

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO–PUC – SP

RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

DIVISÃO DE PODERES

**ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E
ATUALIDADE**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor Vidal Serrano Nunes Júnior.

SÃO PAULO

2017

BANCA EXAMINADORA

À memória de Renato de Castro
Nascimento, meu irmão e amigo.

Aos meus pais, Leda Freire de
Castro Nascimento e Manoel João
de Paiva Nascimento, por tudo.

RESUMO

O objeto da presente tese é a teoria da divisão de poderes da sua origem mais remota na filosofia grega de Platão e Aristóteles até a sua atualidade no Brasil.

Passaremos pela sua evolução do moderno constitucionalismo na Inglaterra, França e Estados Unidos, por meio dos principais autores (John Locke, Montesquieu e os Federalistas) e obras (*Tratado sobre o governo civil*, *O espírito das leis* e *O federalista*), enfatizando o contexto no qual foram escritas, pois a teoria da divisão de poderes é mais fruto da experiência política do que de uma doutrina preconcebida.

Chegaremos ao Brasil na primeira Constituição republicana que importou, pelas mãos de Rui Barbosa, o modelo do Presidencialismo e da Federação norte-americanos. Por fim, a Constituição de 1988, apesar do reconhecimento formal da separação dos poderes, gerou um sistema presidencialista com uma prática parlamentarista (o *Presidencialismo de Coalizão*), com grande fragmentação partidária e um Judiciário cada vez mais ativista.

O estudo da teoria da divisão dos poderes, em seu modelo clássico, é necessário, mas insuficiente, para entender a atual dinâmica do sistema político-constitucional brasileiro.

ABSTRACT

The objective of this present thesis is the theory of the division of powers since its most remote origin to be found in the concepts of the Greek philosophers Plato and Aristotle up until the very present time in Brazil.

We shall go through the evolution of the modern constitutionalism originated in England, in France and in United States by the hands of its most eminent authors (John Locke, Montesquieu and the federalists) and their most important works (*Two treatise of government*, *L'spirit du Loi* and *The federalist papers*), focusing special attention to the context in which those books were written, for the theory of division of powers is the fruit of political experimentation a lot more than a preconceived doctrine.

We shall get to Brazil and its first republican constitution which format and most relevant concepts, like presidentialism and federation, were imported from The United States, by hands of Rui Barbosa. Finally, it must be , despite the fact that the Brazilian constitution of 1988 formally recognizes the separation of powers, in fact it has generated a presidentialism system of government marked by a parliamentarist activity (the so called presidentialism of

coalition), with great party fragmentation and a Judiciary increasingly more and more activist.

The study of the theory of division of powers, in his classic model, is necessary, but insufficient, in order to understand the current dynamic of political constitutionalist system of today in Brazil.

“Mas, afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispersar-se-iam os controles internos e externos.” James Madison, *O Federalista* n.º 51.

SUMÁRIO

Introdução	12
I - Os Dois Filósofos da Escola de Atenas	16
1. O Afresco no Vaticano	16
2. Platão e a República	17
3. Aristóteles e a Política	27
II - John Locke e o Parlamentarismo Inglês	43
1. O Século das Revoluções	43
2. John Locke	52
3. Dois Tratados sobre o Governo	56
4. Parlamentarismo Inglês	78

III – A Separação dos Poderes de Montesquieu	87
1. Absolutismo Francês	87
2. Barão de Montesquieu	90
3. O Espírito das Leis	98
4. Sistema Misto Francês	121
IV – O Constitucionalismo Americano	128
1. Da Independência à Constituição Escrita	128
2. O Federalista	143
3. Marbury vs. Madison	165
4. Medidas Antiterror e a Divisão de Poderes	178
V – O Constitucionalismo brasileiro	192
1. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil	192
2. Presidencialismo de Coalizão	202
3. A Judicialização da Política	224

VI – Conclusões	240
1. Os dois filósofos da Escola de Atenas	240
2. John Locke e Parlamentarismo Inglês	241
3. A Tripartição de Poderes de Montesquieu	243
4. Constitucionalismo Americano	246
5. Constitucionalismo Brasileiro	250
VII – Referências bibliográficas	254

INTRODUÇÃO

Desde a sua formação, a sociedade política convive com o dilema entre uma maior concentração do poder político, como meio de se atingir maior eficiência, ou sua divisão, como meio de melhor controlá-lo e proteger o cidadão. A tomada de decisões passa por uma eterna dinâmica de conflitos e harmonizações entre poderes instituídos.

Divisão de poderes não é sinônimo de separação, nem de tripartição de poderes. Na prática, os conceitos se confundem. Contudo, a divisão de poderes é mais ampla, pois permite arranjos institucionais diversos da teoria clássica da tripartição dos poderes.

Uma equilibrada divisão de poderes não implica necessariamente separação rígida. Pelo contrário, envolve instrumentos de controle recíprocos e até o exercício atípico da função de um poder por outro. Às vezes, a melhor forma de divisão dos poderes é misturá-los. Mais importante é a divisão e o equilíbrio entre os poderes do que a completa separação.

Realizaremos um resgate histórico da origem e evolução da teoria da divisão dos poderes, tendo como fio condutor os autores e as obras fundamentais para a sua construção e o contexto em que foram escritas. Nosso estudo, porém, não abrangerá a divisão territorial do poder típica do Estado federal. A necessária delimitação do objeto de estudo nos levou a essa dolorosa exclusão.

A divisão do poder político sempre foi o melhor meio de controlá-lo. Tal preocupação já estava presente em Platão e Aristóteles, que distinguiam as principais funções na *pópolopolis*. Cada cidadão deveria cumprir a função mais compatível com sua virtude preponderante. Todas as funções tinham a devida importância na vida coletiva.

Aristóteles, na análise das constituições das cidades-estados gregas, ressaltou a preocupação de se evitar a concentração de poderes em uma pessoa, por mais virtuosa que ela seja. O poder deveria ser dividido de forma equilibrada. As instituições políticas não devem ficar dependentes das virtudes de seus ocupantes.

Até as revoluções inglesas do século XVII, a ciência política não fazia uma clara distinção dos atuais Poderes do Estado e das respectivas funções. A Inglaterra de então vivia sob um governo misto até que a pretensão absolutista da dinastia Stuart provocou um conflito aberto entre o Rei e o Parlamento.

A necessidade de delimitar o novo arranjo dos poderes, com a vitória final das forças do Parlamento na Revolução

Gloriosa, fez surgir a teoria da separação dos poderes esboçada primeiramente por John Locke. Foi a mesma Inglaterra que depois Montesquieu tomou de modelo, ou pretexto, para conceber a separação de poderes, em sua versão mais conhecida.

A divisão de poderes, contudo, é muito mais fruto da experiência política de cada nação do que uma teoria pré-concebida. Experiência essa vivenciada durante o processo de elaboração da Constituição Norte-Americana de 1787, quando a divisão de poderes foi explicitada em uma constituição escrita. Cada uma das três funções do Estado foi reservada a um Poder da República. Se por um lado a separação de poderes era rígida ao proibir o exercício simultâneo por uma mesma pessoa de funções em mais de um poder; por outro, previu o controle recíproco entre os poderes em sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

O constitucionalismo moderno ⁽¹⁾ tomou a divisão de poderes como um dos seus pressupostos, mas cada país moldou seu modelo de divisão de Poderes de acordo com a sua realidade sócio-política. A teoria da divisão dos poderes ganhou autonomia e especificidades que a distanciaram de suas origens no governo misto.

1. “Podemos concluir, assim, que o constitucionalismo é congênito à separação dos poderes e às declarações de direitos humanos, formando com eles o conjunto de ingredientes necessários ao Estado de Direito. Por isso, parece-nos acertada a afirmação de que os principais objetivos incorporados pelo constitucionalismo são: a supremacia da lei (Constituição), havida esta como expressão da vontade geral; limitação de poder; proteção e assecuração dos direitos fundamentais do ser humano, em especial os correlacionados com a liberdade.” NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*, p. 27.

Foi o modelo de divisão de poderes da Constituição Americana que foi importado por nossa primeira Constituição Republicana de 1891. Tal modelo seguiu pela nossa história constitucional, apesar das rupturas da ordem democrática do século XX.

A Constituição de 1988 inaugura um novo marco na divisão de poderes. Inicialmente concebida para um sistema parlamentarista, por fim adotou um Presidencialismo com singularidades, que lavaram o Executivo a se tornar dependente de uma maioria legislativa. O aprimoramento do controle da constitucionalidade após 1988 e a chamada judicialização da política levaram o Judiciário a ocupar um espaço maior e moderador no processo de decisão nacional e no conflito entre os demais poderes.

Enfim, estudaremos a origem e a evolução da teoria da divisão de poderes para permitir uma melhor compreensão da atual dinâmica e evolução dos conflitos entre os poderes.

OS DOIS FILÓSOFOS DA ESCOLA DE ATENAS

O Afresco no Vaticano

Na sala de trabalho do Papa Júlio II (1443-1513), atualmente uma das mais visitadas do Vaticano, encontra-se o afresco *Stanza della Segnatura*, a Escola de Atenas, pintado, em 1510, pelo pintor renascentista italiano Rafael Sanzio (1483-1520). Um dos mais poderosos papas da Igreja Católica poderia ter escolhido uma cena bíblica para sua sala de trabalho na busca da inspiração na tomada de decisões, mas optou pela Grécia clássica, mais precisamente pela filosofia grega.

Composta com singular simetria e equilíbrio, a Escola de Atenas é um grande exemplo de como o Renascimento concebia a vida intelectual da Grécia antiga. Em meio às construções em perspectiva de Atenas, os filósofos gregos mais representativos são retratados em uma disposição que prima pela harmonia e equilíbrio. Ao centro, sobressaem as figuras de Platão (426-347 a.C.) e Aristóteles

(384-322 a.C.). Parecem debater. Platão, o mais velho, aponta a mão direita para cima, ao passo que Aristóteles aponta para frente e para baixo. Tais gestos sintetizam a clássica discordância entre os dois filósofos. “Platão tem os olhos voltados para o céu, o pretenso céu das ideias, Aristóteles olha a terra e reabilita a experiência sensível” ⁽²⁾. Os gestos denotam diferentes concepções de verdade.

A oposição entre as visões dos dois filósofos permeia a própria história da filosofia até hoje, especialmente a filosofia política. Em qualquer debate político, por mais simples que seja, sempre assistimos à contraposição entre uma visão mais idealista de como deveria ser a política e uma mais realista que busca soluções com base em como as instituições funcionam de fato e não como deveriam funcionar. A divisão dos poderes também teve suas bases lançadas na Grécia antiga, dividida entre o idealismo de Platão e o realismo de Aristóteles.

Platão e a República.

O mundo apreendido pelos sentidos, para Platão, é mera aparência de verdade ou uma percepção limitada do mundo, como as sombras projetadas na parede da alegoria da caverna

2. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 38.

(³), narrada em *A República*. A verdade reside no mundo das ideias de difícil percepção pelos sentidos. Nem sempre é possível suportar a verdade. É como a luz muito forte que ofusca a nossa visão, notadamente quando se está acostumado a viver no escuro da caverna com a ilusão de que as sombras projetadas na parede são a verdade. Somente com o tempo nos acostumamos com a luz do Sol, mas nem todos conseguem chegar a este estágio e passam a vida com a ilusão de que conhecem a verdade.

A realidade não é aferível pelos cinco sentidos, mas apenas parte dela. A verdade está no mundo abstrato das ideias. A filosofia aproxima-se da matemática, a mais pura e abstrata das ciências, que tem seus conceitos absolutos e autônomos em relação ao mundo dos sentidos. A matemática é abstração pura. A busca da pureza do mundo das ideias tornou-se uma obsessão na vida de Platão e na sua filosofia.

3. "Imagine-se pessoas que vivessem numa caverna francamente iluminada por uma fogueira, imobilizadas e viradas para a parede na qual veem apenas as confusas sombras projetadas por coisas que passam às suas costas. Como tudo que elas conhecem são essas sombras, sem nunca ter visto as próprias coisas, elas tomam tais sombras pela realidade. Imagine-se, ainda, que, eventualmente, uma delas, com grande dificuldade, conseguisse libertar-se e sair da caverna. A princípio ficaria completamente ofuscada pela luz do Sol, mas, vagarosamente, acostumaria a vista da claridade e poderia ver nitidamente todas as coisas e entender que elas são reais, enquanto as sombras não passam de sombras. Alegre com sua grande descoberta, obriga-se a voltar à caverna para transmiti-la a todos. Ao contrário do que se espera, ninguém acredita nele e ainda zombam de suas palavras, que soam tão distantes do que lhes parece ser a realidade, as sombras, única "realidade" que conhecem." LOPES, Maria da Silva; ESTEVÃO, José Carlos. "Platão e Aristóteles – o nascimento da filosofia política". In: RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara (coords.) *Manual de filosofia política*, p. 33.

Nascido em Atenas em 426 a.C., Platão vinha de família aristocrática. Viveu no tempo tumultuado do declínio de Atenas após o governo de Péricles (495-429 a.C.), quando se sucediam governos aristocráticos, democráticos e tiranos, todos de curta duração. Vários descendentes diretos de Platão ocuparam posições de destaque nos governos de Atenas. Há poucas informações confiáveis sobre sua biografia. A *Carta VII*, uma das únicas fontes com alguma confiabilidade, limita-se ao curto período que Platão viveu em Siracusa, colônia grega na Sicília ⁽⁴⁾ e também teve sua autenticidade posta em dúvida.

Por volta de 387 a.C., fundou a primeira escola de filosofia de que se tem notícia, a Academia, nos arredores de Atenas, onde os alunos podiam dedicar-se em tempo integral às diversas áreas do conhecimento. A Academia funcionou até 529 d.C, quando foi fechada por ordem do imperador romano Justiniano, após séculos de convivência harmoniosa com a evolução das várias correntes do pensamento filosófico, inclusive com o cristianismo. O nome academia passou a ser sinônimo de casa do saber.

Platão foi também o primeiro filósofo a deixar uma obra escrita de vulto. São cinquenta e três livros que chegaram até nós. Em sua maioria, escritos por meio da técnica dos diálogos filosóficos, ou platônicos, que se assemelham à dramaturgia tão

4. IRWIN, Terence H. *Introdução a Carta VII de Platão*, p.15.

cultuada na Grécia clássica. Um grupo de pessoas, a maioria filósofos, reúne-se para debater o significado de um grande tema (amor, amizade, justiça, beleza, piedade, coragem, etc.), cada um, sucessivamente, apresentando a sua definição.

As ideias de Platão confundiam-se com as de Sócrates (469-399 a.C.), de quem foi discípulo. Como Sócrates nada escreveu, tudo o que sabemos de seu pensamento é por meio de terceiros, sobretudo, por Platão, seu discípulo mais talentoso, que o transformou na personagem central dos seus diálogos filosóficos, nos quais Sócrates sempre discutia suas ideias com interlocutores, em sua maioria sofistas ⁽⁵⁾.

Sócrates, por meio de processo de contraposição de ideias denominado dialética, vai desconstruindo seus interlocutores que pretendem dar a definição final dos grandes temas.

-
5. “Sofista é o termo que significa “sábio”, “especialista do saber”. A acepção do termo, que em si mesma é positiva, tornou-se negativa sobretudo pela tomada de posição de Platão e Aristóteles. Durante muito tempo, os historiadores da filosofia adotaram, além das informações fornecidas por Platão e Aristóteles sobre os sofistas, também as avaliações, de modo que, geralmente, o movimento sofista foi desvalorizado e considerado predominantemente como momento de grave decadência do pensamento grego. Somente no século XX foi possível uma revisão sistemática desses juízos e, conseqüentemente, uma radical reavaliação histórica dos sofistas; e a conclusão à qual se chegou é que os sofistas constituem o elo essencial na história do pensamento antigo.

“Os Sofistas, com efeito, operaram verdadeira revolução espiritual (deslocando o eixo da reflexão filosófica da *physis* e do *cosmo para o homem e àquilo que concerne à vida do homem como membro de uma sociedade*) e, portanto, centrando seus interesses sobre a ética, a política, a retórica, a arte, a língua, a religião e a educação, ou seja, sobre aquilo que hoje chamamos a cultura do homem. Portanto, é exato afirmar que com os sofistas, inicia-se o *período humanista* da filosofia antiga.” REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia, Volume 1 – Filosofia Pagã Antiga*, p. 73,

Os diálogos platônicos não chegam a nenhuma conclusão definitiva sobre os temas propostos. Sócrates desconstrói as tentativas dos seus interlocutores de chegar a uma conclusão, mas, contudo, não chega a um conceito próprio, pois, como ele mesmo enfatizava: “só sei que nada sei”. Tal afirmação é a antítese da arrogância dos que se arvoram detentores de uma retórica que impressiona pela beleza dos argumentos, mas está distante da verdade.

As ideias do mestre e discípulo confundem-se na personagem Sócrates das obras de Platão. Não se sabe com precisão onde terminam as ideias de Sócrates e começam as ideias de Platão nas falas da personagem Sócrates. Até que ponto Sócrates na forma retratada realmente existiu ou é um mero personagem literário dos diálogos platônicos?

A condenação à morte de Sócrates, seu grande mestre, em julgamento perante uma assembleia de mais de quinhentos membros, em plena democracia ateniense, sob a acusação de não reconhecer os deuses da cidade, de introduzir divindades novas e de corromper a juventude ateniense, deixou marcas profundas em Platão ⁽⁶⁾. O ceticismo em relação à democracia marca a sua obra política. Afinal foi um tribunal em plena democracia que condenou à morte Sócrates, o mais justo dos homens. O fato de uma decisão ser tomada pela maioria não assegura que ela seja justa. Justiça e

6. Em *Apologia de Sócrates*, Platão transcreve os discursos de Sócrates perante o tribunal ateniense que o condenou a morte.

democracia não andam necessariamente de mãos dadas. Não se chega ao justo pela regra da maioria.

A República, a obra mais significativa de Platão, tem como tema principal a busca do conceito de justiça. Sócrates refuta várias tentativas dos sofistas de definir o que é o justo. Após desconstruir e apontar as contradições de todos os interlocutores, Sócrates propõe uma mudança de perspectiva: em vez de pensar o que seria o homem justo, devemos ampliar o horizonte e pensar o que seria uma cidade justa. Só é possível existir um homem justo em uma cidade justa, a governada com justiça. Baseado na perspectiva da cidade ideal e, por consequência, a mais justa, é que se poderá definir a justiça e distinguir o que é justo do que é apenas aparentemente justo.

A função do governante justo é assegurar uma vida digna a todos. Viver dignamente não era uma questão de bem-estar material, honra ou prazer, mas sim viver de acordo com as virtudes fundamentais ou cardinais, a saber: a sabedoria, a coragem, a temperança e a justiça. A busca das quatro virtudes é o objetivo do homem e uma cidade justa deve propiciar a cada cidadão a possibilidade de desenvolver as suas potencialidades em relação a

cada uma das virtudes (⁷). A cidade justa, governada por um governo justo, deve possibilitar aos seus cidadãos uma vida virtuosa.

Na cidade ideal de Platão, cada cidadão deve exercer a função mais condizente com sua natureza, potencialidade e virtude preponderante. Há uma divisão de funções na cidade ideal. Os produtores, cuja virtude básica é a temperança (o poder de controlar instintos e apetites) têm a função de alimentar e prover as necessidades do povo. Os guardiões, tendo a coragem como virtude preponderante, são os encarregados da segurança da cidade-estado. Por fim, os filósofos, mais afetos à sabedoria, devem encarregar-se da arte de governar a *pólis*. A cidade justa é aquela em que cada um cumpre bem a função para qual está vocacionado. A justiça é o devido equilíbrio entre as outras três virtudes. Importante registrar que na cidade ideal os mais bem remunerados são os produtores, ao passo que os filósofos governantes são os que devem viver mais modestamente.

A função de governar é muito especial e requer a reunião de todas as virtudes cardinais de quem vai bem exercê-la. Entre as virtudes, a sabedoria é a mais importante para o governante, pois somente com sua preponderância se pode possuir e equilibrar minimamente todas as outras virtudes. A sociedade ideal

7. “Em verdade, a real função do Estado é a de desenvolver as habilidades, aptidões, objetivando o mais excelente, o melhor, o alcance da virtude (*areté*, do grego, excelência).” BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia*, p.87.

deveria ser governada pelos mais sábios, os filósofos, pois somente o homem sábio tem a inteira ideia do bem, do belo e do justo, conceitos que Platão desenvolverá em outras obras (⁸).

Em sua visão idealista, Platão concentra a atenção sobre como deveria ser o governo ideal, não se voltando para como de fato funcionam as várias formas de governo nas cidades-estados gregas. O sonho idealizado por Platão de uma vida harmônica e fraterna, com cada um exercendo a função para qual é vocacionado, servirá como inspiração para todas as utopias políticas que desde então a humanidade passou a conhecer. A visão platônica virou sinônimo de visão idealista da realidade e da política.

O pensamento platônico foi o alvo principal da sátira mordaz de Aristófanes (447-385 a.C.), o maior comediógrafo grego, que na comédia *As nuvens* retrata o filósofo Sócrates, o grande porta-voz da filosofia platônica, como um alienado do mundo real, vivendo literalmente *nas nuvens*. A comédia apresenta Sócrates como o estereótipo moderno do intelectual alienado da realidade material da vida.

Precisamos, contudo, ser também justos com Platão. Ele não ficou *nas nuvens* em matéria de política. Ao contrário, foi várias vezes a Siracusa, cidade grega na Sicília, e aí tentou convencer o tirano Dionísio a adotar a sua fórmula de governo ideal.

8. Platão: *Hipias maior*; *As leis* e *O banquete*.

Apesar da persistência, a empreitada não obteve êxito. Dionísio rechaçou a proposta depois de saber que perderia o poder para os filósofos (⁹). Platão, desiludido, voltou a Atenas, onde veio a falecer em 347 a.C., deixando vários seguidores vinculados à Academia.

Em sua filosofia política, Platão não formulou uma teoria sobre a divisão dos poderes. O tema não chegou a ser objeto de suas reflexões. Apontou, contudo, a necessidade de divisão de funções na *pólis* para se chegar à cidade justa. Ressaltou também os riscos da concentração do poder em uma única pessoa, que transformaria o governo em uma tirania, na qual o exercício do poder fundamenta-se no medo e na violência. A divisão de poderes foi o antídoto preventivo contra o uso abusivo do poder político.

Platão discorreu, contudo, sobre as cinco formas de governo das cidades-estados gregas (aristocracia, timocracia, oligarquia, democracia e tirania), assim como as características do governante em cada uma delas. Considerou, como forma de governo ideal, a aristocracia, o governo composto pelos mais sábios ou os mais justos, os filósofos. Evitou a concentração do poder em uma só pessoa, por mais sábia que ela seja.

Por outro lado, não poupou críticas às demais formas de governo. Começando pela timocracia, na qual o governante,

9. As viagens de Platão a Siracusa e os seus relacionamentos com Dionísio e Dion estão narrados diretamente pelo próprio Platão em sua *Carta VII*, cuja autenticidade é questionada.

é guiado pela conquista de honrarias e na ostentação da força e do poder. A força impera sobre a razão e a honra é princípio dominante, o que é incompatível com a arte de bem governar, pois impera o mais forte e não o mais justo, o mais corajoso e não o mais sábio. A cidade ideal não é a mais guerreira.

A oligarquia é o governo dos mais ricos ⁽¹⁰⁾, na qual a sabedoria cede lugar à riqueza, baseada na propriedade, e os pobres são alijados do governo, o que leva ao eterno conflito entre ricos e pobres, distanciando-se do justo. A busca da riqueza é o que guia o governante na oligarquia. A grande quantidade dos excluídos torna o governo não só injusto como também instável.

A democracia é o governo, no qual muitos governam, mas sem o devido preparo para a função, levando à anarquia. Apesar de famosos por terem introduzido a ideia de democracia, os gregos, notadamente os seus mais importantes filósofos - Sócrates, Platão e Aristóteles - não exaltavam a democracia como forma de governo ideal. Ao contrário, a maioria não estava preparada para a arte de governar, que deveria ser reservada apenas aos mais aptos em uma aristocracia.

10. “- Que tipo de governo, disse ele, afirmas como oligarquia?

- É, disse eu, a forma de governo que tem sua base no censo de propriedade, na qual os ricos governam, mas os pobres não”. Platão. *A República*, Livro VIII, 550d, p. 316.

Por fim, a tirania, onde a violência do governante e o interesse do tirano prevalecem sobre o interesse da *pólis*, configurando a forma de governo mais distante da ideal preconizada por Platão. Nela há concentração de poderes em uma única pessoa, o tirano. Tal concentração do poder representa o maior risco de desvirtuamento e usurpação.

Aristóteles e a Política

Ao contrário de Platão, descendente da alta aristocracia ateniense, Aristóteles era um estrangeiro, nascido em 384 a.C na pequena cidade-estado de Estagira na fronteira da Grécia com a Macedônia. Nessa condição, não gozava de direitos políticos, mas tinha permissão para se estabelecer em Atenas.

Teve acesso a uma educação de excelência, mesmo com a morte precoce do pai Nicômaco, médico do então Rei da Macedônia, Amintas, avô de Alexandre Magno. Aos dezessete anos, foi para Atenas, o principal centro cultural da Grécia, para estudar na Academia de Platão. Aí permaneceu por cerca de vinte anos, nos quais passou de aluno a um dos principais professores.

Após o falecimento de Platão, decepcionado de não tê-lo sucedido na direção da Academia, abandona Atenas. Espeusipo (410-339 a.C.), sobrinho de Platão, tornou-se o líder da

Academia. O fato de ser considerado um estrangeiro, um meteco (¹¹), certamente contou para ter sido preterido. Tinha fortes vínculos com a Macedônia, a maior ameaça externa da Grécia.

Retirou-se para Artaneus na Ásia Menor, onde foi conselheiro do tirano Hérmiias, antigo discípulo da Academia. Conhece também Teofrasto, seu futuro e principal discípulo. Casa-se com Pítias, sobrinha de Hérmiias.

Após a morte de Hérmiias, atendendo ao convite de Filipe II (382-336 a.C.), novo Rei da Macedônia, tornou-se preceptor de seu filho Alexandre (356-323 a.C.) então com apenas treze anos. Há poucos registros da relação entre um dos maiores filósofos da história e um dos estadistas mais poderosos da humanidade (¹²). Especula-se que foi Aristóteles o responsável pela preparação do exemplar da *Ilíada* de Homero levada consigo por Alexandre, um admirador confesso do herói Aquiles, em suas campanhas militares.

Atenas foi uma das primeiras cidades a serem ocupadas por Alexandre, o Grande, em sua grande e rápida

11. Estrangeiro residente na *pólis*.

12. “Foi assim que começou a associação entre a mente mais poderosa da época e o homem mais poderoso. A união aguçou a imaginação romanesca e numerosas histórias foram contadas. Mas o que Aristóteles disse a Alexandre, o Grande, e Alexandre a ele, nós não sabemos. (Historiadores procuram em vão por influências aristotélicas na carreira sanguinária de Alexandre; e filósofos não acharão nada – ou praticamente nada – nos escritos políticos de Aristóteles que denuncie algum interesse na sorte do império macedônio.)” BARNES, Jonathan. “A vida e a obra”. In: *Aristóteles*, p. 34.

empreitada de conquistas. Aristóteles para lá voltou e, em vez de se reintegrar à Academia ou ocupar uma posição no novo governo, optou por fundar sua própria escola de filosofia, o Liceu, em um pequeno bosque nos arredores da cidade consagrado ao deus Apolo Lício, pois, como meteco, continuava a não poder ter propriedades na cidade.

No Liceu, organizou o inventário de suas pesquisas científicas de campo e uma vasta biblioteca que se tornou protótipo de todas as grandes bibliotecas da antiguidade. Além de escola, o Liceu foi um centro de pesquisas em várias áreas do conhecimento. Foram, por exemplo, catalogadas as cento e cinquenta e oito constituições das cidades-estados gregas, material posteriormente utilizado como base de dados na elaboração da *Política*. As diferentes visões de Platão e Aristóteles refletiam-se obviamente no método adotado pelas respectivas escolas. Na Academia, por exemplo, não havia um centro de documentação e pesquisa.

Com a morte precoce de Alexandre e a desintegração do grande império por ele formado, Aristóteles, com fortes ligações com a Macedônia, passou a ser visto novamente como um estrangeiro inimigo em Atenas ⁽¹³⁾. Receoso de perseguição pelos novos detentores do poder, fugiu para a ilha de Eubeia mais ao norte

13. “Quando da morte de Alexandre, um sentimento antimacedônico intensificou-se e ganhou viva expressão. Aristóteles tinha estreitas e notórias conexões com a Macedônia.” BARNES, Jonathan. “A vida e a obra: In: *Aristóteles*, p. 35.

da Grécia. Em referência direta ao julgamento de Sócrates, Aristóteles justifica a fuga de Atenas. “Eu não vou permitir que os atenienses pequem duas vezes contra a filosofia”. Um ano depois, veio a falecer. Foi sucedido na direção do Liceu por seu principal discípulo direto, Teofrasto, que, por ser ateniense, pôde comprar um terreno no centro da cidade de Atenas e para lá transferir o Liceu.

Não há na história um filósofo com obra tão abrangente. Debruçou-se sobre as mais diversificadas áreas do conhecimento (física, química, metafísica, artes, ciências naturais, zoologia, teoria do conhecimento, psicologia, lógica, retórica, ética e política). A incursão pelas ciências naturais levou-o a adotar um método de investigação científica e a tornar-se um grande classificador de espécies. Na tentativa de classificar a realidade para compreendê-la, dividiu os seres vivos, plantas e animais, em um sistema hierárquico de gêneros e espécies.

Boa parte das centenas de obras a ele atribuídas foi perdida. Somente cinquenta chegaram até nós, várias ainda incompletas. Mesmo assim, muitas parecem mais anotações de aulas feitas pelos discípulos. Durante séculos, o mundo ocidental ficou alheio à obra de Aristóteles. Foram principalmente os árabes os responsáveis pelo seu resgate, por meio das traduções e comentários

de Averróis (1126-1198) ⁽¹⁴⁾, e pela grande difusão de seu pensamento na Idade Média e no Renascimento.

Discípulo de Platão, Aristóteles foi com o tempo distanciando-se das ideias do mestre, quarenta e cinco anos mais velho. Não há registro histórico do distanciamento entre os dois ⁽¹⁵⁾. A única fonte é a própria evolução do pensamento de Aristóteles. Ao ser indagado sobre as razões do rompimento entre os dois, Aristóteles teria dito a célebre frase: “eu amo Platão, mas amo ainda mais a verdade”.

A verdade, para Aristóteles, somente pode ser encontrada no mundo material dos sentidos e não no mundo das ideias. Com espírito prático e inclinação para as ciências naturais, Aristóteles deu uma visão mais realista às ideias de Platão. A oposição entre os dois filósofos, apresentada no afresco de Rafael, tem um aspecto didático bastante útil para o estudo da evolução das correntes filosóficas, mas as divergências não foram tão marcantes como insinuam as interpretações mais radicais do afresco de Rafael.

Na filosofia política, a divergência também não é radical. A análise do fenômeno político deve levar em conta as duas visões, que mais se completam do que se opõem. Platão defende uma forma de governo ideal, um governo justo, no qual cada um

14. Averróis, mesmo não sendo grego e tendo vivido mais de mil anos depois, foi retratado na *Escola de Atenas* de Rafael Sanzio.

exerce as funções de acordo com a sua virtude preponderante. Ao contrário, Aristóteles discorre sobre as várias formas de governo existentes nas cidades-estados gregas sem a preocupação de construir um modelo de governo ideal. As várias formas de governo podem ser consideradas adequadas dependendo das circunstâncias políticas de cada cidade-estado e as qualidades pessoais dos governantes.

Aristóteles, contudo, também tem evidente preocupação ética no exercício da política ⁽¹⁶⁾. A *Política* é uma continuação da *Ética a Nicômaco*, na qual são analisadas as virtudes humanas, o que evidencia a mesma preocupação ética demonstrada por Platão em *A República*. A sequência entre as obras fica evidenciada pelo último parágrafo da *Ética a Nicômaco*, na qual Aristóteles aponta o estudo das constituições a ser desenvolvido na *Política* ⁽¹⁷⁾. Melhor seria afirmar que houve distanciamento entre dos dois filósofos, mas que não redundou em oposição radical ou ruptura.

15. HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*, p. 21.

16. “Em Aristóteles, política e ética caminham de mãos dadas”. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia*, p. 116.

17. “Em primeiro lugar, pois, se alguma coisa foi bem exposta em detalhe pelos pensadores que nos antecederam, passemos-la em revista; depois, à luz das constituições que nós mesmos coligimos, examinaremos que espécies de influências preservam e destroem os Estados, que outras têm os mesmos efeitos sobre os tipos particulares de constituição, e a que causas se deve o fato de serem umas bem e outras mal aplicadas. Após estudar essas coisas teremos uma perspectiva mais ampla, dentro da qual talvez possamos distinguir qual é a melhor constituição, como deve ser ordenada cada uma e que leis e costumes lhe convém utilizar a fim de ser a melhor possível.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 235)

Na visão de ambos, a política tem ligação íntima com a moral e a ética⁽¹⁸⁾.

Mesmo com a ligação entre política e ética, Aristóteles, no desenvolvimento da *Política*, especialmente na parte final, quando discorre sobre como evitar a revolução e dá conselhos aos tiranos, renunciando, com séculos de antecedência, os conselhos de Maquiavel ao *Príncipe* ⁽¹⁹⁾. De fato, conselhos dessa espécie não são encontrados em Platão. Enfim, o grau de ruptura entre os dois filósofos é uma questão que deve ficar em aberto para cada intérprete.

A Grécia clássica era politicamente dividida em centenas de cidades-estados, cada qual com território e população

18. “A teoria política, desse modo, não é para Aristóteles nem um assunto distinto da teoria moral nem a aplicação da teoria moral à esfera política; pelo contrário, ela é uma disciplina auxiliar da teoria moral. Dada a identificação do bem humano alcançada pela última, a teoria política concebida estritamente procura identificar que formas de sociedade são mais ou menos aptas a conduzir à conquista desse bem, explicar os defeitos das formas imperfeitas e sugerir como esses defeitos podem ser remediados.” TAYLOR, C. C. W. “Política”. In: *Aristóteles*, p. 300.

19. “Em público, ele deve ter um ar mais grave que severo, em vez de despertar o terror àqueles que são admitidos à sua presença, deve antes lhes inspirar respeito. Para dizer a verdade, isso não é fácil, quando ele se torna desprezível. [...] Em questão de prazeres, é preciso fazer completamente o contrário daquilo que hoje fazem muitos tiranos. Mal nasce o sol, começam as suas orgias, que se prolongam por muitos dias seguidos. Querem mesmo ter testemunhas que possam presenciar a felicidade e ventura que eles desfrutam. Ao contrário, deve-se ter o máximo de moderação nesse ponto ou pelo menos evitar os olhares do povo. Não é homem sábio que se faz desprezar e que se surpreende facilmente, é o homem dissipado; não é aquele que vela, é o que dorme. [...] O tirano fará o contrário daquelas velhas máximas das quais falamos anteriormente. Ele procurará adornar e embelezar a cidade, como se fosse o seu administrador e não o tirano. Sobretudo, mostrar-se-á continuamente penetrado de respeito pelos deuses, porque os cidadãos receiam menos injustiças da parte do tirano quando veem que aquele que tem autoridade sobre eles honra a religião e procura render aos deuses o culto que lhes é devido. São menos tentados a conspirar quando

reduzidos e governo próprio. Cada cidade-estado tinha uma constituição ⁽²⁰⁾ com governo e instituições próprios e em constante mutação ⁽²¹⁾. Na *Política*, Aristóteles, como um cientista, analisou e classificou as formas de governo nas várias cidades-estados, por meio de suas respectivas constituições, apontando também os riscos de desvirtuamentos de cada forma de governo. No Liceu, foram catalogadas cento e cinquenta e oito constituições das várias cidades-estados ⁽²²⁾, mas somente uma, a constituição de Atenas, chegou até nós ⁽²³⁾.

Aristóteles faz um exaustivo estudo das constituições das cidades-estados, apontando vícios e qualidades de cada uma, independente da forma de governo adotada e respectiva evolução. Primeiro, delimita o objeto a ser estudado (as constituições das cidades-estados gregas); depois, divide-o e classifica as formas de

pensam que ele tem os deuses por aliados.” ARISTÓTELES. *Política*, Livro Oitavo, Capítulo IX, §13, p. 262.

20. “Visto que as palavras constituição e governo significam a mesma coisa, que o governo é a autoridade suprema nos Estados e que essa autoridade suprema deve repousar necessariamente nas mãos de um só, ou de vários ou da multidão [...]”. ARISTÓTELES. *Política*, Livro Terceiro, Capítulo V, § 1, p. 86..

21. “Para os antigos, a ideia de constituição significa a organização tradicional de determinada sociedade, incluindo não só as relações de poder político, como também o conjunto das instituições da vida privada, notadamente a família, o grupo familiar alargado (como a *gens* romana, por exemplo), a educação e a propriedade.” COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 124.

22. RYAN, Alan. *On politics: a history of political thought to the present*, Book One, p. 72.

23. ARISTÓTELES. *Constituição de Atenas*.

governos; por fim, analisa cada uma, apontando as respectivas virtudes e riscos de desvirtuamento.

O homem, para Aristóteles, é por natureza um animal político ⁽²⁴⁾ ⁽²⁵⁾. A vida em sociedade na *pólis* é o seu caminho natural, decorrente da própria vida em família, e não uma opção fruto da vontade humana. A formação da sociedade política deriva da própria natureza humana. As necessidades do homem são mais facilmente atendidas em uma vida em sociedade, o que permite a cada homem potencializar as suas virtudes, viabilizando melhores condições materiais ⁽²⁶⁾. O homem almeja levar uma vida digna, ou seja, viver de acordo com as virtudes. O propósito da *pólis*, extensão natural da vida familiar, seria capacitar o homem para ter uma vida digna, uma vida virtuosa.

24. “É evidente que a cidade faz parte das coisas da natureza e que o homem é naturalmente um animal político destinado a viver em sociedade” ARISTÓTELES. *Política*, Livro Primeiro, Capítulo I, § 16, p. 16.

25. “Vimos que, para Aristóteles, embora o bem singular do indivíduo e o bem do Estado tenham a mesma natureza (posto que ambos consistem na virtude), o bem do Estado é mais importante, mais nobre, mais perfeito e mais divino. A razão disso reside na própria natureza do homem, ao demonstrar com clareza que ele é absolutamente incapaz de viver isolado e que precisa, para ser ele mesmo, estabelecer relações com seus semelhantes em todos os momentos de sua existência.” REALE, Giovane. *Introdução a Aristóteles*, p. 129.

26. “A Ética a Nicômaco propõe um número de argumentos plausíveis em favor da tese de que uma boa vida humana tem de ser uma vida em comunidade. Ninguém, Aristóteles afirma com toda a razão, desejaria viver em isolamento, sem amigos. Sem levar em conta quaisquer benefícios extrínsecos que podemos obter dos outros, como ajuda em épocas difíceis, nós achamos que compartilhar a vida com amigos de mentalidades parecidas é intrinsecamente bom, pois tal vida é mais agradável e vale mais a pena para nós que uma vida sem amigos.” TAYLOR, C. C. W. “Política”. In: *Aristóteles*, p. 300.

Aristóteles examina e classifica as diferentes formas de estado e de governo. Com uma visão mais pragmática, não discorre como o rei filósofo deveria governar, mas sim como se pode governar um estado real. Procurou classificar e analisar como a política funciona e não como ela deveria funcionar. A *Política* não deixa de ser um trabalho de catalogação e análise das várias formas de governos nas cidades-estados.

Com um método de investigação científica tão afeto às ciências naturais, Aristóteles, classificador inveterado, elaborou sua teoria política por meio da investigação e classificação do governo e da constituição de cada cidade-estado grega. Classificou as espécies de governo com base em duas perguntas: quem governa e a favor de quem governa. As cidades-estados eram governadas por uma pessoa (monarquia), por um grupo seleto de pessoas (aristocracia) ou por muitas pessoas (democracia ou politeia). Não faz juízo de valor sobre as três espécies, não demonstra preferência por nenhuma delas. Não faz apologia à democracia ou politeia, que também são chamadas de república (²⁷).

27. “Entre o poder real dá se geralmente o nome de monarquia àquela que tem por objetivo o interesse geral; de aristocracia, ao governo para um reduzido número de homens ou de vários (contanto que não seja de um só) – seja porque a autoridade está nas mãos de diversas pessoas de bem, seja porque tais pessoas fazem uso dela para maior bem do Estado. Finalmente, quando a multidão governa no sentido do interesse geral, dá-se e esse governo o nome de república, que é comum a todos os governos.” ARISTÓTELES. *Política*, Livro Terceiro, Capítulo V, § 2, p. 87.

Todas as três espécies podem constituir um bom e verdadeiro governo, se os detentores do poder agirem de acordo com o bem comum e incentivar os cidadãos na busca da vida digna. No entanto, há sempre o risco de corrupção, quando o governante se distancia do bem comum, privilegiando o interesse próprio em detrimento do coletivo. Quando o monarca passa a ser guiado pelo interesse próprio em detrimento do bem comum, a monarquia se corrompe e se transforma em tirania. O mesmo acontece com a aristocracia, quando o grupo seletivo passa a governar para atender o seu interesse, levando à corrupção do governo e sua transformação em oligarquia. Mesmo na democracia ou politeia, quando os governantes passam a governar para si mesmos, temos a demagogia ⁽²⁸⁾.

Além de não declinar preferência por uma espécie determinada de governo, Aristóteles ressalta também a existência de uma combinação entre elas, como ocorreu com êxito em Esparta, o que pode ser classificado como uma sétima espécie, uma mistura balanceada de elementos da monarquia, aristocracia e democracia, prenunciando a teoria do governo ou Constituição mista

28. “Os governos viciados são: a tirania para o poder real, a oligarquia para a aristocracia, a demagogia para a república. A tirania é uma monarquia que não tem outro objetivo além do interesse do monarca; a oligarquia só enxerga o interesse dos ricos; a demagogia só enxerga o dos pobres. Nenhum desses governos se ocupa do interesse geral.” ARISTÓTELES. *Política*, Livro Terceiro, Capítulo V, § 4.º, p. 87.

