autor, sobre a separação dos poderes surge com Aristóteles, na Grécia antiga, com a publicação da obra “A Política”, que menciona a existência de três poderes em todo governo: o deliberativo, que tinha a função de elaborar normas gerais e abstratas; o executivo, o de executar estas mesmas normas; e o judiciário, dirimindo os conflitos que por ventura decorressem da execução de tais normas⁷. Em sua análise, adverte sobre o perigo do poder exercido pela vontade de um homem, sujeito como os demais às suas paixões.

A clássica obra de Maquiavel⁸ nos dá conta de que, na França do início do século XVI, havia inúmeras instituições, sendo as principais dentre elas sendo o parlamento (legislativo), o rei (executivo) e um juiz (judiciário). Tal organização daria maior liberdade e segurança ao rei, poupando-o de ser acusado, de proteger ou de favorecer os grandes, pelo povo.

De acordo com a realidade estatal inglesa, a obra de Locke é distinguida como a primeira doutrina sobre a separação dos poderes⁹. Ele aponta quatro funções fundamentais exercidas por dois órgãos de poder: a função legislativa, que caberia ao parlamento; a função executiva, compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, porém desdobrada em função federativa, referente ao direito de realizar a paz e a guerra, de celebrar alianças e ligas e demais transações que devem ser tratadas fora do Estado; por último, a função prerrogativa atribuída ao príncipe para fazer bem comum.

Foi no século XVIII que Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Montesquieu, sistematizou o princípio da separação dos órgãos e especializações das funções de poder. Disse Montesquieu¹⁰ “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela

⁶ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 216.

⁷ APOLINÁRIO, Marcelo Nunes et al. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n. 2013_09, 2013, p.1-38, p.4.

⁸ MACHIAVELLI, Niccoló. *O príncipe*. Trad. Maria Julia Goldwasser. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 90.

⁹ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 217.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 164-167.

disposição das coisas, o poder limite o poder”. E ainda, “para que o poder limite o poder, é preciso que haja a separação de órgãos, a especialização de funções e a cooperação entre estes órgãos”. Para Apolinário¹¹, o ponto de destaque da teoria de Montesquieu não está na identificação das três funções, uma vez que elas já haviam sido verificadas, mas sim na ideia de dividir o exercício destas funções entre órgãos de governo completamente independentes, evitando a concentração de todo o poder do Estado nas mãos de uma única pessoa.

Entendeu-se que os poderes se dividem pela função orgânica que exercem¹². Chegaram até nós o poder legislativo, executivo e judiciário, em uma luta constante para uma preservação de uma separação entre os três e pela manutenção severa de todos eles, a fim de se evitar que a tirania se implantasse no mundo, com o predomínio de um poder e, dentro desse poder, o predomínio de um só homem¹³. Segundo os autores, a verdade é que, na análise da competência, ou melhor, da distribuição das atribuições entre os poderes, o que importa é saber qual atividade que não exercem, quais as funções que vão ser atribuídas a qual poder e como no universo do desenho institucional eles compatibilizarão as suas vocalizações. Será neste momento que se vai apurar qual o poder dominante, qual aquele cuja atividade é mais forte, onde se encontra o centro da atividade estatal – o foco do poder estatal.

Segundo Montesquieu, a teoria da separação dos poderes, interpretada como divisão, contempla três núcleos independentes e fundamentais que se conectam num todo perfeito: separação ou independência do exercício do poder por órgãos específicos; a distribuição de suas competências ou funções; e a cooperação. Estes núcleos se materializam pela via do desenho institucional a partir de múltiplas ferramentas.

Para Fiuza e Costa¹⁴, a separação dos órgãos de poder não pode ser entendida de modo absoluto, mas de maneira formal. A clássica doutrina não estabelece a independência plena dos três órgãos de poder. O que ocorre é uma “constante interpenetração entre os órgãos de poder, como uma engrenagem, de maneira que nenhum ato de governo seja de responsabilidade de um só órgão”. Eles se entrosam e se subordinam mutuamente na consecução dos ditames fundamentais, dentre eles a proteção e promoção do desenvolvimento social e do homem.

¹¹ APOLINÁRIO, Marcelo Nunes et al. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n. 2013_09, 2013, p.1-38, p.6.

¹² CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. 1967. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.20.

¹³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. 1967. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.20.

¹⁴ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 219.

O princípio de Montesquieu foi afirmado e adaptado por Hamilton, Madison e Jay¹⁵ na doutrina exposta de “O federalista” denominada “sistema de freios e contrapesos”. Os constitucionalistas norte-americanos, em análise ao princípio em questão, expuseram que este axioma político não exige a separação absoluta dos três poderes e afirmaram a necessidade de uma tal ligação que dê a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar os outros¹⁶.

A divisão funcional do poder ou, como tradicionalmente se diz, a “separação dos poderes”, que ainda hoje é a base de organização do governo nas democracias ocidentais, consolidou-se do resultado empírico da evolução constitucional inglesa, estabelecida pela *Bill of Rights* de 1689¹⁷.