(²⁹) (³⁰), no qual todas as forças sociais têm seu espaço de participação.

Aristóteles não chegou a formular uma completa teoria da divisão ou separação dos poderes do Estado, mas encontramos, na *Política*, um primeiro esboço. Sua contribuição foi demonstrar a existência de funções distintas no governo, além de enfatizar o perigo de se atribuir a um só ente o exercício do poder. Nesse sentido, Dalmo Dallari ensina que: “O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.” (³¹).

Após uma análise descritiva da estrutura política das várias cidades-estados gregas, Aristóteles fez a distinção

29. “Alguns filósofos dizem que o melhor governo deve ser uma combinação de todos os outros, e é por essa razão que aprovam a constituição de Lacedemônia, consideram-na como um misto de oligarquia, monarquia e democracia. Dizem que ela é monarquia para seus reis, oligarquia para seus anciões, democracia para os seus éforos – que são sempre tirados do meio do povo.” ARISTÓTELES. *Política*, Livro Segundo, Capítulo III, § 11, p. 49.

30. “Compreende-se como Constituição mista aquela Carta Política que vigorou em determinada época histórica de molde a proporcionar às diversas classes sociais então existentes a participação equilibrada no exercício do poder. A sociedade de então, dividida que se encontrava em estamentos, impôs a ideia de que todos estes deveriam ter acesso ao poder, que não deveria restar nas mãos de uma única parcela da sociedade”. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 28.

31. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 215. Livro III cap. XI.

das três partes do governo, a saber: a primeira, o poder deliberativo, decidia acerca dos negócios do Estado; a segunda exercia a magistratura (definida como uma espécie de função executiva); e a terceira exercia a jurisdição ⁽³²⁾. Essas três partes do governo guardam estreita semelhança com as atuais três funções ou poderes do Estado.

O bom funcionamento e o equilíbrio entre as três partes ou funções do governo são requisitos para um bom governo. “Em todo governo, há três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem vários governos. Uma destas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é aquela que exerce as magistraturas, e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial, e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a parte que administra a justiça” ⁽³³⁾. A palavra “magistratura”, derivada do latim *magistratus*, é aqui empregada no sentido de autoridade pública e não vinculada exclusivamente ao exercício de funções jurisdicionais. Na Grécia e na Roma antigas, as autoridades máximas da função executiva são comumente denominadas magistrados.

32. “Aristóteles aponta os três elementos, ao que tudo parece, essenciais, para toda constituição (*politeía*), independentemente do regime ou forma de governo: (1) um que delibera sobre assuntos da *pólis*; (2) um que se incumbe das magistraturas; (3) um que cuida da administração da justiça.” BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia*, 131.

33. ARISTÓTELES. *Política*, Livro Sexto, Capítulo XI, § 1, p. 195.

O poder deliberativo tinha como principais incumbências as decisões soberanas acerca da promulgação das leis, da guerra e da paz, da ruptura dos tratados, das penas de morte, de banimento e de confisco e a prestação de contas aos magistrados. Era exercido pela assembleia com a participação direta dos cidadãos de diversas maneiras, de acordo com a constituição de cada cidade-estado. Os critérios de escolha dos membros da assembleia variavam também por cidade-estado. Os membros da assembleia poderiam ser escolhidos por eleição, sorteio nas diversas classes ou ainda aberto à participação de todos os cidadãos (³⁴). Na democracia pura, era necessário um regramento mais detalhado, pois os cidadãos participavam diretamente das decisões das assembleias. O corpo deliberativo era o verdadeiro soberano da cidade-estado, pois detinha o poder sobre as decisões mais vitais da sociedade política.

Já as magistraturas governamentais executavam as deliberações acerca dos negócios do Estado, isto é, detinham os poderes constituídos de que a cidade-estado precisava para agir, respeitando-se as decisões emanadas pelo poder deliberativo. Era considerada difícil a tarefa de escolha dos que deveriam chamar-se magistrados. Não havia uniformidade quanto ao número de magistrados, a forma de escolha e tempo de duração do exercício da função. As várias constituições apresentavam soluções diversas de acordo com a experiência política da respectiva cidade-

34. ARISTÓTELES. Op. cit., Livro Sexto, Capítulo XI, § 3, p. 196.

estado ⁽³⁵⁾. As magistraturas caracterizavam-se essencialmente pelo exercício da função de ordenar, mas também julgavam e deliberavam a respeito de matérias específicas.

Os tribunais, ou a ordem judiciária, ocupavam-se dos julgamentos em geral, decidindo sobre as questões que envolviam o exame da conduta dos magistrados, as malversações financeiras, os crimes ou atentados contra a constituição, as multas contra as pessoas públicas e privadas, os contratos, bem como questões criminais e relativas a estrangeiros, havendo ainda os juízes singulares para os casos mínimos. A escolha dos juízes também poderia ser realizada por sorteio ou por eleição ⁽³⁶⁾.

A filosofia grega teve como preocupação central o equilíbrio e a harmonia do universo. No Renascimento (séculos XIV a XVI), houve uma revalorização da cultura greco-romana como a ideal de beleza e sabedoria, daí o próprio nome

35. “[...] esta parte da constituição dos Estados apresenta também inúmeras diferenças, seja quanto à extensão dos poderes, ou à duração das funções. Uns acham que elas não se devem prolongar por mais de seis meses, outros por menos ainda; estes querem que as magistraturas sejam anuais, aqueles que elas durem mais tempo. Finalmente, devem elas ser vitalícias ou ter um tempo de duração bastante longo? Ou nem uma nem outra coisa? Dever-se-ão chamar para exercê-las muitas vezes as mesmas pessoas, ou será melhor encarregar duas vezes a mesma pessoa de exercê-las, mas apenas uma vez?” ARISTÓTELES. Op. cit., Livro Sexto, Capítulo XII, § 1, p. 198.

36. “Os tribunais podem variar entre si em três pontos de vista diferentes: as pessoas, a natureza das causas, o modo de nomeação dos juízes. Trata-se de saber, quanto às pessoas que compõem os tribunais, se elas são escolhidas entre todos os cidadãos, ou apenas em uma certa classe; quanto à natureza das causas, quais são as diferentes espécies de tribunais; finalmente, quanto à nomeação dos juízes, se eles são designados por eleição ou por sorte.” ARISTÓTELES. Op. cit., Livro Sexto, Capítulo XIII, § 1, p. 203.

“renascimento”. Era como se a humanidade tivesse vivido um tempo sombrio entre o esplendor greco-romano e o renascimento. Essa tese é hoje bastante refutada por historiadores que não mais consideram a Idade Média como a idade das trevas ⁽³⁷⁾.

No auge do Renascimento, o Papa Júlio II recorreu à filosofia grega, no seu ponto de equilíbrio entre as visões de Platão e Aristóteles, para ornamentar a sala onde foram tomadas as grandes decisões do seu pontificado. Sabia escolher, mas mais sábia ainda por não privilegiar nenhum dos dois grandes filósofos, deixando em aberto o conflito entre ambos.

As obras de Platão e Aristóteles atravessaram os séculos e se tornaram o ponto de partida até hoje dos pensadores da ciência política do mundo ocidental. Foi o que aconteceu com o filósofo empirista inglês John Locke (1632-1704) que, partindo da concepção de Aristóteles de que o homem é por natureza um animal político, concebeu a origem da sociedade política, ressaltando a necessidade de divisão equilibrada de poderes para o bom governo.

37. GOFF, Jacques Le. *Para uma outra idade média: tempo, trabalho e cultura no ocidente*.

JOHN LOCKE E O PARLAMENTARISMO INGLÊS

O Século das Revoluções

Em 1690, o filósofo inglês John Locke tomou todos os cuidados para manter incógnita a autoria de *Dois tratados sobre o Governo*. As tratativas com o editor foram feitas por um testa de ferro. Dos originais levados à gráfica não constava o nome do autor. Como sua letra era conhecida do editor, teve de tomar o cuidado de contratar um copista para transcrever o “original” a ser entregue. Manteve apenas um exemplar guardado em sua biblioteca particular como se fosse mais um livro na estante. Durante anos, Locke, mesmo com o sucesso do livro, não assumiu a autoria. A revelação da verdade foi reservada para a posteridade. Registrou uma cláusula adicional ao seu testamento e, confirmando a suspeita geral, confessou a autoria duas semanas antes de sua morte em 1704 ⁽³⁸⁾.

38. LASLETT, Thomas Peter Ruffell. *O livro*, p. 1-19.

O que Locke, professor de Oxford e ardoroso defensor da liberdade de imprensa, tanto temia com a revelação? Qual o conteúdo subversivo do livro? A resposta passa pelos tumultuados acontecimentos da Inglaterra do século XVII.

Até então, o poder político na Inglaterra, desde a Magna Carta de 1215, era exercido pelo Rei, a Casa dos Lordes, representando a nobreza e o alto clero, e a Câmara dos Comuns com representantes eleitos por cada condado. Era o chamado governo misto ⁽³⁹⁾, assim entendido, tomando como a classificação das formas de governo de Aristóteles, como uma mistura balanceada de monarquia (Rei), aristocracia (Câmara dos Lordes) e democracia (Câmara dos Lordes). Apesar das turbulências desse longo período ⁽⁴⁰⁾, foi o governo misto, quando bem equilibrado entre os estamentos sociais, o responsável pela estabilidade política do país ⁽⁴¹⁾.

Não havia também uma nítida divisão das funções do Estado entre os órgãos que exerciam o poder político. No processo de elaboração das leis, concorriam o Rei, a Câmara dos

39. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, p. 555.

40. Podemos citar, como exemplos, a Guerra dos Cem Anos (1337-1453) contra a França e a Guerra das Rosas (1455-1487) entre as dinastias Lancaster e York.

41. “(...) a superioridade do Governo misto não depende apenas do fato dele garantir melhor a estabilidade que as formas simples, mas também do equilíbrio que consegue estabelecer entre as diversas forças sociais, ao atribuir a cada uma delas uma parte do poder, permitindo assim que o poder de uma controle o poder da outra (verdadeiro e autêntico precedente histórico do *balance of powers*). BOBBIO, Norberto in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, p. 556.

Lordes e a Câmara dos Comuns. O Rei não só participava organicamente do Parlamento, como o presidia, detendo o poder de autorizar o trâmite do projeto de lei e de vetar definitivamente a deliberação de ambas as casas. Era o modelo *King in Parliament* ⁽⁴²⁾. A aprovação de uma lei passava necessariamente por um consenso entre a Câmara dos Lordes, a Câmara dos Comuns e o Rei, que, além de participar diretamente da elaboração das leis, detinha o poder de zelar pela sua execução. A função legislativa não era confiada a apenas um órgão vinculado a um poder autônomo. O governo misto então existente não deixa de constituir uma espécie de divisão de poder, mas, se considerarmos a tripartição como ora concebemos ⁽⁴³⁾,

42. “À data do começo do reinado de Jaime I (1603-1625) era entendimento comum em Inglaterra que o rei era <<*principal part of the Parliament*>> e o Parlamento <<*single mixed sovereign body*>>, dotado de supremacia legislativa. O essencial da instituição *King-in-Parliament* (surgida na sequência do Acto de Supremacia de 1533 que marcou a ruptura da Inglaterra com Roma) consistia no facto de a função legislativa ser atribuída a uma assembleia de carácter misto composta pelo Rei, pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns.” PIÇARRA, Nuno. *Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 45.

43. “Em seu significado original, o Governo misto é o resultado da distribuição do poder entre as diversas forças sociais, cuja colaboração há de servir para manter a concórdia necessária à convivência civil. A separação dos poderes resulta, em vez disso, da distribuição das três funções principais do Estado, legislativa, executiva e judiciária, por órgãos diversos. Poderia haver uma certa correspondência entre ambas concepções, se cada força social fosse titular de uma função específica, se, por outras palavras, houvesse correspondência entre os sujeitos a quem é distribuído o poder e as funções exigidos aos detentores do poder político, ou seja, se se pudessem estabelecer estas três equações: rei=poder executivo, aristocracia=poder judiciário, democracia=poder legislativo. Mas tal correspondência não é de modo algum o escopo do Governo misto, que visa não tanto a evitar a concentração das forças sociais, com seus respectivos órgãos, no exercício do poder, particularmente na função principal que é a legislativa. A confusão pode nascer e tem nascido do fato de ambas terem sido excogitadas para resolver um problema de equilíbrio. Mas um é o equilíbrio das forças sociais que tem em vista o Governo misto e outro o das funções e seu respectivo exercício a que mira a separação dos poderes.” BOBBIO, Norberto in

ainda não havia uma separação orgânica-funcional de poderes. O Rei e o Parlamento se confundiam, pois participavam da função legislativa e executiva.

O equilíbrio do governo misto inglês seria rompido no século XVII pela pretensão absolutista da dinastia Stuart. Em 1625, assumiu a coroa Carlos I, que reforçou o catolicismo existente dentro da Igreja Anglicana. Influenciado pelo absolutismo francês de Luís XIV, acreditava no direito divino dos reis e na supremacia do Rei sobre as duas casas do Parlamento. Dissolveu o Parlamento em 1629 e governou sem convocá-lo por onze anos.

Os conflitos externos com outras potências europeias e a necessidade de aumento das receitas por meio de novos tributos obrigaram o Rei a convocar o Parlamento em 1640 ⁽⁴⁴⁾. Católicos e protestantes também disputavam o poder de influenciar a Igreja Anglicana. A maioria da Câmara dos Comuns era protestante. Era tempo de intolerância religiosa ⁽⁴⁵⁾ e confusão entre religião e

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, p. 559.

44. Os conflitos entre os poderes afluíam principalmente em torno de questões envolvendo o poder tributário do Estado. Parte da burguesia recusava-se a pagar novos tributos instituídos sem a aprovação prévia do Parlamento. As Revoluções Inglesa, Americana e Francesa são também exemplos típicos. O exercício do poder tributário envolve o próprio direito de propriedade do cidadão e os limites do poder do Estado.

45. Boa parte dos primeiros habitantes das treze colônias inglesas na América era composta de grupos religiosos que fugiram da perseguição religiosa no Século das Revoluções na Inglaterra.

Estado. Os servidores da coroa, por exemplo, eram obrigados a prestar juramento de fidelidade à religião e igreja oficiais.

O recrudescimento da tensão entre o Rei absolutista de influência católica e a Câmara dos Comuns, predominantemente protestante, provocou, em 1642, a Revolução Puritana (⁴⁶), uma violenta guerra civil entre os aliados do Rei e os do Parlamento. A vitória foi alcançada pelas tropas do Parlamento comandadas por Oliver Cromwell (1599-1658) por meio de uma estrutura hierárquica militar, na qual prevalecia o mérito e não a hereditariedade.

Por fim, em 1649, o Rei foi capturado, julgado e condenado à morte pelo Parlamento por traição. Seus filhos e esposa se exilaram na França católica e absolutista. Parecia que o absolutismo monárquico seria banido de vez na Inglaterra, que, com um século de antecedência em relação à Revolução Francesa, condenou a morte o monarca absolutista.

Entre 1649 e 1653, pela única vez em mais de mil anos, o país tornou-se uma república, a *Commonwealth*, sendo governado pelo próprio Parlamento, que concentrou as funções legislativa, executiva e judiciária. A monarquia e a Câmara dos Lordes foram abolidas. Nesse breve período, ficou evidenciado a

46. Puritanismo é a derivação do calvinismo na Inglaterra marcado por princípios morais puros e rígidos.

disfuncionabilidade da concentração dos poderes estatais, ainda mais em um órgão coletivo com interesses internos dispersos e conflitantes e com complexo processo de decisão, como era o Parlamento ⁽⁴⁷⁾. Foi um período de confusão de funções em um único órgão coletivo, a Câmara dos Comuns ⁽⁴⁸⁾.

Em razão da crise gerada pela gestão direta e caótica da Câmara dos Comuns e dos desmandos das breves e eventuais maiorias parlamentares, Cromwell, impulsionado pelo exercito não desmobilizado e seguindo a trilha do Rei anteriormente executado, mas com apoio popular, dissolveu o Parlamento em 1653. Instalou-se uma espécie de república ditatorial, passando Cromwell, depois de ter recusado a coroa, a governar com o título de Lorde Protetor. A Inglaterra era uma república cercada de monarquias absolutas por todos os lados. Não podia durar muito tempo.

Após a morte de Cromwell em 1658 e a incapacidade política de seu filho, Richard Cromwell (1626-1712), para sucedê-lo, a crise sucessória resultou na rearticulação das forças políticas que culminou na restauração da monarquia com a Dinastia Stuart e a Câmara dos Lordes.

47. A disfuncionalidade do exercício de funções de governo por um órgão colegiado como o Parlamento também ficou evidente na Revolução Americana no período anterior à Constituição de 1887, quando não havia governo central e os então treze Estados soberanos tinham suas relações reguladas pelos Artigos da Confederação de 1781.

48. HILL, Christopher. *O século das revoluções – 1603-1714*, p. 125.

Em 1660, ascendeu ao trono Carlos II (1630-1685), que se encontrava exilado na França e era filho do Rei anteriormente executado. Parecia que a história havia voltado no tempo. Apesar do pacto político que tinha possibilitado sua ascensão ao trono, o novo Rei foi progressivamente criando uma relação conflituosa com o recém-reaberto Parlamento, agora dividido entre duas facções, os *tories* (conservadores) ⁽⁴⁹⁾ e *whigs* (liberais) ⁽⁵⁰⁾. Já estava lançada a base do quadro partidário que dominou o cenário político inglês até a Primeira Guerra Mundial.

O principal líder dos *whigs*, Anthony Ashley Cooper, Conde de Shaftesbury (1621-1683), estava na comitiva enviada pelo Parlamento para convencer o filho do Rei executado para voltar e assumir o posto, no qual seu pai havia perdido a vida. Shaftesbury participou também do início do gabinete de Carlos II, tendo sido *Chancellor of the Exchequer* ⁽⁵¹⁾ e *Lord Chancellor* ⁽⁵²⁾, mas

49. “Os *tories* eram em sua maioria proprietários rurais, desenvolviam o ideário conservador, eram ligados aos anglicanos, defendiam a Coroa forte e ainda recorriam à doutrina do direito divino dos reis.” GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O Direito Constitucional Inglês*, p. 12.

50. “Os *whigs* eram liberais, vinculavam-se aos descendentes dos que haviam lutado ao lado de Cromwell. Eram puritanos e tolerantes em matéria de religião (apenas com os demais protestantes, bem explicado). Sustentaram doutrinas de contrato social.” GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, *O Direito Constitucional Inglês*, p. 12.

48. Membro do gabinete e espécie de Secretário do Tesouro.

49. Membro do gabinete privado do Rei, uma espécie de Ministro da Justiça. Até 2005, também presidia a Câmara dos Lordes e sua Câmara de Apelação.

rompeu com o rei quando ficaram evidentes as suas tendências católicas e absolutistas do ⁽⁵³⁾.

Os *whigs* passaram a fazer oposição e a defender a alteração da cadeia sucessória do reino para impedir a ascensão de Jaime, irmão do Rei e católico assumido. Por três vezes, os *whigs* apresentaram uma *exclusion bill* ⁽⁵⁴⁾, mas o Rei dissolvia o Parlamento antes de concluída a votação. A divergência sobre a amplitude dos poderes reais de convocar e dissolver o Parlamento acirrou ainda mais o conflito entre o Rei e os *whigs*. Em virtude da forte repressão real, vários *whigs*, entre eles o Conde de Shaftesbury, fugiram para a Holanda, país protestante com grande liberdade religiosa. O equilíbrio do governo misto havia sido novamente rompido pelo absolutismo da Dinastia Stuart.

O reinado de Carlos II não foi longo, faleceu em 1685, sendo sucedido, apesar da oposição *whig*, por seu irmão Jaime II (1633-1701), outro ferrenho católico e absolutista. O novo reinado também foi marcado pelas disputas entre católicos e protestantes e entre os poderes da coroa e o Parlamento. As revoluções do século XVII podem ser analisadas pelo viés do conflito religioso

53. Carlos II tinha um acordo secreto com seu primo Luís XIV, Rei francês, católico e absolutista, pelo qual recebia uma pensão em valor suficiente para não necessitar de aprovação de lei no Parlamento para o sustento da corte. HILL, Christopher. *O século das revoluções – 1603-1714*, p, 211.

54. Projeto de lei que alterava as regras da sucessão real, excluindo a possibilidade de católicos ascenderem ao trono. Objetivava afastar os filhos de Carlos II da cadeia sucessória.

entre o protestantismo, com suas várias facções, e o catolicismo, que a Dinastia Stuart tentava reimplantar no país. Depois do nascimento do filho e futuro herdeiro de Jaime II, os *whigs* passaram a conspirar contra o Rei.

Jaime II foi removido do trono pela Revolução Gloriosa (1688-1689), assim denominada em razão do caráter não violento, bem diferente da Revolução Puritana anterior. O monarca foi destituído, sem derramamento de sangue, por consenso da grande maioria das facções do Parlamento representativas da nobreza e da burguesia. Fugiu para a França, tendo sido sucedido por sua filha protestante, Maria (1662-1694) e o genro Guilherme de Orange (1662-1694), holandês de nascimento. Ambos desembarcaram na Inglaterra, juntamente com um exército, e não encontraram resistência para assumir o trono sob o nome de Maria II e Guilherme III. A maioria protestante aderiu ao exército *invasor*. O Rei deposto ainda tentou retomar o trono com apoio da França, contudo, foi derrotado definitivamente na batalha de Boyne em 1690.

Em cumprimento ao pacto político que os levou ao poder, Guilherme III e Maria II tomaram posse perante o Parlamento e assinaram, em 1689, o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701) ⁽⁵⁵⁾. Juntamente com a Carta Magna de 1215, são

55. O Act of Settlement estabeleceu novas regras sucessórias, entre as quais a que estabelece que o monarca, chefe do Executivo, e seu cônjuge, devem ser necessariamente protestantes.

documentos fundamentais do constitucionalismo inglês, nos quais foi consolidada a monarquia parlamentarista com a prevalência do poder do Parlamento, aqui representado pela Câmara dos Comuns, eleita pelo voto direto, e não pela Câmara dos Lordes, restrita à aristocracia indicada de forma hereditária.

Os fundamentos do constitucionalismo inglês estavam lançados, mesmo sendo o *Bill of Rights* uma declaração de direitos fundamentais e não uma constituição escrita formal. As instituições políticas com sua peculiar divisão de poderes em vigor até hoje no atual Reino Unido foram moldadas no século XVII e, com o passar dos anos, foram se aprimorando. Tanto o Rei, como a Câmara dos Lordes, foram perdendo espaço em prol da Câmara dos Comuns e do Primeiro-Ministro, agora o chefe do governo.

John Locke

Foi nesse século repleto de reviravoltas políticas que John Locke (1632-1704) viveu. Sua principal obra política, *Os dois tratados sobre o governo*, de 1690, veio a público um ano depois da Revolução Gloriosa. Filho de um advogado e proprietário de terras na pequena cidade de Pensford, região de Bristol, Locke era tímido e introspectivo. Seu pai lutou ao lado de Cromwell na Revolução Puritana, portanto, a família tinha vínculos com a causa parlamentarista.

Tornou-se aluno e depois professor do *Christ Church College* em Oxford, tendo-se dedicado a vários campos do conhecimento (filosofia, política, religião, ciências naturais e medicina). É conhecido como um dos mais expressivos representantes do empirismo inglês. Para Locke, assim como para Aristóteles, o conhecimento é fruto da experiência ⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾.

Sua obra política é apenas parte de sua vasta produção, onde se destacam *Ensaio sobre a lei da natureza* (1664), *Ensaio acerca do entendimento humano* (1689) e *Carta sobre a tolerância* (1690). Seus livros levaram anos, às vezes décadas, sendo escritos e muitas vezes são encontrados em várias versões, o que traz dificuldades adicionais ao intérprete.

Apesar de temperamento recluso, quase monástico, Locke envolveu-se na vida política do país, exercendo vários cargos públicos em virtude da sua ligação com o líder dos *whigs*, Conde de Shaftesbury, de quem foi médico particular e conselheiro político a partir de 1660.

56. “Segundo Locke, na esteira de Aristóteles, quando do seu nascimento, a mente humana é uma *tábula rasa*. Paulatinamente é que o conhecimento vai-se formando com base em experiências e nas demais atividades sensoriais, intuitivas, lógicas e analógicas do pensamento.” BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia*, p. 215.

57. LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*.

Inicialmente, viu com bons olhos a restauração da monarquia após o falecimento de Cromwell (⁵⁸), o que evidencia a preocupação com a governabilidade e funcionalidade das instituições. Locke, em virtude da ligação com Shaftesbury, nem sempre teve alinhamento automático com as forças do Parlamento contra os poderes reais. Shaftesbury, nomeado *Lord Chancellor* pelo Rei Carlos II em 1672, designou Locke secretário e depois tesoureiro da Câmara de Comércio e Plantações. O filósofo exerceu funções governamentais até o rompimento de seu protetor com o Rei Carlos II.

Por causa das tentativas dos *whigs* de evitar a sucessão em prol de um Rei católico e absolutista, o Conde de Shaftesbury foi acusado de traição no final do reinado de Carlos II, tendo ficado preso na torre de Londres e quase condenado à morte. Acabou exilando-se na Holanda, onde faleceu em 1683, antes da Revolução Gloriosa.

Durante esse tumultuado e perigoso período, Locke redigia *Dois tratados sobre o governo*. As alterações no quadro político punham em risco os que expressavam as suas ideias. As afinidades de Locke com os *whigs*, especialmente com Shaftesbury, não passaram despercebidas. Foi demitido do Christ Church College

58. “A precária estabilidade política alcançada por Cromwell tinha desaparecido com sua morte, em setembro de 1658. Locke recebeu com agrado a Restauração de Carlos II e o restabelecimento do governo forte – de fato, autoritário – na Igreja e no Estado.” MILTON, J. R. “A vida e a época de Locke”. In: CHAPPEL, Vere (org.). *Locke*, p, 19.

em 1684. É irônico que o professor mais ilustre da história da instituição tenha terminado seu magistério com uma melancólica demissão, fruto de perseguição política. Em seguida, na esteira de boa parte dos *whigs*, Locke fugiu para a Holanda, tendo o governo inglês incluído seu nome na lista de oitenta e quatro “traidores”, objeto de pedido de extradição ao final recusado pelo governo holandês.

Mas veio a Revolução Gloriosa em 1689 e Locke estava na comitiva que acompanhou a futura rainha Maria, esposa de Guilherme de Orange e filha de Jaime II, no retorno à Inglaterra, vinda da Holanda, para assumir o trono juntamente com seu marido. Mesmo no anonimato, os *Dois tratados sobre o governo* puderam enfim ser publicados.

No novo reinado, declinou do convite para ser embaixador em Brandemburgo na Alemanha. Ocupou cargo no Conselho de Agricultura e Comércio até 1700. Neste período, pôde concluir e publicar a maioria de suas principais obras, mas deixou vários manuscritos que levaram séculos para vir a público, assim como várias anotações e longa correspondência ⁽⁵⁹⁾. Faleceu em 1704, em virtude da asma que o assolou boa parte da vida ⁽⁶⁰⁾.

59. LOCKE, John. *Ensaios políticos*, organizados por Mark Goldie.

60. “Locke morreu solteiro, sem herdeiros diretos, e todos os seus papéis – compreendendo anotações, manuscritos, cadernos de viagem, correspondência – foram parar com Peter King, filho de sua prima Anna King, por sua vez filha de Peter King, tio de John.

“Esses papéis permaneceram com a família King até que o último descendente – Earl de Lovelace -, em 1942, os depositasse e, em 1947, os vendesse a uma

Dois Tratados sobre o Governo

Os escritos políticos devem ser interpretados no devido contexto, no caso, a acirrada disputa pelo poder político entre o monarca e o Parlamento da Inglaterra do século XVII. Locke teve como objetivo imediato a defesa do Parlamento na visão dos *whigs*. Levou dez anos para até concluir *Os dois tratados sobre o governo* em 1680, coincidentemente o período de sua maior participação política ao lado dos *whigs*.

No prefácio, Locke faz elogio a Guilherme de Orange e ao consentimento popular em torno da sua ascensão ⁽⁶¹⁾, não escondendo que os *Dois tratados sobre o governo* foram escritos com o fito de legitimar a Revolução Gloriosa e a monarquia Parlamentarista que começava a se consolidar. A obra, no entanto, não se resume à defesa das ideias dos *whigs* ou da Revolução Gloriosa,

das mais famosas bibliotecas inglesas, a Bodleian Library, de Oxford, onde ainda se encontram, conhecidos como Lovelace Colletion.

“Desde então, puderam ser consultados pelos estudiosos. Entretanto, para que fossem lidos, tornava-se necessário, antes de mais nada, decifrar os grafismos de Locke, um homem reservado e sombrio, com medo de exhibir-se – quem sabe ciumento das próprias ideias -, amante do anonimato a ponto de negar ser autor de obras que todos já atribuíam ao seu nome.” BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, p. 75.

61. “Espero que estas [...] sejam suficientes para consolidar o trono de nosso grande restaurador, o atual rei Guilherme, para confirmar seu título no consentimento do povo, o único de todos os governos legítimos [...]”. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 197.

constrói uma teoria política do Estado ou, se preferirem, do governo civil ⁽⁶²⁾.

O objetivo explícito de Locke estava estampado na própria capa do livro - refutar a tese de Robert Filmer (1588-1653). No livro postumamente publicado, *O patriarca* (1680), Filmer defendeu o direito divino dos reis com base na autoridade paterna supostamente recebida por Adão, o primeiro pai e Rei. Os monarcas seriam herdeiros legítimos da autoridade paterna outorgada a Adão pelo Criador. A tese da monarquia derivada do direito divino era defendida com vigor pelos absolutistas, baseada em ideias como as apresentadas por Filmer. As conclusões que refutaram os argumentos de Filmer ⁽⁶³⁾ foram desenvolvidas notadamente no primeiro tratado e desagradaram certamente os absolutistas. Mesmo com o êxito da

62. "Somente um homem de tal modo dotado para o pensamento abstrato poderia converter as questões envolvidas em uma controvérsia predominantemente histórica e de âmbito extremamente local como esta em uma teoria geral." LASLETT, Thomas Peter Ruffell. *Locke e Hobbes*, p. 113.

63. "1.º Que Adão não tinha, nem por direito natural de paternidade, nem por doação positiva de Deus, autoridade alguma sobre seus filhos ou domínio sobre o mundo, como se pretende.

"2.º Que, se ele a tivesse, seus herdeiros, contudo, não teriam direito a ela.

"3.º Que caso seus herdeiros a tivessem, por não haver lei da natureza ou lei positiva de Deus que determine qual é o legítimo herdeiro em todos os casos que possam surgir o direito de sucessão, e conseqüentemente de deter o mando, não poderia ter sido determinado com certeza.

"4.º Que, mesmo que houvesse sido determinado, ainda assim o conhecimento de qual é a linguagem mais antiga da descendência de Adão foi há tanto tempo completamente perdido, que em todas as raças da humanidade e famílias do mundo não resta, a nenhuma mais que a outra, a menor pretensão a ser a casa mais antiga e a ter o direito de herança". LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 379.

Revolução Gloriosa, Locke preferiu precaver-se contra os riscos de uma nova reviravolta política e optou pelo anonimato.

No século XVII, os doutrinadores ingleses dividiram-se entre os defensores do absolutismo monárquico, como Robert Filmer e Thomas Hobbes (1588-1679) ⁽⁶⁴⁾ e os adeptos da supremacia do parlamento sobre o Rei, como Locke, John Milton (1608-1674) ⁽⁶⁵⁾ e Algernon Sydney (1623-1683) ⁽⁶⁶⁾.

64. “Hobbes e Filmer compartilharam praticamente todos os atributos do absolutismo, do modo como era rejeitado pelos partidários do Parlamento inglês – a vontade como fonte de toda lei e forma de toda autoridade, a necessidade de perpétua e absoluta submissão aos ditames arbitrários de um soberano indivisível, a impossibilidade de um governo misto.” LASLETT, Thomas Peter Ruffell. *Locke e Hobbes*, p. 102.

65. “John Milton (1608-1679), o genial poeta de *Lost Paradise* escreveu inúmeras obras jurídicas e políticas. Destacam-se as seguintes: *History of reformation*, *The reason of church goverment urged against prelacy*, *Tennure of kings and magistrates*, *History of Britain*, *History of Moscovy*, *Iconoclastes* e *Pro populo anglicano defensio*. Esta última é basicamente uma resposta ao humanista francês Claude Sumaise. Uma longa polêmica se originou entre os dois escritores; Sumaise defendendo, postumamente, a causa de Carlos I, condenado à morte e decapitado, e Milton, com elevação de espírito, mas com soberano desdém, justificando a execução do rei, por ele taxado de tirano, violador dos vetustos e veneráveis costumes da realeza britânica.” TELLES, Ignacio da Silva. *A experiência da democracia liberal*, p. 27.

66. “Algernon Sidney, além de pensador, foi político ativo, tendo chefiado a oposição ao Duque de York e sido finalmente condenado por alta traição e decapitado em 1683, cinco anos antes da *Glorious Revolution*. Sua obra *Discourses Concerning Goverment* foi uma refutação às ideias de *Filmer*, que tanto Locke como Rousseau haveriam também de criticar, e ao mesmo tempo constituiu uma lógica ofensiva contra os interesses do partido Tory e os de Carlos I, razão verdadeira, aliás, de sua condenação.

“Designado membro da Corte para julgar o rei deposto, recusou-se argumentando da seguinte maneira: “primeiro, nenhuma corte pode julgar o rei; segundo, nenhum homem poderia ser julgado por aquela corte”. Suas atitudes corajosas e francas no correr de sua vida fizeram com que ele fosse, por fim, preso, condenado à morte e decapitado. As ideias com que lutou pelo reconhecimento da soberania popular foram aproveitadas por Montesquieu, desenvolvidas na obra de Rousseau e usadas pelos libertadores das treze colônias norte-americanas na redação da famosa Declaração de Independência.” TELLES, Ignacio da Silva. *A experiência da democracia liberal*, p. 27.

Apesar de os *Dois tratados sobre o governo* terem tido como alvo a tese da origem divina da monarquia exposta por Filmer, seus argumentos também poderiam ser utilizados para desconstruir Hobbes, o principal doutrinador do absolutismo. No entanto, Hobbes, materialista, não defendia o absolutismo com base na origem divina e sim como a única forma de escapar da anarquia, ou seja, da guerra civil ⁽⁶⁷⁾. Sua visão é materialista em meio a um ambiente de grande efervescência religiosa.

Locke e Hobbes conseguiram suplantam os limites da disputa da época e formularam teorias políticas próprias sobre a origem do Estado e do governo, ainda que divergentes entre si. As concepções de Estado em disputa no século XVIII na Inglaterra podem ser sintetizadas no absolutismo de Hobbes *versus* o liberalismo de Locke, que ao final triunfou com a Revolução Gloriosa. Ambos eram contratualistas, pois acreditavam na criação do Estado por meio de um contrato social entre governados e governantes. Na visão de Locke, o governo Civil é fruto do consentimento dos homens originalmente em estado da natureza. Para Hobbes, em seu *Leviatã* (1651), o soberano absolutista é uma necessidade para conter o caos que seria o estado de natureza. Partem do mesmo pressuposto, o homem em estado de natureza, mas divergem nas razões da formação da sociedade política.

67. Hobbes evidentemente compara a Revolução Puritana e o período republicano de Cromwell ao caos e à anarquia e defende a volta a uma monarquia forte com o futuro Rei Carlos II, de quem o filósofo foi professor.

Em Hobbes, é o medo do caos que leva o homem a aceitar o poder absoluto do monarca.

Hobbes chegou a ser preceptor do príncipe de Gales, futuro Carlos II, e esteve sempre ao lado dos absolutistas. Mesmo assim, viveu boa parte da vida no exílio. Não conheceu pessoalmente Locke. Há uma diferença de quarenta e quatro anos de idade entre os dois. Hobbes já havia falecido, quando foram publicadas as principais obras de Locke, que certamente leu o *Leviatã*.

Apesar das tentativas de colocar Hobbes no centro da crítica contida na obra, uma análise mais detida confirma a tese de Filmer como principal alvo de Locke. Eventual dúvida remanescente pode ser afastada pela leitura do extenso título original da obra: *Dois tratados de Governo Civil: No primeiro, os falsos princípios e fundamentos de Sir Robert Filmer e seus seguidores são denunciados e derrubados. O segundo é um ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do Governo Civil* ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾.

Assim como Hobbes no *Leviatã*, Locke faz uso de uma abstração como ponto de partida para a posterior formação da sociedade política ou do Estado, em sua concepção moderna.

68. No original: *Two treatises of Government: In the former, the false principles and foundation of Sir Robert Filmer, and his followers, are detected and overthrown. The latter is an essay concerning the true original, extent, and end of Civil-Government* (exemplar doado à biblioteca do Christ College em 1764).

69. Os dois tratados foram lançados e publicados conjuntamente. Posteriormente, o segundo tratado, onde consta a essência da teoria política desenvolvida, passou a ser publicado isoladamente.

Trata-se do homem em estado de natureza, assim entendido como “o estado em que todos os homens naturalmente estão, o qual é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem.” ⁽⁷⁰⁾. No estado de natureza, os homens viviam em liberdade sob as leis da natureza, sem depender da vontade de qualquer outro homem. Eram livres para desfrutar a liberdade e a propriedade, podendo repelir e punir os violadores dos seus direitos naturais ⁽⁷¹⁾.

Sem uma sociedade política organizada, não havia autoridade reconhecida para julgar a violação à lei da natureza, prevalecendo a força na solução dos conflitos e não o respeito aos direitos naturais. No estado da natureza, cabia a cada homem a defesa da própria liberdade e propriedade ⁽⁷²⁾. Em síntese, no estado da natureza, todo homem era juiz e executor da própria sentença ⁽⁷³⁾. O uso da força pode provocar violência generalizada e configurar um

70. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 382.

71. Locke foi um dos elaboradores da teoria do direito natural. Vide BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*.

72. “E se qualquer um no estado de natureza pode punir a outrem, por qualquer mal que tenha cometido, todos o podem fazer, pois, nesse estado de perfeita igualdade, no qual naturalmente não existe superioridade ou jurisdição de um sobre o outro, aquilo que qualquer um pode fazer em prossecução dessa lei todos devem necessariamente ter o direito de fazer.” LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 386.

73. “Todo homem tem direito de punir o transgressor e de ser o executor da lei da natureza.” LOCKE, John. Op. cit., p. 387.

estado de guerra, que se aproxima da ideia de caos concebida por Hobbes (⁷⁴). Locke já apontava a necessidade da divisão e da não concentração em uma única pessoa das funções de julgar, com base nas leis da natureza, e de executar o próprio julgado.

Em oposição ao estado da natureza, a inimizade e a destruição imperam no estado de guerra, no qual um põe em risco a vida do outro, tentando subjugar-lo pela força. Os direitos naturais cedem lugar à força. Os homens formam a sociedade política como meio de evitar a transformação do estado da natureza em estado de guerra (⁷⁵).

Com a sociedade política, surge também o poder político com as funções de editar leis, julgar e executar as decisões (⁷⁶). O homem adere à sociedade política, mediante sujeição

74. “Ora, o que caracteriza o contrato social de Locke, em confronto com o de Hobbes, é o fato de que a renúncia aos direitos naturais, em vez de ser quase total – abrangendo todos os direitos, exceto o direito à vida –, é parcial, compreendendo somente o direito de fazer justiça por si mesmo, o qual (...) era o motivo principal da degeneração do estado de natureza em estado de guerra.” BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, p. 223.

75. “Evitar esse estado de guerra [...] é a grande razão pela qual os homens se unem em sociedade e abandonam o estado de natureza.” LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 400.

76. “O poder político é o direito de editar leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penas menores, com vistas a regular e a preservar a propriedade, e de empregar a força do Estado na execução de tais leis e na defesa da sociedade política contra danos externos, observando tão somente o bem público” LOCKE, John. Op. cit., p. 515.

ao poder político, para evitar o estado de guerra e proteger a liberdade, conceito que engloba a preservação da propriedade ⁽⁷⁷⁾.

A propriedade tem um tratamento singular e destacado na teoria política de Locke. Ao contrário de Hobbes, que considerava o direito à vida como único direito natural, sendo a propriedade um direito reconhecido somente após o surgimento da sociedade política organizada, Locke concebe a propriedade como direito natural do homem. Para o primeiro, o direito de propriedade é criação do Estado, para o segundo, é inerente ao próprio homem. “É certo que um dos maiores esforços feitos por Locke, em sua teoria do governo, é o de demonstrar que a propriedade é um direito natural no sentido específico de que ele nasce e se aperfeiçoa no estado da natureza, ou seja, antes que o estado seja instituído e de forma independente.” ⁽⁷⁸⁾.

Locke fundamenta o direito de propriedade não na teoria da ocupação, mas no trabalho empregado na apropriação e transformação da coisa ⁽⁷⁹⁾. A propriedade é decorrência do trabalho

77. “Ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de propriedade.” LOCKE, John. Op. cit., p. 495.

78. BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, p. 187.

79. “Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade de sua própria pessoa. A esta ninguém tem direito algum além dele mesmo. O trabalho do seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-a ele com seu trabalho e

nela empregado. Locke concebe o trabalho antes da Revolução Industrial, ainda no mundo agrícola, o que dificulta o uso de sua teoria da propriedade no debate entre capitalismo *versus* socialismo instaurado a partir do século XIX.

O homem cria a sociedade política com o fito de garantir os direitos naturais, entre os quais o direito de propriedade. A sociedade política e, conseqüentemente, o poder político só se formam com o consentimento dos homens. Esta é uma ideia central na teoria política de Locke ⁽⁸⁰⁾. O poder político só pode ser exercido com o consentimento dos governados. O homem abre mão de parcela de sua liberdade no estado da natureza para ter assegurada, com maior efetividade, a própria liberdade e propriedade sob a proteção do poder político consensualmente aceito. Enquanto em Hobbes é o medo do caos que leva o homem a ficar sob a proteção do monarca absolutista, em Locke, é a defesa da liberdade e da propriedade que faz o homem consensualmente aderir à sociedade política e instituir um governo com divisão do poder político.

junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade.” LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*, p. 409.

80. “Sendo todos os homens (...) naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte” LOCKE, John. Op. cit., p. 468.

Após o consentimento na formação da sociedade política, cria-se um único corpo político que age de acordo com a deliberação da maioria. O consentimento implica vinculação às deliberações tomadas segundo a regra da maioria ⁽⁸¹⁾. É no Parlamento que se alcança o consentimento aferido pela regra da maioria. A ideia de consentimento torna Locke precursor também da concepção moderna de legitimidade democrática, que será mais aprofundada por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) ⁽⁸²⁾ e os federalistas americanos. Locke não desenvolve diretamente a concepção de democracia, aproxima-se, contudo, do tema por meio das ideias de consentimento, divisão de poderes e direito de resistência.

A sociedade política, formada pelo consentimento dos governados, deve reunir requisitos que permitam ao poder político assegurar a liberdade e a propriedade de seus súditos. Três são os requisitos, a saber: a) uma lei estabelecida pelo consentimento da maioria; b) um juiz conhecido e imparcial com autoridade para solucionar as controvérsias; c) um poder para apoiar e sustentar e dar à sentença a

81. “A aceitação da regra da maioria indica que, ao ingressar na sociedade política, os indivíduos renunciaram à sua independência natural, reconhecendo-se como partes integrantes de um conjunto.” BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, p. 222.

82. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*.

devida execução. No elenco de requisitos, já se esboçam as três funções básicas do Estado, legislar, julgar e executar, respectivamente ⁽⁸³⁾.

Locke divide o poder político na sociedade política em Legislativo, Executivo e Federativo ⁽⁸⁴⁾. Não há menção ao Judiciário como poder autônomo.

A lei, fruto do Poder Legislativo, é o principal instrumento jurídico assecuratório da liberdade e propriedade do homem, motivo pelo qual há preponderância do Legislativo sobre os demais poderes ⁽⁸⁵⁾ ⁽⁸⁶⁾. Após a aprovação do Legislativo, a lei reveste-se do devido consentimento da sociedade, sendo também obrigatória aos demais poderes e ao próprio Legislativo. A lei giza a ação da sociedade e do governante, estabelecendo o *rule of law*, denominação do estado de direito na Inglaterra.

83. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito fundamental*, p. 265.

84. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 514 e segts.

85. “O poder legislativo é aquele que tem o direito de fixar as diretrizes de como a força da sociedade política será empregada para preservá-la e a seus membros.” LOCKE, John. Op. cit. p. 514.

86. “Sendo o principal objetivo da entrada dos homens em sociedade eles desfrutarem de suas propriedades em paz e segurança, e estando o principal instrumento para tal nas leis estabelecidas naquela sociedade, a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades políticas é o estabelecimento do poder legislativo – já que a lei natural primeira e fundamental, destinada a governar até mesmo o próprio legislativo, consiste na conservação da sociedade e (até onde seja compatível com o bem público) de qualquer um dos seus integrantes. Esse legislativo é não apenas o poder supremo da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos de quem a comunidade o tenha antes depositado.” LOCKE, John. Op. cit., p. 502.

Na disputa entre o Rei e o Parlamento pelo poder na Inglaterra do século XVII, Locke adota posição clara em prol da supremacia do Legislativo, cujas deliberações deveriam vincular a ação do monarca. Guilherme de Orange, um holandês, ascendeu ao trono inglês após a Revolução Gloriosa, aceitando o princípio da supremacia parlamentar, do qual nunca mais a Inglaterra iria afastar-se.

No século XVII, o Parlamento ainda não funcionava permanentemente. Reunia-se apenas quando convocado pelo Rei, podendo ser dissolvido a critério do monarca, não havendo eleições com periodicidade previamente estabelecida. Um Parlamento podia durar apenas um mês, como o chamado *Short Parliament* de abril de 1640, ou mais de uma década, como os dezoito anos do *Long Parliament* (1640-1649). Tudo dependia da relação do Rei e o Parlamento, especialmente da necessidade do Rei de angariar recursos, por meio de tributos, para arcar com as despesas da corte e das guerras externas. Neste ponto, Locke não avançou em direção ao funcionamento permanente do Legislativo, como hoje é consenso no constitucionalismo ocidental. Apesar de sua supremacia, o Legislativo funcionaria apenas no tempo que fosse necessário para a apreciação das leis ⁽⁸⁷⁾.

87. “Como essas leis devem ser constantemente executadas e sua força deve vigorar para sempre, podem ser elaboradas em pouco tempo e, portanto, não é preciso que o legislativo se mantenha sempre, uma vez que nem sempre terá ocupação.” LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 514.

“Enquanto subsistir o governo, o legislativo é o poder supremo” (88). O Executivo, contudo, tem a prerrogativa de convocar e dissolver o Legislativo. Aqui temos mais um exemplo da interdependência entre os poderes. Tal prerrogativa deve ser exercida sempre com moderação e no interesse do povo (89). Se o Executivo distorce o uso da prerrogativa fica configurado o uso da força sem a autoridade contra o qual só há um remédio: a oposição pela força (90). Neste ponto, Locke mais uma vez busca justificar o uso da força na Revolução Gloriosa para a derrubada do Rei Jaime II, que usurpou de seus poderes reais, desrespeitando as prerrogativas do Parlamento, aumentando e criando tributos sem a autorização legislativa. Somente após a Revolução Gloriosa, a prerrogativa do Rei de dissolver o Parlamento passou a ser condicionada à imediata convocação de eleição para uma nova composição do Legislativo.

A divisão do poder político é uma garantia contra a tirania, a usurpação e o uso da força sem autoridade, que levariam ao retorno ao estado de guerra entre os homens. Locke refuta claramente a experiência do exercício da função executiva pelo próprio

88. LOCKE, John. Op. cit., p. 519.

89. “O poder de reunir e dispensar o legislativo, depositado no executivo, não confere a este uma superioridade sobre aquele, mas é apenas um encargo fiduciário que lhe é confiado para a segurança do povo, nos casos em que a incerteza e a inconstância dos negócios humanos não comportariam uma regra fixa” LOCKE, John. Op. cit., p. 524.

90. “O uso da força sem autoridade põe sempre aquele que a emprega em estado de guerra, como agressor, e sujeita-o a ser tratado nos mesmos termos.” LOCKE, John. Op. cit., p. 523.

Parlamento no curto período republicano inglês. As funções de editar leis gerais e executá-las devem ser exercidas por órgãos distintos. Não compete ao Legislativo o poder de executar as leis por ele elaboradas. “Pode constituir uma tentação demasiada grande para a fragilidade humana capaz de assenhorar-se do poder que as mesmas pessoas que têm o poder de elaborar leis tenham também em mãos o de executá-las, com o que podem isentar-se da obediência às leis que fazem e adequar a lei, tanto no elaborá-la como no executá-la, à sua própria vontade particular” ⁽⁹¹⁾.

A execução das leis compete ao Executivo representado pelo Rei e cujo funcionamento é permanente. “Porém, como as leis elaboradas de imediato e em pouco tempo têm força constante e duradoura, e requerem uma perpétua execução ou assistência, é necessário haver um poder permanente, que cuide da execução das leis que são elaboradas e permanecem vigentes. E assim acontece, muitas vezes, que sejam separados os poderes legislativo e executivo” ⁽⁹²⁾. Locke não reserva a chefia do Executivo a um monarca, nem especifica o meio pelo qual se acende ao cargo, mencionado apenas a necessidade do consentimento dos governados. Não há qualquer defesa explícita da monarquia.

91. LOCKE, John. Op. cit., p. 515.

92. LOCKE, John. Op. cit., p. 515.

Ressaltamos que as funções e a estruturas do Executivo eram diminutas, se comparadas com as atuais ⁽⁹³⁾. O Executivo detinha basicamente o monopólio do uso da força para fazer cumprir as leis. Ainda estamos bem distantes do Estado do Bem-Estar Social do século XX, que será responsável pelo aumento considerável das competências do Executivo.

Parte das funções hoje do Poder Executivo foi destacada para constituir o Poder Federativo, o responsável pela relação com os outros Estados soberanos ou sociedades políticas externas. “Este contém o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas e, se alguém quiser, pode chamá-lo de federativo.” ⁽⁹⁴⁾. A função política do Executivo nas relações exteriores ganha autonomia e passa a constituir um poder autônomo.

Como a atuação dos Poderes Executivo e Federativo envolve, respectivamente, o monopólio da força interna e

93. “O Rei (mantida a hereditariedade do trono) detinha o que hoje chamaríamos de Administração Pública (a modesta máquina administrativa mais o tesouro), as relações exteriores e a força armada (tanto a destinada à defesa externa – no caso a marinha – como a incumbida da manutenção da ordem interna, pois não se distinguia rigorosamente exército de polícia).

“O Parlamento detinha o poder de formar a lei (formação da qual participava o Rei, pelo assentimento, e que podia ser por ele definitivamente bloqueada pelo veto), o de consentir em novos tributos, o de tomar contas dos dispêndios por meio do que se insinuava o controle político. Também gozava o Parlamento do poder de processar e julgar autoridades, através de ações que o impeachment é exemplo, inclusive impondo penas corporais, como a decapitação.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*, p. 4.

94. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 516.

externamente, ambos devem ser concentrados em uma única pessoa. “Embora os poderes executivo e federativo de toda sociedade política sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem ser separados e depositados, ao mesmo tempo, nas mãos de pessoas diferentes. Como o exercício de ambos requer a força da sociedade, é quase impraticável depositar a força do corpo político em mãos diferentes e não subordinados, ou que os poderes executivo e federativo sejam depositados em pessoas que podem agir separadamente, como o que a força do público estaria sob comandos diferentes, o que poderia causar, num momento ou outro, desordem e ruína.”⁽⁹⁵⁾. Ressaltamos a perspicácia de Locke. O monopólio da força não poderia estar distribuído em mais de uma pessoa, sob pena de viver em um caos. O monarca concentraria os Poderes Executivo e Federativo, mas sob as leis e vigilância do Legislativo, o poder supremo. Locke não se aprofundou sobre o Poder Federativo, dedicando apenas o acima transcrito sobre a questão.

Apesar de toda a sua influência na formação do direito moderno, Locke não era jurista e sim filósofo com formação muito mais próxima das ciências naturais. Sua incursão na política e no direito é muito mais fruto de sua relação com o Conde de Shaftesbury do que por vocação ou vontade própria. Muitos pontos de sua teoria são apresentados sem desenvolvimento posterior maior. Ele não tinha a pretensão de elaborar uma teoria política que atravessasse séculos,

95. LOCKE, John. Op. cit., p. 517.

mas apenas dar suporte teórico da supremacia do Parlamento na forma defendida pelos *whigs*.

Locke não elenca o Judiciário com um dos poderes da sociedade política, assim como não esclarece as razões da omissão ⁽⁹⁶⁾. Faz menção à importância de um juiz previamente designado e imparcial para assegurar a liberdade e a propriedade do homem ⁽⁹⁷⁾. A função judicial não estava entre suas principais preocupações. Na Inglaterra do século XVII, aos juízes, ainda

96. “E o Poder Judiciário? Com efeito, desta análise parece que os dois poderes típicos do Estado são o Legislativo e o Executivo, que correspondem àqueles poderes naturais a que renunciamos para ingressar na sociedade civil. Efetivamente, segundo o pensamento genuíno de Locke, o Poder Judiciário não é um poder autônomo.

“No entanto, não era justamente a falta de um juiz imparcial que tinha induzido os homens a deixar o estado da natureza? Não deveria ser o Judiciário poder fundamental da sociedade política, distinta da sociedade natural, e criada para superar sua falha? Penso que o caminho para dar uma resposta adequada está na observação de que, no pensamento de Locke, a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial, se existirem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos.

“Por isso, o Poder Judiciário não se distingue do Poder Legislativo com respeito à designação de quem tem ou não razão, nem tem um motivo especial para distinguir-se dele. Os legisladores e os juízes têm a mesma função: estabelecer o direito, isto é, as normas de convivência. Pouco importa que os primeiros a estabeleçam de modo abstrato e os segundos em casos concretos: a distinção não é qualitativa. Qualitativa, sim, é a diferença entre legisladores e juízes, de um lado, e os executores, do outro: os primeiros discriminam o que é justo e injusto, os segundos aplicam a força para assegurar a observância das regras decididas, preventivamente, pelos legisladores e, em caso de conflito, pelos juízes.” BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, p.232.

97. LOCKE, John. Op. cit., p. 499.

vinculados ao Rei, não eram asseguradas as prerrogativas de independência e imparcialidade ⁽⁹⁸⁾.

Instituições inglesas singulares emigraram para outros países e podem ser encontradas em várias constituições atualmente em vigor no mundo. É o caso exemplar do *Impeachment* ⁽⁹⁹⁾. O próprio Parlamento exercia parte da função jurisdicional,

98. “A obra de Locke praticamente coincide no tempo com o advento da separação de poderes que o constitucionalismo consagrou.

Com efeito, com o *Bill of Rights* de 1689, pode-se dizer que surgiu um Poder Legislativo independente do Poder Real. É certo que este ainda era mais do que um Poder Executivo, visto que a Justiça ainda era ministrada por juízes dependentes do monarca.

Entretanto, em 1701, o *Act of Settlement* liberou os magistrados dessa vinculação. Estes passaram a servir *quamdiu se bene gesserint* (enquanto bem servissem) e não mais *durante beneplacito* (enquanto contassem com a boa vontade do monarca). Ou seja, os juízes, que até podiam ser livremente exonerados pelo rei, passaram a não poder ser dispensados, exceto se condenados por alguma falta grave ou por deliberação de ambas as casas do Parlamento. Assim, tiveram assegurada a sua independência.

Disto pode-se extrair o surgimento do Poder Judiciário, separado do Poder real, que não se sujeitava, por outro lado, ao Legislativo. Nem no direito que aplicava, dada a predominância da *common law*, que ele próprio Judiciário construía, sobre o *statute law* estatuído pelo Legislativo.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito fundamental*, p. 266.

99. “Genericamente, o *impeachment* é um processo destinado a apurar e punir condutas antiéticas graves, instaurado, processado e julgado por um órgão legislativo, contra um agente público, para impedi-lo de continuar no exercício da função pública. Surgiu na Inglaterra como processo criminal, cujas penas incluíam multas e prisão. [...]

“Foi retomado no século XVII, quando serviu aos Comuns, em 1620, para atacar Sir Giles Momperson. Os Comuns entenderam que não o poderiam processar senão com base em uma competência política própria das Casas do Parlamento. Para isso, sugeriram aos Lordes a reativação do *impeachment*, ao que se opôs o Rei Jaime I, sem êxito. Cada vez mais cômicos do poder de sua nova arma, os Comuns passaram a atacar altas personalidades do Reino, como Francis Bacon, o Visconde de Saint Albans, o Conde de Middlesex. O sucesso do instituto cresceu na medida em que ministros do Reino foram por ele derrubados. Desde o caso de Lionel Cranfield, Conde de Middlesex, até o de Thomas Osborne, Conde de Danby, a ameaça de *impeachment* bastou para derrubar ou instabilizar ministros e favoritos do rei, como o Duque de Buckingham (1626), o

julgando casos de alta traição, o que corresponde hoje aos crimes políticos. O Parlamento julgava os ocupantes de altos cargos do Executivo. Os limites do Parlamento nos casos de *impeachment* de vários dos principais ministros do Rei foram objeto de profundo debate entre absolutistas e parlamentaristas. A Câmara dos Lordes também exercia parte da função jurisdicional com competência recursal final nos processos judiciais. Locke, contudo, não discorreu sobre essas duas formas de exercício da função jurisdicional por parte do Legislativo.

Por outro lado, Locke, mesmo sem formação jurídica, discorre, em capítulo específico, sobre o instituto da discricionariedade. Dá-lhe o nome de prerrogativa do Executivo, assim entendida como o “poder de agir conforme a discricção em prol do bem público, sem prescrição da lei e, por vezes, até contra ela”. ⁽¹⁰⁰⁾. Como as leis não conseguem abarcar todas as situações da vida e nem sempre o Legislativo está em funcionamento para deliberar sobre questões urgentes, o atendimento do bem da sociedade exige que

Arcebispo William Laud (1640), o Conde de Strafford (1641), o Conde de Clarendon (1667) e, finalmente, o Conde de Danby (1679), em cujo processo se decidiu que o *impeachment*, procedimento próprio do parlamento, não era alcançado pelo poder de perdão, prerrogativa própria do rei, o que impediu salvar esse ministro. De 1621 a 1715, ocorreram cerca de cinquenta casos. Todas as tentativas do rei de reduzir o emprego do instituto foram malsucedidas.

“Constituíra mescla bastante complexa de processo penal com procedimento político, assegurando amplo direito de defesa, com debates longos e desgastantes. Consolidado o parlamentarismo, sobreveio a preferência pelo *bill of attainder*, que era uma lei, procedimento puramente legislativo, que condenava *ex vi legis*, sem defesa. O *impeachment* caiu em desuso definitivamente, na Inglaterra, a partir do caso em que Lorde Melville, em 1806, foi acusado de malversação das finanças do Almirantado.” BARROS, Sérgio Resende de. *Impeachment*, p.1.

questões sejam deixadas à discricionariedade do Executivo. A prerrogativa sempre deve ser exercida no bem da sociedade e não do ocupante do Executivo, sob pena de configurar usurpação. O monarca, por exemplo, tem a prerrogativa de convocar o Parlamento, devendo exercê-la, visando o bem da sociedade e não o de si próprio. A prerrogativa é inerente ao exercício da função executiva responsável pela permanente execução das leis. A prerrogativa, na concepção de Locke, representou um primeiro passo para a posterior elaboração da teoria da discricionariedade administrativa.

Apesar de sua alegada supremacia, o Legislativo deve respeitar limites do pacto criador da sociedade política. As leis aprovadas devem ter a devida generalidade, não podendo desviar-se do bem comum. Sua função é indelegável por ser derivada do próprio pacto. A proeminência do Legislativo não implica poderes absolutos, pois deve agir de acordo com o bem da sociedade e os direitos naturais.

Mesmo após a constituição da sociedade política, os homens, em razão da usurpação e tirania, podem voltar ao estado de guerra, o que permite ao povo dissolver o governo e até a própria sociedade política. Ao discorrer sobre a possibilidade de retorno ao estado de guerra, Locke faz evidente digressão, equiparando os desmandos absolutistas do Rei Jaime II com o retorno

100. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 530.

ao estado de guerra mesmo após o surgimento da sociedade política⁽¹⁰¹⁾.

Locke esclarece ser o próprio povo o detentor final da supremacia. “Cabe ainda ao povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo quando julgar que este age contrariamente à confiança nele depositada.”⁽¹⁰²⁾. O povo pode dissolver o governo, se os detentores do poder político, em qualquer de suas divisões, desviarem-se reiteradamente do bem comum. É o direito inalienável de resistência derivado da supremacia do povo. A supremacia do Legislativo sobre os demais poderes é válida, enquanto existir governo sintonizado com o bem da sociedade. Na hipótese de reiterados desvios, o povo retoma a sua original soberania, dissolve o governo e reconstrói a poder político em novas bases por meio de um novo governo.

Quando o Rei abusa da prerrogativa de convocar e dissolver o Parlamento, extrapola os limites do direito, configurando uma tirania, assim entendida como o exercício do poder além do direito. Onde termina a lei, começa a tirania exercida mediante a força⁽¹⁰³⁾.

101. “Aquele que tenta colocar a outrem sob seu poder absoluto põe-se consequentemente em estado de guerra com ele.” LOCKE, John. Op. cit., p. 396.

102. LOCKE, John. Op. cit., p. 518.

103. “Todo aquele que usa de *força sem direito*, assim como todos aqueles que o fazem contra a lei, coloca-se em estado de guerra com aqueles contra os quais a usar e, em tal estado, todos os antigos vínculos são rompidos, todos os demais

A tirania autoriza o povo, titular último da supremacia, a repeli-la também pela força, dissolvendo o governo. O direito de resistência pode ser exercido quando há usurpação ou tirania no exercício dos poderes. Como quando as leis aprovadas pelo Legislativo não são cumpridas pelo Rei, ou este impede o Parlamento de se reunir e deliberar livremente, ou ainda quando as regras eleitorais são alteradas arbitrariamente. Em tais situações, o povo está autorizado a exercer o seu direito de resistência e provocar a dissolução do governo. Aqui é nítida a intenção de Locke na defesa da Revolução Gloriosa como exercício do direito de resistência contra os abusos da monarquia absolutista, que levou à dissolução do governo e à instalação de novo poder político.

O povo dissolve o governo para evitar o retorno ao estado de guerra em virtude do exercício do poder contrário ao direito e ao bem comum. A sociedade política, contudo, permanece para viabilizar um novo governo que respeite os direitos naturais e o bom funcionamento dos poderes. O direito de resistência foi um dos pontos da obra de Locke que mais influenciaram as Revoluções Americana e Francesa.

direitos cessam e cada qual tem o direito de defender-se e resistir ao agressor.”
LOCKE, John. Op. cit., p. 588.

Mesmo após a Revolução Gloriosa, o governo continuou a ser misto (¹⁰⁴), mas fortalecimento do Parlamento constituiu fundamento para a sua separação orgânica-pessoal do Executivo, superando a concepção do *King-in-Parliament* (¹⁰⁵). A nova Constituição vai se desgarrando da teoria do governo misto para uma separação de poderes que, por sua vez, nunca será absoluta, pois instrumentos de controles recíprocos como o *impeachment* e o poder de veto nunca deixaram de existir.

Parlamentarismo Inglês

Locke buscou um governo, no qual o exercício do poder não fosse antítese da liberdade, mas sim a sua garantia (¹⁰⁶). A divisão dos poderes tem papel fundamental na garantia da liberdade e propriedade contra a tirania. Com a supremacia do Parlamento consolidada com a Revolução Gloriosa, sua obra tornou-se

104. “Locke não ignorava nem podia ignorar que, apesar de o poder do Parlamento ter sido reforçado em 1689, a constituição concreta que procurou fundamentar jurídico-racionalmente continuava a ser mista no sentido de que o Rei, os Lordes e os Comuns ocupavam um lugar importante e bem definido nas instituições estaduais e no exercício do poder político. Continuava a ser lugar comum explicar a liberdade e a segurança dos ingleses pelo facto de viverem sob uma constituição mista.” PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. p. 66.

105. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. p. 45.

106. BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, p. 246.

referência do regime parlamentarista ⁽¹⁰⁷⁾ e do monarquia constitucional inglês ⁽¹⁰⁸⁾.

O Rei e a Câmara dos Lordes passaram a perder gradativamente poder. Hoje a participação do monarca no Parlamento limita-se a um discurso no início no ano legislativo, escrito pelo Primeiro-Ministro e apenas lido pela atual rainha. O papel do monarca passou a ser simbólico.

Fruto da experiência e prática política e não de um projeto preconcebido, o regime parlamentar foi criando características peculiares. Primeiro, a Inglaterra não tem Constituição formal escrita ⁽¹⁰⁹⁾. No entanto, possui uma Constituição material não

107 “O termo ‘regime’ [...] designa uma situação de fato, um arranjo institucional com uma prática política de facto. Prática é arranjo estes que podem não coincidir com o que deflui do corpo de normas constitucionais, da Constituição, escrita, formal.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*, p. 3.

108. “Constata-se que a Inglaterra, apesar dos rompantes revolucionários, desenvolve um longo, lento e progressivo processo de construção das instituições constitucionais, formando, por fim, uma Monarquia Constitucional, em contraposição à Monarquia Absolutista anteriormente vigente. Tal mudança pode ser tomada como o renascimento do constitucionalismo, trazendo consigo a alteração da fonte do poder estatal, que passa das mãos do monarca (que possuía um poder fundado em sua própria imagem, compreendido como ilimitado) para o Texto Constitucional”. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 28.

109. “Foi a Inglaterra a matriz do regime constitucional. Basta lembrar que o grande modelo doutrinário que serviu o constitucionalismo foi o Cap. VI do Livro XI d’Espírito das Leis, em que Montesquieu dá sua versão da “constituição da Inglaterra”. Por outro lado, foi na prática constitucional do século XVIII que se formou o parlamentarismo.

“Mas, paradoxalmente, a Inglaterra, como hoje a Grã-Bretanha em que ela se integra, não tem constituição no sentido formal que consagrou exatamente o constitucionalismo.

“De fato, sua constituição é não escrita formada historicamente, compondo-se de lei (como o Act of Settlement de 1701), de pactos (como a Magna Carta de

escrita. As instituições políticas e os direitos fundamentais estão previstos em diplomas legais dispersos que não levam o nome formal de Constituição, mas, em seu conjunto, são tratados como tal pela reiterada prática política. Assim, formam a Constituição não escrita da Inglaterra, hoje Reino Unido, a Magna Carta (1215), o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701), entre outros diplomas, bem como a repetida prática política de governos e reinados que se sucederam, sem quebra da institucionalidade, desde a Revolução Gloriosa.

Por não ser escrita, a Constituição inglesa é necessariamente flexível, não exigindo quórum qualificado para sua modificação. A Constituição mais longa do mundo não é rígida, podendo ser alterada por maioria ocasional no Parlamento, que detém um poder constituinte permanente. A supremacia do Parlamento, já expressamente defendida por Locke, acentuou-se no desenvolvimento histórico do regime parlamentarista inglês. O filósofo político suíço Jean Louis De Lolme (1741-1804), em seu livro *A Constituição da Inglaterra* (1771), sintetizou a supremacia parlamentar em termos bem simples: “o parlamento pode tudo, salvo transformar o homem em mulher e a

1215 ou o Bill of Rights de 1689), bem como de costumes, convenções da constituição, aqueles escritos e documentalmente formalizados, estes últimos evidentemente não escritos.

“Enfim, essa constituição é flexível, podendo ser alterada sem procedimento especial. Com efeito, qualquer lei pode mudá-la, como já ocorreu diversas neste mesmo século.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 23).

mulher em homem” (¹¹⁰). Lolme, certamente, não faria tal afirmação nos dias hoje.

A flexibilidade constitucional e a supremacia do Parlamento fizeram o constitucionalismo inglês não possuir os requisitos de controle de constitucionalidade, distinguindo-o dos demais países. Mesmo com tal ausência, as instituições inglesas desenvolveram historicamente mecanismos de respeito aos direitos fundamentais, às regras e aos princípios do exercício do poder, que não destoam das demais democracias ocidentais.

A separação dos poderes teve desenvolvimento singular no atual Reino Unido. O monarca foi se enfraquecendo até se tornar figura simbólica. Hoje, na linguagem popular, Rainha da Inglaterra é sinônimo de quem tem pompa, mas não tem poder. O Rei reina, mas não governa. O governo passou a ser conduzido pelo Primeiro-Ministro (¹¹¹) e o Gabinete (¹¹²). O Primeiro-

110. “The parliament can do anything, but not change a man into a woman or a woman into a man.”

111. “O Primeiro-Ministro é, na realidade, o chefe do governo. A ele é que é dado estabelecer a orientação política do governo e zelar pela sua concretização.

“Desde 1730, pouco mais pouco menos, já existia de fato, o Primeiro-Ministro. Todavia, o cargo de Primeiro-Ministro jamais foi instituído por qualquer lei ou ato formal. Só veio a ser reconhecido, e indiretamente, pela Lei dos Ministros da Coroa, de 1937, que lhe definiu a remuneração.

“É ele formalmente designado pelo monarca, mas a sua nomeação pressupõe a confiança da maioria parlamentar (da Câmara dos Comuns). Assim, o monarca apenas formaliza um poder que deriva do controle dessa maioria (hoje, na verdade, do comando do partido majoritário). É também o monarca que formaliza a sua destituição, quando, em decorrência da perda do apoio da maioria da Câmara dos Comuns, deve renunciar.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*, p. 25.

Ministro é necessariamente membro e líder da maioria na Câmara dos Comuns. A permanência na chefia do governo depende, necessariamente, do apoio da maioria parlamentar. A soberania popular é feita representar-se na Câmara dos Comuns (¹¹³). Perdida a maioria, o Primeiro-Ministro e todo o Gabinete devem renunciar. É o princípio da responsabilidade política do Gabinete, que caracteriza o sistema parlamentarista.

Com a ascensão da figura do Primeiro-Ministro, o Poder Executivo passou a ter uma estrutura dual, separando-se o Chefe de Estado do Chefe do Governo. O Rei permanece de representante simbólico do Estado sem funções políticas. Cabe ao Primeiro-Ministro, respaldado pela maioria parlamentar e auxiliado pelo Gabinete, a função de Chefe do Governo de natureza eminentemente política. Em nenhum momento, Locke defendeu o fim da monarquia. Mesmo atualmente não há no Reino Unido movimento significativo que defenda o fim da monarquia.

112. “O Gabinete é o órgão do governo. Ocupa hoje o lugar que ontem competia ao Conselho Privado (Privy Council) do monarca do qual exerce as funções. Na verdade, é formalmente um comitê do Privy Council”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 26.

113. “Faz mais de um século que o Primeiro-ministro Britânico vem ganhando poder após uma eleição justa e direta e somente em circunstâncias excepcionais, a Casa dos Comuns tem dado seu apoio incondicional para as propostas do governo monárquico. Se o povo da Grã-Bretanha se sentir insatisfeito com o curso da política vigente, ele simplesmente deve apelar para a oposição nas próximas eleições. Até o presente momento, nem a Câmara dos Lordes, nem a Rainha, ou os tribunais, efetivamente podem solapar as decisões legislativas tomadas pela maioria dos Comuns.” ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional*, p. 10.

Por sua vez, o dualismo no Poder Legislativo, dividido entre a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes, foi também perdendo a relevância com a crescente ascensão da primeira de representantes eleitos e o declínio também crescente da segunda. Composta, na maioria, por nobres que se sucedem hereditariamente e, a partir de 1958, por membros vitalícios, a Câmara dos Lordes perdeu a função no processo legislativo ⁽¹¹⁴⁾, permanecendo também seu papel simbólico cada vez mais esvaziado. Já a Câmara dos Comuns consolidou-se como o grande centro de discussão e deliberação política.

Ao contrário do Presidencialismo, que prega separação mais rígida entre os três poderes, no Parlamentarismo os Poderes Executivo e Legislativo não são independentes entre si, mas, ao contrário, são interdependentes ⁽¹¹⁵⁾. A Chefia do Governo é

114. “O Parliament Act de 1911 a despojou do poder de rejeitar leis e medidas financeiras, inclusive o orçamento, adotadas pela Câmara dos Comuns (Money bills). Por sua vez, depois do Parliament Act de 1949, não pode impedir a sanção de leis em geral que tenham sido aprovadas, em duas discussões separadas por ano, pela Câmara dos Comuns. Assim, só lhe resta um papel de casa de reflexão, para que é bem preparada, em vista da prática de serem para ela nomeadas (formalmente pelo monarca, mas efetivamente por indicação do gabinete) figuras expoentes da vida política, econômica e cultural da Grã-Bretanha.

Pode-se por isso, dizer que é a Câmara dos Lordes, hoje, uma câmara secundária, praticamente sem papel político. De fato, a responsabilidade política do gabinete não se joga perante ela, mas apenas na Câmara dos Comuns. Em contrapartida, não sofre a possibilidade de dissolução, que, ao contrário, colhe a Câmara dos Deputados.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*, p.28.

115. “O parlamentarismo moderno, cuja expressão clássica se encontra no governo inglês, não foi resultado de um desenho institucional previamente concebido. Antes o contrário. A fusão dos poderes Executivo e Legislativo apontada por Bagehot, o que denominou do seu segredo eficiente, ia contra a separação de

ocupada necessariamente pelo líder da maioria parlamentar. O Executivo e o Legislativo devem caminhar em sintonia. A divergência entre os dois poderes leva à renúncia do governo e/ou à dissolução do Parlamento com imediata convocação de eleições gerais. O voto de desconfiança apoiado pela maioria da Câmara dos Comuns é suficiente para a dissolução do governo. Os ingleses aprenderam a lição deixada pelas revoluções do século XVII e por John Locke. Criaram um regime político, o Parlamentarismo monárquico, no qual o Legislativo e o Executivo devem exercer o poder em permanente harmonia. Foi com tal prática política que foi construída uma das democracias mais estáveis do mundo.

O Judiciário inglês teve um desenvolvimento institucional ainda mais singular. Mesmo sem ter sido expressamente reconhecido como Poder autônomo, teve asseguradas as garantias de independência e imparcialidade, assim como o devido processo legal nos julgamentos. A ausência do controle da constitucionalidade das leis, contudo, limita o seu papel no sistema de freios e contrapesos com os demais Poderes.

As funções jurisdicionais, ao longo da história, também ficaram a cargo do Executivo ou Legislativo. A reiterada prática política levou a soluções institucionais muito próprias. Assim, por exemplo, até 2009, a última instância recursal na estrutura

poderes louvada e recomendada pela teoria vigente.” LIMONGE, Fernando Papaterra. *Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório*, p. 26.

judiciária inglesa era a Câmara dos Lordes, mais precisamente o Comitê de Apelação composto exclusivamente por membros da Câmara dos Lordes com formação jurídica, os *Lords of Appeal*. Os julgamentos eram presididos pelo *Lord Chancellor*, equivalente ao nosso Ministro da Justiça. O *Lord Chancellor* é provavelmente a figura mais atípica das instituições inglesas, pois exercia, até 2005, as três funções típicas do Estado. Era, ao mesmo tempo, Ministro da Justiça e presidia a Câmara dos Lordes e o Comitê de Apelação. Sua figura é o melhor exemplo de como as instituições inglesas tiveram um desenvolvimento bem diferente de uma concepção mais rígida da separação dos poderes.

Após a reforma política de 2005, a competência do Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes, como instância máxima do Judiciário, foi transferida para a Suprema Corte do Reino Unido, órgão desvinculado da estrutura dos demais Poderes. Com a composição inicial formada pelos até então integrantes do Comitê de Apelação, a nova corte passou a atuar em 2009 com estrutura e orçamento próprios. No entanto, a atual instância máxima do Judiciário não é uma corte constitucional, não dispondo de competência para o controle da constitucionalidade das leis.

Mesmo com todas essas peculiaridades, foi na Inglaterra, um país sem Constituição escrita e recém-saído de duas revoluções, que o Barão de Montesquieu (1689-1755) buscou a

inspiração para escrever o capítulo *Da Constituição da Inglaterra*, no qual foi concebida a teoria da separação dos poderes em sua acepção mais conhecida.

A SEPARAÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU

Absolutismo francês

Enquanto, na Inglaterra, assistíamos ao fim do absolutismo monárquico e à implantação da divisão de poderes com uma nova Constituição (não escrita) no século XVII, no outro lado do canal da Mancha, os ventos liberais demorariam bem mais. Um século separa o fim da Revolução Gloriosa, com a assinatura do *Bill of Rights* por Guilherme III e Maria II perante o Parlamento inglês (1689), e o início da Revolução Francesa, com a tomada da Bastilha em Paris (1789).

A França ainda vivia sob o reinado de Luís XIV (1638-1715), autor da frase síntese do absolutismo monárquico: “L’État c’est moi” ⁽¹¹⁶⁾. A Assembleia dos Estados Gerais, espécie de parlamento, não era convocada, desde 1614, pelo monarca, que centralizava todos os poderes. A nobreza e o clero eram isentos de

116. O Estado sou eu.

tributos, arcados exclusivamente pela burguesia e o povo. Os livros e os periódicos só circulavam após autorização prévia da censura real dominada pelo clero. Luís XIV mandou construir o Palácio de Versalhes, onde passou a viver com uma corte com cerca de dezessete mil pessoas (¹¹⁷). Além de não arcar com tributos, boa parte da nobreza ainda vivia de pensões e doações feitas pelo Rei.

A França era o baluarte do absolutismo monárquico europeu. A Dinastia Bourbon de Luís XIV foi a principal aliada da Dinastia Stuart, à qual dedicou apoio material e militar. Os reis ingleses Carlos II e Jaime II foram criados no exílio da corte francesa. Os reis católicos da França fundamentavam o seu poder absoluto na origem divina da investidura real. A Dinastia Stuart, em vão, tentou fazer o mesmo na Inglaterra. Na França não havia, na prática, o Poder Legislativo, pois o Rei não convocava os Estados Gerais e exercia na plenitude os poderes de tributar e isentar.

Os juízes eram nomeados pelo Rei e a estrutura judicial bastante ineficiente, reproduzindo a estrutura social então vigente (¹¹⁸). Os cargos de juízes eram comprados e o processo

117. SILVA, Rogério Forastieri da. *A Revolução Francesa*, p.10.

118. “A organização judicial era particularmente complicada. Os franceses do centro eram julgados segundo o direito romano, enquanto os franceses do norte estavam sujeitos ao direito consuetudinário (baseado nos costumes). Existiam quase que 300 códigos de leis na França.

“Os tribunais ordinários locais estavam subordinados a tribunais de instância superior chamados Parlamentos, que eram em número de 13 em toda a França. Entretanto, estes Parlamentos tinham importância desigual. Só o Parlamento de Paris tinha sob sua jurisdição um terço de todo o reino. Além dos Parlamentos e

penal era repleto de arbitrariedades. Não foi à toa que o estopim da Revolução Francesa foi uma revolta popular invadindo a prisão real, a Bastilha, símbolo de um sistema penal corrompido. Não foi o Palácio de Versalhes o alvo da fúria popular, mas sim a Bastilha, onde estavam presos os condenados por crimes comuns. É no sistema penal que o absolutismo, ou qualquer tirania, mais se evidencia.

Nas províncias do reino, a função jurisdicional era exercida por Parlamentos regionais não eleitos, que também acumulavam parte das funções legislativas e executivas ⁽¹¹⁹⁾. Os cargos nos Parlamentos regionais eram hereditários e podiam ser vendidos. Tais Parlamentos exerciam um poder intermediário aos poderes concentrados na figura do monarca. Era uma forma de divisão do poder, mas derivada do poder absoluto do Rei.

Foi em 1748, já no reinado de Luís XV, em pleno absolutismo monárquico, que um nobre francês, o Barão de Montesquieu (1689-1755), publicou, também anonimamente, em Genebra, *O espírito das leis*. Em um capítulo inserido quando a obra já estava praticamente pronta, foi concebida a teoria da divisão dos poderes. Mesmo com todos os cuidados e moderação do autor, a obra foi incluída no *Index librorum prohibitorum* da Igreja Católica, o que não

tribunais ordinários, contava-se ainda com o Tribunal de Bailiagem, o Tribunal da Igreja e o Tribunal dos Senhores.” SILVA, Rogério Forastieri da. Op. cit., p.10.

119. “O parlamento de Paris e mais tarde o das províncias constituem tribunais soberanos que participam do governo do reino.” DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 45.

impediu de se transformar em um grande êxito editorial e de difundir a versão mais divulgada da teoria da divisão de poderes.

Barão de Montesquieu

Charles de Secondat não era um revolucionário. Era um nobre que sonhava com a limitação e moderação do poder dos reis. Suas convicções políticas refletem sua classe social e o aproximam dos ideais do que ficou conhecido como aristocracia liberal. Criticava toda forma de despotismo, mas evitava a ideia de o povo assumir o poder. Sua principal marca era a moderação.

Nasceu no castelo de La Brède nos arredores de Bordeaux em 1689, exatamente um século antes da tomada da Bastilha. Seus pais eram da aristocracia local e morreram cedo. Ele foi viver com o tio Jean-Baptiste, o então Barão de Montesquieu, que o adotou como protegido e herdeiro.

Estudou no colégio Juilly, instituição mantida por padres oratorianos, onde estudavam os filhos das famílias ricas da região. Em 1705, formou-se em direito na Universidade de *Bordeaux*. Obteve emprego, por intermédio do tio, no Parlamento de *Bordeaux*. Casou com Jeanne de Lartigue, também de origem nobre, e tiveram três filhos.

Com a morte do tio, herdou a propriedade e o baronato. O espólio também incluía o cargo de *president a mortier* do Parlamento de *Bordeaux*, que havia sido comprado por seu avô. Por doze anos Montesquieu ocupou o cargo, cujo exercício envolvia concomitantemente funções jurisdicionais, legislativas e executivas ⁽¹²⁰⁾. Exerceu o mister com afinco, mesmo mantendo um olhar crítico sobre a função desempenhada ⁽¹²¹⁾. No período, viveu dividido entre os afazeres da função pública e os estudos.

Ingressou, em 1716, na Academia de *Bordeaux*, onde desenvolveu estudos nas ciências humanas (história e direito romano) e nas ciências naturais (biologia, física e geologia). Segundos as regras vigentes então na Academia, todo membro tinha de apresentar trabalhos sobre as ciências naturais. Montesquieu cumpriu protocolarmente a regra, tendo publicado trabalhos sobre o eco ⁽¹²²⁾, as funções das glândulas renais ⁽¹²³⁾, a transparência ⁽¹²⁴⁾ e o

120. “Entre o espólio herdado estava o cargo de *president a mortier* do Parlamento de Bordéus, um lucrativo cargo comprado que, não obstante, possuía grande dignidade. Seis presidentes dirigiam o Parlamento, que tinha funções judiciais, administrativas e legislativas, Seus deveres eram rigorosos, e os assuntos do Parlamento consumiam grande parte do tempo de Montesquieu durante doze anos” MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*, p. 156.

121. “O que sempre me fez ter sobre mim uma opinião desfavorável é que há poucos cargos na República para os quais eu seria verdadeiramente apto. Exerci com retidão no coração o meu cargo de presidente: tinha boa compreensão das questões, mas não entendia nada dos problemas de regimento interno. Assim mesmo, fui um presidente aplicado. Mas o que mais me desgostava era ver, por assim dizer, em verdadeiros animais, o mesmo talento que de mim fugia.” MONTESQUIEU, *Pensamentos*, transcrito e traduzido por ARON, Raymond, *As etapas do pensamento sociológico*, p. 65.

122. *Discurso sobre a causa do eco* (1718).

123. *Discurso sobre o uso das glândulas renais* (1718).

peso dos corpos (¹²⁵), porém seu foco de estudo era voltado para as ciências humanas.