Esta teoria, de acordo com Apolinário¹⁸, enquanto salutar mecanismo propiciador da contenção do poder, alcançaria inusitada significação. Ocorre aqui a positivação, o ingresso no mundo jurídico, de uma técnica formulada ideológica e teoricamente, embora reivindicada de maneira inequivocamente política. As Constituições de Massachusetts, de 1780, e da Virginia, de 1776, foram as pioneiras neste particular. Posteriormente, segue o autor, as demais constituições dos novos Estados americanos incorporaram o princípio, inclusive a Constituição Republicana e Federal de 1787.

E foi a partir daí que quase todas as constituições do mundo incorporaram a teoria. Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16, proclamou o “princípio da separação dos poderes”, agora na condição de Direito Humano, que toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem em absoluto a Constituição. Este sentido pretende congrega alguns elementos segundo Gouvêa¹⁹: a proteção das instituições, a responsabilidade dos detentores do exercício do poder, o respeito e a proteção do Estado de Direito e dos direitos humanos.

¹⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p.305.

¹⁶ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 218.

¹⁷ APOLINÁRIO, Marcelo Nunes et al. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n. 2013_09, 2013, p.1-38, p.8.

¹⁸ APOLINÁRIO, Marcelo Nunes et al. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n. 2013_09, 2013, p.1-38, p.10-12.

¹⁹ GOUVÊA, Carina B. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 99.

2 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE 1824 A 1988 E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DE MONTESQUIEU

A distinção entre as funções legislativa, executiva e judicial não surgiu genuinamente marcada pela pretensão de compreender e descrever exaustivamente as funções do Estado moderno²⁰. O objetivo central, segundo Apolinário, foi justamente estabelecer um tom prescritivo e garantístico: a separação orgânico-pessoal daquelas funções era imposta em nome da liberdade e da segurança individuais. Menciona-se ainda que as funções do Estado não se misturam com os seus fins, que são variáveis segundo os planos de governo, as contestações do universo democrático, dentre outros. As “funções estatais” são plataformas jurídicas estabelecidas pela Constituição ou pela Lei, dentro das quais deverão ser cumpridas as finalidades do Estado.

De acordo com Apolinário²¹, a divisão de funções fundamenta-se em dois elementos: (a) a especialização funcional, que significa que cada órgão é especializado para o exercício de uma função; assim, às assembleias se atribui a função legislativa; ao executivo, a função executivo-administrativa; ao judiciário, a função jurisdicional; (b) o outro elemento se refere à independência orgânica, o que significa que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente, o que postula ausência de meios de subordinação. Conforme já explanado no capítulo anterior, atribuímos um terceiro elemento à teoria da separação dos poderes, ou divisão funcional do poder, que é a cooperação, elemento obrigatório a contemplar o todo perfeito da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, muito embora se afirme que é na Constituição do Estado que se encontra o grau de independência e colaboração entre os diferentes órgãos existentes e as suas respectivas atribuições.

A exposição de Apolinário²², em outro momento de sua pesquisa, afirma que, na realidade, seja no Brasil, seja em outros países, já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, especialmente numa tripartição rígida. Além disso, a teoria da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários. A separação rígida terminou por ensejar o arbítrio por cada um dos poderes – órgãos – em razão da completa independência com que exerciam suas funções. Assim, o principal motivo para a

²⁰ APOLINÁRIO, Marcelo Nunes et al. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n. 2013_09, 2013, p.1-38, p.14.

²¹ APOLINÁRIO, Marcelo Nunes et al. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n. 2013_09, 2013, p.1-38, p.15.

²² APOLINÁRIO, Marcelo Nunes et al. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n. 2013_09, 2013, p.1-38, p.21-22.

superação da rigidez da separação dos poderes foi a necessidade de impedir que os órgãos respectivos se tornassem tão independentes que, arbitrariamente, se afastassem da vontade política central, da unidade política. Ou seja, algo inviável dentro da arquitetura constitucional contemporânea.

O autor, embora não apresente a cooperação como elemento central da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, acredita que os poderes devem ser interpretados como autônomos e coordenados para que se viabilizasse a prática governamental, com o intuito de atender as mais distintas demandas sociais em oposição à intangibilidade recíproca que antes os singularizava.

Passamos agora a examinar as Cartas Constitucionais Brasileiras com o fim de perceber a incorporação da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, aqui observados a partir da concepção de seus três elementos essenciais: a independência, distribuição de funções — harmonia e a cooperação.

As Constituições brasileiras, desde a de 1824, foram desenhadas de forma a incorporar, mesmo de que forma modesta, a teoria da separação dos poderes. A primeira Carta na história constitucional do país não serviu apenas para os momentos de estabilidade política, conseguida no Império, a partir da Praieira (1848-1849), que foi a última rebelião de caráter político no império monárquico²³. Para Nogueira, serviu, também, com a mesma eficiência para as fases de crise que se multiplicaram numa sucessão interminável de revoltas, rebeliões e insurreições, entre 1824 e 1848. Vigeu por 65 anos com uma única emenda, entre 1824 e 1889.

A Constituição de 1824 não adotou a separação tripartida de Montesquieu. A divisão e harmonia dos poderes políticos foi considerada o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferecia. A Carta outorgada por Pedro I reconheceu que os poderes políticos do Império do Brasil seriam quatro: o poder legislativo, o poder moderador, o poder executivo e o poder judicial.

Assim, não há dúvidas de que o exercício do poder foi marcado por um forte centralismo administrativo e político, uma vez que o poder moderador era considerado a chave de toda a organização política. Delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia entre os poderes políticos. A pessoa do Imperador era inviolável, sagrada e suprema, e não estava sujeita a nenhuma responsabilidade.

²³ NOGUEIRA, Octaciano. *1824*. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Temáticas, 2012, p. 10.

Estabelecendo uma vigorosa centralização política e administrativa, vinha a Carta de 1824 atender ao preceito quanto ao exemplo da América Espanhola, fracionada em razão dos particularismos locais, criados a partir da administração colonial²⁴. O poder moderador impulsionava a monarquia no caminho de seu papel ativo, em contraste com o papel passivo das monarquias parlamentares. O Regime imperial, segundo o autor, assistiu, no entanto, a permanente falsificação da vontade do eleitorado, por meio de uma maciça e permanente intervenção do Poder Executivo.

O que se percebe é que, mesmo com as garantias previstas de divisão e harmonia entre os poderes, esta Carta não incorporou um dos principais elementos do princípio da separação dos poderes, a cooperação.

A Constituição Republicana de 1891, em linhas gerais, era vazada em 91 artigos e mais oito das disposições transitórias e, por isso, caracteriza-se como a mais concisa das seis Constituições da República²⁵. Vigeu por 40 anos com uma única emenda, que veio dar mais vigor aos poderes do Chefe da Nação, no sentido oposto ao do reformador. A Constituição estabeleceu um regime presidencialista do tipo norte-americano: o poder executivo não poderia dissolver a Câmara dos Deputados e nem era obrigado a escolher os Ministros de sua confiança. Esta era a diferença fundamental entre a Constituição escrita de 1891 e a Constituição viva de 1824.

O poder moderador foi extinto, adotando-se a teoria clássica de Montesquieu da tripartição dos poderes, sendo estes órgãos de soberania nacional, o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes entre si. As competências foram distribuídas através de vários dispositivos constitucionais. Mais uma vez, a Carta não incorporou o núcleo cooperação dentre seus dispositivos.

A Constituição seguinte, de 1934, nasceu de duas revoluções, a de 30 e a de 32. A primeira tinha um ideário liberal em política, embora os acontecimentos posteriores a transformassem em um projeto social democrático e, em seguida, na causa eficiente de uma ditadura bajuladora do fascismo europeu.²⁶ Já o heroísmo paulista de 1932 pode ter tido causas econômicas não identificadas na época (reação política dos fazendeiros de café contra a ameaça de sua hegemonia pelas novas forças da economia situadas na cidade ou na indústria, ou motivos políticos sediados no regionalismo, a política do café com leite, desalojado do poder pela revolução vitoriosa). O movimento de São Paulo foi cunhado de

²⁴ NOGUEIRA, Octaciano. 1824. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 57.

²⁵ BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 28.

²⁶ POLETTI, Ronaldo. 1934. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 57.

revolução constitucionalista e as multidões, que nas ruas carregavam entusiasmadas as suas bandeiras, não sabiam das discutíveis conclusões, fornecidas pelas análises históricas.

“Reclamava-se a falta de justiça, não apenas a social; pede-se por participação e questiona-se a legitimidade da representação; deseja-se a Constituição como apanágio de um Estado de Direito Democrático, tido como ausente nos últimos anos”²⁷ .

Reconheceram-se, na carta magna de 1934, os órgãos da soberania nacional, os poderes legislativo, executivo e judiciário, independentes e coordenados entre si. Pela primeira vez, incorporou-se o elemento “cooperação” da teoria de Montesquieu na Constituição brasileira.

O funcionamento dos poderes, em vários momentos da carta, reconhece a importância da cooperação onde, em seu art. 17, por exemplo, veda aos entes federativos negar a cooperação dos respectivos funcionários, no interesse dos serviços correlativos; em outra passagem determina que a União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização das colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.

Sua vigência durou apenas três anos e representou um progresso na direção do realismo constitucional²⁸. Não obstante, segundo Poletti, tenha se perdido em normas programáticas, as quais, embora de valor ideológico, resultaram em ineficácia. Foram sonhos irrealizados. Em face disso, a socialização ou a social-democracia, apesar de permanecerem historicamente nos textos constitucionais, continuam na dependência da realização econômica da sociedade e do desenvolvimento cultural do povo.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu incorporada pelos seus três núcleos independentes e fundamentais foi capaz de conciliar uma nova tendência no ambiente político nacional sem perda do conteúdo e da eficiência técnica jurídica.