Em 1721, com apenas trinta e dois anos, publicou, em Amsterdam, seu primeiro livro, *Cartas persas* (¹²⁶). A obra foi bem recebida pelo público, tendo sido impressas dez edições logo no primeiro ano (¹²⁷). Dois fictícios amigos persas, Rica e Usbeck, fazem relatos irônicos, por meio de epístolas, sobre Paris durante o reinado de Luís XIV. Nos relatos, criticam e ridicularizam a sociedade, costumes, igreja e instituições francesas. A figura do Rei não foi poupada pelos dois estrangeiros que o descreveram como possivelmente o via Montesquieu (¹²⁸). Em evidente alegoria à Revolução Puritana, em uma de suas cartas, Usbeck também cita a Inglaterra como o país onde um Rei foi condenado por agir contra o

124. *Discurso sobre a causa da transparência dos corpos* (1720)

125. *Discurso sobre a causa do peso dos corpos* (1720).

126. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, *A sátira política nas Cartas persas, de Montesquieu*.

127. SHACKLETOM, Robert. *Montesquieu, a critical biography*, p. 29.

128. “O rei da França é o mais poderoso príncipe da Europa. Não possui minas de ouro como o rei da Espanha, seu vizinho; mas supera-o em riquezas, porque as extrai da vaidade de seus súditos, mais inesgotável do que as minas. Sucedeu que declarasse ou travasse grandes guerras, tendo por únicos recursos títulos de honra que vendia; e, por um prodígio do orgulho humano, suas tropas eram pagas, suas praças reforçadas e suas frotas equipadas.

“Por sinal, este rei é um grande mago: exerce seu império sobre o espírito mesmo de seus súditos; ele os faz pensar como quer. Se dispõe apenas de um milhão de escudos no tesouro, e precisa de dois, necessita apenas convencê-los de que um escudo vale dois; e eles assim acreditam. Se precisa travar uma guerra difícil e não conta com dinheiro, precisa unicamente pôr-lhes na cabeça que um pedaço de papel vale dinheiro; e eles imediatamente se convencem. Chega até fazê-los acreditar que os cura de todas as espécies de males por seu

seu povo, violando assim as suas obrigações (¹²⁹). Montesquieu precisou fazer uso da pena de dois persas fictícios para dizer o que realmente pensava sobre a monarquia francesa.

Montesquieu vendeu parte de suas propriedades, entre as quais seu cargo público em *Bordeaux* para se concentrar nos estudos. Em 1722, foi morar em Paris, onde conviveu com a geração iluminista. Visitou vários países da Europa (Áustria, Hungria, Itália, Suíça, Alemanha, Holanda e Inglaterra), travando contato com as respectivas formas de governo. Elegeu-se também para a Academia Francesa em 1728.

Entre 1729 a 1731, residiu na Inglaterra, quando teve oportunidade de observar o novo regime político advindo da Revolução Gloriosa, o que foi fundamental na posterior elaboração

toque, tão grandes são a força e o poder que tem sobre os espíritos.”
MONTESQUIEU. *Cartas persas*, p. 42.

129. “Os povos da Europa não conhecem todos os mesmo grau de submissão aos príncipes: o temperamento impaciente dos ingleses, por exemplo, mal dá espaço aos reis para que aumentem sua autoridade; a seus olhos a submissão e a obediência são as virtudes que menos valem. (...)”

“Mas se o um príncipe, longe de fazer seus súditos viverem felizes, quiser oprimi-los e destruí-los, deixa de haver fundamento para a obediência: nada os liga, nada os prende a ele; e retornam todos a sua liberdade natural. Sustentam os ingleses que todo poder sem limites é ilegítimo por princípio, porque nunca pôde ter uma origem legítima. (...)”

“O crime de lesa-majestade não passa, segundo eles, do crime que o mais fraco comete contra o mais forte ao lhe desobedecer, de qualquer modo que se dê tal desobediência. Assim, o povo da Inglaterra, ao se ver mais forte na luta contra um de seus reis, declarou que era crime de lesa-majestade por parte do príncipe fazer guerra a seus súditos.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Cartas persas*, Carta 104, p. 147.

da teoria da divisão dos poderes. Em sua estada, pôde também estudar a obra de Locke.

Retornou a *Bordeaux* em 1731, retirando-se ao castelo La Brède, de propriedade da família, onde se dedicou à produção de vinhos e à elaboração de suas últimas principais obras. Publicou, em 1732, *Considerações sobre as causas da grandeza e decadência dos romanos*, sua obra mais bem acabada, na qual procura as causas físicas e morais da ascensão e queda do Império Romano e do Império do Oriente. Montesquieu, um aficionado por história, buscou racionalmente as explicações (as causas) dos fatos históricos, estabelecendo o método científico de análise da história. Nada acontece por acaso, tudo tem uma causa física ou moral ⁽¹³⁰⁾.

A busca das causas determinantes dos acontecimentos e instituições políticas é retomada em um espectro mais amplo na sua grande obra *O espírito das leis*, fruto de mais de vinte anos de pesquisa, reflexão e leituras, entre as quais as obras de Platão, Aristóteles e John Locke. Foi concluída uma primeira versão, em 1747, mas a saúde de Montesquieu não permitiu o mesmo cuidado na sua elaboração final. Já quase cego, ditou para os seus vários auxiliares as últimas partes.

130. Essas são os dois tipos de causas gerais que comandam a racionalização da história: “todos os acidentes estão submetidos a essas causas”. As causas físicas dependem do clima ou da natureza do terreno; as causas morais prendem-se à política, à religião, às maneiras e aos costumes. O conjunto dessas causas,

Em virtude do receio da censura, *O espírito das leis* somente foi publicado em Genebra um ano depois, em 1748⁽¹³¹⁾. O livro alcançou grande e rápida repercussão em toda a Europa, sendo traduzido em vários idiomas⁽¹³²⁾ ⁽¹³³⁾. Mesmo com toda essa repercussão, foi também duramente recriminado pelo clero francês, na Sorbonne e em diversos artigos e panfletos⁽¹³⁴⁾, pois buscou as leis naturais da arte de governar, não se detendo nos fundamentos religiosos ou morais. Ao final, *O espírito das leis* acabou proibido em

passíveis de mistura, forma o espírito geral de uma nação e comanda o espírito de suas leis. SPECTOR, Céline. *Vocabulário de Montesquieu*, p. 9.

131. TRUC, Gonzague. *Introdução – Montesquieu e O espírito das leis*, p. 12.

132. “O êxito da obra foi tão grande ou maior do que a extensão dos assuntos tratados. O público, que não esperava um tratado comparável à *Política* de Aristóteles, foi tomado de surpresa. Todavia, reações contrárias logo começaram a aparecer, e o autor viu-se atacado por todos os lados. Extenso número de panfletos e artigos na imprensa foi escrito, e as denúncias sucediam-se na Sorbonne e entre o clero francês, para culminar em Roma com a colocação da obra no *index* dos livros proibidos, em 1751.” TRUC, Gonzague. *Montesquieu, vida e obra*, p. XV.

133. “Em 1750, escreve Montesquieu que, num ano e meio, apareceram vinte e duas edições; os eruditos verificaram somente a existência de uma dúzia, e que já seria belíssima conta. O livro é traduzido em quase todas as línguas. Frederico II da Prússia o lê; Catarina II, “Imperatriz e legisladora de todas as Rússias”, estabelecendo em 1767 um novo Código de leis, elabora uma Instrução, cheia de extratos de Montesquieu, aliás puerilmente apresentados. A obra faz escola na Itália: Beccaria, reformador do direito penal, proclama-se discípulo de Montesquieu. É entusiástica a acolhida de *O espírito das leis* na Inglaterra; os ingleses apressam-se – leiamos de preferência Blackstone - a adotar a interpretação da sua Constituição, proposta pelo genial gascão. Pretendeu-se, em 1787, que se achava constantemente um exemplar do livro sobre uma mesa da Câmara dos Comuns.” CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, p. 156.

134. TRUC, Gonzague. *Introdução – Montesquieu e O espírito das leis*, p. 13.

diversos círculos intelectuais, incluído no *Index Librorum Prohibitorum* da Igreja Católica (¹³⁵) e Montesquieu considerado ateu.

Em resposta, Montesquieu publicou a *Defesa do espírito das leis* (1750), rebatendo uma a uma as críticas, sobretudo as acusações de ateísmo. Também tomou a precaução de introduzir um prefácio à obra, no qual procurou desmontar o furor das críticas e reiterar sua fidelidade à monarquia francesa (¹³⁶). O filósofo agiu com prudência e moderação para evitar a apreensão do livro. Mas nem a proibição impediu *O espírito das leis* de conquistar a Europa e a América.

Em 1754, teve tempo ainda de colaborar com a *Enciclopédia*, coordenada por Diderot (1713-1784) e D'Alembert (1717-1783), com o ensaio “O gosto” sobre as sensações provocadas pela apreciação de uma obra de arte.

135. “(...) essa inclusão no *index* não ocorreu sem motivos, pois se encontram enxertados no texto do autor do diversos capítulos que continham provocações à extensão dos poderes eclesiásticos suficientemente ácidas para provocarem reações as mais ardentes, podendo-se citar os capítulos VII (“De como não se deve decidir pelos preceitos da religião quando se trata dos da lei natural”) e VIII (“De como não se deve regulamentar pelos princípios do direito que se chama canônico as coisas reguladas pelos princípios do direito civil”) do Livro V, d’ *O espírito das leis*.” BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia*, p. 230.

136. Se, na qualidade infinita de coisas que estão neste livro, houvesse alguma que, contrariamente ao que se esperava, pudesse ofender, pelo menos não há nenhuma que tenha sido colocada com má intenção. Não tenho naturalmente um espírito desaprovador. Platão agradecia ao céu ter nascido no tempo de Sócrates; e eu lhe agradeço ter me feito nascer no governo onde vivo e ter querido que eu obedecesse àqueles que me fez amar. ” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, Prefácio, p. 5.

Montesquieu não viveu o suficiente para ver toda a repercussão de *O espírito das leis*. Não assistiu à Revolução Francesa, que tanto bebeu em sua obra, tendo a separação dos poderes sido elencada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como pressuposto do constitucionalismo ⁽¹³⁷⁾.

Mas foi melhor assim. Não creio que o Barão de Montesquieu conseguisse sobreviver ao processo revolucionário francês ⁽¹³⁸⁾. Seu destino provavelmente seria a guilhotina, pois a sua origem nobre permeia sua obra. Era, no fundo, um aristocrata liberal defensor de uma monarquia moderada ou um governo misto. Mesmo sendo considerado o pai da teoria da divisão dos poderes, estava longe de ser um ferrenho defensor da democracia. Não assumiu posturas radicais e era, sobretudo, um defensor da moderação na política.

Faleceu em 1755, em meio a uma epidemia de febre em Paris. Seus restos mortais foram sepultados na então recém-construída igreja de São Sulpício, uma das principais da cidade

137. Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

138. “Incontestavelmente foi um reacionário nas querelas do século XVIII. Nem previu nem desejou a Revolução Francesa. É possível que a tenha preparado porque nunca se conhece, nem antes nem depois, a responsabilidade histórica de cada um; conscientemente, porém, Montesquieu não desejou a Revolução Francesa. Na medida em que se pode ‘saber’ o que um homem teria feito em circunstâncias diferentes daquelas em que viveu, imagina-se que Montesquieu teria sido, a rigor, um constituinte. Logo depois, teria passado para a oposição, e teria que escolher, como os liberais desse período, entre a emigração, a guilhotina ou a emigração interna, longe das peripécias violentas da Revolução.” ARON Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, p. 59.

e entrou para a história como o grande autor da teoria da divisão dos poderes, uma das bases da democracia ocidental.

O Espírito das Leis

Foram necessários vinte anos para a finalização de *O Espírito das Leis* ⁽¹³⁹⁾, fruto de um exaustivo trabalho de pesquisa, similar ao de Aristóteles em a *Política* mais de dois mil anos antes. Na busca das leis ⁽¹⁴⁰⁾ que regem a ciência de governar, Montesquieu analisou as constituições ⁽¹⁴¹⁾ de diferentes Estados no decorrer da história (Roma, Grécia, Cartago, Egito, Macedônia, Pérsia, China, Inglaterra, Itália, Japão, Turquia, Arábia, Mongólia, Estados Unidos, Java, por exemplo). Em meio à variedade dos governos que se sucederam na história das nações, Montesquieu construiu um aparelho conceitual que “permite substituir uma diversidade incoerente por uma ordem pensada” ⁽¹⁴²⁾. Buscou descobrir as leis da política, pelo método

139. “Muitas vezes comecei, e muitas vezes abandonei esta obra; mil vezes lancei aos ventos as folhas que havia escrito; sentia todos os dias as mãos paternas caírem; seguia meu objeto sem formar objetivo; não conhecia nem as regras, nem as exceções; só encontrava a verdade para perdê-la. Mas quando descobri meus princípios, tudo o que procurava veio a mim; e, durante vinte anos, vi minha obra começar, crescer, avançar e terminar.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*, Prefácio, p. 7.

140. “As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, Livro Primeiro, Capítulo I, p. 12.

141. Assim como em Aristóteles, constituição é utilizada no sentido do governo e das regras do exercício do poder político em cada país.

142. ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, p. 7.

indutivo, partindo dos fatos para extrair as leis (¹⁴³), assim como Isaac Newton (1642-1727) chegou às leis da física. A obra é repleta de exemplos da história universal e das várias experiências se extrai as leis gerais da política.

Assim como Aristóteles, Montesquieu também tinha se dedicado às ciências naturais, quando na Academia de *Bordeaux*, e era também um grande pesquisador e classificador. Tinha conhecimento das novas leis das ciências físicas e naturais descobertas por Nicolau Copérnico (1473-1543), Galileu Galilei (1564-1642) e Isaac Newton. Influenciado pelo método de investigação das ciências naturais, tentou aplicá-lo à ciência política, buscando as causas dos acontecimentos políticos. Foi um dos primeiros a conceber um método de investigação científica próprio das ciências humanas.

Raymond Aron (1905-1983) considerou Montesquieu um dos fundadores da sociologia, pois, antes de Augusto Comte (1798-1857) e Émile Durkheim (1858-1917), buscou analisar cientificamente os acontecimentos sociais e políticos, empenhando-se em desvendar as respectivas causas. Nenhum fato político ocorre por acaso, pois é sempre provocado por um conjunto de causas (¹⁴⁴).

143. “Esta diferença no objeto implica, determina uma revolução no método. Montesquieu não foi o primeiro a conceber a ideia de uma física social, mas foi o primeiro a querer dar-lhe o espírito da física nova, a querer partir, não das essências, mas dos factos e a partir dos factos extrair as leis.” ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a política e a história*, p. 22.

144. “Não é a Fortuna que domina o Mundo. Perguntem aos Romanos. Eles tiveram uma sequência de êxitos quando se governaram conforme um certo plano, e uma

“Montesquieu percebera, sentira que os povos devem estar sujeitos a leis naturais, tal como a natureza física, e, naquela sua elevação espiritual, concebeu o ideal de desvendar tais leis. Desvendá-las não para si, por vaidade, por simples curiosidade, ou vantagem sua. Desvendá-las para ensiná-las; para o bem da humanidade; para que os povos não prosseguissem, no terreno político, a errar sem rumo, ao sabor das circunstâncias. Para que os povos aprendessem. Soubessem governar-se. E soubessem como e por que, cientificamente.”⁽¹⁴⁵⁾.

Em *O espírito das leis*, Montesquieu apresenta uma teoria política repartida, basicamente, em três partes: a teoria das formas de governo, a teoria da separação dos poderes e a teoria das causas. Os trinta e um livros, nos quais *O espírito das leis* se divide, podem ser agrupados em também três grandes blocos. No primeiro, seguindo a tradição dos tratados de ciência política, são analisadas as três formas de governo e depois desenvolvida a teoria da separação dos poderes. Nos dois blocos seguintes, são analisadas, respectivamente, as causas físicas (clima e solo) e as causas sociais

sequência de reveses quando se conduziram conforme um outro. Existem causas gerais, sejam morais ou físicas, que agem em cada monarquia, que a elevam, mantêm ou precipitam. Todos os acidentes estão subordinados a essas causas, e, se o azar de uma batalha, quer dizer, uma causa particular, arruína um Estado, é porque havia uma causa geral que fazia que aquele Estado devia perecer por uma simples batalha. Numa palavra, a marcha principal arrasta consigo todos os acidentes particulares.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e da sua decadência*, p. 299.

145. MOTA, Pedro Vieira. “Introdução”. In: *O espírito das leis*, p. 4.

(comércio, moeda, população, costume e religião) que interferem diretamente no governo (¹⁴⁶). Montesquieu continua o estudo das causas da ascensão e queda das nações, agora em espectro mais amplo do que o da Roma antiga, mas com pretensão universal.

Em classificação bem próxima à adotada por Aristóteles (¹⁴⁷) (¹⁴⁸), Montesquieu, considerando *quem* detém o poder soberano e *como* detém, divide as formas de governo em três: a República, a monarquia e o despotismo. Na República, o povo, ou parte dele, exerce o governo. Na monarquia, apenas um governa de acordo com leis fundamentais e fixas previamente estabelecidas. No

146. “Em primeiro lugar, os treze primeiros livros, que desenvolvem a teoria bem conhecida dos tipos de governo – isto é, o que chamaríamos uma sociologia política: um esforço para reduzir a diversidade das formas de governo a alguns tipos, cada um dos quais definido, ao mesmo tempo, pela sua natureza e pelo seu princípio. A segunda parte vai do livro XIV ao XIX. É consagrada às causas materiais ou físicas, quer dizer essencialmente à influência do clima e do solo sobre os homens, seus costumes e suas instituições. A terceira parte, que vai do livro XX ao XXVI, estuda sucessivamente a influência das causas sociais, comércio, moeda, número de habitantes e religião sobre os hábitos, os costumes e as leis.” ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, p. 8.

147. “Sem dúvida Montesquieu considerou a classificação aristotélica. Mas não se veja na classificação dele uma simples imitação ou contrafação de Aristóteles.

“A classificação de Aristóteles era algo cerebrina; atente-se nas formas de Governo, a que correspondem, simetricamente, três deformações. Já a classificação de Montesquieu, como toda construção sua, funda-se na indução; compreende, de forma sistemática, os governos existentes até sua época.” MOTA, Pedro Vieira. “Introdução”. In: *O Espírito das leis: As formas de Governo, a federação, a divisão dos poderes*, p. 5.

148. “Os primeiros livros de *O espírito das leis*, se não o primeiro, pelo menos do II ao VIII (isto é, os que analisam os três tipos de governo), têm inspiração aristotélica. Foram escritos antes da viagem do seu autor à Inglaterra, numa época em que se encontrava sob a influência predominante da filosofia clássica. Ora, na tradição clássica, a *Política* de Aristóteles era considerada obra essencial. Assim, não se pode duvidar de que Montesquieu tenha escrito os primeiros livros tendo ao lado a *Política*. Em quase todas as páginas, podem se encontrar referências a

governo despótico, apenas um exerce o poder sem nenhum limite ou lei fundamental prévia e somente de acordo com sua vontade, sem lei que o limite (¹⁴⁹).

A monarquia, quando exercida sem limites, transforma-se em despotismo. Por mais que Montesquieu tenha tentado suavizar ou disfarçar sua posição com a inclusão de uma introdução, onde reafirma sua lealdade e expressa seu agradecimento à monarquia francesa, fica evidente que o reinado de Luís XIV enquadrava-se muito mais no governo despótico do que na monarquia, uma vez que o monarca não reconhecia leis fundamentais preestabelecidas, fundamentando o seu poder absoluto por delegação divina. Montesquieu defende uma monarquia moderada exercida com auxílio dos poderes intermediários da nobreza, o clero e o Parlamento (¹⁵⁰).

Aristóteles, sob a forma de alusões ou críticas". ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, p. 9.

149. "Existem três espécies de governo: o REPUBLICANO, o MONÁRQUICO e o DESPÓTICO. Para descobrir sua natureza, basta a ideia que os homens menos instruídos têm deles. Suponho três definições, ou melhor, três fatos: 'o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e seus caprichos'." MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, p. 19.

150. "Os poderes intermediários, subordinados e dependentes, constituem a natureza do governo monárquico, isto é, daquele onde um só governa com leis fundamentais. Eu falei dos poderes intermediários subordinados e dependentes: de fato, na monarquia, o príncipe é a fonte de todo o poder político e civil. Estas leis fundamentais supõem necessariamente a existência de canais médios por onde flui o poder: pois, se existe num Estado apenas a vontade momentânea e caprichosa de um só, nada pode ser fixo e, conseqüentemente nenhuma lei pode ser fundamental.

A República, por sua vez, subdivide-se em democracia e aristocracia (¹⁵¹). Na democracia, a soberania é exercida diretamente pelo povo, por meio do sufrágio em assembleias. Nas cidades-estados gregas, o povo escolhia seus magistrados, por sorteio ou eleição, para exercício da função por tempo curto e determinado. A concepção de democracia vigente no início do século XVIII ainda estava mais vinculada à democracia direta da cidade-estado grega, na qual a participação popular era mais direta por meio de assembleia. A concepção moderna de democracia representativa ainda estava em construção.

Na aristocracia, um grupo seletivo de pessoas detém o poder, elaborando as leis e mandando executá-las. Se o grupo for numeroso, o exercício do poder é intermediado pelo Senado de seus representantes, como em Roma, ou pela Câmara dos Lordes na antiga Inglaterra. O Senado e a Câmara dos Lordes exercem o papel moderador. O poder é exercido por um pequeno grupo dos mais aptos.

“O poder intermediário subordinado mais natural é o da nobreza. De alguma maneira ele entra na essência da monarquia, cuja máxima fundamental é: *sem monarquia, não há nobreza; sem nobreza, não há monarca*; mas tem-se um déspota.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 26.

151. “Montesquieu considera inicialmente a democracia e a aristocracia, que, na classificação aristotélica, constituem dois tipos distintos, como duas modalidades de um mesmo regime chamado republicano, e o distingue da monarquia. Na opinião de Montesquieu, Aristóteles não reconheceu a verdadeira natureza da monarquia, o que se explica facilmente, já que a monarquia, como ele concebe, só se realizou autenticamente nas monarquias europeias.” ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, p. 12.

É preciso interpretar Montesquieu com os olhos de sua época. Seus modelos de cada espécie de governo são deduzidos de espaços e momentos históricos determinados. “Montesquieu esclarece que o modelo da república nos é oferecido pelas repúblicas antigas, em particular pela romana, antes do período das grandes conquistas. Os modelos da monarquia são os reinos europeus do seu tempo, o inglês e o francês. Quanto aos modelos do despotismo são os impérios que chama de asiáticos, amalgamando assim o Império Persa e o Chinês, o Indiano e o Japonês. Não há dúvida de que os conhecimentos que Montesquieu tinha da Ásia eram fragmentários; contudo, ele dispunha de documentação que lhe teria permitido matizar mais sua concepção do despotismo asiático.” ⁽¹⁵²⁾. As várias formas de governo têm um espaço geográfico e tempo cronológico próprios. *O espírito das leis* é a continuação da pesquisa iniciada nas *Considerações sobre as causas da grandeza e decadência dos romanos*, agora não mais um espaço e tempo determinados.

Cada espécie de governo tem uma natureza e princípios próprios. A natureza é o que faz o governo ser o que é, ou seja, o número dos que detêm o poder soberano e o modo pelo qual esse poder é exercido. Na monarquia e no despotismo, por exemplo, o poder é exercido por uma única pessoa, mas na primeira o monarca exerce de acordo com leis previamente estabelecidas, ao passo que no

152. ARON, Raymond. Op. cit., p. 18.

segundo a vontade do déspota não encontra limites ou freios. A moderação no exercício do poder do monarca inexiste no despotismo.

Princípio, para Montesquieu, é o sentimento que deve mover os homens para que cada espécie de governo funcione estável e harmoniosamente ⁽¹⁵³⁾. Na República democrática, o princípio que faz mover as instituições é a virtude política ⁽¹⁵⁴⁾, consistente no respeito às leis e no devotamento do cidadão à coletividade e à pátria, também chamado de patriotismo ⁽¹⁵⁵⁾. É a virtude política que impulsiona a República ⁽¹⁵⁶⁾. Na Aristocracia, à virtude política do patriotismo é acrescida a moderação, verdadeira alma desta espécie de governo ⁽¹⁵⁷⁾. Na monarquia, o que move o súdito é a honra, assim entendida como o desejo de ter reconhecida a

153. “Se a natureza de um governo corresponde a sua estrutura institucional (‘o que o faz ser’), seu princípio reside nas paixões humanas que o fazem mover-se (‘o que o faz agir’). Os princípios ‘derivam naturalmente’ da natureza dos governos: virtude nas democracias, moderação nas aristocracias, honra nas monarquias, temor nos Estados despóticos.” SPECTOR, Céline. *Vocabulário de Montesquieu*, p. 55.

154. “A virtude política é o princípio das democracias. Distinta da virtude moral e da virtude cristã, identifica-se com o amor à república: ‘pode-se definir essa virtude, o amor às leis e à pátria. Esse amor que exige preferir continuamente o interesse público ao seu próprio, dá origem a todas as virtudes particulares; elas nada mais são que essa preferência’. Acessível a todos, ela consiste mais num sentimento que numa ‘sequência de conhecimentos’, e se especifica imediatamente em amor à igualdade e à frugalidade, que são condições de sua preservação.” SPECTOR, Céline. Op. cit., p. 64.

155. “Assim, a virtude é o princípio da república, o que significa que numa república os homens sejam virtuosos, mas apenas que deveriam sê-lo, e que as repúblicas só prosperam na medida em que seus cidadãos são virtuosos.” ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, p. 11.

156. Um exemplo lapidar de patriotismo vê-se na famosa frase do Presidente americano John Kennedy: “Não pergunte o que seu país pode fazer por você. Pergunte o que você pode fazer seu país.”

157. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, p. 34.

boa reputação ⁽¹⁵⁸⁾, o que justifica os títulos nobiliárquicos e o respeito às diferenças decorrentes do nascimento. No despotismo, em que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estão nas mãos de uma única pessoa, que impõe sua vontade sem limites, a ausência de liberdade faz do medo o princípio que move o governo. A obediência às ordens não se posterga nem se discute, se cumpre. A falta do princípio fundamental desestabiliza e corrompe o governo despótico e leva à transformação radical por meio da revolução. Quando, por exemplo, os súditos passam a não mais sentir medo do déspota, este está com seus dias no poder contados.

Sua principal contribuição para a ciência política foi a teoria da separação dos poderes. Ela está exposta no capítulo VI “Da Constituição da Inglaterra”, inserido no Livro Décimo Primeiro, “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição”. Montesquieu em nenhum momento fez uso da expressão *teoria da separação, ou divisão, dos poderes*. O capítulo, apesar de denso, não é longo. Foi escrito pouco antes da conclusão do livro e constituiu uma nítida quebra na narrativa desenvolvida até

158. “A honra é o princípio das monarquias: associada à força das leis, substitui nela a virtude política para inspirar as ‘mais belas ações’ e conduzir esse governo a seu objetivo. Aparentada com a ambição ou com o desejo de reputação (a sua natureza é a de demandar ‘preferências e distinções’), essa paixão dominante anima uma estrutura constituída pelos poderes intermediários, que controlam a conformidade das ordenações reais às leis fundamentais, garantindo assim a limitação da soberania que o absolutismo ameaça.”. SPECTOR, Céline. *Vocabulário de Montesquieu*, p. 37.

então. O tema não volta a ser tratado nos livros e capítulos seguintes. É como se fosse um artigo independente do conjunto da obra.

Pelo que se depreende do título do capítulo, a Inglaterra teria sido tomada como modelo da separação de poderes. Montesquieu teria sistematizado o que viu na sua estada na Inglaterra. Sessenta anos separam as obras de Locke e Montesquieu. A Inglaterra tomada como modelo ideal não foi a mesma vivida por John Locke, mas provavelmente a do século XVIII, mais precisamente durante o reinado de George II (1683-1760). Quando Montesquieu esteve na Inglaterra (1729-1731), a Revolução Gloriosa (1688-1689) já estava consolidada. No reinado de George II, foi criada, sem qualquer lei ou ato formal ⁽¹⁵⁹⁾, a figura do Primeiro-Ministro, cujo primeiro ocupante foi Roberto Walpole (1676-1745) ⁽¹⁶⁰⁾. Aos juízes, já haviam sido asseguradas a independência e a imparcialidade pelo Act of Settlement de 1701. A separação orgânica-funcional entre o Rei e o Parlamento estava consolidada, superando o modelo *King in Parliament*, mas o Rei ainda permanecia com seu poder de veto ⁽¹⁶¹⁾.

159. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*, p.25.

160. George II, alemão de nascimento, dominava mal o idioma inglês e nem sempre estava interessado com as questões de política interna do reino. Com o tempo, foi deixando de se reunir com os membros do gabinete e passou a despachar somente com Robert Walpole, então *Chancellor of Exchequer* (Secretário do Tesouro), o que fez a oposição lhe atribuir, inicialmente de forma irônica, o título de Primeiro-Ministro. CHURCHILL, Winston S. *Uma história dos povos de língua inglesa*, p. 301.

161. “Por sua vez, o poder de veto do Rei ganha um novo sentido. Enquanto que no modelo *King in Parliament* se considerava que o acto legislativo resultava do concurso de duas vontades (a real e a parlamentar), que o Rei e as Câmaras cooperavam na elaboração da lei, num processo legislativo culminado pela

As conclusões de Montesquieu valem independente da veracidade, ou não, do seu modelo. A Inglaterra é um pretexto para se abordar a França. Montesquieu já havia feito uso do recurso da alegoria em *Cartas persas*. Ao ver de Maurice J. C. Ville, a Inglaterra é novamente tratada como um modelo ideal. “Montesquieu estava criando um tipo ideal de *constituição da liberdade*, tendo a Inglaterra como fonte, mas ele não estava descrevendo a Constituição inglesa como de fato existia. Quando Montesquieu escrevia sobre a Inglaterra aqui, referia-se a um estado imaginário. Assim, em certos aspectos, as afirmações de Montesquieu neste capítulo diferem consideravelmente do que de fato ele sabia da Inglaterra.” ⁽¹⁶²⁾ ⁽¹⁶³⁾.

sanção real, condição de perfeição da lei, agora o veto é reduzido a uma *negative voice*, que apenas exprime a oposição do Rei a um acto legislativo autónomo e perfeito da exclusiva autoria do Parlamento. O Rei já não participa da legislação mas apenas a controla, podendo impedi-la de entrar em vigor. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p.82.

162. VILLE, Maurice J. C. Ville. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, p. 93, tradução livre.

163. “Mas *O Espírito das Leis* é um livro publicado em 1748, precedido de longas pesquisas, inclusive de uma viagem de estudos de 1728 a 1731. Nesta Montesquieu visitou a Inglaterra, onde pôde conhecer diretamente as instituições inglesas e seu funcionamento. Ora, na época de sua estadia nesse país – muito antes da publicação do livro – já estava bem-definida a figura do Primeiro-Ministro, bem como a do gabinete e sua vinculação à maioria parlamentar. O Executivo não era mais, portanto, o rei. Entretanto, no texto do *O Espírito das Leis* não há uma palavra sobre isso, ao contrário, nele o Executivo é nitidamente o monarca.

De duas, uma. Ou Montesquieu descreveu uma Constituição da Inglaterra desatualizada, e isso depõe contra a sua capacidade de observação, ou ele, tomando a Constituição inglesa, como pretexto, procura “vender” uma fórmula ou receita política, tendo em vista a renovação das instituições francesas especialmente. Não faltam adeptos da segunda alternativa. De qualquer forma, como salientou Voltaire, o elogio da Constituição inglesa foi o que mais agradou na França.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 267.

Em síntese, Montesquieu trata o tempo todo do modelo ideal de governo da sua França, denominando-o de *Constituição da Inglaterra*.

Ao contrário de John Locke, que concebeu a existência de três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Federativo, Montesquieu concebeu, em seu modelo, a tríade adotada pela ciência política moderna: Executivo, Legislativo e Judiciário. Inicialmente, o Poder Executivo é apresentado como o que trata do direito das gentes, ou seja, das relações com outros Estados nacionais, o que pode equiparar-se ao Poder Federativo na concepção de John Locke. Já o Judiciário, inicialmente apresentado simplesmente como poder de julgar, é o que trata do direito civil, ou seja, dos conflitos entre os particulares e os crimes cometidos. O Executivo e o Judiciário, cada um a seu modo, têm como função executar as leis aprovadas pelo Legislativo. “Existem em cada Estado três tipos de poder: poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre particulares. Chamaremos este último poder de julgar e outro simplesmente poder executivo do Estado” ⁽¹⁶⁴⁾.

164. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, p. 167.

O poder, apesar de ser uno, não pode estar concentrado em apenas uma pessoa, sob pena de pôr em risco a liberdade das pessoas. “Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites” ⁽¹⁶⁵⁾. Quem elabora as leis não as executa e não julga os conflitos decorrentes de sua aplicação. É o poder controlando o próprio poder por meio da moderação. Dividir para autocontrolar e assegurar a liberdade. Este é o fundamento maior da divisão de poderes. “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” ⁽¹⁶⁶⁾.

165. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 166.

166. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 168.

Ressaltada aqui a importância de uma separação orgânico-funcional das três funções em órgãos independentes.

Diante da necessidade de um processo de tomada de decisões que resultem em ações rápidas e decisivas, o Poder Executivo deve estar nas mãos de uma única pessoa, um monarca na concepção de Montesquieu (¹⁶⁷). As experiências do exercício coletivo do Poder Executivo foram sempre caóticas, para se afirmar o mínimo. Nos processos revolucionários na Inglaterra, Estados Unidos e França, houve experiências frustradas de exercício coletivo das funções do Poder Executivo. No início da Revolução Puritana, quando o governo foi exercido coletivamente pelo próprio Parlamento, criou-se uma situação caótica que só terminou com o fechamento do Parlamento por Cromwell e a instalação da ditadura do Lorde Protetor. Nos Estados Unidos, a experiência também não foi positiva. Logo após a independência, cada uma das treze colônias tornou-se uma nação independente que mantinha relações de coordenação entre si por meio dos Artigos da Confederação (1777), que se mostraram ineficientes. A solução foi a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, que estabeleceu o exercício unipessoal do Poder Executivo pelo Presidente da República, eleito por um mandato de quatro anos. Por fim, em plena Revolução Francesa, o exercício das

167. “O poder executivo deve estar entre as mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários; ao passo que o que depende do poder legislativo é com frequência mais bem ordenado por muitos do que por um só”. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 172.

funções executivas pelo Comitê de Salvação Pública mostrou-se desastrosa, levando, em nome da liberdade, a revolução ao terror jacobino e à supressão de direitos fundamentais. O Poder Executivo deve ser exercido necessariamente por uma única pessoa e não simultânea e coletivamente por um grupo de membros do Parlamento escolhido pelo Legislativo. A liberdade corre sério risco quando os que elaboram as leis também são os responsáveis pela sua execução ⁽¹⁶⁸⁾.

O Legislativo estabelece os parâmetros do exercício da liberdade a serem cumpridos pelo Executivo e pelo Judiciário, motivo pelo qual deve necessariamente ter representantes do povo. Em um Estado pequeno da antiguidade, como nas cidades-estados gregas, o povo podia participar diretamente das decisões tomadas em assembleia. Nos Estados de maior extensão e população, a via direta se mostra impraticável, logo a participação dar-se-á por meio de representantes eleitos nas respectivas regiões, como forma de retratar os vários grupos de interesse ⁽¹⁶⁹⁾. O esboço de sistema

168. “Pois, se não houvesse monarca e o poder executivo fosse confiado a um certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade, porque os dois poderes estariam unidos, participando as mesmas pessoas, por vezes, e podendo sempre participar de um e do outro.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 173.

169. “ Como, em um Estado livre, todo homem que supostamente tem uma alma livre deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo. Mas, como isto é impossível nos grandes Estados e sujeitos a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça através de seus representantes tudo o que não pode fazer por si mesmo.

“ Conhecemos muito melhor as necessidades de nossa cidade do que as das outras cidades, e julgamos melhor a capacidade de nossos vizinhos do que de nossos outros compatriotas. Logo, em geral não se devem tirar os membros do

eleitoral apresentado por Montesquieu é distrital. Os representantes eleitos ganham autonomia em relação à vontade dos representados, não estando vinculados a uma posição predeterminada sobre as questões a serem deliberadas ⁽¹⁷⁰⁾. No entanto, Montesquieu, que nunca foi um entusiasta da democracia direta, estabelece limites à capacidade do povo de exercer o governo. Sua participação deve restringir-se à escolha de representantes mais capazes ⁽¹⁷¹⁾.

Atento às suas origens e seguindo o modelo inglês da Câmara dos Lordes, defende a existência de câmara legislativa própria da nobreza para deliberação dos assuntos de seu interesse e protegê-los da maioria representante do povo ⁽¹⁷²⁾. O Poder

corpo legislativo do corpo da nação, mas convém que, em cada lugar principal, os habitantes escolham um representante para si.

“A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia.”. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 170.

170. “Não é necessário que os representantes, que receberam daqueles que os escolheram uma instrução geral, recebam uma outra particular sobre cada assunto, como se pratica nas dietas da Alemanha. É verdade que, desta maneira, a palavra dos deputados seria a melhor expressão da voz da nação; mas isto provocaria demoras infinitas, tornaria cada deputado o senhor de todos os outros, e nas ocasiões mais urgentes, toda a força da nação poderia ser retirada por um capricho.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 171.

171. “Havia um grande vício na maioria das antigas repúblicas: é que o povo tinha o direito de tomar decisões ativas, que demandavam alguma execução, coisa da qual ele é incapaz. Ele só deve participar do governo para escolher seus representantes, o que está bem a seu alcance. Pois, se há poucas pessoas que conhecem o grau preciso da capacidade dos homens, cada um é capaz, no entanto, de saber, em geral, se aquele que escolhe é o mais esclarecido do que a maioria dos outros.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 171.

172. “Sempre há, num Estado, pessoas distintas pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras; mas se elas estivessem confundidas no meio do povo e só tivessem uma voz como a dos outros a liberdade comum seria sua escravidão, e eles não teriam nenhum interesse em defendê-la, porque a maioria das

Legislativo seria composto de duas câmaras, uma representativa da nobreza de caráter hereditário e outra do povo escolhida pelo voto distrital direto, seguindo o modelo do governo misto inglês. Ambas as casas legislativas deteriam poder recíproco de veto no processo legislativo. Neste ponto, Montesquieu defende seus interesses de classe e segue à risca o modelo inglês, ressaltando o papel moderador desempenhado pela Câmara dos Lordes na Inglaterra e do Senado em Roma.

Montesquieu reserva pouca atenção às funções do poder de julgar. Apesar de sua formação profissional de magistrado, apresenta uma visão restritiva da função jurisdicional, à qual é vedada a interpretação da lei, mesmo quando a lei se apresenta distante da justiça no caso concreto. “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já

resoluções é contra elas. A parte que lhes cabe na legislação deve então ser proporcional às outras vantagens que possuem no Estado, o que acontecerá se formarem um corpo que tenha direito de limitar as iniciativas do povo, assim como o povo tem o direito de limitar as deles.

“ Assim, o poder legislativo será confiado ao corpo dos nobres e ao corpo que for escolhido para representar o povo, que terão cada uma suas assembleias e suas deliberações separadamente, e opiniões e interesses separados.

“Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composto por nobres é muito adequada para produzir este efeito.

“O corpo dos nobres deve ser hereditário. Ele o é em primeiro lugar por sua natureza; e, aliás, é preciso que possua um grande interesse em conservar suas prerrogativas, odiosas por si mesmas, e que, num Estado livre, devem sempre estar em perigo.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 171.

dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”⁽¹⁷³⁾. Conhecidos os fatos e a lei, o juiz realiza uma operação automática de execução da lei no caso concreto apresentado. “A função judicial via-se, assim, reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal cuja consistência deveria ser absoluta”⁽¹⁷⁴⁾. A lei consistia a premissa maior do silogismo e os fatos, a premissa menor. Aos juízes, era vedado o poder criador do direito, como forma de garantia contra o arbítrio e a injustiça. Nesse ponto, Montesquieu não tomou como modelo os juízes ingleses que gozavam de maior autonomia decisória no regime de precedentes do *common law*⁽¹⁷⁵⁾.

Ademais, no poder de julgar idealizado por Montesquieu, não há um corpo permanente de juízes compondo os tribunais, estes só se reuniram o tempo necessário para o exercício de suas funções. O Judiciário não seria composto de juízes profissionalizados e permanentes, mas sim por jurados escolhidos no povo⁽¹⁷⁶⁾. O exercício do poder cabe ao corpo de jurados e não ao juiz

173. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 175.

174. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 96.

175. VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*, p. 85.

176. “ O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer.

singular, em um procedimento bem similar ao nosso atual tribunal do júri. “Na Inglaterra, os jurados decidem se o acusado é culpado ou não do fato que lhes foi relatado, e, se ele for declarado culpado, o juiz pronuncia a pena que a lei inflige para este crime e para tanto ele só precisa ter olhos” ⁽¹⁷⁷⁾. Ao contrário dos outros poderes, o Judiciário não teria um corpo permanente, sendo o mais impessoal dos poderes. A instituição do júri, não vinculada exclusivamente ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, tem papel central na concepção do Judiciário de Montesquieu.

A separação idealizada por Montesquieu das funções legislativas e judiciais em órgãos autônomos não era rígida, pois sofre, pelo menos, três exceções. A ressalva expressa de tais exceções demonstra que o próprio Montesquieu não concebeu a divisão dos poderes de forma estanque, não a encarando como um

“ Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não magistrados.

“É até mesmo necessário que, nas grandes acusações, o criminoso, de acordo com a lei, escolha seus juízes; ou pelo menos que possa recorrer um número tão grande deles que aqueles que sobraem sejam tidos como de sua escolha.

“ Os dois outros poderes poderiam ser dados antes a magistrados ou a corpos permanentes, porque não são exercidos sobre nenhum particular; sendo um apenas a vontade geral do Estado, e o outro a execução desta vontade geral.

“Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, p. 175.

177. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Op. cit., p. 87.

mito, na concepção de Louis Althusser (1918-1990) ⁽¹⁷⁸⁾. A primeira das exceções é o julgamento dos nobres que devem sujeitar-se ao veredito dos seus próprios pares perante o corpo legislativo composto exclusivamente por nobres, como meio de assegurar um julgamento isento ⁽¹⁷⁹⁾. Neste ponto, Montesquieu não se desvencilha das suas origens e defende a manutenção do privilégio dos nobres, que ficariam sujeitos a uma justiça composta por seus próprios pares ⁽¹⁸⁰⁾.

A segunda exceção é a competência recursal do corpo legislativo composto de nobres, por exemplo, a Câmara de Lordes na Inglaterra, que pode moderar os rigores da lei ⁽¹⁸¹⁾. A liberdade interpretativa vedada aos juízes é facultada à câmara legislativa da nobreza no exercício da sua competência recursal. Somente os que elaboraram a lei podem moderar a sua aplicação. A função jurisdicional de caráter recursal foi exercida na Inglaterra, até

178. ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a política e a história*, p. 127.

179. “Os grandes estão sempre expostos à inveja, e se fossem julgados pelo povo poderiam estar em perigo, e não gozariam do privilégio que possui o menor dos cidadãos, num Estado livre, que é o de ser julgado por seus pares. Assim é preciso que os nobres sejam levados não aos tribunais ordinários da nação, e sim a esta parte do corpo legislativo que é composto de nobres.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, p. 174.

180. “De modo geral, Montesquieu se mostra preocupado com os privilégios da nobreza e o reforço dos corpos intermediários. Não é, em absoluto, um doutrinário da igualdade, e menos ainda da soberania popular. Associando a desigualdade social à essência da ordem social, ele se acomoda bem com a desigualdade.” ARON, Raymond. *Etapas do pensamento sociológico*, p. 57.

181. “Assim, é a parte do corpo legislativo [...] um tribunal necessário [...]. Sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, p. 175.

2009, pela Câmara dos Lordes, órgão de cúpula do Judiciário inglês até então.

A terceira exceção é o processo de *impeachment* contra as altas autoridades que são acusadas pela Câmara dos Comuns e julgadas pela Câmara dos Lordes. Tal instituto também tem origem inglesa (¹⁸²) e constitui um julgamento político da autoridade, extrapolando os limites do direito.

Montesquieu, na verdade, nunca propagou uma separação extremamente rígida entre os poderes. Defendeu sim um governo moderado com poderes com a separação orgânica funcional dos respectivos órgãos, mas com interferência um sobre outro (direito de veto, impeachment, por exemplo), como forma de assegurar o equilíbrio. Pregava uma reforma radical na monarquia absolutista francesa por meio de uma divisão de poderes.

Por fim, a teoria das causas consome a maior parte de *O espírito das leis*. Montesquieu discorre sobre o clima, o solo, o número de habitantes (causas naturais), o comércio, a moeda, os costumes e a religião (causas morais ou sociais) que determinam os acontecimentos históricos e formam o espírito de um povo ou o espírito de suas leis. Trata-se de uma teoria que busca explicitar as razões pelas quais os governos e as leis dos vários Estados são como são.

182. Vide nota nº 99.

Deve-se ter cuidado na interpretação da teoria das causas. Raymond Aron, por exemplo, prefere a expressão “relação de influência” mais afeta à sociologia moderna (¹⁸³). Nenhuma causa isoladamente tem o poder de determinar o governo de um Estado. Elas precisam ser consideradas em seu conjunto, cada uma com seu peso. Seguindo a esteira de Aristóteles, Montesquieu procurou cientificamente encontrar o conjunto de causas que levam os Estados a terem determinada forma de governo com seu respectivo conjunto de leis.

O conjunto de todas as causas naturais, morais e sociais forma o espírito geral da lei que dá nome à obra. “O espírito geral de um povo resulta de várias coisas que ‘governam os homens’: o clima, a religião, as leis, as máximas do governo, os exemplos das coisas passadas, os costumes, as maneiras. Ele constitui a unidade não intencional de uma pluralidade de causas físicas e morais que se organizam de maneira variada segundo as noções e determinam seu caráter: À medida que, em cada nação, uma

183. “Esses textos só podem ser compreendidos, a meu ver, se admitimos que as explicações das instituições pelo meio geográfico são do tipo que um sociólogo moderno chamaria de relação de influência, e não uma relação de necessidade causal. Uma certa causa torna determinada instituição mais provável do que outra. Além do mais, o trabalho do legislador consiste, muitas vezes, em contrabalançar as influências diretas dos fenômenos naturais, em inserir no tecido do determinismo leis humanas cujos efeitos se opõem aos efeitos diretos e espontâneos dos fenômenos naturais.” ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, p. 37.

das causas age com mais força, as outras lhe cedem o mesmo tanto.”
(¹⁸⁴).

A lei não é fruto da vontade do legislador, mas sim de um conjunto de condicionantes (as causas) que formam seu espírito. A análise de tais causas, em seu conjunto, é o objeto da ciência política que, assim como no direito, tem em Montesquieu como marco obrigatório de sua evolução.

Não há consenso quanto à dimensão e a originalidade de sua contribuição à teoria da divisão, ou separação, de poderes (¹⁸⁵), mas é inegável que foi o principal responsável por fazê-la romper os limites da Inglaterra e difundi-la pela Europa e América, como reconhece Nuno Piçarra (¹⁸⁶).

184. SPECTOR, Céline. *Vocabulário de Montesquieu*, p. 31.

185. O que de fato Montesquieu contribuiu para a até então teoria inglesa da separação dos poderes? Claramente sua visão das funções do governo era mais próxima dos tempos atuais. Ele foi o primeiro a usar o termo *Executivo* no sentido moderno em contraposição a Legislativo e do Judiciário. Enfatizou a igual importância da função judicial em relação às demais funções de governo, o que, embora não tenha sido inteiramente inovador, foi de grande importância. O Judiciário teve uma posição de independência maior do que lhe foi atribuída na própria Inglaterra. Apesar de ter feito uso da teoria do governo misto, não a deixou dominar seu pensamento, como havia acontecido com os defensores do Constituição balanceada na Inglaterra, conseqüentemente foi capaz de articular os elementos da Constituição em diferentes maneiras que tornou possível uma separação entre os poderes Legislativo e Executivo.” Maurice J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, p. 105, tradução livre..

186. “Em matéria de separação dos poderes, tanto no sentido orgânico-funcional como em sentido político-social, Montesquieu terá dito pouco ou mesmo nada, de verdadeiramente original relativamente às doutrinas jurídicas e políticas da Inglaterra do tempo. Mas deu certamente o impulso decisivo para transformar a doutrina da separação dos poderes, de doutrina inglesa, em critério do Estado constitucional.” PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e*

Sistema Misto Francês

O espírito das leis tornou-se um clássico da ciência política, da sociologia, da filosofia e do direito, propagando suas ideias e método de pesquisa por todo o mundo. O nome de Montesquieu tornou-se indissociável à teoria da separação dos poderes, que, por fim, tomou o lugar da doutrina do governo misto. A divisão de poderes passou a ser um dos ideários do constitucionalismo moderno ⁽¹⁸⁷⁾.

Ao contrário da Inglaterra que, depois da Revolução Gloriosa, não passou por rupturas da ordem jurídica, a França, após *O espírito das leis*, sofreu por várias turbulências políticas. Após a Revolução de 1789, seguiram as revoluções de 1830 e 1848 e a Comuna de Paris de 1870. Sem contar o período napoleônico (1799-1815) e a República de Vichy (1940-1945). Em suma, nos últimos dois séculos, a França não primou pela estabilidade das instituições políticas. Ao contrário, foi o palco de grandes revoluções que transformaram as instituições e o equilíbrio de poder no

princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução, p. 122.

187. "Dentre essas muitas lições, algumas podem ser vistas como as principais contribuições para o ideário do constitucionalismo moderno: 1) a conveniência do governo de leis; 2) a existência de direitos suprapositivos; 3) a origem popular do Poder; 4) os freios e contrapesos decorrentes da divisão do Poder; 5) a necessidade das assembleias representativas e 6) a própria noção de supremacia da Constituição." FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 15.

país. A moderação tão defendida por Montesquieu foi muito pouco seguida.

Atualmente, a tripartição de poderes, na forma concebida por Montesquieu, não é um consenso no direito e na ciência política francesa. Francis-Paul Bénait (1921-...), por exemplo, elaborou crítica ao modelo de Montesquieu, acusando-o de priorizar o combate à monarquia absoluta francesa em detrimento de uma visão, de fato científica das funções do Estado (¹⁸⁸). Bénait, calcado na Constituição de 1958, concebe uma classificação das funções do Estado, na qual a função de julgar não é inerente a um poder do Estado, constituindo um

188. “Coube, entretanto, a Francis-Paul Bénait a crítica mais veemente à utilização da teoria da repartição dos poderes no estudo das funções do Estado. Ao ver do doutrinador francês, a teoria de Montesquieu carece de caráter científico, pois não se baseou na análise da realidade política, mas sim na de um regime político idealizado. Seus objetivos eram claramente o combate à monarquia absoluta e a mudança do regime político francês no final do século XVIII. Bénait denomina a visão de Montesquieu de artística, em contraposição à visão científica calcada na observação da realidade do regime político-jurídico de cada país. Apesar do caráter não científico, a teoria da tripartição dos poderes, reconhece Bénait, constitui influência fundamental no desenvolvimento do direito público, a partir da Revolução Francesa.

“Após refutar o caráter científico da teoria de Montesquieu, Bénait, calcado no direito positivo francês após a Constituição de 1958, elabora sua classificação das funções do Estado, distinguindo-as entre as primárias, atinentes ao Estado-Nação, e as secundárias, pertinentes ao Estado-Coletividade. Entre as primeiras, encontramos a função parlamentar de criar o direito e a função governamental de dar a direção geral da política interna e externa; ou seja, onde são definidos os grandes rumos do Estado. Definidas as diretrizes gerais, passa-se à execução com as missões administrativas do Estado-Coletividade, vinculadas às várias espécies de serviço público (ensino, defesa, pesquisa, justiça, etc.), visando concretizar as diretrizes políticas traçadas pelas funções primárias. Ressalte-se a subordinação do Estado-Coletividade às normas e diretrizes provenientes do Estado-Nação. Bénait pode não ter sido feliz na sua classificação das funções estatais, mas sua maior contribuição foi relativizar a importância da teoria de Montesquieu.” NASCIMENTO, Ricardo de Castro. *Ato administrativo de concessão de benefício*, p. 20.

serviço público, assim como a educação e a saúde, entre outros. Apesar das críticas, B  no  t, contudo, reconhece a referência teórica obrigatória da tripartição de poderes de Montesquieu para qualquer análise das funções atuais do Estado.

Justamente na terra de Montesquieu, a tripartição dos poderes, em sua concepção original, não está mais contemplada de forma expressa no atual texto constitucional. Aprovada em referendo promovido pelo General De Gaulle (1890-1970) em 1958, dando início à Quinta República ⁽¹⁸⁹⁾, a atual Constituição Francesa    sint  tica e pouco discorre, por exemplo, sobre a função jurisdiccional. Não há dispositivo constitucional reconhecendo a separação dos poderes e nem o Judiciário é expressamente apresentado como poder

189. "Está em vigor na França a Constituição de 1958, resultante de um processo de transformação que beirou    revolução, sem deixar que eclodisse abertamente.

"De fato, essa Lei Maior formalmente decorre de uma alteração da Constituição de 1946, elaborada nos termos de normas estabelecidas por emenda de 3 de julho de 1958 para a revis    o desta, em derrogação do art. 90 do seu texto.

"No fundo, entretanto, a Constituição vigente veio traduzir a recusa do modelo governamental estabelecido pela Lei Magna de 1966 pelo Gen. De Gaulle, que assumia o poder em raz    o da rebeli    o das Forças Armadas em operação na Argélia contra o governo estabelecido.

"Considerado pela opini    o pública, pelos militares e mesmo por grande parte da classe política francesa como a única pessoa capaz de superar a crise, o Gen. De Gaulle condicionou a sua ascens    o    chefia do governo (Presidência do Conselho de Ministros) a duas condições. A primeira, que se respeitassem as regras constitucionais então em vigor na sua investidura, e se foi assim que se tornou Presidente do Conselho, portanto Primeiro-Ministro, com a observância de todas as formas. Com isso quis o referido líder evitar que sua autoridade fosse vista como decorrente de um golpe de Estado Militar. A segunda, que lhe fosse dado alterar a Constituição, pois esta, segundo opini    o já expressada por ele em 1946, era responsável pela ingovernabilidade da França." FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*, p. 49.

autônomo, apesar de existir disposição assegurando as garantias da magistratura ⁽¹⁹⁰⁾.

A Constituição Francesa de 1958, além de não reconhecer expressamente a tripartição dos poderes e não qualificar o Judiciário como poder autônomo, concede ao Legislativo tratamento mais minudente nos seus oitenta e nove artigos ⁽¹⁹¹⁾. O Executivo é denominado simplesmente de governo, expressão já amplamente contemplada pela ciência política, sendo exercido pelo Presidente da República, o Chefe do Estado, e pelo Primeiro-Ministro, o Chefe do Governo propriamente dito. Adota como forma de governo o Parlamentarismo misto ⁽¹⁹²⁾, um modelo próprio em que se mistura o Presidencialismo e Parlamentarismo. O Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado, é eleito diretamente pelo povo para um mandato de sete anos, sendo permitida a reeleição ⁽¹⁹³⁾, e detém poderes atinentes às relações com os outros países (defesa, relações exteriores), mas a Chefia de Governo é reservada ao Primeiro-Ministro, nomeado pelo Presidente ⁽¹⁹⁴⁾. O exercício das funções de Chefe de Governo está condicionado ao apoio da maioria parlamentar.

190. Artigo 66 da Constituição Francesa.

191. STEVENS, Anne. *The government and politics of France*, p. 31.

192. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*, p. 49 e ss.

193. Artigo 6.º da Constituição Francesa.

194. Artigo 8.º da Constituição Francesa.

Na França atual, o Presidente da República retém poderes que não são comuns no Parlamentarismo de outros países europeus, em sua maioria, monárquicos (Reino Unido, Holanda, Espanha, Suécia, Bélgica, Dinamarca, por exemplo.). Mesmo nos países parlamentaristas republicanos (Alemanha, Itália, Portugal, por exemplo), a competência do Presidente da República tem um plexo mais limitado. Na França, o Presidente, além de deter a legitimidade da eleição direta, nomeia o Primeiro-Ministro, é o Chefe das Forças Armadas, preside o Conselho de Ministros, pode dissolver a Assembleia Nacional e editar medidas provisórias (¹⁹⁵), funções pouco comuns no Parlamentarismo clássico.

Na história recente francesa, o Parlamentarismo misto passou por um grande teste de sobrevivência por meio do convívio institucional de um Presidente da República de um partido e o Primeiro-Ministro de outro (¹⁹⁶), em um regime político conhecido por coabitação (¹⁹⁷), o que demonstra o equilíbrio entre os

195. Artigos 6.º, 8.º, 12.º e 13.º da Constituição Francesa.

196. Entre 1986-88, o Presidente socialista François Mitterrand perdeu a maioria parlamentar na eleição legislativa e teve de chamar seu opositor Jacques Chirac para o cargo de Primeiro-Ministro, formando o primeiro governo de coabitação com o Presidente de um grupo político e o Primeiro-Ministro do grupo adversário. Entre 1997-2002, foi a vez de Jacques Chirac, então Presidente, chamar o socialista Lionel Jospin para o cargo de Primeiro-Ministro em um segundo governo de coabitação.

197. “[...] o Presidente e a maioria parlamentar, portanto o Gabinete, pertencem a correntes políticas diversas. Aí tem-se uma necessária coabitação, que parece redundar num poder de frenagem em mãos do Presidente, ficando o Gabinete com a iniciativa política. O regime assume então o caráter parlamentarista, embora o de um parlamentarismo bloqueado pelo contrapeso da vontade presidencial.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*, p. 57.

poderes do Presidente e a maioria do Legislativo representada pelo Primeiro-Ministro e a necessidade de moderação no exercício do poder político.

Não há controle posterior da constitucionalidade das leis pela autoridade judiciária na França ⁽¹⁹⁸⁾. O Conselho Constitucional, uma instituição singular francesa ⁽¹⁹⁹⁾, exerce o controle prévio e político da constitucionalidade das leis francesas, sendo composto de nove membros, três nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Além dos nove membros, os ex-presidentes da República também são membros natos do Conselho Constitucional. Em face da sua competência constitucional e composição, não se pode afirmar que o Conselho Constitucional seja órgão do Poder Judiciário. Suas decisões são irrecorríveis. Somente quando declarada inconstitucional pelo Conselho Constitucional, uma lei aprovada pela Assembleia Nacional pode deixar de ser aplicada pelo juiz, não havendo controle de constitucionalidade difuso.

Também não há monopólio da atividade jurisdicional pelas autoridades judiciais, pois a França adota a dualidade de jurisdição. As causas envolvendo o Poder Público são processadas e julgadas no contencioso administrativo inserido no próprio Poder Executivo, ou Governo, e tendo como órgão de cúpula o

198. MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, p.136.

Conselho de Estado. Já as causas envolvendo os interesses privados são processadas e julgadas por juízes não vinculados ao Executivo tendo a Alta Corte de Justiça como órgão recursal máximo. Na atual Constituição há também menção ao Conselho Superior da Magistratura e à Alta Corte de Justiça, cujas competências são objeto de legislação ordinária ⁽²⁰⁰⁾.

O exercício da função judiciária não está reservado a um poder estatal, no entanto, a magistratura administrativa e a judiciária têm igualmente asseguradas a independência e imparcialidade. Os franceses mantêm a desconfiança dos juízes e procuram limitar seus poderes, afastando-os da política, que fica reservada aos Poderes Executivo e Legislativo. A falta de um controle de constitucionalidade repressivo das leis por um órgão jurisdicional, vem a confirmar tal intenção, certamente uma herança da concepção de Montesquieu, na qual o juiz é o porta-voz da lei.

A obra de Montesquieu e a divisão de poderes atravessaram o Atlântico e desembarcaram na América, influenciando decididamente, juntamente com John Locke, as instituições políticas advindas da independência das treze colônias inglesas e a posterior unificação sob a égide de uma Constituição escrita.

199. Artigos 56 a 63 da Constituição.

O CONSTITUCIONALISMO AMERICANO ⁽²⁰¹⁾

Da Independência à Constituição Escrita

Os primeiros colonos da América eram trabalhadores rurais e pequenos sitiantes. Muitos eram puritanos fugitivos dos conflitos religiosos da Inglaterra do século XVII, em busca de liberdade de culto ⁽²⁰²⁾. Queriam terra para plantar, viver e professar a sua religião.

200. Artigos 65 a 67 da Constituição.

201. “Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 23.

202. “O primeiro movimento de colonização da América do Norte, como sabido, foi provocado pelo espírito de rebeldia dos calvinistas, no ambiente de pesada intolerância religiosa que predominou na Grã-Bretanha desde o século XVI. As duas principais colônias estabelecidas na Nova Inglaterra – a dos peregrinos do *Mayflower* e a dos puritanos da baía de Massachusetts – eram formadas por

As diferenças entre eles não eram decorrentes do nascimento, como na Europa, mas foram surgindo em virtude do acúmulo de riquezas na nova terra. Na sociedade que viria a se formar, não haveria nobreza e sim uma próspera burguesia. As sementes do que viriam a se transformar nos Estados Unidos da América já estavam lançadas.

Na segunda metade do século XVIII, já depois da consolidação do Parlamentarismo monárquico na Inglaterra e antes da Revolução Francesa, as treze colônias inglesas na América deram início ao processo de Independência ⁽²⁰³⁾. Primeiro, por meio de uma Declaração de Independência conjunta de 1776, tendo Thomas Jefferson (1743-1826) ⁽²⁰⁴⁾ como principal redator, na qual tornaram

cristãos dissidentes da confissão anglicana oficial, os quais sofriam, por essa razão, severas restrições à sua liberdade de culto". COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p 114.

203. KARNAL, Leandro. *Estados Unidos: a formação da nação*. LIPSITZ, Lewis; SPEAK, David. M. *American democracy*. TOTA, Antonio Pedro. *Os americanos*. NOVAES, Marcel. *O grande experimento: a desconhecida história da revolução americana e do nascimento da democracia moderna*. AMAR, Akhail Reed. *America's constitution, a biography*. ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*.

204. Thomas Jefferson, natural de Virgínia, foi o principal redator da Declaração de Independência de 1776. Foi membro do Congresso, Governador da Virgínia e Embaixador na França. Foi Secretário de Estado de George Washington e Vice-Presidente de John Adams. Líder do Partido Republicano, foi eleito Presidente derrotando o então Presidente em busca da reeleição, John Adams.

pública a ruptura dos laços de dependência com a metrópole e os fatos e valores que fundamentavam a decisão ⁽²⁰⁵⁾.

A influência de John Locke é direta. Os colonos puseram o direito de resistência e a concepção de liberdade do filósofo inglês em prática ⁽²⁰⁶⁾ ⁽²⁰⁷⁾. A tolerância religiosa defendida pelo inglês ⁽²⁰⁸⁾ veio ao encontro dos anseios dos colonos americanos. Ainda em vida, Locke tinha travado relação direta com a colônia. Havia

205. “Nós, por conseguinte, representantes dos Estados Unidos da América, reunidos em Congresso Geral, [...] em nome e por autoridade do bom povo destas colônias, publicamos e declaramos solenemente: que estas colônias unidas são e de direito têm de ser Estados livres e independentes; que estão desoneradas de qualquer vassalagem para com a Coroa Britânica, e que todo vínculo político entre eles e a Grã-Bretanha está e deve ficar totalmente dissolvido; e que, como Estados livres e independentes, têm inteiro poder para declarar guerra, concluir paz, contratar alianças, estabelecer comércio e praticar todos os atos e ações a que têm direito os Estados independentes.” Declaração de Independência dos Estados Unidos.

206. “Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados: que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.” Declaração de Independência dos Estados Unidos.

207. “A tradição da liberdade tinha uma base clara na tradição religiosa puritana e numa determinada leitura da memória colonial. Outra base estava no autor inglês John Locke, lido por norte-americanos nas universidades inglesas e disseminado nas treze colônias. O texto de Declaração é uma lembrança quase literal dos princípios básicos do autor do *Segundo tratado sobre o governo*: direitos naturais, governo instituído para preservar os direitos naturais, e o direito à rebelião. Raras vezes na história um autor teve uma influência tão clara em um texto elaborado em outro país.” KARNAL, Leandro. *Estados Unidos, liberdade e cidadania*, p.141.

208. LOCKE, John. *Cartas sobre tolerância*.

escrito, a pedido do Conde de Shaftesbury, uma proposta de Constituição para a colônia de Carolina em 1669 (²⁰⁹).

Os colonos se revoltaram contra leis aprovadas pelo Parlamento Inglês. No entanto, a Inglaterra já havia passado pela Revolução Gloriosa e o poder já havia sido deslocado para o Parlamento, especialmente em matéria de tributos. Mesmo assim a Declaração de Independência tratou o Rei George III como um monarca absolutista e o principal responsável pelas decisões que contrariaram os interesses dos colonos (²¹⁰).

Como a declaração representou uma ruptura jurídica, pode-se, também no aspecto jurídico, falar em Revolução Americana. Posteriormente, durante a Guerra da Independência, as ex-colônias, agora nações independentes, passaram a necessitar de um aparato militar comum capaz de enfrentar a Inglaterra, uma das maiores potências europeias.

Logo após a Declaração de Independência, no Congresso Continental de Filadélfia de 1777, as treze agora ex-colônias formaram uma Confederação regulada pelos *Artigos da*

209. LOCKE, John. "As Constituições fundamentais da Carolina". In: *Ensaios Políticos*, p. 199.

210. "Interessante que, dentro do sistema parlamentarista inglês, o rei tem menos importância do que o Ministério. As ações contra os colonos não partiram diretamente de George III, mas dos ministros que pelo Parlamento as impunham à aprovação real. A Declaração, no entanto, resolve concentrar seus ataques na figura do rei, tentando, talvez, 'criar' um inimigo conhecido e fixo." KARNAL, Leandro. *Estados Unidos: a formação da nação*, p. 86.

Confederação (²¹¹), nos quais ficou estabelecido o compromisso de uma política externa e de defesa comuns. Não havia poderes Executivo e Judiciário unificados, apenas um Congresso composto de apenas um delegado de cada ex-colônia, que somente podia deliberar por unanimidade dos delegados. A Confederação não detinha competência para instituir tributos, nem para emitir moeda ou manter uma política tarifária unificada.

Cada ex-colônia permanecia como uma nação soberana. A situação era confusa até para a comunidade internacional (²¹²). Mesmo a mobilização do exército da Confederação

211. “Em 1776, as treze colônias inglesas da América rejeitaram a colonização da metrópole, iniciando a guerra pela independência. Para sustentar o conflito armado, ante a forte reação inglesa, resolveram se integrar em prol do esforço de defesa comum e em uma forma inicial de Confederação de Estados. Este primeiro plano nacional de governo estabeleceu-se contratualmente, sob denominação ‘*Artigos de Confederação e União Perpétua*’ (*Articles of Confederation and a Perpetual Union*), mais tarde encurtada para simplesmente ‘*Artigos de Confederação*’.

“Os artigos de Confederação foram elaborados por um Comitê do Congresso, em 11 de junho de 1776, sendo promulgado aos 15 de novembro de 1777. Eles, entretanto, não entrariam em vigor até 1.º de março de 1781, quando Maryland se tornou o último dos treze estados a ratificá-los.

“O governo confederal caracterizou-se pela ausência do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Havia tão somente uma assembleia, denominada Congresso, formada por número igualitário de representantes de cada Estado. A razão para a escolha de uma Confederação nestes moldes decorria da preocupação de que o governo central pudesse concentrar muitos poderes, e, com isso, prejudicar a recém-adquirida liberdade por uma outra forma de opressão.” ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*, p. 243.

212. “Um episódio que ocorreu com John Adams na Inglaterra bem mostra o problema enfrentado pelo nosso ‘país’. Quando ele chegou à corte de St. James para ser o primeiro representante americano na Inglaterra, os diplomatas ingleses anunciaram: ‘*The Massachusetts representative*’, isto é, o representante de um dos estados. Para piorar, um dos diplomatas ainda fez a piada, perguntando quando chegariam os outros doze representantes. Em outras palavras, estava

dependia da ação de cada estado membro, não havia um exército permanente comum, o que prejudicava a capacidade de ação e reação em um conflito armado.

Não foram conferidos poderes ao Congresso que viabilizasse, a contento, o cumprimento dos objetivos fixados no próprio tratado. Em síntese, os Artigos da Confederação constituíam mais um tratado internacional de cooperação entre países soberanos e não um texto constitucional. Ainda não havia nascido uma única nação soberana.

Apesar das adversidades, a Guerra da Independência tinha sido concluída com êxito em 1781. O tratado de paz com a Inglaterra foi firmado em 1783. Contudo, as contradições dos *Artigos da Confederação* evidenciavam a fragilidade das instituições. As disputas comerciais entre os Estados independentes acirravam-se ⁽²¹³⁾. Não havia poder unificado de controle de fronteiras, nem moeda comum. A divisão entre as ex-colônias, cercadas por grandes potências europeias, punha em risco a segurança comum.

difícil encontrar um identidade, um elemento comum para unir o país.” TOTA, Antonio Pedro. *Os americanos*, p. 243.

213. “Os estados eram quase independentes entre si e não tardaram a desenvolver rivalidades, estabelecendo tarifas comerciais e restrições alfandegárias. Estados com grandes portos, como Nova York e Pensilvânia, cobravam pesadas taxas sobre bens que chegavam para outros estados. Connecticut cobrava mais impostos sobre bens vindos de Massachusetts do que sobre aqueles vindos da Grã-Bretanha. Muitos chegaram a criar suas próprias moedas.” NOVAES, Marcel. *O grande experimento: a desconhecida história da revolução americana e do nascimento da democracia moderna*, p. 150.

Cada ex-colônia já tinha promulgado sua respectiva Constituição escrita e adotado a República com a divisão de poderes e, em sua maioria, declarações de direitos fundamentais ⁽²¹⁴⁾. A elite intelectual e política já tinha participado recentemente de processos constituintes nos respectivos Estados e, apesar de jovem, já era bastante experiente ⁽²¹⁵⁾.

O intercâmbio cultural entre os *founding fathers* e os iluministas europeus era intenso. Locke, Montesquieu e Rousseau influenciaram diretamente os ideais revolucionários que resultaram na Constituição de 1787. Benjamin Franklin (1706-1790), John Adams (1735-1826), Thomas Paine (1737-1809) e Thomas Jefferson passaram longos períodos na Europa e deixaram importantes

214. “É preciso, no entanto, assinalar que nesse campo dos direitos individuais, os norte-americanos foram, incontestavelmente, pioneiros. A declaração de Virginia é de 12 de junho de 1776, sendo coeva, portanto, do movimento de Independência dos Estados Unidos. Em 16 de agosto do mesmo ano, a Pennsylvania aprovou, juntamente com a sua Constituição, uma declaração de direitos largamente copiada da Declaração de Independência. Quatro anos depois, em 1780, o estado de Massachusetts adotou também seu *Bill of Rights*, inteiramente redigido por John Adams.

“Se, juridicamente, o principal precedente das declarações de direitos norte-americanas é o *Bill of Rights* inglês de 1689, o seu fundamento filosófico vem não só de Locke, mas também do pensamento ilustrado europeu do século XVIII, notadamente dos escritos de Montesquieu e Rousseau.” COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 124.

215. “Nesse sentido, é pertinente afirmar que as discussões em torno das constituições estaduais foram um intenso laboratório, no qual se apresentaram várias opções para a organização política das respectivas comunidades, estudaram-se diversas alternativas para o exercício do poder e foram tentadas várias modalidades de atribuições de papéis e funções institucionais.” PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*, p. 133.

escritos, nos quais demonstraram profundo conhecimento sobre os teóricos políticos do iluminismo (²¹⁶).

Com o fito de resolver problemas decorrentes das barreiras comerciais entre os estados, foi marcada uma reunião dos governadores, em 1786, na cidade de Annapolis, Maryland, mas, dos oitos estados que se comprometeram a enviar representantes, compareceram apenas cinco. Nenhuma deliberação concreta foi emitida ao final, contudo, ficou convocada uma nova convenção a ocorrer na cidade de Filadélfia no ano seguinte, agora com o objetivo mais amplo de reformar os *Artigos da Confederação*.

A nova tarefa não seria fácil. Os *Artigos da Confederação* requeriam a unanimidade dos estados para a sua alteração. Compareceram cinquenta e cinco convencionais representando doze estados à Convenção de Filadélfia em 1787 (²¹⁷). Foram pouco mais de três meses de discussões e deliberações diárias.

Nesse cenário, os convencionais decidiram ir além dos limites da convocação e propuseram, mesmo sem a aprovação da unanimidade dos estados, não uma mera reforma dos

216. Entre as principais obras, Thomas Paine publicou *Senso comum* (1776); Thomas Jefferson escreveu *Notas sobre o estado de Virgínia* (1785) e deixou postumamente seus *Escritos políticos*; John Adams escreveu *A defesa da Constituição dos Estados Unidos da América* (1788); Já Benjamin Franklin, apesar de ser autor de vários artigos políticos, tem em *A história das teorias da eletricidade e do éter* (1767) sua principal obra científica e em *O almanaque do pobre Ricardo* sua obra mais popular.

217. O estado de Rhode Island sequer mandou representante.

Artigos da Confederação, mas uma nova e única Constituição, que transformaria a Confederação em uma única nação soberana, criando um governo central único e uma Federação composta de estados-membros autônomos⁽²¹⁸⁾. Foi um passo ousado.

Ao final, trinta e nove convencionais assinaram o texto aprovado na Convenção. Os que abandonaram os trabalhos questionavam à legitimidade da Convenção que extrapolou os limites de sua convocação. Segundo o texto aprovado, a quebra da ordem jurídica seria “compensada” com a necessidade da ratificação de pelo menos nove dos treze estados.

As soluções encontradas na nova Constituição também foram fruto da pragmática jurídico-política norte-americana ⁽²¹⁹⁾. Precisaram resolver problemas concretos de competição comercial entre os estados e a defesa comum. Buscavam um sistema político diverso da monarquia, respeitando a autonomia e a singularidade de cada ex-colônia e a liberdade do cidadão. Ao final, foram capazes de construir soluções político-jurídicas bastante

218. “Os federalistas da fundação, afinal de contas, não estavam preparados para respeitar os procedimentos de ratificação estabelecidos nos Artigos da Confederação, que tinham sido solenemente aceitos pelos treze Estados apenas alguns anos antes. Os Artigos exigiam a autorização unânime dos treze Estados antes que alguma nova emenda pudesse entrar em vigor. Contrariamente, os Federalistas discretamente excluíram as legislaturas estaduais da função de ratificação e continuaram a afirmar que a aprovação da assembleia constituinte extraordinária em apenas nove dos treze Estados seria suficiente para validar a assembleia como instrumento de representação do povo.” ACKERMANN. Bruce. *Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional*, p. 9.

219. MORAES, Alexandre. *O presidencialismo*, p. 9.

originais e traduzi-las em um texto jurídico. “O pragmatismo dos founding fathers e a dinâmica dos fatos acabaram por propiciar à América do Norte a chance de incorporar em um documento normativo as propostas iluministas que sopravam entre os continentes, especialmente no Atlântico Norte. Os ventos da História conduziram os Estados Unidos à primazia cronológica de adotar uma Constituição e em seguida propagar institutos que mais tarde viriam a ser fonte de inspiração para diversos países, inclusive o Brasil.”⁽²²⁰⁾.

A Constituição Americana de 1787 contemplou a teoria da divisão de poderes. O poder passou a ser necessariamente partilhado. As ideias defendidas por Locke e Montesquieu foram colocadas em texto escrito. De forma didática, foram reservados os três primeiros artigos de um total de sete para cada um dos poderes, Legislativo (art. 1.º), Executivo (art. 2.º) e Judiciário (art. 3.º).

A divisão de poderes entre Executivo e Legislativo teve configuração mais rígida decorrente da adoção da república presidencialista. O Parlamentarismo, então fortemente vinculado à monarquia inglesa, foi afastado. A formação do Executivo, em termos jurídicos, não depende de maioria parlamentar, já que o Presidente tem legitimidade própria advinda do sufrágio eleitoral no

220. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*, p. 3.

colégio de delegados especialmente eleito para proceder a sua escolha.

Os convencionais de Filadélfia optaram pelo exercício unipessoal do Poder Executivo, trocando a figura do monarca, nomeado segundo regras de hereditariedade, pela do Presidente da República eleito pelos cidadãos para cumprir um mandato de quatro anos, sendo permitida a reeleição. Não poderiam recriar uma nova monarquia depois da Guerra da Independência e de cerca de onze anos de governos republicanos nas treze ex-colônias independentes.²²¹

A maioria no Legislativo não formaria o governo, podendo haver situações em que os dois poderes poderiam ser controlados por partidos ou coligações políticas opostas (²²¹). A Chefia de Estado e a do Governo seriam acumuladas na Presidência da República, cujo primeiro ocupante foi George Washington (1732-1799), o antigo comandante em chefe do exército unificado na Guerra da Independência e eleito por consenso.

Os *founding fathers* não adotaram cegamente as fórmulas defendidas pelos iluministas europeus. A opção pelo regime republicano em um país com grandes dimensões contrariou as

221. A possibilidade de o Executivo e Legislativo serem controlados por coligações políticas diversas é admitida pela Constituição Americana. Em situação análoga aos governos de coabitação na França, os últimos três Presidentes americanos (Bill Clinton, George W. Bush e Barack Obama) conviveram com um legislativo com maioria oposicionista.

teses de Montesquieu, que entendia somente possível a adoção da República em pequenas extensões de terra, como as cidades-estados gregas. Havia a necessidade de encontrar a justa medida de um governo Central forte e o respeito às autonomias regionais, sem que implicasse nova espécie de monarquia ou outra forma de tirania.

Em decorrência de uma aparente maior rigidez na separação dos poderes, adotou-se a regra de que um cidadão não pode ocupar simultaneamente cargos em mais de um Poder ⁽²²²⁾. Assim, se um senador aceitasse ocupar o cargo de Secretário de Estado, a posse estaria condicionada à automática renúncia ao cargo eletivo. Tal solução é diametralmente oposta à vigente no Parlamentarismo Inglês, no qual o gabinete é composto por membros do Parlamento que não precisam sequer licenciar-se da Câmara dos Comuns para exercerem o cargo executivo ⁽²²³⁾. Mesmo ocupando cargo no Executivo, participam das discussões e votam nas deliberações da Câmara dos Comuns.

A divisão de poderes deve ser analisada sob dois prismas, a divisão de poderes em sentido estrito e a divisão territorial de poderes (Federação). A adoção conjunta das duas medidas viabilizou a aprovação da nova Constituição. Havia consenso

222. Artigo 1.º, Seção 6.

223. A atual Constituição brasileira adotou regra intermediária. Se um parlamentar assumir cargo executivo, deve licenciar-se do cargo enquanto estiver no Governo, podendo depois retornar ao Legislativo.

em torno da adoção da forma republicana de governo e da tripartição de poderes. A questão federativa era mais delicada. Uma eventual tentativa de imposição de um estado unitário jamais teria alcançado êxito. Este era o nó górdio a ser desatado pelos convencionais para a aprovação da nova Constituição.

As treze ex-colônias tinham características e interesses diversos. Os poderes local e estadual precisavam ser preservados. Receava-se a perda da autonomia e a transformação do Presidente em uma espécie de monarca. Questões fundamentais, como a manutenção da escravidão (²²⁴), foram postergadas em prol do consenso possível do momento. Optou-se por respeitar a diversidade das instituições de cada estado membro da Federação, sendo apenas compulsória a adoção da forma republicana (art. 4.º). A partilha de competências entre a União e os estados-membros é matéria do texto constitucional, restando aos últimos a competência residual (²²⁵).

O Legislativo também sofreu alterações decorrentes do federalismo. O bicameralismo foi adotado com a Câmara dos Representantes, representando o povo com deputados

224. Os estados escravocratas do sul rejeitaram participar de qualquer discussão sobre o fim da escravatura, porém, quando da discussão do número de acentos na Câmara de Representantes proporcional à população de cada estado, defenderam inclusão dos escravos. A solução conciliatória foi o compromisso dos três quintos, no qual a quantidade de escravos, reduzida a três quintos, seria somada à quantidade de pessoas livres de cada estado para determinar o número proporcional de acentos de cada estado na Câmara de Representantes (Artigo 1º, Seção 2)

225. Emenda n.º 10 “Os Poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados e ao povo.” (tradução livre).

eleitos distritalmente, e o Senado com dois senadores eleitos por cada unidade da Federação por um mandato de seis anos. O povo e os estados-membros, por meio de seus representantes, passaram a concorrer para a formação da vontade geral expressa na lei. “Nenhuma lei ou resolução pode agora ser aprovada sem a anuência, primeiro, de uma maioria de eleitores, depois, de uma maioria de estados-membros.”⁽²²⁶⁾.

Em sentido contrário ao defendido por Locke e Montesquieu e o adotado por várias ex-colônias em suas Constituições⁽²²⁷⁾, o Senado, como Câmara Alta, não passou a exercer função de tribunal de apelação de última instância, como exercia a Câmara dos Lordes na Inglaterra. Neste ponto, optou-se por uma separação rígida das funções, preservando-se apenas a exceção do *impeachment* de autoridades, no qual o Senado exerce função jurisdicional, após a autorização prévia da Câmara de Representantes.

A nova Constituição foi alvo de críticas dos antifederalistas liderados pelo também *founding father* Patrick Henry (1736-1799)⁽²²⁸⁾, por não ter uma declaração de direitos fundamentais

226. MADISON, James. *O Federalista* n.º 62, p. 391.

227. New York, New Jersey, South Carolina, Massachusetts, Pennsylvania e New Hampshire. (HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 66, p. 416).

228. Patrick Henry, natural da Virgínia, foi um dos principais líderes do movimento de Independência. Exímio orador, fez o célebre discurso “Dê-me a liberdade ou a morte” contra o *Stamp Act* de 1765, pelo qual a Inglaterra impôs um novo tributo aos colonos. Adversário político de Thomas Jefferson e James Madison e eleito governador da Virgínia por duas vezes.

(*bill of rights*). Vários estados-membros já tinham contemplado uma declaração de direitos nas respectivas constituições. A crítica foi absorvida pelos defensores da Constituição. Foram aprovadas em seguida as dez primeiras emendas constitucionais com o elenco de direitos fundamentais ⁽²²⁹⁾. Em clima ainda de desconfiança, era melhor deixar os consensos explícitos e omitir os dissensos. A União também deveria respeitar os direitos naturais dos cidadãos. A questão da escravidão nos estados sulistas continuou a ser objeto de um profundo silêncio constitucional.

A entrada em vigor da nova Constituição e o consequente surgimento de uma única nação soberana dependiam, como previsto no seu próprio artigo 7.º, da ratificação de nove das treze ex-colônias, que iriam abrir mão da soberania em prol da União. O debate estava lançado.

229. “Muitos destes escritos políticos (os antifederalistas) focalizavam o problema de ausência de uma declaração formal de direitos no texto constitucional preparado pelos convencionais de 1787. Os antifederalistas, a seu modo, afirmaram que, sem ela, a Constituição não protegia adequadamente os cidadãos contra os possíveis abusos do poder central. Os federalistas, contudo, contra-argumentavam ser a declaração de direitos totalmente desnecessária porque, além do fatos dos Estados-membros já possuírem, à União não havia reservada nenhuma competência além daquelas previamente estabelecidas na Carta de 1787.

“Neste sentido, James Wilson, James Iredel e Oliver Ellsworth foram federalistas que mais argumentaram contra a exigência de uma declaração de direitos; a se repetirem em termos mais notórios no Federalista. Afirmavam, em síntese, que a Constituição não concedia ao novo governo federal qualquer poder capaz de afetar os direitos individuais.

“Ao final, os federalistas acabaram cedendo à pressão popular, reconhecendo a importância das emendas protetoras dos direitos individuais contra os novos poderes do governo nacional.” ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*, p. 254.