A Constituição de 1937 fora outorgada em um momento de crise de ordem e de autoridade em todo o mundo e sua vigência foi de oito anos com 21 emendas²⁹. A disputa política ultrapassara os moldes de uma luta dentro dos quadros clássicos da democracia liberal. Os autores, neste conflito, tinham como objetivo explícito a destruição tradicional não somente no domínio político como no domínio social e econômico. Segundo Porto³⁰, para Pontes de Miranda as características principais da Carta eram a coordenação, entregue ao Presidente, da atividade dos órgãos representativos, a possibilidade de indicação, pelo Chefe

²⁷ POLETTI, Ronaldo. 1934. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 13.

²⁸ POLETTI, Ronaldo. 1934. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 41.

²⁹ PORTO, Walter Costa. 1937. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.14.

³⁰ PORTO, Walter Costa. 1937. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.49.

do Poder Executivo, de um dos candidatos ao cargo, a eleição indireta dos representantes dos Estados-membros na câmara Federal e a eliminação do princípio da separação e independência dos poderes, uma vez que as competências do legislativo e do judiciário foram esvaziadas. Assim, a mera menção à teoria de Montesquieu pode ser percebida através do art. 3º, que afirmou que o Brasil é um Estado Federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, sendo mantida a sua atual divisão política e territorial.

Segue-se a Constituição de 1946³¹, caracterizada pela tendência restauradora das linhas de 1891, com as inovações aproveitáveis de 1934 – disposições de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à educação e à família. A República sacrificara os Municípios, restringindo-lhes a autonomia e desfavorecendo-os na distribuição de rendas públicas. O que mais contribuiu para a aproximação dos textos das Constituições de 1934 e 1946 foi a coincidência dos fatores políticos que inspiraram a elaboração das Cartas, orientadas, nos dois momentos, por uma reação contra os exageros do Presidencialismo da República Velha ou contra as tendências ditatoriais que modelaram a Constituição de 1937. O texto teve na evolução do Direito Eleitoral, a função de uma espécie de marco revolucionário.

A teoria da separação dos poderes, prevista no art. 36, informou que os poderes da União compreendiam o executivo, legislativo e judiciário, independentes e harmônicos entre si. Assim, podem-se perceber dois núcleos essenciais da teoria de Montesquieu prevista no dispositivo. O texto constitucional não previu nenhum artigo que estabelecesse uma conexão direta entre os poderes constituídos.

A próxima Constituição brasileira foi a de 1967³². Nosso regime, para os autores, foi caracterizado por um duplo movimento de centralização política da União no sistema federal e do poder executivo dentro do governo da União. A magna carta acabou por fortalecer o executivo através da ampliação de seu poder de iniciativa das leis, da delimitação de tempo para a aprovação, pelo Congresso, dos projetos do governo, na delegação legislativa, na restrição a emendas aos projetos governamentais, e na faculdade, dada ao Presidente, de expedir decretos-leis. Neste sistema aos Estados e Municípios competia apenas decretar impostos sobre transmissão, direitos reais e direitos à aquisição de imóveis sobre circulação de mercadorias, sobre a propriedade urbana e sobre serviços de qualquer natureza. Todos os

³¹ BELEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO. 1946. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.

³² CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. 1967. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.20.

demais impostos são de competência federal, embora Estados e municípios participem do produto da arrecadação de muitos deles.

Contemplaram-se, no art. 6º, os poderes da União, independentes e harmônicos, o legislativo, o executivo e o judiciário, com uma ressalva interessante: “salvo as exceções previstas, é vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a do outro”. Há previsão de nítida separação entre eles e de suas funções sem dispositivos que contemplem a cooperação entre eles.

A Constituição de 1988 teve como nota marcante a presença do povo e a valorização da cidadania e da soberania popular³³. Segundo Tácito³⁴, o princípio da legalidade é afirmado como fundamento da ordem jurídica. Para ele, ela é fonte de direitos e limite ao poder do Estado e à autonomia da vontade e este princípio consolida o Estado de Direito. Dele resulta o conceito de direitos públicos, oponíveis ao Estado, que deve se submeter às leis que ele próprio estabelece. Para Tácito³⁵, a Constituição buscou na constituição portuguesa a figura da inconstitucionalidade por omissão, mediante ação direta de competência do Supremo Tribunal Federal. E, ainda, o mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O princípio da separação dos poderes encontra-se presente na figura do art. 2º, onde lê-se: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”.

Destaca-se, na Magna Carta, a presença do termo “cooperação”, um dos elementos constitutivos do princípio da separação dos poderes. Primeiramente, presente no título dos princípios fundamentais, em seu art. 4º, ao reger-se nas suas relações internacionais, no qual prevê a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; no capítulo destinado à União, em seu art. 23, do qual atribui competência comum a todos os entes federativos, afirma-se que Lei Complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional; em se tratando do Município, este deve-se guiar com a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, conforme disposto no art. 29 inciso X. Além disso, deve manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do

³³ TÁCITO, Caio. 1988. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.47.

³⁴ TÁCITO, Caio. 1988. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.47.

³⁵ TÁCITO, Caio. 1988. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.47.

Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental além de serviços de atendimento à saúde da população.

Embora o elemento conceitual “cooperação”, previsto na teoria da separação dos poderes de Montesquieu, não esteja inserido no art. 2º da Constituição de 1988, como ocorreu na Carta de 1934 - “os poderes legislativo, executivo e judiciário, independentes e coordenados entre si” - , nota-se que a Carta progressista se preocupou por estabelecer alguns mecanismos de integração no arquétipo institucional com a finalidade de promoção do desenvolvimento econômico, político e social.

3 A CRISE CONCEITUAL E MATERIAL DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM TERRAS BRASILEIRAS

A crise do Estado de Direito é um debate já proposto por Bolzan³⁶ e que atinge aspectos policêntricos. Para o autor, o primeiro deles diria respeito à crise que atinge suas características conceituais, em particular a ideia de soberania. A outra atingiria não a mesma ideia de Estado, mas uma de suas materializações, o Estado do Bem-Estar Social. A terceira se projeta por sobre a fórmula moderna de racionalização do poder, ou seja, o Estado Constitucional. A última, que nos interessa particularmente para fins do objeto da pesquisa, atinge a tradição da separação funcional – especialização de funções ou, quem sabe, “atividades preferenciais” – do poder estatal para o autor.

Estamos pensando em uma tradicional forma de funcionamento, concebida como estratégia de desconcentração de poder, a partir da adoção de uma estrutura tripartite quanto às atividades próprias do Estado, no interior do pensamento liberal, desde John Locke e consagrada com a obra de Montesquieu³⁷.

Como já discorremos acerca da teoria e das funções das atividades próprias dedicadas ao Executivo, Legislativo e Judiciário em capítulos anteriores, devemos avançar para a problemática que diz respeito à sua revisão, como dito por Bolzan de Moraes³⁸, diante do contexto de perda de centralidade e exclusividade da figura do Estado, bem como ante o rearranjo que se percebe nas suas inter-relações, seja como decorrência das próprias crises, seja como consequência da sua própria funcionalidade e de disputas internas.

³⁶ BOLZAN DE MORAIS, Jose. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos. 2 ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011, p. 18.

³⁷ BOLZAN DE MORAIS, Jose. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos. 2 ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011, p.56.

³⁸ BOLZAN DE MORAIS, Jose. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos. 2 ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011, p.56.

No tocante à dialética da separação/harmonia das funções estatais, tal qual expressa em todas as Constituições brasileiras, em especial no artigo 2º da Carta atual, é preciso que descortinemos outros aspectos para que, desde fora, possamos perceber os influxos sentidos pela ação especializada do Estado.³⁹

Faz-se necessário remontar mais uma vez e ainda às transformações que se observam nas relações entre as funções estatais tradicionais quando uma se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra ou, em decorrência mesmo da fragilização das funções do governo e sua incapacidade de realizar as promessas contidas no projeto constitucional, quando fazem crescer e transformam o papel da função de garantia, constituindo-a como ambiente de disputa e busca de satisfação de interesses individuais e coletivos.

O contexto eminentemente descentralizado, marcado pelo princípio da separação dos poderes, ou seja, posto sob a visão exclusiva da harmonia e independência, acaba por projetar o que se passou a nomear como judicialização da política, especialmente desde a centralidade assumida com a ascensão da função jurisdicional⁴⁰, particularmente ante o crescimento do seu papel como jurisdição constitucional.

Um dos efeitos desta crise pode ser refletido, por exemplo, no efeito *backlash* exercido pelos poderes. No plano coloquial, para Valle⁴¹, a palavra tem como significado primário um súbito e intenso movimento de reação, em resposta a uma mudança igualmente brusca na trajetória do movimento, ou seja, uma reação em sinal contrário. Por exemplo, reações legislativas às decisões do Supremo Tribunal Federal, fenômeno que no universo doutrinário brasileiro é conhecido como “correção legislativa das decisões judiciais”.

³⁹ BOLZAN DE MORAIS, Jose. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos. 2 ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011, p.57.

⁴⁰ A doutrina vem há muito tratando da temática, dentre eles, ver VIEIRA, Oscar Vieira. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2., p. 441-463; VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo cooperativo ou a supremacia do Judiciário. *Jurispoiesis*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 321-348, 2009; LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; GOUVÊA, Carina Barbosa; DANTAS, Ivo. Os caminhos para o desenvolvimento de uma interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico: abrindo a sala de máquinas da constituição. *AREL FAAR*, Ariquemes, RO, V.5, N1, p. 82-110, Jan.2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3124507> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3124507>.

⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. *Palestra proferida no II Seminário Internacional da Teoria das Instituições*. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013.

No caso do reconhecimento da união homoafetiva⁴², a decisão gerou alguns efeitos “negativos” na opinião de Dos Santos Zagurski⁴³, eis que Projetos de Lei foram apresentados às casas Legislativas e, caso aprovados, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial.