Não foi um processo de aprovação fácil. No importante estado de Nova York, por exemplo, era forte a resistência à aprovação da Constituição capitaneada pelo próprio Governador George Clinton (1739-1812) ⁽²³⁰⁾. Os *founding fathers* estavam divididos. Temia-se o aumento excessivo de poder da União e o enfraquecimento dos estados, muitas vezes representantes de interesses econômicos antagônicos. Enfim, temia-se a volta ao absolutismo contra o qual todos lutaram. A desconfiança era generalizada. Os discursos de George Clinton, governador de um dos mais importantes estados da Confederação, traziam abertamente a ameaça de secessão, caso os interesses de Nova York não fossem contemplados ⁽²³¹⁾.

O Federalista

A posição de Nova York seria decisiva para a sorte da nova Constituição. Com o fito específico de convencer os cidadãos do estado de Nova York das vantagens advindas da ratificação da nova Constituição, foi publicada uma série de oitenta e

230. George Clinton nasceu em Nova York. Participou ativamente da luta da Independência. Somente deixou de ser um dos signatários da Declaração de Independência, porque estava em missão militar. Foi governador eleito de Nova York por vinte e dois anos. Foi Vice-Presidente nos mandatos de Thomas Jefferson e James Madison.

231. FROHNEN, Bruce. *The anti-federalist: select writings and speeches*.

cinco ensaios (ou artigos) na imprensa local. Mais tarde, todos foram reunidos em livro sob o título *O Federalista* (*The Federalist papers*).

Os três autores, os *founding fathers* Alexander Hamilton (1757-1804) ⁽²³²⁾, James Madison (1751-1836) ⁽²³³⁾ e John Jay (1745-1829) ⁽²³⁴⁾ também preferiram, não sabemos por quais razões, ocultar a autoria, utilizando um único pseudônimo, *Publius*, o amigo do povo ⁽²³⁵⁾. Os três tinham sido delegados dos respectivos estados no Congresso, instância máxima da então vigente Confederação. Artigos políticos subscritos por pseudônimos de origem

232. Alexander Hamilton nasceu em Nova York. Advogado, foi secretário de George Washington (1732-1799) durante a Guerra da Independência. Foi delegado do estado de Nova York no Congresso que governou o país durante a vigência dos Artigos da Confederação. Foi o principal articulador da Convenção de Filadélfia de 1787, também representando Nova York. Foi o primeiro Secretário do Tesouro dos EUA e um dos defensores de um governo central forte, tendo-se tornado um dos líderes do Partido Federalista. Morreu em duelo com o então Vice-Presidente Aaron Burr (1756-1836).

233. James Madison nasceu na Virgínia. Advogado, sempre se destacou nas discussões constitucionais. Foi eleito delegado do estado de Virgínia no Congresso que governou o país durante a vigência dos Artigos da Confederação, vivendo em Nova York, então sede do Congresso. Foi o principal redator da Constituição de 1787. Secretário de Estado no governo Thomas Jefferson, sucedeu-o, como candidato dos Republicanos, tornando-se o quarto Presidente eleito. Sua presidência foi marcada pela nova guerra contra a Inglaterra de 1812.

234. John Jay nasceu em Nova York. Também foi delegado de seu estado no Congresso. Foi embaixador na Espanha e negociador do tratado de paz com a Inglaterra de 1783. Foi o primeiro Presidente da Suprema Corte, indicado por George Washington, tendo renunciado ao cargo para se eleger Governador de Nova York. Posteriormente, foi convidado a voltar à Presidência da Suprema Corte pelo Presidente John Adams, mas declinou do convite em virtude de problemas de saúde.

235. Públio Valério Públicola – *Publius Valerius Publicola* – (560 a.C.-503 a.C.), conhecido como “o amigo do povo”, foi eleito três vezes cônsul romano. Quando se começou a suspeitar de suas ambições pelo poder absoluto, dissipou os temores ao apresentar projetos de lei protegendo a liberdade dos cidadãos e condenando à morte todo aquele que tentasse se tornar imperador.

romana eram comuns na discussão política travada na imprensa da época ⁽²³⁶⁾. Somente com a publicação da edição francesa do livro em 1792, os nomes dos autores foram revelados, mas remanesce dúvida sobre o real autor de alguns ensaios ⁽²³⁷⁾.

Hamilton, defensor de um governo mais centralizado, foi o idealizador do projeto e autor do maior número de ensaios, tratando das vantagens da Federação proposta e das desvantagens da Confederação então em vigor. Abordou questões de geopolítica, economia, tributação e a estrutura dos Poderes Executivo e Judiciário. Madison, principal redator da Constituição de 1787, aderiu à proposta, centrando a participação nas questões da divisão de poderes, com foco no Legislativo, e do funcionamento da Federação. A participação de Jay, reduzida em virtude de problemas de saúde, limitou-se a questões de relações internacionais em face da sua intensa participação nas tratativas de paz com a Inglaterra.

236. STEWARD, David O. *Madison's gift: five partnerships that built America*, p.46.

237. "A autoria dos artigos permaneceu secreta por algum tempo. Segredo quebrado logo após a morte de Hamilton, que deixou um documento reivindicando para si a autoria de 63 dos 85 artigos, alguns dos quais, posteriormente, Madison alegou ter escrito. A partir de então, inicia-se uma longa polêmica a respeito da verdadeira autoria de cada um dos artigos. Embora ainda se possa encontrar quem esteja disposto a discutir o tema, os mais autorizados intérpretes concordam com a seguinte distribuição: 51 artigos teriam sido escritos pelo idealizador da empreitada (Hamilton), 29 caberiam a Madison, e os 5 restantes a Jay, cuja colaboração foi prejudicada por problemas de saúde." LIMONGI, Fernando Papaterra. *O Federalista: remédios republicanos para males republicanos*, p. 245.

Aliados na defesa da ratificação da Constituição e na elaboração dos artigos, Hamilton e Madison tomariam rumos políticos distintos nos anos seguintes. O primeiro tornar-se-ia um dos mais destacados líderes do Partido Federalista até sua morte prematura em um duelo mal explicado com o então Vice-Presidente Aaron Burr. O segundo acompanharia Thomas Jefferson na formação do Partido Republicano, ao qual aderiu a maior parte dos antifederalistas. Como candidato republicano, Madison foi eleito Presidente por duas vezes, tendo justamente o já ex-governador de Nova York George Clinton, um dos principais líderes antifederalistas, como Vice-Presidente.

Não se tem registro sobre a real influência da série de ensaios na adesão de Nova York ao novo pacto federativo, alcançada por margem estreita de votos, assim como na aprovação pelos demais estados-membros. Em 1791, após a ratificação do estado de Virgínia, a nova Constituição entrou em vigor. O significado de *O Federalista*, contudo, transcendeu em muito seu objetivo imediato.

O Federalista tornou-se o mais autêntico guia de interpretação constitucional comumente citado até hoje nas decisões da Suprema Corte Americana quando se pretende alcançar a intenção dos *founding fathers* ou do *constituente originário* de 1787. A interpretação constitucional americana recorre com frequência aos principais documentos históricos representativos dos valores da nação,

cujo conjunto forma a denominada Constituição simbólica ⁽²³⁸⁾. O *Federalista* é o principal representante deste conjunto ao qual também se reúnem a Declaração de Independência, a Northwest Ordinance de 1784 ⁽²³⁹⁾, o discurso do Presidente Lincoln em Gettysburg, a decisão da Corte Warren no caso *Brown vs. Board* e o discurso de Martin Luther King “I have a dream”. A Constituição simbólica sintetiza os valores da cultura política americana e constitui fundamental vetor interpretativo do texto constitucional de mais de duzentos anos.

Os *founding fathers* discorreram didaticamente sobre todos os pontos positivos da adoção da República e da Federação trazidas na nova Constituição. Questões de defesa, diplomáticas, econômicas, tributárias e o funcionamento da nova Federação e dos três poderes são abordados com minúcias. Todos os dispositivos da Constituição têm o conteúdo defendido e justificado, como se fosse uma série de comentários, artigo por artigo. O projeto inicial prevendo um número menor de ensaios foi ampliado em razão do tratamento minudente despendido em cada tópico.

Logo no primeiro ensaio, Hamilton apresenta o grande desafio da nova Constituição de responder positivamente à questão: “se as sociedades humanas são realmente capazes de criar um bom governo utilizando a ponderação e o voto, ou se elas estão

238. AMAR, Akhail Reed. *America's unwritten Constitution*, p. 247.

239. Legislação regulamentadora que estabeleceu os fundamentos da expansão para o oeste.

para sempre condenadas a depender, para suas constituições políticas, do acidente e da força?" ⁽²⁴⁰⁾. Poderia a República Federativa proposta na Constituição resultar em um bom governo, conciliando a ponderação e o voto? Para os federalistas, a resposta era sim. A história lhes deu razão.

Apesar de não terem tal pretensão, os federalistas acabaram por formular uma teoria política, tendo uma concepção de natureza humana como ponto de partida ⁽²⁴¹⁾. No entanto, não se baseiam em uma visão utópica de um homem ideal, consideraram o homem real que, ao chegar ao poder, tende a dele abusar ⁽²⁴²⁾. Aproximam-se muito mais de Aristóteles do que de Platão. São as instituições que garantirão um bom governo e não a boa índole dos governantes, que devem ser submetidos a eficientes instrumentos de autocontrole entre os demais detentores do poder.

240. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 1, p. 31.

241. "Em muitas obras sobre política, a teoria do autor sobre a conduta humana está implícita e não analisada; a deles é explícita. Não é defendida. Pelo contrário, é apresentada como um fato, quase invariavelmente como um fato aceito sem dúvida. Este conceito da natureza humana é uma parte essencial de praticamente todas as principais doutrinas dos artigos de Publius." WRIGHT, Benjamin Flecher. "Introdução". In: *O Federalista*, p. 34.

242. "À primeira vista, a concepção da natureza humana estabelecida e reiterada em *O Federalista*, como elemento de base, é pessimista ou, no sentido mais usual da palavra, realista. Os homens não devem ser investidos de poder porque são egoístas, apaixonados, cheios de caprichos e preconceitos. Não se comportam de maneira completamente racional, calma e imparcial. Ademais, a natureza humana é uma constante: apresenta essas características ao longo de toda a história de que há registro. Presumir que ela se alterará para melhor seria uma traição às gerações futuras." WRIGHT, Benjamin Flecher. "Introdução". In: *O Federalista*, p. 34.

Nos ensaios iniciais, Hamilton, um estrategista militar, enfatiza a importância da união das ex-colônias em um único Estado soberano para o fortalecimento nas relações políticas e econômicas com as grandes potências europeias que as cercavam (Inglaterra, França e Espanha) ⁽²⁴³⁾. A união também evitaria futuros conflitos entre as próprias ex-colônias, em virtude de interesses econômicos opostos, muitas vezes alimentados pelas potências europeias, as grandes beneficiadas da desunião. A integração em uma única nação soberana era a solução para alcançar uma paz duradoura. No caso de manutenção das estruturas frágeis dos Artigos da Confederação, o futuro da cada ex-colônia estaria comprometido em cenário geopolítico adverso. “É lícito concluir que a América, se não for solidamente unida, permanecendo ligada apenas pelos frágeis laços de uma simples liga, ofensiva e defensiva, ficará, pela ação de tais alianças dissonantes, cada vez mais perdida em todos os labirintos da política e das guerras europeias.” ⁽²⁴⁴⁾. O êxito da América dependia de sua união no modelo federativo proposto, caso contrário, a cada ex-colônia estaria reservado um papel subalterno e coadjuvante no campo político e econômico.

243. A Inglaterra ainda ocupava o Canadá ao norte, a Espanha, a Flórida ao sul e a França, a Louisiana ao oeste. As três nações viveram em conflitos permanentes na maior parte do período de consolidação dos Estados Unidos como nação. Os *founding fathers* se dividiam nas preferências entre a Inglaterra e a França ou simplesmente a neutralidade.

244. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 7, p. 61.

Hamilton enumerou os principais defeitos responsáveis pela fragilidade dos Artigos da Confederação (²⁴⁵). As leis aprovadas pelo Congresso no âmbito da Confederação eram destituídas de sanção, pois não havia legitimidade do uso da força para garantir seu cumprimento. A segurança de toda a América estava comprometida. Não havia um exército permanente nacional e a mobilização das tropas dependia dos estados-membros.

Aliás, tudo dependia da boa vontade dos estados-membros. A Confederação não tinha fonte de renda própria para custear as despesas da guerra, ficando na dependência das contribuições dos estados-membros, que nem sempre cumpriam com as obrigações. A dívida pública gerada com a Guerra da Independência se avolumava e ninguém se responsabilizava pelo pagamento, o que aumentava o descrédito das instituições. O desenvolvimento econômico estava travado por ausência de regras unificadas de comércio com o exterior e entre os estados-membros. Não existia um Judiciário único em âmbito nacional. Os tribunais superiores de cada estado-membro podiam proferir decisões divergentes entre si, pois não havia uma Suprema Corte para unificar a jurisprudência na Confederação.

Por fim o mais grave, a Confederação não mantinha relação diretamente com o povo, tudo dependia da

245. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 23, p. 159.

intermediação dos estados-membros. As leis aprovadas no âmbito da Confederação tinham como destinatárias as ex-colônias e não diretamente o povo americano. O Congresso previsto para ser o elo entre as treze ex-colônias, agora nações independentes, era frágil e sem meios de cumprir o seu papel. A necessidade de unanimidade nas decisões travava o processo de decisão ⁽²⁴⁶⁾. Após a Independência, as ex-colônias pareciam estar mais desunidas. A própria manutenção da Independência corria risco.

Após discorrer sobre os defeitos – um a um – da Confederação, Hamilton fixa os principais objetivos do novo governo federal: “a defesa comum, a paz interna e externa, a regulamentação do comércio e a condução das relações políticas e comerciais com outros países” ⁽²⁴⁷⁾. Esclarece que, para atingir tais fins, a Constituição deve fornecer os proporcionais meios ao governo federal. “O governo deve ser investido de todos os poderes necessários ao integral

246. “Em 1784, a Espanha fechou o baixo Mississippi para navegação americana. O problema da fronteira entre as terras americanas e espanholas acabou aparecendo: os EUA acreditavam que suas terras iam até o paralelo 31, enquanto a Espanha afirmava que iam somente até o paralelo 32. Em 1785, um emissário espanhol foi enviado para negociar a navegação e um tratado comercial. Depois de um ano de negociações com John Jay, houve progresso: a Espanha só abriria seus portos aos produtos americanos se estes abrissem mão do Mississippi por vinte anos. Sete estados do norte votaram a favor, em busca do mercado para seus produtos, enquanto seis estados do sul votaram contra, já que para eles o Mississippi era vital. Como eram necessários os votos de nove estados para ratificar um tratado, as negociações acabaram abandonadas. Ameaças de rompimento com a União foram feitas de lado a lado.” NOVAES, Marcel. *O grande experimento: a desconhecida história da revolução americana e do nascimento da democracia moderna*, p. 150.

247. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 23, p. 157.

cumprimento de sua missão.” ⁽²⁴⁸⁾ “Devemos abandonar o inútil projeto de legislar para os estados-membros, como coletividades, passando então as leis do governo federal a dizer respeito aos cidadãos” ⁽²⁴⁹⁾ ⁽²⁵⁰⁾. Na nova Constituição, a União passava a ter o poder arrecadar seus próprios tributos e a competência para regulamentar o comércio exterior e interestadual. Passava também a possuir exército e marinha próprios que constituíam um meio de assegurar a liberdade individual e não ameaçá-la. Sem tais poderes, a União nasceria sem a energia ⁽²⁵¹⁾ e a força necessárias para cumprir o seu desiderato.

A adoção do modelo federativo com o aumento das competências da União foi o grande entrave para a ratificação da Constituição. Os estados-membros receavam a perda de poder em prol da União, que poderia impor políticas contrárias aos interesses estaduais. A fórmula adotada para desmontar este justo receio foi fazer os estados-membros participarem da formação da

248. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 23, p. 158.

249. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 23, p. 158.

250. O preâmbulo da Constituição inicia-se com *We The People of The United States* e não *We The States of The United States*.

251. “A energia no Executivo constitui uma característica marcante na definição de um bom governo. Ela é essencial para a proteção da comunidade contra ataques estrangeiros; não é menos essencial a um firme cumprimento das leis, à defesa da propriedade contra aqueles artifícios irregulares e arbitrários que tantas vezes interrompem o curso da justiça; à garantia da liberdade contra as manobras da ambição, das facções e da anarquia.” HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 70, p. 435.

vontade política da União por meio da Câmara de Representantes ⁽²⁵²⁾ e do Senado Federal ⁽²⁵³⁾ com dois senadores eleitos pelas respectivas Assembleias estaduais ⁽²⁵⁴⁾. O bicameralismo inglês foi adotado com uma modificação fundamental: em vez da Câmara dos Lordes representando a nobreza, inexistente nos Estados Unidos, o Senado é a casa legislativa dos estados-membros.

Em 1787, as treze nações recém-independentes abririam mão de sua soberania em prol da formação de uma única nação soberana. O Estado Federal proposto também representaria outra forma adicional de divisão de poderes. Em uma única nação soberana, passariam a conviver núcleos de poderes autônomos com competência também delineada na Constituição. A ratificação desse passo não tinha como ser tranquila. Os estados-membros precisavam de garantias contra o arbítrio de um governo da União forte, que poria em risco a liberdade pela qual tanto haviam lutado. Somente a promessa da inclusão de uma declaração de direitos, similar à já promulgada na Constituição de Virgínia, por meio

252. MADISON, James. *O Federalista* n.ºs 54 a 58, pp. 345-71. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.ºs 59 a 61, pp.373-88.

253. MADISON, James. *O Federalista* n.ºs 62 e 63, p. 389/401. JAY, John, *O Federalista* nº 64, pp. 403-8. HAMILTON, Alexander, *O Federalista* n.ºs 65 e 66, pp. 409/19.

254. O texto original da Constituição previa eleição dos senadores pelas Assembleias estaduais (Artigo 1.º, seção 3). A eleição direta dos senadores passou a ser prevista na Emenda n.º 18 de 1913.

de emendas constitucionais, foi capaz de seduzir uma parcela dos antifederalistas e permitir a aprovação apertada da ratificação ⁽²⁵⁵⁾.

Ao contrário da polêmica sobre o Estado Federal, a adoção da República era consensual. Não havia nenhuma possibilidade de opção pela monarquia, contra a qual todos haviam lutado. Madison define República como “o governo que deriva todos os seus poderes, direta ou indiretamente, da grande massa do povo, sendo administrado por pessoas que exercem suas funções voluntariamente, durante um limitado período de tempo ou enquanto agirem bem” ⁽²⁵⁶⁾. Fica evidenciada a supremacia popular. Os governantes são meros representantes do povo por um mandato de tempo determinado e enquanto estiverem agindo bem. Apesar das experiências republicanas anteriores na história (Grécia, Roma, etc.), a Constituição Americana guisou o modelo de República adotado pela ciência política moderna. O Poder Executivo não é exercido por um monarca, mas sim por um Presidente da República eleito para cumprimento de um mandato de tempo certo.

Nos ensaios n.^{os} 69 a 77, Hamilton fez análise comparativa minudente das competências do Presidente previstas na

255. Hamilton, no *Federalista* n.º 84, p. 527, manteve a posição, por fim vencida, em prol da desnecessidade de uma declaração de direitos na nova Constituição.

256. MADISON, James. *O Federalista* n.º 39, p. 247.

Constituição e as do Rei da Inglaterra ⁽²⁵⁷⁾, esclarecendo sobre a diferença dos poderes de cada, ressaltando os mais severos instrumentos de controle da nova Constituição contra o risco da usurpação e do despotismo. Enquanto na monarquia, o Rei não tinha responsabilidade política, na República o Presidente responde política e criminalmente por todos os seus atos ⁽²⁵⁸⁾. O povo e a Constituição estão acima do Presidente. Todo poder deriva da supremacia popular e não de origem divina.

257. “O presidente dos Estados Unidos será eleito pelo povo por quatro anos; o rei da Grã-Bretanha é vitalício e *hereditário*. Um está sujeito a punições pessoais e destituição; a pessoa do outro é sagrada e inviolável. Um terá o direito de veto *qualificado* relativamente aos atos do Legislativo; o veto do outro é absoluto. Um gozará a prerrogativa de comandar as forças militares e navais da nação; o outro, além desta, possui a de *mobilizar e empregar* esquadras e exércitos como lhe aprouver. Um deverá repartir com uma das Casas do Legislativo o poder de celebrar tratados; o outro é o único detentor desse poder. Um terá sua autoridade igualmente repartida nos preenchimentos de cargos; outro é o único responsável por tais nomeações. Um não terá qualquer direito para conferir honrarias; o outro pode naturalizar estrangeiros, conceder títulos de nobreza a plebeus e fundar associações com todos os direitos de pessoas jurídicas. Um é impedido de baixar normas relativas ao comércio ou à moeda da nação; o outro é, sob vários aspectos, o árbitro do comércio e, nesse caráter, pode criar mercados e feiras, regulamentar pesos e medidas, estabelecer embargos temporários, cunhar moeda, autorizar ou proibir a circulação de dinheiro estrangeiro. Um não tem a menor parcela de jurisdição espiritual; o outro é o chefe supremo da Igreja nacional! O que mais poderei dizer àqueles que tentam persuadir-nos de que atividades tão diferentes se assemelham umas às outras? Será o mesmo que direi aos que afirmam que um governo como o proposto – em que todo o poder será entregue, por determinados períodos, a servidores do povo eleitos por ele mesmo – não é mais do que uma aristocracia, uma monarquia e um despotismo.” HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 69, p.434.

258. “O presidente dos Estados Unidos estará sujeito a ser denunciado, julgado e, se condenado por traição, suborno e outros crimes, destituído do cargo, podendo ainda ser denunciado e punido pela justiça ordinária. A pessoa do rei da Grã-Bretanha é inviolável, não havendo tribunal constitucional perante o qual seja responsável, nem punição a que possa ser sujeito sem provocar uma revolução nacional.” HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 69, p.429.

A adoção do regime republicano não implicava, contudo, necessariamente soluções democráticas. A eleição do Presidente na forma prevista, por exemplo, era indireta por meio de delegados escolhidos pelos estados-membros, que ainda mais adotavam critérios diferentes de escolha dos seus delegados. Mesmo assim o procedimento eleitoral foi festejado por Hamilton pelo fato de os delegados do colégio eleitoral serem eleitos exclusivamente para escolher o novo Presidente, o que é muito mais legítimo do que o critério hereditário da monarquia ⁽²⁵⁹⁾.

A primeira eleição presidencial foi quase uma aclamação em face ao consenso em torno de George Washington, o ex-comandante militar da Guerra da Independência. Já na eleição do terceiro Presidente, Thomas Jefferson, em 1800, as etapas do procedimento eleitoral previsto na Constituição foram postas em prática ⁽²⁶⁰⁾. O resultado apertado do colégio eleitoral levou a um empate entre Thomas Jefferson e Aaron Burr (1756-1836) em setenta e três votos. O então Presidente John Adams, que buscava a reeleição, amargou o terceiro lugar com apenas sessenta e cinco votos. Os dois mais votados foram submetidos aos votos das bancadas da Câmara de Representantes. Cada bancada estadual valia um voto. Após a repetição do empate por trinta e seis vezes, Jefferson conseguiu virar o voto da bancada do novo estado-membro de Vermont e elegeu-se

259. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 68, p. 425.

260. Artigo 2.º, Seção 1.ª.

Presidente, tendo o próprio Aron como Vice-Presidente ⁽²⁶¹⁾. O impasse levou à posterior aprovação da 12.^a Emenda em 1804, que desvinculou as eleições de Presidente e Vice-Presidente. O modo de eleger o Presidente previsto pelos *founding fathers* continua, com algumas modificações ⁽²⁶²⁾, em vigor nos Estados Unidos até hoje ⁽²⁶³⁾.

A democracia prevista na nova Constituição não era direta, como o modelo idealizado na cidade-estado grega, mas sim representativa. O povo não participava das decisões diretamente, mas por meio de seus representantes eleitos por determinado lapso de tempo ou função. Madison esclarece, com todas as letras, a diferença entre democracia e república: “Em uma democracia, o povo constitui e exerce pessoalmente o governo; na república, o povo reúne-se e administra-a através de seus representantes e agentes” ⁽²⁶⁴⁾. Os conceitos nem sempre caminharam juntos. O conceito de democracia ainda estava vinculado à experiência das cidades-estados gregas. A república representava uma evolução para alcançar unidades políticas de maiores dimensões por meio da representação política. “Os dois grandes pontos de diferença entre uma democracia e uma república

261. UNGER, Harlow Giles. *John Marshall, the chief justice who saved the nation*, p. 187.

262. Emendas 12.^a, 20.^a e 22.^a.

263. A eleição presidencial de 2000 entre o republicano George W. Bush (1946-...) e o democrata Al Gore (1948-...) evidenciou as contradições das regras da eleição americana. Apesar de Al Gore ter tido a maioria dos votos dos eleitores, Bush foi eleito de acordo com as regras do colégio eleitoral.

264. MADISON, James. *O Federalista* n.º 14, p. 99.

são: primeiro, nesta última o exercício do governo é delegado a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos demais; segundo, são bem maiores o número de cidadãos e a área que ela pode abranger” (²⁶⁵).

Na defesa do modelo republicano, Madison exorta as vantagens da União para conter a violência e os interesses das facções, nas quais prevalecem os interesses do grupo em detrimento do interesse geral (²⁶⁶). O controle do governo pelas facções, ou grupos de interesse, levaria à sua ruína e à eliminação da liberdade. “Os homens responsáveis pela destruição das liberdades das repúblicas, quase todos iniciaram sua carreira bajulando o povo; começaram demagogos e acabaram tiranos” (²⁶⁷).

Madison reconhece a legitimidade das facções e grupos de interesse. Não se podem eliminar as facções sem se apelar para o despotismo. É preciso controlá-las. Um estado-membro com pequenas dimensões é um alvo mais exposto às facções políticas, econômicas ou religiosas (²⁶⁸). Já a República e a Federação,

265. MADISON, James. *O Federalista* n.º 10, p. 79.

266. “Entendo como facção um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unido e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade” MADISON, James. *O Federalista* n.º 10, p. 76.

267. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 1, p.33.

268. “A influência de líderes facciosos pode provocar incêndios nos respectivos estados-membros, mas não será capaz de alastrá-los entre os demais. Uma seita religiosa pode degenerar em facção política em uma parte da Confederação, mas a variedade de seitas dispersas por todo o seu território será de molde a

com o sistema de representação e dimensões territoriais e populacionais propostas, constituem um remédio eficaz contra os riscos das facções e dos interesses localizados, que podem desviar o governo Federal do interesse geral. O acesso ao poder mediante representação popular e os sistemas de freios e contrapesos representam garantias contra os vícios das facções.

Nos ensaios n.^{os} 47 e 48, Madison trata especificamente da estrutura dos poderes da República e defende a Constituição da acusação de violação da teoria da divisão dos poderes de Montesquieu ⁽²⁶⁹⁾. Após se declarar discípulo confesso do mestre francês ⁽²⁷⁰⁾, cuja teoria, em nenhum momento, propõe a separação

preservar os conselhos nacionais contra quaisquer perigos oriundos desta fonte”
MADISON, James. *O Federalista* n.º 10, p. 81.

269. A teoria da divisão dos poderes de Montesquieu era consenso entre os *founding fathers* federalistas e antifederalistas.

270. “O oráculo sempre consultado e citado a respeito é o famoso Montesquieu. Se não foi o autor deste inestimável preceito da ciência política, pelo menos tem o mérito de tê-lo divulgado e recomendado, fazendo com que fosse objeto de universal atenção. Tentemos, em primeiro lugar, descobrir a interpretação do filósofo, sobre este ponto.”

“A Constituição britânica foi para Montesquieu o que Homero havia sido para os escritores didáticos de poesia épica. Do mesmo modo que estes consideraram a obra do poeta imortal como o modelo perfeito no qual deveriam basear-se os princípios e normas da arte épica, este grande crítico político parece ter tomado a Constituição da Inglaterra como o padrão, ou, para usar a própria expressão, como espelho da liberdade política; e ter transmitido, sob forma de verdades elementares, os diversos princípios característicos daquele sistema.” MADISON, James. *O Federalista* n.º 47, p. 307.

completa entre os poderes, cita vários exemplos de integração entre os poderes no modelo idealizado em *O espírito das leis* (²⁷¹).

A separação de poderes não implica segregação total e ausência de controle mútuo dos respectivos atos. O importante é evitar a concentração de poderes em uma única pessoa, quer por hereditariedade ou eleição. A rigidez da separação de poderes não deve transformar-se em dogma. Os poderes não devem ser rigidamente separados e sim integrados de forma que permitam o controle recíproco e a eficiência do governo, razão pela qual preferimos falar em divisão de poderes e não de separação ou tripartição.

O projeto de Constituição apenas previa a proibição de que a mesma pessoa ocupasse simultaneamente função em mais de um poder da República (²⁷²). A instituição da regra no próprio texto constitucional não configura violação à concepção de tripartição de poderes de Montesquieu. “A doutrina de Montesquieu não

271. “Um exame, mesmo rápido, da Constituição britânica mostra-nos-á que os ramos legislativo, executivo e judiciário estão longe de serem separados e distintos uns dos outros. O magistrado executivo é parte integrante da autoridade legislativa. Somente ele tem a prerrogativa de celebrar tratados com estados-membros estrangeiros, os quais, em determinadas condições, passam a ter força de atos legislativos. Cabe-lhes nomear todos os membros do Judiciário, removê-los, ouvindo as duas Casas do Parlamento, e convocá-los, quando achar conveniente, para constituírem um de seus conselhos constitucionais. Um ramo do legislativo representa também um grande conselho constitucional para o dirigente executivo, bem como, por outro lado, é o único depositário do Poder Judicial em casos de *impeachment*, sendo investido da suprema instância apelatória em todos os demais casos. Os juízes, outrossim, permanecem intimamente ligados ao Legislativo, a fim de participarem de suas deliberações, embora sem direito a voto.” MADISON, James. *O Federalista* n.º 47, p. 308.

272. Artigo 1.º, Seção 6.

é violada em um único ponto do projeto da convenção, que não vai além de proibir qualquer dos ramos de exercer os poderes do outro.”⁽²⁷³⁾. De mesma forma, a regra constitucional não é suficiente para levar à conclusão de uma completa rigidez na separação dos poderes.

A função essencial de cada poder não pode ser transferida a outro, isso sim faria sucumbir o princípio da separação dos poderes. Contudo, a completa e rígida separação redundaria em ineficiência e paralisia do governo. Montesquieu não vedou “a representação parcial de um poder em outro ou controle mútuo dos respectivos atos”⁽²⁷⁴⁾. “Há concordância geral no sentido de que os poderes específicos de um dos ramos não devem ser direta e integralmente exercidos por qualquer dos outros dois. É do mesmo modo evidente que nenhum deles deve possuir, direta ou indiretamente, uma influência dominante sobre os demais no exercício dos respectivos poderes”⁽²⁷⁵⁾. Não se pode delegar a essência de um poder ao outro, o que levaria à concentração e não à divisão de poderes.

Madison elenca os dispositivos de todas as Constituições dos estados-membros que misturam as funções dos três

273. MADISON, James. *O Federalista* n.º 47, p. 310.

274. MADISON, James. *O Federalista* n.º 47, p. 308.

275. MADISON, James. *O Federalista* n.º 48, p. 315.

poderes ⁽²⁷⁶⁾ ⁽²⁷⁷⁾, demonstrando didaticamente como a separação de poderes não era rigorosamente obedecida também nos estados-membros. As instituições políticas americanas já estavam, há mais de uma década, se estruturando para possibilitar o exercício moderado do poder e o respeito à liberdade.

O risco de um governo central forte é objeto de instrumento de controles recíprocos entre os poderes denominados sistema de freios e contrapesos ou *checks and balances*. Os ensaios federalistas apresentavam o sistema de controle proposto como o remédio eficaz contra a tirania e a ambição humana. A ratificação da Constituição era apresentada como vital para o controle dos riscos da tirania.

A ambição, a demagogia e as facções exigiam poderes fortes e instituições que se autocontrolariam. A soberania popular não deixava de ser a principal, mas insuficiente, forma de controle, o que tornava também fundamental o sistema de freios e contrapesos. Madison fundamenta a necessidade de controle do exercício do poder em face da própria natureza humana. “Mas, afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da

276. “Se examinarmos as Constituições dos diferentes estados-membros, verificaremos que, a despeito dos temas enfáticos e mesmo, em alguns casos, impróprios, em que o axioma está formulado, não há um único exemplo de os diversos ramos do poder serem mantidos absolutamente separados.” MADISON, James. *O Federalista* n.º 47, p. 309.

277. MADISON, James. *O Federalista* n.º 47, pp. 309-13.

natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispersar-se-iam os controles internos e externos. Ao constituir-se um governo, integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens, a grande dificuldade está em que se deve, primeiro, habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo. A dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre governo, mas a experiência ensinou-se que há necessidade de precauções complementares” ⁽²⁷⁸⁾⁽²⁷⁹⁾.

Não se pretendia mudar a natureza humana, não se consegue transformar os detentores do poder em anjos, mas era possível controlar a ambição humana, como *Publius* havia feito em Roma. Este também seria o principal desafio da nova Constituição. Diante da própria natureza humana, todo detentor do poder tende a ultrapassar seus limites, por isso somente o poder pode controlar o próprio poder. Sem divisão e controles recíprocos, a sina de todo poder é transformar-se em tirania.

A Constituição Americana foi bastante atenta e estabeleceu vários instrumentos que foram posteriormente adotados pelo constitucionalismo. O Judiciário controla a constitucionalidade dos

278. MADISON, James. *O Federalista* n.º 51, p.330.

279. A célebre passagem de Madison evidencia que os federalistas partiram de uma visão realista da natureza humana. Eram mais adeptos de Aristóteles do que de Platão.

atos do Legislativo e do Executivo, mas seus juízes, assim como os embaixadores e servidores mais graduados, são indicados pelo Executivo e precisam ser aprovados pelo Senado. Os julgamentos obedecem ao devido processo legal representado pelo conjunto de leis aprovadas pelo Legislativo em vigor no país. O orçamento anual dos três poderes é objeto de deliberação do Legislativo, segundo proposta apresentada pelo Executivo. Todas as altas autoridades dos três poderes estão sujeitas ao processo de *impeachment*, cuja competência para julgamento é do Senado. Apesar de não integrar o Poder Legislativo, o Presidente tem participação ativa no processo legislativo por meio do veto. Não se deve confiar nos homens, deve-se confiar nas instituições bem estruturadas e com controles limitadores do exercício dos poderes.

O sistema de freios e contrapesos não denota fraqueza ou submissão de um poder ao outro. A força de um poder não acarreta a fraqueza do outro. Na evolução constitucional americana, os três poderes mostraram-se fortes e com *energia*, na linguagem de Hamilton, mas sempre sujeitos ao controle mútuo. As grandes decisões da nação requerem a concordância, expressa ou implícita, dos três poderes.

O poder Judiciário é o tema dos ensaios n.^{os} 78 a 83, todos de autoria de Hamilton. Além de tratar de questões

específicas como competência da Justiça Federal ⁽²⁸⁰⁾ e do júri em matéria cível, Hamilton ⁽²⁸¹⁾, especificamente no ensaio n.º 78, extraiu de sua interpretação constitucional a competência do Judiciário de controlar os atos dos demais poderes com base na Constituição, o *judicial review*. A concretização dessa competência mudaria a face do Judiciário que passou a ter papel ativo no equilíbrio entre os poderes.

Marbury vs. Madison

O Poder Judiciário tinha sido relegado a um papel secundário na divisão de poderes proposta pela doutrina iluminista. Apesar de ter ressaltado a importância da imparcialidade e independência dos juízes, Locke não atribuía o exercício da função jurisdicional a um poder autônomo do Estado. Na sua época, os juízes ainda eram vinculados à coroa. Já Montesquieu, apesar de ter reconhecido o Judiciário como Poder do Estado, concebia o juiz como um mero porta-voz da lei, negando-lhe até a capacidade interpretativa ou criativa em relação à lei. O Judiciário ficava alheio às importantes decisões do Estado, a decisão já estava preestabelecida na lei originária do Legislativo.

Esse quadro foi alterado com a entrada em vigor da Constituição Americana, uma constituição escrita, na qual o

280. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.ºs 80 a 82, pp. 489-508.

281. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 83, pp. 509-21.

Judiciário teve o reconhecimento formal como poder do Estado, mas, sobretudo, com o trabalho de construção interpretativa da Suprema Corte, que passou a exercer o controle dos atos dos demais poderes, com base no princípio maior da supremacia da Constituição.

A concepção minimalista do Judiciário de porta-voz da lei sofreu uma reviravolta nos Estados Unidos em 1803, quando uma disputa de dois grupos políticos por um cargo de juiz de paz no estado-membro de Maryland foi levada à Suprema Corte. A decisão redigida pelo Presidente da Corte Juiz John Marshall (1755-1835) ⁽²⁸²⁾ deu início ao controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*).

A Constituição Americana não tem disposição expressa prevendo o *judicial review*. Todo o disciplinamento constitucional do Poder Judiciário está concentrado no artigo 3.º, omissos a esse respeito. A doutrina, em sua maioria, considera o controle da constitucionalidade das leis fruto de uma construção interpretativa iniciada pela decisão de Marshall ⁽²⁸³⁾.

282. John Marshall nasceu na Virgínia. Participou da Guerra da Independência. Formado em direito, foi deputado, tendo sido delegado na Convenção da Virgínia que ratificou a Constituição de 1787. Advogado, foi Secretário de Estado do Presidente John Adams que, no final do mandato, indicou-o para Presidente da Suprema Corte (1801), tendo permanecido no cargo até 1835. Foi o autor das principais decisões da Corte no período e o principal responsável pela consolidação do *judicial review*.

283 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 25. POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 43. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*:

Muito se escreveu sobre a decisão relatada pelo então Presidente da Suprema Corte Americana, Juiz John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*. Contudo, a *judicial review* não representou uma surpresa, pois sua possibilidade estava expressamente prevista em *O Federalista*. No ensaio n.º 78 de *O Federalista*, dedicado exclusivamente ao Poder Judiciário, Alexander Hamilton ressaltou primeiro a supremacia da Constituição sobre a lei, pressuposto do controle de constitucionalidade das leis. “Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a dos seus agentes” ⁽²⁸⁴⁾.

A supremacia constitucional deriva, por sua vez, da supremacia popular legitimadora da própria Constituição, como lei maior disciplinadora do exercício do poder na sociedade política. O *judicial review*, portanto, tem legitimidade popular derivada da própria Constituição. “Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o

atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999, p. 37. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 679.

284. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 78, p.479.

poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias” ⁽²⁸⁵⁾.

Hamilton, no ensaio n.º 78 de *O Federalista*, adianta a interpretação fundamentadora da competência do Poder Judiciário de anular os atos legislativos contrários à Constituição como parte dos freios e contrapesos entre os poderes. O ensaio aborda a questão sem rodeios: “Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à Constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as Constituições americanas, convém uma breve análise dos fundamentos. Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que

285. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 78, p.480.

agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem.”⁽²⁸⁶⁾. *O Federalista*, o principal guia interpretativo da Constituição, já previa o *judicial review* e foi utilizado pelos defensores da polêmica decisão do juiz Marshall.

O Judiciário passava, em um sistema de freios e contrapesos, também a controlar os atos dos demais poderes, com base na interpretação da Constituição. O próprio constitucionalismo deriva da existência de um controle eficiente que afaste a lei que confronta a Constituição. Este foi o grande legado da decisão de Marshall.

Mas do que se tratava o caso *Marbury vs. Madison* e o que, de fato, decidiu o Juiz Marshall? Pouco se menciona sobre o autor do processo, William Marbury (1762-1835). Foi o réu quem entrou para a história, não por ter sido parte do processo. James Madison, um dos autores de *O Federalista* e futuro Presidente dos Estados Unidos, foi o réu do processo.

Tudo transcorreu nos últimos dias de mandato do segundo Presidente eleito, John Adams (1735-1826)⁽²⁸⁷⁾, e os

286. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 78, p. 479.

287. John Adams, natural de Quincy, Massachusetts. Colaborou com Thomas Jefferson na Declaração de Independência 1776, sendo um dos seus defensores no Congresso. Exerceu funções diplomáticas. Foi Vice-Presidente de George Washington. Foi o segundo Presidente eleito dos Estados Unidos. Líder do Partido Federalista, perdeu a reeleição para Thomas Jefferson, líder do Partido Republicano.

primeiros dias da Presidência do Thomas Jefferson, terceiro Presidente eleito. Naquele início do século XIX, a política americana e os *founding fathers* dividiam-se em dois partidos, o Federalista, liderado por Alexander Hamilton e John Adams, e o Republicano, liderado por Thomas Jefferson e James Madison. Os principais autores de *O Federalista* já estavam em partidos opostos. Os federalistas sustentavam a necessidade de uma União com mais poderes e os republicanos, a defesa mais intransigente dos direitos individuais e dos estados-membros em contraposição ao poder federal. Essa tensão sobre a definição dos limites do poder da União em relação aos estados tem permeado a política americana até hoje, agora dividida entre democratas e republicanos.

O Presidente federalista John Adams, sucessor de George Washington, não teve êxito na tentativa de reeleição, tendo sido derrotado pelo candidato da oposição, o republicano Thomas Jefferson. Nos últimos dias de mandato do Congresso não reeleito, Adams e o Partido Federalista aproveitaram uma maioria parlamentar circunstancial para promover uma profunda mudança no Poder Judiciário, com a aprovação do *Judiciary Act* (1801), criando novos cargos de juízes federais com a posterior nomeação de juízes indicados pelos federalistas ainda em maioria no Senado. “Sem a Presidência da República e em minoria no Congresso Nacional a ser brevemente empossado, restou ao Presidente que deixava o poder, nos seus últimos dias de mandato, buscar, no

Judiciário, um meio para a manutenção da ‘ideologia’ federalista e, por outro lado, um refúgio para seus apadrinhados. Essa medida nada edificante restou implementada com a Lei do Judiciário de 1801 (Judiciary Act of 1801), aprovada no apagar das luzes da administração federalista do Presidente Adams, por um Poder Legislativo que estava prestes a ser renovado com a posse dos novos deputados e senadores eleitos no pleito de 1800.”⁽²⁸⁸⁾. Entre os nomes dos aliados dos federalistas, indicados pelo Presidente John Adams e posteriormente aprovados pelo Senado, consta o do próprio então Secretário de Estado, John Marshall, para a Presidência da Suprema Corte.