Um exemplo é o projeto conhecido como “Cura Gay”, apresentado, em 2013, pelo Deputado João Campos e que chegou a ser aprovado pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. Em 2014, projeto semelhante foi apresentado pelo Deputado Pastor Eurico, que tem o propósito de derrubar a Resolução de 1999 do Conselho de Psicologia, que proíbe tratamentos destinados a reverter a homossexualidade⁴⁴. Outro exemplo, posto por Dos Santos Zagurski, é o Projeto de Lei conhecido como Estatuto da Família, que pretende definir a família como núcleo formado a partir da união entre um homem e uma mulher, retirando o *status* de família assegurado pela decisão do STF. Isso não impede o reconhecimento, segundo a autora, do efeito benéfico do *backlash*, eis que motiva e incita o exercício da persuasão fortalecendo a democracia e a própria Constituição.

Não se está aqui a discutir os efeitos negativos ou positivos decorrentes do fenômeno, mas enfatizar que, se os braços institucionais recorressem à integração para materializar o efeito *backlash*, com possibilidade de concretização dos direitos ali evidenciados, estaríamos mais perto de efetivar os ideais e promessas contidos no texto constitucional e de estimular o desenvolvimento dos sentidos constitucionais a partir de uma visão integrada, dialógica.

Outro efeito decorrente desta crise pode ser percebido no desafio de superação dos bloqueios institucionais, não se constituindo um privilégio para o Brasil. Segundo Valle⁴⁵, estes bloqueios, em verdade, se verificam a todos os países que o universo da doutrina entendeu qualificar como integrante do *Global South*⁴⁶ e que apresentam constituições

⁴² O Supremo Tribunal Federal, em votação unânime reconheceu o casamento homoafetivo conferindo aos casais homossexuais o direito à união estável a partir do julgamento da ADI nº 4277/DF e da ADPF nº 132.

⁴³ DOS SANTOS ZAGURSKI, Adriana Timoteo. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. *REVISTA DA AGU*, v. 16, n. 03, 2017, p. 87-108, p.104.

⁴⁴ DOS SANTOS ZAGURSKI, Adriana Timoteo. BACKLASH: UMA REFLEXÃO SOBRE DELIBERAÇÃO JUDICIAL EM CASOS POLÊMICOS. *REVISTA DA AGU*, v. 16, n. 03, 2017, p. 87-108, p.101.

⁴⁵ VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*, 2016, p. 332.

⁴⁶ Para Valle, a expressão pretende enunciar um traço comum entre países que ostentam um exercício bastante particular de jurisdição constitucional, marcadamente comprometida com a efetividade de direitos fundamentais, mesmo os de cariz socioeconômicos. Originalmente cunhada por Maldonado, a expressão foi veiculada em obra dedicada a análise da atuação das Cortes Constitucionais da Índia, África do Sul e

marcadamente transformativas⁴⁷. A recente evocação pelo Supremo Tribunal Federal da categoria “estado de coisas inconstitucional”, no julgamento da ADPF 347, com seguidas referências à experiência pretérita da Corte Colombiana com a decisão da *Sentencia* T-153/98, evidencia a percepção da Corte da necessidade do desenvolvimento de provimentos jurisdicionais que se revelem aptos a determinar uma resposta mais eficaz ao complexo bloqueio institucional que deu causa às maciças violações de direitos humanos havida nas prisões brasileiras⁴⁸.

Sustenta Valle⁴⁹, aqui em apartada síntese, que, no específico cenário brasileiro, acresça-se entre o rol de possíveis causas de bloqueio institucional a eventual interdependência decorrente também do modelo federativo. Importante destacar a interpretação e cadência estrutural equivocada da Suprema Corte Constitucional brasileira quanto aos elementos conceituais associados à declaração de um estado de coisas inconstitucional. Para efeitos da delimitação conceitual, podemos dizer que se buscam remédios às situações de vulnerabilidade dos direitos humanos/fundamentais que tenham um caráter geral, que afetam uma multiplicidade de pessoas e cujas causas sejam de natureza estrutural. Sua solução exige uma ação integrada com as instituições democráticas. Temos, portanto, uma violação massiva e generalizada de vários direitos humanos e fundamentais; a omissão da autoridade política no cumprimento de suas obrigações; a incorporação de remédios constitucionais; e a expedição de medidas administrativas ou legislativas ou prescrições necessárias.

Colômbia (MALDONADO, Daniel Bonilla, ed. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press, 2013). VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*, 2016, p.335.

⁴⁷ O constitucionalismo de transformação diz respeito ao conteúdo substantivo da proposta de constitucionalismo manifestada em um texto que pretende ser o motor de alteração de uma realidade social. Ou seja, designam os esforços que abraçam o projeto de longo prazo de promulgação, interpretação e a implementação constitucional, dirigidas a transformar as relações sociais e instituições de poder em uma sociedade democrática, participativa e igualitária. (GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016, p.32.

Aproxima-se da ideia de bloco constitucional dirigente, eis que fornece um impulso permanente e consagra uma exigência de atuação pelo Estado como agente promotor destes direitos. Observa-se na transformação, um conjunto de tensões que facilitam o desenvolvimento da sociedade, marcadas pelas ações planejadas e não pela ascendência do instituto pragmático. (DA SILVA, Alfredo Canellas Guilherme; GOUVÊA, Carina Barbosa. *Constitucionalismo e seus modelos contemporâneos de transformação e transição*. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 10, n. 1, 2017, p. 202-220, p. 218.