William Marbury, banqueiro e proprietário de terras de Maryland, também teve o nome, juntamente com mais quarenta e um juízes, aprovado para juiz de paz no Distrito de Colúmbia pelo Congresso no dia 3 de março de 1801, último dia do mandato de John Adams. Tais juízes passaram a ser conhecidos como os “midnight judges”. Contudo, não foi possível preparar a documentação necessária à posse de Marbury em vinte e quatro horas. O procedimento de nomeação e posse passou então a ser de responsabilidade do novo Presidente recém-empossado.

Thomas Jefferson, o novo Presidente, instruiu o seu Secretário de Estado, James Madison, então com competência para empossar os nomeados, a não dar posse aos juízes que não

288. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões*, p. 14.

tinham apresentado a documentação necessária ainda no mandato do Presidente anterior. O novo governo, com maioria no Congresso, queria reverter o quanto possível a nomeação de adversários políticos para o Judiciário, ameaçando a abertura de processo de *impeachment* dos recém-empossados, até mesmo dos juízes da Suprema Corte.

William Marbury ingressou com *writ of mandamus* ⁽²⁸⁹⁾ diretamente na Suprema Corte com o fito de compelir a autoridade federal, no caso o Secretário de Estado James Madison, a lhe dar posse no cargo. A Constituição de 1778 não previa a competência originária da Suprema Corte para apreciar um *writ of mandamus* contra o Secretário de Estado. Tal previsão veio a lume no *Judiciary Act of 1789*, portanto, por lei ordinária e não por disposição constitucional expressa.

Em sua decisão, Marshall ressaltou que, em um conflito entre a Constituição e a lei, a primeira deve prevalecer, sob pena de tornar sem sentido a própria Constituição como tentativa de disciplinar o poder. Por sua clareza, transcrevemos o texto da própria decisão:

“Entre duas alternativas, não há espaço no meio. A Constituição ou é superior, suprema lei, imodificável pelos meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos

289. Ação com procedimento muito parecido com o nosso mandado de segurança.

ordinários e como outros atos, são alteráveis quando o Poder Legislativo tem o poder de modifica-los.

“Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição não é lei. Se a última parte é verdadeira, a Constituição escrita é uma absurda tentativa, por parte do povo, de limitar o poder, em sua própria natureza ilimitável.

“Certamente, todos aqueles que elaboraram constituições escritas contemplaram-nas como formadoras da lei fundamental e suprema da nação e, conseqüentemente, a teoria de tal governo deve ser que o ato legislativo, repugnante à Constituição, é nulo.

“Se o ato do Legislativo, repugnante à Constituição, é nulo, pode, não obstante sua invalidade, atar o Judiciário e abrigá-lo a lhe dar efeito? Ou, em outras palavras, apesar de ele não ser lei, constitui ele uma regra tão operativa como se fosse lei? Isso seria a derrota de fato daquilo estabelecido na teoria. Pareceria, à primeira vista, uma absurdez muito vulgar para se insistir nela.

“É enfaticamente área e dever do Judiciário dizer o que a lei é. Aqueles que aplicam a norma aos casos particulares devem por necessidade, explicar e interpretar a regra. Se

duas leis conflitam entre si, a Corte deve decidir sobre a efetividade de cada uma. ⁽²⁹⁰⁾

Mesmo reconhecendo o caráter vinculante do ato do Secretário de Estado, a decisão do Juiz Marshall não assegurou a posse de William Marbury no cargo de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, nem declarou a inconstitucionalidade da lei aprovada posteriormente pelo Congresso de maioria republicana que revogou a nomeação dos “midnight judges”, satisfazendo os desejos do novo Presidente e da maioria republicana.

Não houve julgamento do mérito da causa. O conflito de normas acima mencionado na decisão não foi entre a Constituição e a lei criadora do cargo de juiz de paz, mas sim entre a Constituição e a lei que estabeleceu a competência originária da Suprema Corte para apreciar e julgar um *writ of mandamus* contra o Secretário de Estado, o *Judiciary Act of 1789*.

Foi o acolhimento de uma preliminar de incompetência que assegurou a supremacia constitucional e a competência da Suprema Corte no controle da constitucionalidade das leis. A Suprema Corte declinou da competência de julgar originalmente a ação proposta por Marbury, pois declarou inconstitucional o § 13 do *Judiciary Act of 1789*, que ampliou a competência da própria Suprema

290. Tradução utilizada por SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios & contrapesos (checks and balances)*, p. 91.

Corte expressamente prevista na Constituição. Em síntese, nos termos da decisão, a competência da Suprema Corte era matéria reservada à Constituição, não podendo ser ampliada por lei ordinária.

Marbury não teve sua pretensão atendida e faleceu sem nunca ter assumido o cargo de juiz de paz. As questões de fato não ganharam evidência na história, mas ressaltaram argúcia política do Juiz Marshall. Em cenário adverso, nos primórdios da Constituição e com uma Presidência e um Congresso controlados pelos seus adversários republicanos, a autoridade da Suprema Corte corria sério risco de se diluir e o Judiciário passar a ter papel coadjuvante em relação aos outros poderes. A decisão proferida não teve efeito prático imediato adverso à maioria republicana, todavia estabeleceu os fundamentos do constitucionalismo: a supremacia da Constituição e o controle da constitucionalidade das leis. “Ontem, como hoje, não há espaço, nas relações entre Poderes, para atitudes impensadas e voluntaristas. Às vezes é preciso ceder em nome da estabilidade política para conquistar espaço mais tarde. A conduta de Marshall (sempre, por óbvio, analisada à luz dos acontecimentos da época) foi, do ponto de vista estratégico, mais que perfeita. Fez prevalecer o *judicial review*, incorporando à competência da Suprema Corte prerrogativa até então repelida por muitos. Simultaneamente, conseguiu que sua decisão restasse incontestada por aqueles que

ameaçavam o Judiciário com o fechamento e reestruturações casuísticas e alguns de seus membros com *impeachment*.”⁽²⁹¹⁾.

O então Presidente Jefferson não reconhecia a competência do Judiciário para anular os atos legislativos contrários à Constituição. A seu ver, somente o próprio Legislativo poderia anular ou revogar seus próprios atos⁽²⁹²⁾. Enxergava a Suprema Corte presidida por Marshall como reduto do partido de oposição. Apoiado na maioria do Congresso, Jefferson fez enorme pressão sobre o Judiciário. O ápice do ataque à Suprema Corte foi a abertura do processo de *impeachment* contra o Juiz Samuel Chase (1742-1811), membro da Corte com vínculos mais intenso com o Partido Federalista e que se utilizava das sessões de julgamento para fazer juízos políticos negativos sobre o Governo Jefferson. O Partido Republicano apontava com a possibilidade da abertura de processos de *impeachment* contra outros membros, até mesmo contra o próprio Marshall.

O processo de *impeachment* de Samuel Chase foi o único movido contra um juiz da Suprema Corte na história americana. Foi formalmente aberto com prévia autorização da Câmara dominada pelos Republicanos. No julgamento do Senado, mesmo com a maioria governista, foi aberta uma dissidência na bancada republicana que reconheceu que os atos do acusado não se

291. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*, p. 24.

292. UNGER, Harlow Giles. *John Marshall, The Chief Justice who saved the nation*, p.206.

enquadravam nas hipóteses constitucionais do *impeachment*. Samuel Chase foi absolvido de três acusações e condenado em duas. No entanto, não foi atingido o quórum constitucional necessário de dois terços da casa em prol das acusações e Chase permaneceu na Corte até o falecimento em 1811.

Importante reconhecer que o *impeachment* faz parte do conjunto de freios e contrapesos que asseguram o equilíbrio entre os poderes por meio de um sistema de controles recíprocos. A história americana passou por momentos de ataques do Executivo contra a Suprema Corte (²⁹³), frutos das disputas políticas, mesmo assim o *judicial review* se impôs, transformando-se em parâmetro de atuação do Judiciário no mundo e especialmente no Brasil.

Ainda hoje a composição da Suprema Corte Americana espelha a tensão entre os defensores do ativismo judicial e os favoráveis a uma interpretação mais restritiva da Constituição. É na tensão entre essas duas posições que o país mais poderoso do mundo adentrou o século XXI com uma Constituição redigida há mais de

293. A tentativa do Presidente Roosevelt de ampliar o número de juízes na Suprema Corte, o que possibilitaria a nomeação de novos membros e a alteração da maioria da Corte então contrária ao New Deal.

No governo de Richard Nixon, o então líder da maioria na Câmara, o futuro Presidente Gerald Ford, tentou, sem êxito, a abertura de processo de *impeachment* contra o Juiz William Douglas, conhecido por suas posturas liberais.

duzentos e vinte anos, que vai sendo atualizada pela interpretação do Judiciário, em especial de sua Suprema Corte.

Medidas Antiterror e a Divisão de Poderes

Os conflitos na sociedade americana e as disputas entre os Poderes foram se sofisticando nestes mais de duzentos anos de Constituição escrita. O direito fundamental à igualdade, por exemplo, evoluiu, passando pelo fim da escravidão, posteriormente pelo fim da segregação nas escolas até chegar às ações afirmativas, que agora são objeto de questionamento perante as Cortes. Os três Poderes, nem sempre em plena harmonia, participaram de toda esta evolução ocorrida sob a égide do mesmo texto constitucional, objeto de apenas vinte e sete emendas. As normas foram alterando o seu significado mantendo-se, contudo, o mesmo texto.

Poderíamos destacar o papel desempenhado por cada um dos Poderes em vários momentos decisivos da história americana, como a reconstrução após a Guerra Civil, o New Deal do Presidente Roosevelt ou a contestação da Guerra do Vietnã, porém, vamos nos deter no conflito mais atual entre as medidas antiterror adotadas após os recentes ataques terroristas, especialmente os de 11 de setembro de 2001, e a proteção aos direitos fundamentais. Tal

conflito bem retrata os novos desafios do direito constitucional atual diante do terrorismo.

A defesa comum de seus membros e a preservação da paz pública já eram apontadas por Alexander Hamilton, em seus artigos de *O Federalista*, como as duas primeiras finalidades a serem atingidas pela União ⁽²⁹⁴⁾. Mesmo depois de o país ter passado por duas guerras mundiais e se tornado a maior potência do mundo, reina um clima de crescente insegurança em face da ameaça de terrorismo interno e externo.

Agora os inimigos não mantêm vínculo direto com um determinado Estado-nação, reconhecido pela sociedade política internacional, porém mantêm conexões com organizações internacionais não estatais ⁽²⁹⁵⁾ ou grupos extremistas internos ⁽²⁹⁶⁾ difusos territorialmente. Os inimigos não têm rosto, são combatentes sem pátria, mas têm causa ⁽²⁹⁷⁾. Escolhem de preferência alvos civis, tais como escola ⁽²⁹⁸⁾, casa noturna ⁽²⁹⁹⁾, edifício comercial ⁽³⁰⁰⁾, edifício

294. “As principais finalidades a serem atingidas pela União são as seguintes: **a defesa comum de seus membros; a preservação da paz pública, tanto contra as convulsões internas como contra os ataques externos;** a regulamentação do comércio com outros países e entre os estados-membros, a superintendência de nossas relações políticas e comerciais com países estrangeiros”. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 23, p. 157. (grifamos)

295. Al-Qaeda e o atual Estado Islâmico, por exemplo.

296. Timothy McVeigh e Terry Nichols, condenados pelo atentado de Oklahoma City de 1995, mantinham vínculos com grupos americanos de extrema direita.

297. CRETILLA NETO, José. *Terrorismo internacional. inimigo sem rosto – combatente sem pátria*.

298. Massacre da Bath School, Michigan, em 1927.

público ⁽³⁰¹⁾ até uma corrida de maratona ⁽³⁰²⁾. A segurança, e a que preço conquistá-la, é um dos principais, se não o maior, tema da campanha presidencial ora em curso.

Em 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos sofreram o maior ataque terrorista em seu território da história. Mais de três mil mortos no coração de Nova York e Washington. O mundo parou para ver, estarecido, as imagens dos aviões chocando-se com as torres gêmeas. Era necessária uma resposta rápida e eficiente.

Ainda no calor dos atentados, o Legislativo deu respaldo à política antiterror do Executivo que viria a ser implementada pelo então Presidente George W. Bush (1946-...). Em 26 de outubro de 2001, pouco mais de um mês após os atentados, o Congresso americano aprovou o *USA Patriot Act* ⁽³⁰³⁾ ⁽³⁰⁴⁾, pelo qual

299. Ataque à boate Pulse, Orlando, em 2016.

300. Atentados ao World Trade Center, Nova York, em 1993 e 2001.

301. Atentado de Oklahoma City em 1995.

302. Atentado à maratona de Boston em 2013.

303. *USA Patriot Act - Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, em tradução livre, Unindo e Fortalecendo a América pelo Provimento de Ferramentas Apropriadas Exigidas para a Interceptação e Obstrução do Terrorismo.

304. O Senado aprovou o *USA Patriot Act* por noventa e oito votos favoráveis e apenas um contra.

vários direitos fundamentais foram suspensos em prol das medidas de combate ao terrorismo internacional (³⁰⁵).

A partir de 11 de janeiro de 2002, os presos suspeitos de ligações com o terrorismo detidos no Afeganistão, no Paquistão, no Iraque e em outros países com células da Al-Qaeda eram, quando estrangeiros, transferidos imediatamente para a base naval de Guantánamo em Cuba, ora transformada também em prisão militar. O local foi escolhido a dedo, uma prisão em uma base militar em plena ilha de Cuba cedida aos Estados Unidos por acordo internacional desde 1903. A nova prisão chegou a manter, em sua maior lotação, 774 detentos, a imensa maioria sem nenhuma acusação ou ação penal proposta.

A estratégia jurídica da equipe do Presidente George W. Bush sustentava, preliminarmente, a ausência de jurisdição americana sobre fatos ocorridos em uma base militar no exterior. Não considerava os presos como prisioneiros de guerra, por não estarem vinculados a uma nação em conflito com os Estados Unidos, mas sim

305. "Terrorismo internacional é a atividade ilegal e internacional que consiste no emprego da violência física e/ou psicológica extrema e sistemática, generalizada ou não, desenvolvida por grupos ou indivíduos, apoiados ou não por Estados, consistindo na prática de atos de destruição de propriedades e/ou pessoas, ou de ameaçar constantemente usá-los, em uma sequência imprevisível de ataques, dirigidos a grupos de indivíduos aleatoriamente escolhidos, perpetrados em territórios de Estados, cujos governos foram selecionados como inimigos da causa a que se dedicam os autores, causando indizível sensação de insegurança aos habitantes da sociedade contra qual são feitas as ameaças ou cometidos os atentados." CRETELLA NETO, José. *Terrorismo internacional. inimigo sem rosto – combatente sem pátria*, p. 36.

inimigos combatentes (enemy combatants) que não estariam sujeitos às Convenções de Genebra restritas aos prisioneiros de guerra. Os *inimigos combatentes*, apesar de se comportarem como se estivessem em guerra contra os Estados Unidos, não mantinham vínculo com nenhuma nação ou governo estrangeiros. É a guerra contra o terror, na qual o inimigo não é um outro Estado soberano, mas sim grupos terroristas dispersos territorialmente em várias nações.

As prisões dos suspeitos foram feitas em sua maioria sem o devido e suficiente conjunto de provas, que se mantinham secretas por razões de segurança nacional. Boa parte das medidas ia de encontro aos direitos fundamentais contemplados na Constituição. Não havia acusação formalizada e os detentos não tinham acesso a advogado. Nenhum juiz, civil ou militar, havia apreciado a legalidade das prisões. Foram feitas numerosas denúncias de tortura, abuso nos interrogatórios e tratamento degradante ⁽³⁰⁶⁾, cujas cenas aos poucos foram vindo a público, minando parte do apoio popular e político às medidas excepcionais do governo. Aos prisioneiros de Guantánamo eram negados os direitos fundamentais básicos em uma aplicação típica do direito penal do inimigo ⁽³⁰⁷⁾.

O Executivo sustentava que eram presos da guerra contra o terror (*war on terror*), detidos no exterior e não sujeitos

306. SALAHI, Mohamedou Ould. *O diário de Guantánamo*.

307. ZAFFARONI, Eugenio Rau. *O inimigo no direito penal*. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*.

à jurisdição cível americana, nem às Convenções de Genebra. Era o chamado *legal black hole*. Tal entendimento tinha respaldo na maioria do Legislativo e da opinião pública, ainda bastante chocada com os atentados. Restava a posição do Judiciário, especialmente da Suprema Corte, no exercício do *judicial review*, apreciando a constitucionalidade da legislação antiterror e da legalidade dos atos de prisão. Quais eram os limites constitucionais da ação do Executivo na singular excepcionalidade da guerra contra o terror?

Importantes juristas como, entre vários, o professor de Yale, Bruce Ackerman (1948-...) ⁽³⁰⁸⁾ e o professor da Harvard Law School, Laurence Tribe (1941-...) manifestaram-se contundentemente pela inconstitucionalidade das medidas antiterror. O país pai do constitucionalismo tinha instalado um estado de exceção ⁽³⁰⁹⁾. De repente, parecia que as conquistas dos direitos fundamentais andaram para trás, para antes da Carta Magna de 1215. O princípio da divisão dos poderes com o sistema de freios e contrapesos parecia ter-se transformado em letra morta. Com o tempo, após as contradições decorrentes das invasões do Afeganistão e Iraque, a opinião pública americana começou a não mais apoiar, com a mesma veemência, as medidas antiterror do Governo Bush.

308. ACKERMAN, Bruce. *Before the next attack; preserving civil liberties in age of terrorism*.

309. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*.

Somente em 2004, a Suprema Corte apreciou a constitucionalidade das prisões mantidas em Guantánamo, primeiramente, no caso *Hamdi vs. Rumsfeld* (³¹⁰). Apesar do nome, Yaser Esam Hamdi tinha dupla cidadania americana e saudita. Foi capturado quando da invasão do Afeganistão ainda em 2001. Considerado *combatente inimigo*, foi imediatamente transferido para Guantánamo. Descoberta a sua cidadania americana, foi novamente transferido para a prisão da base naval de Norfolk nos Estados Unidos. Seu pai ingressou com *habeas corpus*, alegando a ilegalidade da prisão e que o filho fazia trabalho de ajuda humanitária no Afeganistão há apenas dois meses antes dos atentados de 11 de setembro, não havendo sequer tempo suficiente para treinamento militar.

Por maioria, a Suprema Corte, nos termos do voto condutor da então Juíza Sandra O'Connor (1930-...), decidiu que, apesar da autorização legislativa para a detenção, o devido processo legal garante ao cidadão nacional detido nos Estados Unidos, como *inimigo combatente*, o direito de ter apreciada a legalidade da prisão por um juiz imparcial. “O estado de guerra não significava um cheque em branco ao Presidente”. Por fim, a Suprema Corte não deliberou sobre a imediata soltura de Hamdi, determinando que o juiz federal de primeira instância apreciasse o mérito do *habeas corpus* impetrado em favor de Hamdi.

310. Integra da decisão no site caselaw <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/542/507.html>> , acesso em 26 de janeiro de 2016.

O voto divergente do Juiz Clarence Thomas (1948-...) considerou constitucional a prisão, pois a Constituição autoriza a possibilidade de suspensão do *habeas corpus* em caso de guerra ⁽³¹¹⁾. Citou expressamente, na fundamentação da divergência, o Ensaio n.º 23 de *O Federalista* de autoria de Hamilton, que estabelece entre as finalidades da União “a defesa de seus membros e preservação da paz pública” ⁽³¹²⁾. A utilização dos ensaios federalistas na fundamentação de decisões judiciais é recurso bastante utilizado pelos juízes mais conservadores da Suprema Corte na busca das intenções do constituinte originário, o que tem contribuído para a injusta pecha de escritos conservadores ⁽³¹³⁾.

Antes da apreciação do *habeas corpus* pelo juiz federal de primeira instância, Hamdi foi solto em virtude de um acordo extrajudicial da União e o réu. A decisão da Suprema Corte no caso *Hamdi vs. Rumsfeld*, contudo, deixou abertas questões a respeito da jurisdição da Corte sobre a prisão de Guantánamo e qual a legislação aplicável aos *inimigos combatentes* de origem estrangeira.

311. Artigo 1.º, Seção 9, Clausula 9 da Constituição Americana.

312. HAMILTON, Alexander. *O Federalista* n.º 23, p. 157.

313. WIKER, Benjamin. *10 Livros que todo conservador deve ler – mais quatro imperdíveis e um impostor*.

Tais questões foram novamente enfrentadas no caso *Rasul vs. Bush* no mesmo ano ⁽³¹⁴⁾. Em votação mais apertada, nos termos do voto condutor do então Juiz John Paul Stevens (1920-...), a maioria da Corte entendeu que os autores não eram cidadãos de países em guerra contra os Estados Unidos e estavam indevidamente detidos sem nenhuma acusação formulada e sem acesso ao Judiciário em uma base militar sobre a qual os Estados Unidos exerciam de fato controle e jurisdição exclusiva. Em síntese, a maioria da Suprema Corte tomou posição contrariamente ao cerne da política e legislação antiterror do Governo Bush.

No entanto, o destino dos presos em Guantánamo estava longe de se encerrar. “O julgamento do caso *Rasul vs. Bush* não resolveu de imediato a situação para muitos deles e, principalmente, não arrefeceu o ânimo do Poder Executivo em criar figuras e institutos jurídicos que pudessem conduzir a permanência deles na Base Naval, fossem ou não efetivamente ‘combatentes inimigos’” ⁽³¹⁵⁾.

Receoso de uma avalanche de medidas judiciais provocadas pela decisão da Suprema Corte, o Executivo criou, nove dias depois, por decreto, o *Combatant Status Review Tribunal*

314. Integra da decisão no site caselaw <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/542/466.html>>, acesso em 26 de janeiro de 2016.

315. SOUTO, José Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos, principais decisões*, p. 208.

(CSRT), um tribunal militar composto de três oficiais das Forças Armadas com competência exclusiva de apreciar a legalidade das detenções em Guantánamo.

Foi necessária uma nova decisão da Suprema Corte para também invalidar o CRTS. Foi o caso *Hamdan vs. Rumsfeld* em 2006 ⁽³¹⁶⁾ ⁽³¹⁷⁾. Também por maioria, a Corte considerou que o tribunal militar criado não tinha respaldo em lei aprovada pelo Legislativo e, portanto, não poderia ter competência para julgar a legalidade das detenções, que já duravam anos, devendo os respectivos processos seguir curso na jurisdição comum. Apesar de ter obtido o terceiro revés seguido, o Executivo continuou insistindo na mesma política.

Antes de os efeitos da decisão *Hamdan vs. Rumsfeld* alcançarem os demais presos, o Executivo obteve desta vez respaldo legislativo à aprovação do *Detainee Treatment Act - DTA* (Lei de Tratamento de Detento), no qual é expressamente afastada a

316. “A relação de Salim Ahmed Hamdan com Guantánamo não difere muito da experimentada por Hamdi, Rasul e alguns outros. Em novembro de 2001, durante combates travados entre militares dos Estados Unidos e do Talibã (que então governava o Afeganistão), Hamdan foi capturado por milícias afegãs, entregue aos militares norte-americanos e em seguida transferido para a Base Naval, em junho de 2002. Somente um ano depois foi considerado elegível para ‘julgamento’ por uma comissão militar, que não especificou os crimes supostamente cometidos (*over a year later, the President deemed him eligible for trial by military commission for then unspecified crimes*). Outro ano passou para que fosse acusado de conspiração e pela prática de atos passíveis de serem julgados por uma comissão militar.” SOUTO, José Carlos. Op. cit., p. 209.

317. Integra da decisão no site caselaw <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/1512681.html>>, acesso em 26 de janeiro de 2016.

competência dos juízes federais nos casos de *habeas corpus* impetrados pelos detentos de Guantánamo, concentrando o julgamento destes casos no Corte Distrital de Colúmbia, notoriamente mais favorável à legislação antiterror.

A Suprema Corte ainda teria de julgar em 2008 o caso *Boumediene vs. Bush* ⁽³¹⁸⁾. Lakhdar Boumediene, nascido na Argélia, vivia na Bósnia e foi preso ainda em 2001, suspeito de planejar atentados contra a embaixada americana. “Transferido” para Guantánamo, aí permaneceu sem acusação formal. Ficou evidenciado, com o passar do tempo, que ele vivia com sua família em uma cidade ao sul da Bósnia, trabalhando para o Crescente Vermelho, braço mulçumano da Cruz Vermelha Internacional. Com as pressões para sua libertação, as acusações nunca oficialmente formuladas foram substituídas por suspeitas em relação ao trabalho humanitário e insinuações de que ajudava no financiamento do terrorismo islâmico.

Juntamente com outros seis detentos, Boumediene impetrou *habeas corpus*, perante a Suprema Corte, em razão da ilegalidade da detenção, que já se estendia há anos, e a falta de acesso à jurisdição civil, aqui entendida como jurisdição não militar. Em maioria apertada (cinco a quatro), a Suprema Corte, nos termos do voto condutor do Juiz Anthony Kennedy (1936- ...), assegurou o direito dos alegados *inimigos combatentes* detidos em Guantánamo ao

318. Integra da decisão no *site* caselaw <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/553/723.html>>, acesso em 26 de janeiro de 2016.

habeas corpus e julgou inconstitucional a legislação antiterror (*Detainee Treatment Act – DTA*) que suspendia temporariamente tal direito.

Com esse último julgamento, ficou sedimentado que, para a Suprema Corte, os presos de Guantánamo continuariam titulares de todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Boumediene foi definitivamente libertado em novembro de 2008 e autorizado a imigrar para a França, onde vive recluso repleto de sequelas das torturas a que foi submetido nos anos de indevida prisão.

Também em 2008, houve sensível mudança na posição do Executivo. Barack Obama (1961 -...) foi eleito Presidente dos Estados Unidos pelo Partido Democrata, defendendo o fim da prisão em Guantánamo. Dois dias após sua posse, expediu a *Executive Order n.º 13.492* determinando o fechamento da prisão e a imediata transferência de todos os detidos para julgamento em corte cível no território americano. Parecia que tudo seria resolvido.

A mudança da política do Executivo, contudo, não foi suficiente para o fechamento definitivo da prisão. O Congresso, majoritariamente republicano e com apoio da dissidência democrata, passou a não liberar recursos para a transferência dos presos e aprovar várias medidas legislativas que inviabilizaram a decisão presidencial. O problema passou a ser para onde enviar os presos.

Havia forte resistência interna contra a transferência ou a libertação dos presos em território americano. Vários países também se recusaram a receber seus nacionais, que teriam de continuar em Guantánamo por falta de país que os aceitasse.

Em síntese, em virtude do sistema de freios e contrapesos, o Legislativo detinha poderes de barrar a decisão do Presidente e os exerceu com afincos, considerando a simbologia ideológica envolta na questão. Para o Legislativo, os valores preponderantes eram a segurança nacional e o combate ao terrorismo.

Obama reconheceu a derrota e recuou, expedindo a Ordem Executiva n.º 13.567, de 7 de março de 2011, que autoriza a continuidade de funcionamento da prisão de Guantánamo⁽³¹⁹⁾. O homem mais poderoso do mundo não pode tudo. Os poderes

319. “Um mês depois de assinar a Ordem Executiva que manteve aberto o presídio, Obama concedeu uma entrevista à Associated Press em que reconheceu não ter sido capaz de resolver a questão no tempo que imaginava, ressaltando que sem a cooperação do Congresso essa decisão não seria contemplada (Obviously I haven’t been able to make the case right now, and without Congress’s cooperation, we can’t do it), contudo, observou que não havia desistido do seu intento inicial (That doesn’t mean I stop making the case).

“Com o simples gesto de reconhecer a indispensabilidade do Legislativo na condução desse tema sensível à segurança nacional, o Presidente homenageia a Democracia, comporta-se como um verdadeiro ‘democrata’ e imprime efetividade ao princípio constitucional do *checks and balances*, conforme, aliás, ele havia lembrado no seu discurso no *National Archives* quase dois anos antes: (Because is our system of checks and balances, someone must always watch over the watchers – especially when it comes to sensitive administration – information). Em suma, não obstante a relevância do tema e a prioridade que Obama lhe emprestou, baixando uma Ordem Executiva no primeiro dia útil de governo, ele reconhecia como necessária a cooperação de outro Poder, muito embora houvesse opiniões no sentido de que o tema, por suas características, não estava sujeito à revisão direta do Legislativo.” SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões*, p. 233.

da República devem sempre dialogar e se respeitarem. Às vezes é necessário reconhecer a derrota para seguir em frente. O destino dos presos de Guantánamo ganhou uma simbologia ímpar na disputa ideológica e política na dividida sociedade americana. A prisão, agora com dimensões bastante reduzidas, com cerca de setenta reclusos, continua aberta. Boa parte dos prisioneiros foi libertada e enviada para outros países.

A guerra contra o terror não terminou e os seus limites constitucionais estão longe de ser delineados considerando as maiorias apertadas dos julgamentos na Suprema Corte. O tema é objeto de debate constitucional em vários países alvos de ações terroristas. Na prática, especialmente na democracia americana, para que uma importante decisão seja efetivada é necessário o alinhamento dos três poderes. Nenhum Poder da República consegue se impor sobre os outros em questão relevante de Estado.

CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil

Todos os Estados latino-americanos adotam a República, como forma de governo, e o Presidencialismo, como sistema de governo (³²⁰). A monarquia vigorou apenas no nosso período imperial (1822-1889) (³²¹) e no brevíssimo e *sui generis* reinado do Rei Maximiliano (1832-1867) no México (1864-1867) (³²²). Nos países latino-americanos de maior extensão territorial (Brasil, México, Argentina, Colômbia, Bolívia, Venezuela e Peru), prevaleceu o federalismo, com províncias ou estados autônomos, cujos governadores são eleitos pelo voto direto. Em suma, o

320. Hoje a única exceção é Cuba considerada uma república socialista.

321. A Constituição imperial de 1824 adotou a monarquia parlamentarista com o Imperador detendo o poder moderador.

322. O austríaco Maximiliano de Habsburgo-Lorena foi convencido por Napoleão III a aceitar a coroa do recém-fundado Império do México (1864-1867). Logo depois de assumir a coroa, perdeu apoio dos grupos conservadores e acabou sendo fuzilado em 1867.

constitucionalismo latino-americano foi fortemente influenciado pelo modelo de sistema político concebido pela Constituição Americana de 1787.

A influência mais direta do constitucionalismo norte-americano no Brasil deu-se com a primeira Constituição republicana de 1891. A dimensão de influência pode ser aquilatada pelo nome adotado da nação brasileira: *República dos Estados Unidos do Brasil*. Tal nome já estava contemplado no Decreto nº 1 do Governo Provisório (³²³), redigido por Rui Barbosa (1849-1923), que deu início à nova ordem jurídica republicana (³²⁴) (³²⁵), sendo, dias depois, convocada a Assembleia Constituinte (³²⁶).

O Governo Provisório formou uma comissão de cinco membros, também conhecida como Comissão de Petrópolis ou Comissão dos Cinco, presidida por Joaquim Saldanha Marinho (1816-1895) para a elaboração de um anteprojeto de Constituição. O

323. O Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil decreta:
Art. 1º. Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira – a República Federativa. (...)
15 de novembro de 1889, 1º da República.

324. A nova ordem jurídica foi instituída por meio de decretos do Governo Provisório recém-empossado, que legislou por decreto até a promulgação da Constituição de 1891.

325. “Mas o Decreto n.º 1 merece estudo ainda por outro motivo, que é a prova do predomínio do pensamento jurídico americano da proclamação, sobre o pensamento político francês da propaganda.

“As reminiscências da Constituição dos Estados Unidos afloram a cada momento, naquele texto de Rui Barbosa.” FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil*, 148.

trabalho da Comissão foi antes submetido aos ministros do Governo Provisório e, depois de várias emendas apresentadas por Rui Barbosa, resultou no anteprojeto de Constituição enviado à Assembleia Nacional Constituinte.

Após a convocação do poder constituinte expressa nos decretos do Governo Provisório, duzentos e cinco deputados e sessenta e três senadores foram eleitos nos seus respectivos estados em quinze de setembro de 1890. Os recém-eleitos deram início aos trabalhos constituintes em quinze de novembro de 1890, exatamente um ano depois da Proclamação da República. Os trabalhos tomaram como base o anteprojeto apresentado pelo Governo Provisório. Foram pouco mais de três meses de discussão e deliberação legislativa ⁽³²⁷⁾. A Constituição foi promulgada em vinte e quatro de fevereiro de 1891 ⁽³²⁸⁾. Boa parte do debate constitucional deu-se, na verdade, no interior do Governo Provisório na elaboração do anteprojeto.

326. Em vinte e um de dezembro de 1889, foi editado o Decreto nº 76-B, que convocou eleição geral para a Assembleia Constituinte.

327. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*, p 223.

328. O anteprojeto do Governo Provisório foi objeto de parecer prévio de uma comissão de vinte e um constituintes, posteriormente submetido à apreciação do plenário da Constituinte. A nova Constituição foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891. No dia seguinte, o Congresso Nacional elegeu os marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, respectivamente, Presidente e Vice-Presidente da República.

Rui Barbosa, Ministro da Fazenda do Governo Provisório e um declarado admirador dos Estados Unidos ⁽³²⁹⁾, foi idealizador do anteprojeto final apresentado pelo Governo Provisório, alterando substancialmente o trabalho da comissão inicial ⁽³³⁰⁾. A dimensão da influência do jurista baiano foi questionada pelo historiador do processo constituinte, Felisbello Firmo de Oliveira Freire (1858-1916), que deu maior relevância ao trabalho inicial da comissão presidida por Saldanha Marinho ⁽³³¹⁾. Com a publicação de suas *Obras Completas* ⁽³³²⁾, contudo, o papel de Rui Barbosa foi minuciosamente documentado com todas as emendas apresentadas em cada etapa do

329. “Rui Barbosa, como é sabido (e como ele mesmo declarou), tinha uma formação mais inglesa e americana do que francesa. Ele não era dado à filosofia política, mas ao direito. Por isto mesmo não era positivista nem afrancesado, mas constitucionalista e americanizado. Daí a influência enorme do direito americano (escrito e não escrito) sobre a Constituição brasileira de 1891, de que Rui foi o cérebro mais potente.” FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil*, 86.

330. “Comecei então, desde logo, a redigir a Constituição; à tarde, os meus colegas de Ministério jantavam comigo, ouviam o que eu havia escrito, concorriam com suas ideias e emendas, discutíamos, e, depois, íamos ao Itamarati ler os artigos ao Marechal. Assentaram os colegas que eu fosse o único a defender e explicar ao Chefe do Governo as disposições do futuro estatuto. Certa vez, o Marechal observou que só eu falava, ao passo que os colegas se conservavam silenciosos. “É que, respondi-lhe, sou o vogal de todos eles”. Assim apareceu o projeto de Constituição (...).” BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Volume XVII, Tomo I, A Constituição de 1891*, p. 9.

331. “Aqueles mesmo que firmaram seus nomes no decreto de nomeação e contribuíram para inutilizar o trabalho da Comissão, substituindo o projeto por um elaborado no seio do Governo, do qual, como o Sr. Rui Barbosa, querem constituir-se como a única força inspiradora, apresentando-se hoje como autores da nossa Constituição, quando de fato não passaram de simples copistas de trabalho já acabado.” FREIRE, Felisbello Firmo de Oliveira. *História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*, v. 2, p. 276.

332. BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Volume XVII, Tomo I, A Constituição de 1891*.

processo constituinte, desde o debate interno no Governo Provisório sobre o anteprojeto a ser apresentado até seus discursos proferidos na própria Assembleia Constituinte (³³³). As anotações de próprio punho de Rui Barbosa no texto em discussão evidenciam a dimensão da sua contribuição ao anteprojeto de Constituição enviado pelo Governo Provisório à Constituinte (³³⁴). Ademais, além de ter participado da elaboração do anteprojeto, Rui ainda foi eleito Senador pela Bahia e participou diretamente dos debates e votações da Assembleia Nacional Constituinte.

Assim como na Convenção de Filadélfia de 1787, a divisão de competências e recursos na Federação recém-instalada constituiu a maior polêmica dos trabalhos. A adoção da Federalismo era consenso, mas os constituintes dividiam-se em unionistas e federalistas; “os primeiros inclinados a dar mais poderes à União, os segundos em transferir para os estados o centro de

333. A principal contribuição de Rui Barbosa deu-se ainda na fase de elaboração do anteprojeto de Constituição pelo Governo Provisório. Todas as emendas sugeridas por ele estão cuidadosamente catalogadas em BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Volume XVII, Tomo I, A Constituição de 1891*, onde podemos comparar, artigo por artigo, o anteprojeto da Comissão presidida por Joaquim Saldanha Marinho, as emendas propostas por Rui Barbosa, o anteprojeto definitivo de Constituição do Governo Provisório e o texto final aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte. Consta também a transcrição de todos os discursos proferidos pelo Senador Rui Barbosa durante os trabalhos constituintes.

334. BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Volume XVII, Tomo I, A Constituição de 1891*, p. 219-356.

gravidade das competências, conferindo-lhes, por conseguinte, o máximo possível de autonomia e de recursos tributários.”⁽³³⁵⁾.

Apesar de ser um defensor histórico da adoção da Federação, Rui Barbosa aliou-se aos unionistas em virtude da realidade de escassez de recursos, quando ocupou o Ministério da Fazenda do Governo Provisório. Era preciso fornecer os meios para União atingir seus objetivos. Assim como Alexander Hamilton⁽³³⁶⁾, posicionou-se em todas as votações em prol da concentração de recursos na União, mas nem sempre obteve êxito. A primeira Constituição Republicana foi a que mais reservou competências e recursos para os estados da Federação.

A nova Constituição também adotou a divisão de poderes no modelo norte-americano. A chefia do Executivo era exercida por um Presidente da República com mandato de quatro anos⁽³³⁷⁾. O Poder Legislativo era bicameral. A Câmara dos Deputados representava o povo com seus membros eleitos em número proporcional à população de cada estado da Federação, respeitando-se o mínimo de quatro deputados por estado⁽³³⁸⁾. O Senado

335. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*, p 234.

336. “Rui foi o defensor das ideias essenciais do projeto que elaborara. E, como andava nessa ocasião encharcado de finanças, nada lhe pareceu mais importante do que evitar a vitória dos ultrafederalistas, sequiosos por sacrificarem as rendas da União em benefício dos Estados. Hamilton, aliás, também tivera de sustentar combate igual.” VIANA FILHO, Luis. *A vida de Rui Barbosa*, p. 238.

337. Artigos 41 a 46.

338. Artigo 28.

abandonara o modelo imperial da vitaliciedade dos seus membros, similar à Câmara dos Lordes inglesa, para tornar-se a Câmara da Federação, mas com três senadores eleitos por cada estado ⁽³³⁹⁾. Assim como expressamente previsto na Constituição Americana de 1787, os membros do Poder Legislativo não podiam ocupar cargos no Executivo, sem perder o mandato ⁽³⁴⁰⁾.

Também foi adotada a Federação com estados-membros com um amplo leque de competências legislativas e administrativas, ficando a capital, Rio de Janeiro, no Distrito Federal, em situação análoga à capital Washington no Distrito de Colúmbia ⁽³⁴¹⁾. Os institutos do veto presidencial no processo legislativo ⁽³⁴²⁾ e do *impeachment* ⁽³⁴³⁾ seguiram também o figurino da Constituição Americana.

Em relação ao Poder Judiciário, além de criar a Justiça Federal que passou a conviver com as Justiças Estaduais, de acordo também com o modelo norte-americano, foi estabelecido pela primeira vez o controle de constitucionalidade das leis, na modalidade difusa, a cargo de todos os juízes, competindo ao Supremo Tribunal Federal o julgamento, em última instância, dos recursos quando fosse

339. Artigos 30 a 33.

340. Artigo 23, § 2º.

341. Artigo 2º.

342. Artigo 37, § 2º.

343. Artigos 53 e 54.

contestada a validade das leis ou atos em face da Constituição ⁽³⁴⁴⁾. Por fim, o texto aprovado elencou a declaração dos direitos dos brasileiros e estrangeiros residentes no país ⁽³⁴⁵⁾.

O primeiro constituinte republicano distanciou-se do modelo norte-americano em questões pontuais, mas importantes. A eleição para Presidente da República passou a ser por via direta, não havendo previsão do chamado colégio eleitoral norte-americano e sendo vedada a reeleição ⁽³⁴⁶⁾. O mandato de senador era de nove anos e de deputado, três anos ⁽³⁴⁷⁾ ⁽³⁴⁸⁾. A competência legislativa e tributária dos entes federados foi expressa e minuciosamente elencada com a especificação da competência da entidade federativa para arrecadar cada tributo ⁽³⁴⁹⁾; ao contrário, o modelo norte-americano não desce a tal detalhamento.

Rui Barbosa foi voto vencido nas questões em que, na votação final, o constituinte afastou-se do modelo americano. Em relação ao meio de escolha do Presidente da República, por exemplo, o jurista baiano conseguiu alterar internamente o anteprojeto do Governo Provisório que, ao final, adotou a eleição indireta por via de

344. Artigo 59, § 1º, "b".

345. Artigo 72.

346. Artigo 47.

347. Artigo 31.

348. Nos Estados Unidos, o mandato do representante (deputado federal) é de dois anos e o do senador, seis anos.

349. Artigos 7º a 12.

colégio eleitoral nos mesmos moldes dos Estados Unidos ⁽³⁵⁰⁾. A adoção do sufrágio direto para a escolha do Presidente e Vice-Presidente só vingou na votação do plenário da constituinte ⁽³⁵¹⁾.