⁴⁸ VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*, 2016, p.346.

⁴⁹ VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*, 2016, p.350.

Valle afirma que o que se destaca na precursora Sentencia SU – 559/97 da Corte Constitucional Colombiana são o dever de colaboração que a Corte Constitucional tem para com os demais órgãos do Estado e a importância de se prevenir uma multiplicação de ações voltadas para o mesmo objetivo — aqui, nota-se uma clara aproximação com o manejo das ferramentas dialógicas institucionais. Segue ainda a autora sustentando que se tem já a associação do estado de coisas inconstitucional a um bloqueio institucional de maior âmbito, para o qual concorrem igualmente fatores internos e externos, afetos às, por vezes, delicadas relações institucionais, inclusive entre distintos braços de poder. Para a sua materialização exige a intervenção de várias entidades, num conjunto necessariamente complexo de ações. A Corte Constitucional Colombiana, neste sentido, culminou por determinar, em sua maior porção, medidas que se relacionam ao resgate do exercício por cada qual dos órgãos revestidos de competência no assunto, das funções que lhe são próprias⁵⁰.

Não há que se negar que a Corte Constitucional Brasileira avançou quando invocou o conceito de “estado de coisas inconstitucional”, aqui um caminho à abertura dialógica; e, ainda, quando incorporou o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos à fundamentação.

Por outro lado, a expedição de prescrições necessárias foi destinada, exclusivamente, “aos juízes”, que devem considerar ao prolatar suas decisões: fundamentalmente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro, no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

O papel reservado ao Judiciário nesse contexto é de ser o de indução à superação do referido bloqueio institucional, o que significa dizer que deve ser rejeitada qualquer ação substitutiva das instâncias ordinárias de deliberação⁵¹ seja porque faltaria ao Judiciário, segundo Valle, a aptidão institucional para engendrar estas soluções práticas, seja porque a substituição pura e simples não concorre para o resgate da normalidade institucional

⁵⁰ VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*, 2016.

⁵¹ VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*, 2016.

contaminada pela obstrução que se intenta superar. De novo, o resultado almejado pela proclamação do estado de coisas inconstitucional é inaugurar um exercício de colaboração entre os poderes – e a substituição autorizativa será a antítese dessa mesma ideia⁵².

A melhor jurisdição constitucional dentro desta perspectiva de crise do Estado de Direito é a que se constrói a partir de relações de colaboração, que reconheça uma necessária articulação entre as instâncias que representam os poderes do Estado⁵³. Para Dixon⁵⁴, o constitucionalismo cooperativo é capaz de forjar uma resposta integrada, eis que os processos políticos de deliberação majoritária são frequentemente sujeitos a sérios bloqueios cuja superação exige a participação, em relações de ajuda mútua, de outras instâncias do poder, de forma a obter resultados inclusivos e responsivos. Para Silva et al.⁵⁵, esse é o contexto que mais uma vez chama às relações de cooperação.

Para os autores, na lógica do constitucionalismo cooperativo sobre o prisma interno da dinâmica do poder, a questão diz respeito à percepção de que a garantia de direito não encontra melhor veículo numa repartição estática de papéis, que empreenda a opção pela “supremocracia” do Judiciário como solução genericamente aplicável. Ao contrário, a efetividade dos direitos estará mais bem atendida por uma fórmula institucional que, a partir do reconhecimento da sua complexidade e multiplicidade, permite sucessivas acomodações nas quais, à vista dos limites intrínsecos de um ou outro poder, permitem ora precedência do Legislativo, ora a supremacia do Judiciário, ou seja, “*o jogo é a busca permanente do protagonista mais adequado, levando em conta as funções postas a cada poder, conforme o conteúdo do direito em questão*”.

Estamos aqui a reivindicar a incorporação do último elemento da teoria da separação dos poderes materializada por Montesquieu e prevista na Constituição brasileira: a cooperação.

Será a abertura à cooperação, aqui pensada como ampliação no cenário de deliberação quanto ao conteúdo dos direitos, que permitirá superar problemas atinentes ao

⁵² VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*, 2016.

⁵³ SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 53.

⁵⁴ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007, p.406.

⁵⁵ SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 54.

pluralismo baseado em um consenso construído, que não repousa em um único ator⁵⁶, seja ele Judiciário, Legislativo ou Executivo. O compartilhamento com as demais estruturas do poder para a conclusão das tarefas determinadas pela Constituição e que envolvem “a efetividade de direitos” revela-se a estratégia mais legítima a superar a crise vivenciada pelos poderes da República, que estão, por um lado, agravando a crise do Estado de Direito e, por outro, encerrados no isolacionismo hermético e não cooperativo⁵⁷.

CONCLUSÃO

Os métodos de exercitar o poder estão em contínua mudança. O desenho institucional e as restrições — controles do exercício do poder e eficiência destes na sustentação das sociedades democráticas, são um tema clássico de análise da ciência jurídica. Os desafios atuais relacionados à efetividade, segurança, desenvolvimento, bem como a transformação da cultura política são fenômenos que exigem mudanças ou novas abordagens nas práticas institucionais.

Estamos a viver dois problemas referentes à teoria da separação dos poderes: a crise conceitual e a falta de incorporação pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do elemento cooperação.

Por que precisamos rever a dogmática conceitual do princípio da separação dos poderes? Toda teoria, pelo fato de receber uma ideologia, aponta para interesses determinados⁵⁸. Quando um projeto idealizador da convivência política pretende somente a formalização jurídica tende a esquecer as causas e motivações que o produziu ao mesmo tempo que se despreocupa dos fins a que se propõe. E, neste sentido, o predomínio da dogmática desideologizada, ou seja, apartada de seus interesses e indiferente aos fins para que se constituiu a organização política que pretende explicar e interpretar, conduz inexoravelmente ao inamobilismo, a petrificação.

Ao descrever a teoria da separação dos poderes, Montesquieu se preocupou, também, com o universo dogmático do sistema que pretendia implementar quando incorporou o elemento cooperação a forjar o todo perfeito da teoria: a integração é capaz de promover os

⁵⁶ SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 55.

⁵⁷ SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 55.

⁵⁸ LUCAS VERDÚ, Pablo. El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La 'ideología constitucional' del Profesor García de Enterría). *Revista de Derecho Político*, Madrid, v. 1, n. 13, p. 7-51, 1982, p. 12.

fins destinados pelo Estado a partir de uma cobertura maximizada para a resolução das contestações que são inevitáveis em um sistema político jurídico, ou seja, um modo de operar a integração real e funcional do Estado. Deste modo, a teoria não só descreve e configura os órgãos constitucionais assinalando sua formação, composição, competências e funções, mas aponta finalidades, objetivos transformadores da sociedade de maneira que os três elementos que vão articular o texto constitucional se inspirem a trabalhar de forma compartilhada para promover a tão desejada transformação.

É preciso decidir se vamos continuar apostando em uma teoria defeituosa e que tem trazido sérias consequências para o universo da materialização dos fundamentos da República brasileira ou se desejamos de fato incorporar a teoria da separação dos poderes com base na dogmática concebida por Montesquieu — o que vai exigir uma mudança no perfil “clássico” das funções estatais produzidas pela transformação da cadeia sistêmica de funcionamento, a incorporação do elemento cooperação.

E lá vai ele, “o homem de lata”⁵⁹, a caminho da Cidade das Esmeraldas para ver o grande Oz. Ele queria um coração para ser capaz de amar. Estava gemendo e ninguém o tinha escutado ou vindo ajudar. Este não seria um problema para Oz, ele tinha uma imensa coleção de corações, de todos os tamanhos e formatos. E lá vai ela, “a Constituição brasileira”, gemendo, com a crise do Estado de Direito, e não é preciso abrir um buraco em seu peito para colocar o coração no lugar certo. Ela tem um coração, um grande coração chamado cooperação.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. Vol 113, January 2000, N.03, *Harvard Law Review*, p.633-725.

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes et al. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n. 2013_09, 2013, p.1-38.

BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

_____; LIMA SOBRINHO. 1946. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, Jose. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos. 2 ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

BAUM, L. Frank. *O mágico de Oz*. Trad. Sérgio Flaksman. Editora: Zahar.

⁵⁹ BAUM, L. Frank. *O mágico de Oz*. Trad. Sérgio Flaksman. Editora: Zahar.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. 1967. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

DA SILVA, Alfredo Canellas Guilherme; GOUVÊA, Carina Barbosa. Constitucionalismo e seus modelos contemporâneos de transformação e transição. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 10, n. 1, 2017, p. 202-220.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

DOS SANTOS ZAGURSKI, Adriana Timoteo. BACKLASH: UMA REFLEXÃO SOBRE DELIBERAÇÃO JUDICIAL EM CASOS POLÊMICOS. *REVISTA DA AGU*, v. 16, n. 03, 2017, p. 87-108.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GOUVÊA, Carina B. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh. O federalista. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

LUCAS VERDÚ, Pablo. El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La 'ideología constitucional' del Professor García de Enterría). *Revista de Derecho Político*, Madrid, v. 1, n. 13, p. 7-51, 1982.

MACHIAVELLI, Niccoló. *O príncipe*. Trad. Maria Julia Goldwasser. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MALDONADO, Daniel Bonilla, ed. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondar, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOGUEIRA, Octaciano. *1824*. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Temáticas, 2012.

POLETTI, Ronaldo. 1934. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PORTO, Walter Costa. 1937. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

ROZNAI, Yaniv. The Oldest-Newest Separation of Powers. *Int'l J. Const. L.* Blog, May 23, 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/04/the-oldest-newest-separation-of-powers>. Acesso em 23 de maio de 2018.

SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

TÁCITO, Caio. 1988. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. *Palestra proferida no II Seminário Internacional da Teoria das Instituições*. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013.

_____. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*, 2016.

Rev. FAPAD
e-ISSN: 2764-2313
Data de aceite: 01/10/2021
<https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/gtp/article/view/32>
Organizado pelo Ministro: José Barroso Filho