A teoria da divisão dos poderes chegou ao Brasil na forma concebida na Constituição Americana de 1787. Não sofremos influência direta de John Locke ou Montesquieu, mas apenas indireta por intermédio do modelo norte-americano. A adoção da República Federativa com eleição direta para o Chefe do Poder Executivo foi fundamental. Tomamos como modelo a teoria da divisão de poderes já realinhada pelo sistema de freios e contrapesos da primeira Constituição escrita e com o Chefe do Executivo eleito diretamente ⁽³⁵²⁾.

Nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1891, o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis, declarou, entre outros, a inconstitucionalidade de ato do Poder Executivo que determinou a reforma forçada de oficial militar fora dos casos previstos em lei ⁽³⁵³⁾,

350. A proposta final do Anteprojeto do Governo Provisório, devidamente manuscrita por Rui Barbosa, pode ser lida em BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Volume XVII, Tomo I, A Constituição de 1891*, p. 250.

351. Artigo 47.

352. A eleição direta do Presidente da República foi se aprimorando na nossa história republicana com a adoção do voto secreto pelo Código Eleitoral de 1932. A falta de sigilo no voto comprometeu a lisura das eleições na chamada República Velha (1891-1930).

353. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal, Volume I, Tomo I – 1891-1898 – Defesa das Liberdades Cívicas*, p. 61-66.

ou demissão, durante o estado de sítio, de um ocupante de cargo de professor vitalício na Escola Militar ⁽³⁵⁴⁾. Em ambos os casos, Rui Barbosa atuou como advogado.

O controle difuso também alcançou as leis estaduais. Em 1894, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais leis do Estado da Bahia que criaram impostos sobre o comércio interestadual, usurpando competência constitucional da União ⁽³⁵⁵⁾.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal também teve atuação destacada nos julgamentos dos *habeas corpus*, impetrados por Rui Barbosa, em favor dos envolvidos na Revolta da Armada (1893-1894) durante o Governo de Floriano Peixoto (1939-1895), que continuavam detidos mesmo depois do fim do estado de sítio ⁽³⁵⁶⁾. A concessão dos *habeas corpus* pelo Supremo provocou o primeiro conflito de poderes entre Judiciário e Executivo, que resistiu ao cumprimento das ordens judiciais ⁽³⁵⁷⁾.

O modelo norte-americano manteve-se influente nas Constituições subsequentes, mas com menor intensidade nas Constituições antidemocráticas de 1937 e 1967/69. O Presidencialismo também continuou prevalecendo, com exceção da

354. RODRIGUES, Lêda Boechat. Op. cit., p. 66-68.

355. RODRIGUES, Lêda Boechat. Op. cit., p. 73-81.

356. RODRIGUES, Lêda Boechat. Op. cit., p. 15-60.

357. RODRIGUES, Lêda Boechat. Op. cit., p. 50-57.

breve experiência parlamentarista (1961-1963). Já a Federação somente deixou de ter respaldo constitucional durante a vigência da autoritária Constituição de 1937 (1937-1946).

Com a Constituição democrática de 1946, o texto constitucional passou a refletir, cada vez mais, as novas funções do estado de bem estar social com um disciplinamento mais minudente de sua intervenção nas ordens econômica e social ⁽³⁵⁸⁾, seguindo a tendência mundial do pós-guerra. Foram, contudo, mantidos os pilares da Constituição de 1891, Presidencialismo e Federação no modelo norte-americano, inclusive a denominação *Estados Unidos do Brasil*.

Presidencialismo de Coalização

Concentraremos agora a análise sobre a Constituição Federal de 1988, que representou a retomada do regime democrático no país após mais de vinte anos de regime de exceção. A Assembleia Nacional Constituinte de 1988 representou não só a retomada do estado de direito, mas também o fim da influência hegemônica do constitucionalismo norte-americano. O país já atravessara quase um século de República e seria a sexta Constituição a ser promulgada. Estávamos saindo de um longo estado de exceção. Os constituintes também receberam a influência da ainda recente e

358. BALEEIRO, Aliomar. LIMA SOBRINHO, Barbosa. *A Constituição de 1946*.

parlamentarista Constituição portuguesa (1976) ⁽³⁵⁹⁾, fruto da transição para democracia da ditadura salazarista. A aproximação linguística, temporal e as similitudes das transições democráticas contribuíam para este intercâmbio.

Após mais de vinte anos de estado de exceção, a maioria dos constituintes pugnava por instrumentos mais efetivos de controle sobre o Executivo e pelo fortalecimento do Legislativo como centro das grandes decisões nacionais ⁽³⁶⁰⁾.

A escolha do sistema de governo entre o Presidencialismo e o Parlamentarismo foi uma das maiores polêmicas do processo constituinte. Durante a fase inicial das comissões temáticas até o Anteprojeto aprovado pela Comissão de Sistematização ⁽³⁶¹⁾, o Parlamentarismo era o sistema de governo de preferência da maioria dos constituintes. Somente com a formação do bloco parlamentar mais conservador denominado Centrão, o quórum de deliberação previsto no regimento interno da Constituinte foi

359. CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a influência recebida da Constituição da República Portuguesa de 1976*.

360. “Pode-se afirmar que o Legislativo começa a ser Poder com a promulgação da nova Carta Constitucional.

“Mas para que se afirme essa condição de Poder, na tríplice e clássica valoração do equilíbrio que a estrutura democrática consagrou, é indispensável que o Congresso esteja efetivamente aparelhado para as suas específicas atribuições ampliadas pela Constituição.” BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*, p. 503.

361. <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>, acesso em 20 de outubro de 2016.

alterado, possibilitando a vitória do Presidencialismo, defendido com veemência pelo então Presidente José Sarney (1930-...), na votação em plenário, em primeiro turno, por 343 votos a favor e 213 contra ⁽³⁶²⁾.

O Presidencialismo por fim acolhido, no entanto, ficou desfigurado, pois já haviam sido aprovados pela Constituinte institutos incompatíveis com a rigidez do modelo norte-americano, tais como a medida provisória ⁽³⁶³⁾, o sistema eleitoral proporcional nas eleições legislativas ⁽³⁶⁴⁾, o multipartidarismo ⁽³⁶⁵⁾, as leis delegadas ⁽³⁶⁶⁾, a iniciativa legislativa privativa do Presidente da República de certas leis ⁽³⁶⁷⁾, o regime de urgência constitucional no trâmite legislativo de projetos de iniciativa do Executivo ⁽³⁶⁸⁾ e a iniciativa do Presidente da República para propor emenda constitucional ⁽³⁶⁹⁾. Foram dois movimentos, nem sempre harmônicos entre si. Por um lado, o fortalecimento do Legislativo; por outro, a maior participação do Executivo na agenda e no processo legislativo. Nosso Presidencialismo ganhou singularidades que o afastou do modelo norte-americano, ganhando ares de Parlamentarismo.

362. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil* p. 464-468.

363. Artigo 62 da C.F..

364. Artigo 45 da C.F.

365. Artigo 17 da C.F.

366. Artigo 68 da C.F.

367. Artigo 61, § 1º, da C.F.

368. Artigo 64 da C.F.

369. Artigo 60, II, da C.F.

Com intuito de viabilizar politicamente a maioria necessária à aprovação do Presidencialismo, foi também prevista, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, a realização de plebiscito, no qual os eleitores iriam decidir definitivamente a forma de governo e o sistema de governo ⁽³⁷⁰⁾. Em 1993, o plebiscito ratificou as decisões do constituinte em prol da República e do Presidencialismo.

No Presidencialismo norte-americano há uma separação e independência mais rígidas entre o Executivo e Legislativo. Os representantes de ambos os poderes são escolhidos em eleições simultâneas e autônomas ⁽³⁷¹⁾. O sistema eleitoral, em todos os níveis, é majoritário ⁽³⁷²⁾ ⁽³⁷³⁾ com cada membro da Câmara de Representante sendo eleito por um distrito eleitoral e cada senador por seu respectivo estado. A combinação do sistema majoritário-distrital com o bipartidarismo ⁽³⁷⁴⁾ ⁽³⁷⁵⁾ facilita a formação de maioria

370. Artigo 2º do ADCT.

371. A eleição presidencial norte-americana coincide com a eleição da totalidade da Câmara de Representantes e de parte do Senado.

372. Sistema eleitoral é o conjunto de regras que disciplinam a escolha dos representantes políticos por meio de eleições.

373. No sistema eleitoral majoritário vence a eleição o candidato com mais voto. Nos Estados Unidos não há segundo turno, o vencedor precisa obter a maioria simples no distrito eleitoral, no caso do representante (deputado), ou no estado, no caso de senador.

374. “O sistema dos EUA é presidencialista, bipartidário e majoritário-distrital.” ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro*.

375. Apesar de formalmente existir o pluripartidarismo, permitindo também candidaturas independentes sem filiação partidária, apenas os partidos Republicano e Democrata possuem representação no Congresso e apresentam

legislativa mais afinada com o Executivo. O eleitor tende a escolher um representante para o Legislativo mais afinado com seu candidato a Presidente. A imensa maioria dos congressistas é reeleita em cada eleição, enquanto no Brasil o índice de renovação da Câmara dos Deputados é próximo de cinquenta por cento (³⁷⁶)

Nos Estados Unidos, o Chefe do Executivo pode conviver com uma maioria oposicionista em uma ou nas duas casas do Congresso. Tal fato tem sido comum nas últimas décadas e tem causado dificuldades adicionais ao governo na implantação de políticas públicas, mas não a sua inviabilidade ou paralisia. O Legislativo é exclusivamente composto por dois partidos, um da situação e outro da oposição. Não surgem coligações partidárias após a eleição presidencial para dar sustentação parlamentar ao novo governo. A composição partidária do Legislativo pouco se altera, salvo em virtude do resultado das eleições de dois em dois anos. As eventuais dissidências nos dois partidos são pontuais e anunciadas com boa antecedência das votações. A relação política entre os poderes tem uma racionalidade e previsibilidade maiores (³⁷⁷).

candidatos competitivos para a Presidência. Há pluripartidarismo formal, mas, na prática política, prevalece o bipartidarismo.

376. Nas eleições de 2014, 56,3% dos deputados federais foram reeleitos, conforme informações da própria Câmara dos Deputados, <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475450-INDICE-DE-RENOVACAO-DE-PARLAMENTARES-NA-CAMARA-CHEGA-A-43,7.html>

377. “O principal argumento em defesa dos sistemas majoritários é que eles favorecem a criação dos governos majoritários de um único partido, configuração que teria duas virtudes. A primeira, tradicionalmente associada aos governos

O voto distrital uninominal facilita o acompanhamento, por parte dos eleitores, da atuação do representante do distrito eleitoral, que é cobrado, sobretudo, em função do seu posicionamento nas votações mais relevantes. “A eleição de um único nome por área geográfica (distrito eleitoral) permite que os eleitores tenham mais facilidade para identificar seu representante no Legislativo, acompanhar o desempenho de seu mandato e entrar em contato com esse deputado” ⁽³⁷⁸⁾.

A adoção do sistema majoritário nas eleições legislativas incentiva também o bipartidarismo. A preferência do eleitor concentra-se nas opções mais viáveis. Em síntese, o sistema político norte-americano é moldado para assegurar a governabilidade, pois o caminho para o Presidente obter maioria no Congresso é bem menos tortuoso em um sistema eleitoral majoritário com bipartidarismo. O funcionamento das instituições depende da combinação entre os sistemas de governo e eleitoral.

No atual parlamentarismo inglês, como o governo é o representante da maioria do Parlamento, é da sua

parlamentaristas, é a produção de gabinetes mais estáveis politicamente e duradouros. A segunda, que tem aparecido com mais frequência na literatura mais recente, diz respeito a um maior controle dos eleitores sobre a natureza do governo que será formado. Em um sistema de maioria unipartidária não haveria necessidade de coalizões pós-eleitorais para formar o gabinete (ou o ministério, nos países presidencialistas). Com isso, para o eleitor é mais fácil acompanhar as políticas implementadas pelo governo ao longo do mandato, bem como utilizar seu voto para recompensar e punir esse governo.” NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*, p. 60.

378. NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*, p. 21.

essência o apoio do Legislativo às propostas apresentadas pelo Primeiro-Ministro. Uma única derrota em votação no Legislativo pode significar a perda da maioria e inviabilizar a continuidade do governo. É a reponsabilidade política do gabinete ⁽³⁷⁹⁾. Por meio da aprovação de um voto de desconfiança, o Parlamento provoca a queda do Primeiro-Ministro e seu gabinete. É inadmissível no Parlamentarismo um governo sem maioria no Legislativo. O impasse político é resolvido pela formação de um novo governo capaz de obter o apoio da maioria do Parlamento ou pela convocação imediata de novas eleições destinadas à formação de uma nova maioria parlamentar. O Parlamentarismo tem maior flexibilidade para resolver impasses institucionais pela mudança do governo de acordo com as regras constitucionais ⁽³⁸⁰⁾. Como o primeiro-ministro não tem mandato fixo, pois governa enquanto tiver maioria no Parlamento, o sistema amolda-se às crises e impasses políticos. As mudanças de governo não têm data pré-estabelecida, basta haver a necessidade política de alternância de poder.

379. “O Primeiro-Ministro e o Ministério todo dependem da *confiança da maioria parlamentar*, com a consequência de que, perdida esta, devem demissionar, ainda que contem o apoio do monarca. É o princípio da *responsabilidade política do Gabinete*, elemento chave do parlamentarismo.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*, p. 7.

380. “O segundo mérito do parlamentarismo seria a sua *flexibilidade*. Ou seja, podendo o Gabinete ser derrubado pela maioria parlamentar a qualquer momento, por motivos de mera conveniência política, isso propiciaria um governo sempre em consonância com as necessidades do momento. A qualquer tempo um Gabinete cuja política não dá bons frutos, ou que é maculado pela corrupção, pode ser afastado sem traumas nem crises sucessórias, típicas do fim de mandato presidencial, no regime presidencialista, que em determinados países ameaçam a estabilidade das instituições.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*, p. 14.

No Reino Unido, o sistema eleitoral é majoritário e distrital (³⁸¹), o que incentiva o bipartidarismo. Atualmente, das seiscentas e cinquenta cadeiras da Câmara dos Comuns, quinhentas e sessenta cadeiras são ocupadas por representantes eleitos pelos dois principais partidos políticos (Partido Conservador e Partido Trabalhista), enquanto as demais, com exceção das cinquenta e quatro ocupadas pelo Partido Escocês, estão pulverizadas em pequenos partidos, na maioria de caráter regional, com bancadas inferiores a uma dezena (³⁸²). Desde 1922, os Primeiros-Ministros que chefiaram os governos pertenceram aos dois atuais principais partidos políticos. O sistema eleitoral majoritário-distrital e o bipartidarismo na prática política são uns dos principais responsáveis pela estabilidade política. A adoção do voto distrital uninominal, como no exemplo norte-

381. “O Reino Unido utiliza o sistema de maioria simples para as eleições de representantes à Câmara dos Comuns desde a origem do Parlamento medieval em 1264. A partir de 1430, em cada condado, todos os proprietários que preenchessem os critérios estabelecidos tinham o direito de votar em dois representantes para a Câmara dos Comuns. Por essa razão, até o século XIX, a representação majoritária esteve fortemente ligada à noção de representação de comunidades, e não de partidos ou grupos de indivíduos. O distrito de um representante começou a ser utilizado no Reino Unido em 1707, passou a predominar em 1885 e somente em 1948 passou a ser utilizado com exclusividade.

‘Atualmente o Reino Unido é dividido em 659 distritos, cada um com cerca de 69 mil eleitores. Nas eleições para a Câmara dos Deputados (Câmara dos Comuns) os eleitores votam em uma cédula de papel que traz o nome, o partido (candidatos independentes podem concorrer) e o endereço de cada concorrente.’ NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*, p. 60.

382. Atualmente, as cadeiras da Câmara dos Comuns do Reino Unido são assim distribuídas: Partido Conservador (330), Partido Trabalhista (230), Partido Escocês (54), Liberal Democratas (8), Partido Unionista (8), Sinn Féin (4), Partido do País de Gales (3), PSDT (3), Unionista Ulster (2), Partido Independência (1), Partido Verde (1) e Independentes (4), segundo o site oficial

americano, induz o eleitor a priorizar o voto em função das questões nacionais e a exercer uma fiscalização mais efetiva sobre o desempenho do eleito.

Em ambos os sistemas de governo, presidencialista e parlamentarista, o Chefe do Executivo, Presidente ou Primeiro-Ministro, busca sempre formar maioria legislativa para aprovar as medidas necessárias ao cumprimento de seu plano de governo. Com tal objetivo, podem ser formadas coalizões partidárias com partidos políticos diversos daquele a que pertence e foi eleito o Chefe do Executivo. Somente quando o partido do Chefe do Executivo sozinho conquista a maioria absoluta das cadeiras do Legislativo, não há necessidade da formação de uma coalizão partidária de sustentação do governo. A coalizão envolve, em um processo de negociação, a indicação pelos partidos de pessoas para ocupar altos postos do Executivo. Quanto mais elástica a coalizão, menor será a unidade programática dos partidos participantes e maior o risco de estabilidade (³⁸³). Esta tem sido a realidade da política no mundo.

da Câmara dos Comuns: <http://www.parliament.uk/commons/>, acesso em 26 de outubro de 2016.

383. “As coalizões excedentes contém ainda mais facções e têm potencial significativamente mais alto de instabilidade em comparação às coalizões simples ou “naturais”. Encontro na análise matemática das teorias de formação de coalizões descritas por Kahan e Rapoport a justificativa teórica da maior instabilidade das coalizões excedentes. Ela mostra que, quando há excedentes à maioria na coalizão, o que determina vantagens diferenciadas na participação, há mais instabilidade e maior propensão à dissidência. Aumentam as pressões por vantagens para permanecer na coalizão. Quanto menor a coalizão e mais próximos os interesses dos seus parceiros, menor a instabilidade e vice-versa. O “núcleo duro” da coalizão, formado pelos partidos maiores que somam a maioria

O Brasil não fugiu a essa regra geral da política. Já na vigência da Constituição de 1946, a formação dos ministérios no nosso Presidencialismo visava, sobretudo, assegurar a maioria nas duas casas do Legislativo por meio da cooptação de partidos e dos governadores, sempre muito influentes nas respectivas bancadas estaduais do Congresso Nacional ⁽³⁸⁴⁾. As principais crises institucionais do período ⁽³⁸⁵⁾ foram devidamente acompanhadas por uma falta de apoio parlamentar do Presidente da República.

Nestes vinte e oito anos de vigência da Constituição de 1988, todo Presidente, tão logo eleito, estabeleceu como prioridade política a formação de uma coalizão partidária com maioria no Congresso Nacional, pois seu partido, ou coligação partidária, isoladamente, não era suficiente para assegurar tal maioria. Neste período, o partido do Presidente da República eleito nunca atingiu uma bancada maior do que um quinto da Câmara dos

simples, tende a ser mais coeso, mesmo quando não são ideologicamente contíguos." ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *O paradoxo da maioria no presidencialismo de coalizão*, p. 7.

384. A composição dos ministérios com as respectivas filiações partidárias, assim como a das duas casas do Legislativo durante todo período, podem ser encontradas, devidamente acompanhadas com as respectivas análises, em HIPOLITO, Lúcia. *De Raposas e Reformistas: o PSD e a experiência democrática brasileira (1945-64)*.

385. Podemos citar, entre as várias, as três principais crises de governabilidade durante a vigência da Constituição de 1946, a saber: o suicídio do Presidente Getúlio Vargas em 1954; a renúncia do Presidente Jânio Quadros e o golpe militar que derrubou o Presidente João Goulart em 1964. Nas três crises, as Forças Armadas tiveram participação ativa, intervindo diretamente no governo civil.

Deputados ⁽³⁸⁶⁾, o que torna bastante complexa, quiçá impossível, a formação de maioria parlamentar sem comprometer o programa de governo aprovado nas urnas. O partido do Presidente sequer teve a maioria absoluta entre os parlamentares pertencentes à coalizão governista.

Em decorrência de suas singularidades, a prática do nosso Presidencialismo, passou a ser conhecida, na ciência política, como *Presidencialismo de Coalização*. Trata-se da modalidade de Presidencialismo, na qual o Presidente da República busca necessariamente “compor uma maioria parlamentar para legitimar as políticas de seu governo” em um sistema eleitoral proporcional com grande fragmentação partidária ⁽³⁸⁷⁾. A falta da almejada maioria parlamentar compromete governabilidade e, por consequência, o próprio governo.

A expressão *Presidencialismo de Coalização* foi cunhada pela primeira vez pelo cientista político Sérgio Abranches, em artigo publicado pouco antes da promulgação da Constituição de

386. A Câmara dos Deputados é composta de 513 deputados federais. Nas eleições de 1990, o Partido da Reconstrução Nacional – PRN, do então Presidente Fernando Collor de Mello, conquistou 40 cadeiras. Nas eleições de 1994 e 1998, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, elegeu, respectivamente, 63 e 99 deputados federais. O Partido dos Trabalhadores – PT, do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, elegeu 91 e 83 deputados federais nas eleições de 2002 e 2006. Por fim, a Presidente Dilma Rousseff elegeu-se em 2010 e 2014 com o PT elegendo uma bancada de 86 e 69 deputados federais, respectivamente.

387. AMARAL JÚNIOR, José Levi do. “Prefácio”. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão – exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

1988 ⁽³⁸⁸⁾, para designar a prática política das relações de poder entre o Executivo e o Legislativo, abrangendo o período pós Constituição de 1946 e o que já se prenunciava com a Constituição ainda não promulgada de 1988 ⁽³⁸⁹⁾.

O também cientista político Fernando Papaterra Limonge não enxerga anormalidade, em si, na busca do Presidente da República no Brasil por uma maioria no Congresso, por meio de coligações partidárias capazes de implantar a sua agenda política ⁽³⁹⁰⁾. “O governo controla a produção legislativa e esse controle é resultado da interação entre poder de agenda e apoio da maioria. Maioria reunida por uma coalizão partidária pura e simples. Nada muito diverso do que se passa nos governos parlamentaristas. Ou seja, não há bases para tratar o sistema político brasileiro como singular. Muito menos, para dizer que estaríamos diante de uma democracia com sérios problemas, ameaçada por alguma síndrome ou patologia causada quer pela separação de poderes, quer pela fragilidade de seus

388. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro*.

389. VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. *Presidencialismo de coalização – exame do atual sistema político brasileiro*.

390. “Por obviedade, sabe-se que tem o termo *agenda* relação com compromissos e momento em que são eles assumidos. Assim, para a Ciência Política, é ele definido como a *capacidade de determinar não somente quais propostas serão consideradas*, o que indica serem os poderes legislativos do presidente determinantes de seu funcionamento, já que se trata de meios que servem à influência do processo legislativo.” SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo de coalizão*, p. 129.

partidos” (³⁹¹). Apesar de o sistema político brasileiro ser constitucionalmente presidencialista, o Presidente da República, como no Parlamentarismo, necessita de uma maioria governista no Congresso Nacional. Diante da realidade do *Presidencialismo de Coalizão*, Limongi conclui que “a distância entre governos presidencialista e parlamentarista é menor do que normalmente se supõe” (³⁹²).

Nosso Presidencialismo, segundo Sérgio Abranches, tem singularidades em decorrência das dimensões do país e do sistema eleitoral adotado. Primeiro Abranches constata a grande diversidade socioeconômica do país com dimensões continentais e repleto de demandas sociais em uma democracia recente. Em meio a tal diversidade, a ação política também reflete um pluralismo de valores que vai do clientelismo puro até o bem estruturado agir ideológico (³⁹³), sendo extremamente difícil a construção de pensamento ideológico hegemônico. A diversidade impulsiona a pulverização das posições políticas e não a sua convergência.

Segundo, o Presidencialismo brasileiro, ao contrário do modelo norte-americano, convive com o sistema eleitoral

391. LIMONGE, Fernando Papaterra *Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório*. In: *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 16, p. 25.

392. LIMONGE, Fernando Papaterra *Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório*. In: *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 16, p. 28.

393. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro*, p. 6.

proporcional de lista aberta nas eleições para deputado federal ⁽³⁹⁴⁾. Se por um lado, o sistema proporcional reflete melhor a diversidade de opiniões na sociedade ⁽³⁹⁵⁾, de outro, alimenta a alta fragmentação partidária verificada no interior da Câmara dos Deputados. Nosso quadro partidário no país é profundamente disperso. ⁽³⁹⁶⁾. Nunca na história o país teve tantos partidos políticos. Neste cenário, a formação de um governo hegemônico e com maioria enfrenta dificuldades adicionais quase intransponíveis.

A maior parte dos partidos políticos não foi formada com base em uma unidade programática mínima e representa, na prática, interesses secundários na sociedade. Muitos são verdadeiros balcões de negócios voltados à venda de legenda e horário eleitoral gratuito. Essa elevada pulverização da representação partidária dificulta tanto a tomada de decisões como a formação de pactos para a sustentação dos planos de governo.

394. “A lista aberta é utilizada em um número reduzido de países (Brasil, Finlândia, Polônia e Chile) nos quais o procedimento é o mesmo: cada partido apresenta uma lista de candidatos não-ordenada e o eleitor vota em um dos nomes; os votos recebidos pelos candidatos da lista são somados e utilizados para definir o número de cadeiras conquistadas pelo partido; estas serão ocupadas pelos candidatos mais votados.” NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*, p. 56.

395. “A fórmula proporcional tem duas preocupações fundamentais: assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Legislativo e garantir uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos e sua representação. A principal virtude da representação proporcional, segundo seus defensores, estaria na sua capacidade de espelhar no Legislativo todas as preferências e opiniões relevantes existentes na sociedade.” NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*, p. 37.

396. Há atualmente vinte e seis partidos com representação na Câmara dos Deputados e nenhum deles detém sequer quinze por cento das quinhentas e

O sistema eleitoral proporcional prioriza a representatividade e não a governabilidade. “A fórmula proporcional tende a punir menos os pequenos partidos e a produzir maior fragmentação parlamentar. Nesse cenário, dificilmente um único partido consegue maioria absoluta das cadeiras, e precisa fazer alianças pós-eleitorais com outros partidos para governar. Além de produzir governos menos estáveis, essas coligações muitas vezes afastam o governo formado das preferências definidas pelos eleitores nas urnas. Por exemplo, um partido de esquerda que precisa de apoio parlamentar de um partido de centro acabará tendo de implementar políticas mais moderadas, diferentes das apresentadas para os eleitores durante as eleições. Na realidade, a crítica é menos à representação proporcional e mais ao tipo de governo que ela tende a produzir (de coalizão)” ⁽³⁹⁷⁾.

A pulverização partidária é ainda mais incentivada pela ausência de cláusula de barreira, também conhecida como cláusula de exclusão ou de desempenho. Trata-se de regra que condiciona o acesso do partido político à representação parlamentar ao atingimento de determinado percentual de votos. A cláusula de barreira existe em países como Alemanha, Espanha, Grécia, Polônia, Romênia e Suécia ⁽³⁹⁸⁾ sempre com objetivo de se evitar a fragmentação

treze cadeiras, segundo dados do próprio site oficial <<http://www.camara.leg.br>>, acesso em 09 de setembro de 2016.

397. NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*, p. 60.

398. NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*, p. 51.

partidária excessiva e de facilitar a construção de maiorias parlamentares viabilizadoras da governabilidade. Não se trata de impedir a existência dos partidos políticos, mas de se estabelecer critérios mais rígidos de acesso à representação legislativa. Na Alemanha, por exemplo, um partido político somente tem direito à representação parlamentar no *Bundestag*, se atingir cinco por cento do total de votos válidos.

Hoje no Brasil há trinta e cinco partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral – TSE e cinquenta e três em processo de formação ⁽³⁹⁹⁾. Todos os partidos registrados têm direito aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei ⁽⁴⁰⁰⁾. São vinte e seis partidos políticos com representação na Câmara dos Deputados, dos quais apenas dois, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB e o Partido dos Trabalhadores – PT, possuem uma bancada maior do que dez por cento do total de deputados federais ⁽⁴⁰¹⁾. A Câmara dos Deputados

399. <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>, acesso em 16 de novembro de 2016.

400. Artigo 41-A e 48 da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9096/95).

401. As quinhentas e treze cadeiras na Câmara dos Deputados estão assim distribuídas: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB (67), Partido dos Trabalhadores – PT (58), Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (48), Partido Popular – PP (47), Partido da República – PR (42), Partido Social Democrático PSD (37), Partido Socialista Brasileiro PSB (33), Democratas - DEM (28), Partido Republicano Brasileiro - PRB (22), Partido Democrático Trabalhista PDT (19), Partido Trabalhista Brasileiro – PTB (18), Solidariedade – SD (14), Partido Trabalhista Nacional - PTN (13), Partido Comunista do Brasil - PC do B (11), Partido Popular Socialista – PPS (8), Partido Social Cristão – PSC (8), Partido Humanista da Solidariedade – PHS (7), Partido Verde – PV (6), Partido Republicano da Ordem Social – PROS (6), Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (6), Rede Sustentabilidade – REDE (4), Partido Trabalhista do

atingiu o seu maior grau de fragmentação partidária da história republicana.

O Supremo Tribunal Federal já considerou inconstitucional a tentativa legislativa de introdução da cláusula de barreira pela Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9096/95), em seu artigo 13 ⁽⁴⁰²⁾, que condicionava a representação parlamentar ao “apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles” ⁽⁴⁰³⁾. O dispositivo promulgado em 1995 teve sua eficácia postergada para as eleições de 2006, mas, antes de produzir efeitos, foi considerado inconstitucional, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

A cláusula de barreira não impede ou cria empecilho à criação de partidos políticos, o que violaria a liberdade partidária e os princípios do pluralismo político e do pluripartidarismo

Brasil -PT do B (4), Partido Ecológico Nacional – PEN (3) Partido Social Liberal – PSL (2), Partido da Mulher Brasileira – PMB (1), Partido Republicano Progressista –PRB (1), segundo dados do próprio site oficial <<http://www.camara.leg.br>>, acesso em 09 de setembro de 2016.

402. Adins nºs 1.351-3 e 1.354-8, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Social Cristão – PSC e julgadas procedentes, por unanimidade, em 07.12.2006.

403. Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

(⁴⁰⁴) (⁴⁰⁵), como já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Ela apenas eleva o coeficiente eleitoral para acesso à representação parlamentar. Tal medida é importante para se diminuir os impactos negativos à governabilidade provocados pelos efeitos conjuntos da fragmentação partidária e do sistema proporcional. O percentual mínimo de votos distribuídos em vários estados da Federação assegura o caráter nacional do partido político, conforme diretriz constitucional.

Uma nova tentativa de imposição de adoção de cláusula de barreira submeter-se-á a um rígido controle de constitucionalidade. A proposta precisa se compatibilizar com o pluralismo político e o pluripartidarismo, expressamente assegurados na Constituição. Atualmente, a cláusula de barreira é objeto de propostas de reforma política em discussão no Congresso Nacional,

404. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - **o pluralismo político**. (grifamos)

405. Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, **o pluripartidarismo**, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. (grifamos)

tais como a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 36/2016, que já foi aprovada em primeiro turno pelo Senado Federal ⁽⁴⁰⁶⁾. A referida PEC propõe uma cláusula de barreira de dois por cento e ainda precisa ser aprovada no Senado Federal em mais um turno e na Câmara dos Deputados em dois turnos, além de ter de passar, certamente, pelo crivo do controle abstrato da constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Com a multiplicidade de partidos políticos e a pequena dimensão do partido do Presidente da República, com uma bancada bem aquém da maioria parlamentar, a tarefa do Chefe do Executivo de formar a coalizão de sustentação do governo apresenta um alto custo que, por vezes, compromete o seu programa de governo. O ministério tem sido composto por indicados das bancadas dos partidos da coalização e a escolha cada vez mais tem recaído sobre parlamentares ⁽⁴⁰⁷⁾, visto não haver impedimento constitucional para o congressista ocupar cargo no Executivo, necessitando apenas se licenciar do mandato ⁽⁴⁰⁸⁾. Terminado o exercício da função executiva, o parlamentar retoma o mandato legislativo e dá sequência à sua trajetória política depois de um período de maior projeção no ministério.

406. Texto aprovado em primeiro turno pelo Senado Federal pode ser encontrado em <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=202690&tp=1>, acesso em 14 de novembro de 2016.

407. Uma das características do Parlamentarismo, e não do Presidencialismo, é ter um ministério composto exclusivamente de parlamentares, que não se afastam das funções legislativas para ocupar o cargo executivo.

408. Artigo 56, I da C.F.

No parlamentarismo, a perda de uma votação no Legislativo pode provocar o voto de desconfiança política e a consequente queda do governo. É da essência do governo parlamentarista deter a maioria nas casas legislativas. Afinal, é o governo da maioria do Parlamento. No aspecto jurídico-constitucional, no Presidencialismo, o Presidente pode perfeitamente perder votações importantes no Legislativo, o que não implica perda do cargo (⁴⁰⁹), pois formalmente ele não depende da maioria parlamentar. Na prática política da América Latina, no entanto, um Presidente dificilmente termina o mandato, se estiver em minoria no Legislativo.

O Presidencialismo, especialmente o *Presidencialismo de Coalizão*, não possui a mesma flexibilidade do Parlamentarismo na solução dos impasses entre o Executivo e o Legislativo. É o que observa Sérgio Abranches em recente artigo. “A propensão de nosso sistema político ao conflito entre Executivo e Legislativo decorre da instabilidade inerente às coalizões. O *Presidencialismo de Coalizão*, como todo regime no qual o governo depende de uma aliança multipartidária majoritária, tem que lidar com a mudança nos humores dos partidos que a compõem. Mas, ao contrário dos regimes parlamentaristas, não dispõe de mecanismos políticos

409. “(...) cabe notar que presidentes podem correr riscos que, por vezes, primeiros-ministros não podem, uma vez que derrotas não implicam perda de cargo. Logo, é de se esperar que o governo, sob o presidencialismo, sofra maior número de derrotas sem que isso signifique paralisia ou conflito insuperável com o Legislativo.” LIMONGE, Fernando Papaterra *Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório*. In: *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 16, p. 25.

ágeis para enfrentar impasses previsíveis entre o governo e o legislativo, na coalizão e entre a União e os estados, com reflexo nas relações executivo-legislativo. Daí o impasse muitas vezes desembocar em crises políticas e na paralisia decisória.” ⁽⁴¹⁰⁾.

Após a promulgação da Constituição de 1988, no entanto, o Presidente da República tem convivido com o risco de não terminar o mandato, se não tiver uma sólida maioria parlamentar demonstrada em reiteradas derrotas parlamentares. Dois Presidentes da República, Fernando Collor de Mello (1947 -...) e Dilma Rousseff (1947-...), perderam a maioria parlamentar, conforme ficou evidenciado em reiteradas votações, e foram afastados por meio de *impeachment* antes do término do mandato ⁽⁴¹¹⁾.

Já os Presidentes Fernando Henrique Cardoso (1931-...) e Luiz Inácio Lula da Silva (1945-...), pertencentes a partidos e correntes políticas distintas, cumpriram dois mandatos sucessivos com base de apoio congressional por meio de ampla coalizão. Os vários pedidos de *impeachment* apresentados contra ambos não foram admitidos pelo voto de ampla maioria da Câmara dos

410. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Os limites da judicialização no presidencialismo de coalizão*.

411. Evidente que os afastamentos não podem ser explicados exclusivamente pela falta de maioria no Congresso, mas certamente sem ela os dois processos de *impeachment* não teriam tido êxito. Concorrem também, no aspecto político, para a procedência do *impeachment*, a crise econômica, uma forte mobilização popular, a corrupção no governo e fatos, em tese, configurados como crime de responsabilidade.

Deputados ⁽⁴¹²⁾ ⁽⁴¹³⁾. Os dois presidentes citados foram, cada um a seu modo, bons gestores do *Presidencialismo de Coalizão*, mas sacrificaram seus programas de governo para manter as respectivas coalizões.

Importante medir os custos da governabilidade. O governo muitas vezes fica refém de sua própria base parlamentar de sustentação. Um grupo de interesse minoritário na sociedade, mas abrigado na maioria parlamentar, pode impedir iniciativas legislativas contrárias ao seu interesse localizado dentro da própria coalizão governamental. É mais fácil defender seus interesses dentro da bancada governista. Tal diversidade de apoio pode gerar paralisia na apresentação de propostas de governo. Temas candentes na sociedade ficam sem ação governamental em prol da manutenção da coalizão partidária. O processo de decisão política fica paralisado.

Os Presidentes da República eleitos têm loteado os ministérios entre os partidos da coalizão, boa parte indicada por partidos políticos que sequer o apoiaram na eleição. O Presidente se vê forçado a relativizar ou abrir mão de parte considerável de seu

412. Em 1999, o então deputado federal Milton Temer (PT-RJ) apresentou pedido de *impeachment* contra o Presidente Fernando Henrique Cardoso em virtude da execução do Programa de Estímulo à Recuperação do Sistema Financeiro Nacional – PROER.

O então Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer (PMDB-SP), arquivou o pedido. A oposição recorreu ao plenário e o arquivamento foi ratificado por 342 votos a 100, com 3 abstenções.

413. Foram 34 pedidos de *impeachment* protocolados contra o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mas nenhum chegou a ter a sua admissão votada pelo plenário da Câmara dos Deputados.

programa de governo. O custo da formação da coalizão governista tem sido bastante alto (⁴¹⁴). Em síntese, no nosso *Presidencialismo de Coalizão*, temos um Presidente da República refém de uma ampla e contraditória coalizão partidária por ele mesmo articulada para dar sustentação ao seu governo.

A melhoria do sistema de governo passa por uma reforma política de difícil consenso, mas que deverá necessariamente alterar do sistema eleitoral, diminuindo a fragmentação partidária e possibilitando uma maior governabilidade ao próximo Presidente da República eleito.

A Judicialização da Política

Após a Constituição de 1988, a dinâmica da divisão de poderes tem evidenciado, ao lado do *Presidencialismo de Coalizão*, a ascensão do Judiciário, que passou a atuar em campos anteriormente reservados aos demais poderes políticos. Tal fenômeno tem sido conhecido como a judicialização da política.

414. “É fato: a governabilidade vem custando cada vez mais caro ao país. Somados um sistema eleitoral que, além de votação proporcional em listas abertas, permite, a cada pleito, a realização de coligações partidárias regionais precárias, um hipertrofiado multipartidarismo, com óbvia fragmentação partidária, bem como um imperialismo do tipo imperial – sobretudo porque o chefe do Executivo, mesmo oriundo de partido minoritário, detém notório poder de agenda -, o resultado não poderia ser outro senão o altíssimo dispêndio para manter funcionando uma tão frágil quanto complicada política de alianças partidárias, na qual sobressai a promiscuidade das relações entre o Executivo e a base parlamentar do governo.” MENDES, Gilmar Ferreira. In: VICTOR, Sérgio Antônio

Durante a Guerra Fria (1945-1989), as crises políticas nas repúblicas presidencialistas latino-americanas eram, em sua maioria, resolvidas com intervenção das Forças Armadas. As intervenções resultaram muitas vezes na instauração de regime de exceção com sacrifício dos direitos fundamentais e do regime democrático. Os líderes militares contavam com o apoio do governo norte-americano, pois, na lógica da Guerra Fria, valia tudo contra a ameaça comunista. A defesa da Constituição e o regime democrático não eram, na prática, valores maiores.

O Brasil não destoou da lógica da Guerra Fria no continente. Os militares transformaram-se em bastiões das instituições e da luta contra a ameaça comunista ⁽⁴¹⁵⁾. “Na vigência da Constituição de 1946, os militares arvoram-se como árbitros dos impasses entre os poderes. Um Presidente em situação de crise preocupava-se sempre com o apoio militar. Nas décadas de quarenta a setenta, no mundo da Guerra Fria, o risco de golpe militar estava

Ferreira. *Presidencialismo de coalizão – exame do atual sistema de governo brasileiro*, p. 157.

415. Podemos exemplificar com a intervenção de 11 de novembro de 1955, quando os militares, comandados pelo então General Henrique Teixeira Lott (1894-1894), destituíram o Presidente interino e Presidente da Câmara de Deputados Carlos Luz (1894-1961), que articulava para impedir a posse do Presidente recém-eleito Juscelino Kubitschek (1902-1976).

Outra intervenção ocorreu logo após a renúncia do Presidente Jânio Quadros (1917-1992), quando os chefes militares impuseram o veto, não previsto na Constituição, à posse do Vice-Presidente João Goulart (1919-1976), acusado de manter ligações com a esquerda, o que resultou, ao final, na conciliatória aprovação da emenda constitucional parlamentarista.

presente em toda a América Latina. O Brasil não era diferente” ⁽⁴¹⁶⁾. Neste período, o Presidente necessitava não só de maioria parlamentar, mas, sobretudo, de apoio militar. As crises institucionais sempre corriam o risco de serem resolvidas pela quebra da ordem jurídica por meio de um golpe militar. Tudo ao arrepio do estado constitucional. O direito se mostrava incapaz de disciplinar as disputas políticas.

As intervenções militares chegaram ao ápice com o golpe de 1964, quando os próprios militares assumiram, eles mesmos, o poder, mantendo um aparente funcionamento das instituições, sempre tuteladas pelo Alto Comando das Forças Armadas. Durante o regime militar, o país viveu sob a égide da Constituição de 1967, com as alterações da Emenda Constitucional nº 1/69, mas com a tutela das Forças armadas expressada no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 ⁽⁴¹⁷⁾. O chamado AI-5 colocava-se, no ordenamento jurídico, em posição hierárquica superior à Constituição e concentrava poderes excepcionais no Presidente da República, indicado pelo Alto Comando das Forças Armadas e homologado por um colégio eleitoral.

Após a promulgação da Constituição de 1988 e a volta ao estado de direito, os militares submeteram-se ao poder civil

416. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Os limites da judicialização no presidencialismo de coalizão*.

417. Texto disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm, acesso em 11 de setembro de 2016.

constituído e abstiveram-se de intervir nas crises políticas do país. Com a volta aos quarteis, o Poder Judiciário foi assumindo o papel de árbitro dos impasses entre o Executivo e o Legislativo, uma espécie de poder moderador ⁽⁴¹⁸⁾. “Na Terceira República, da Constituição de 1988, esse papel de moderação transferiu-se para o Judiciário, mais precisamente para o Supremo Tribunal Federal. Mas o STF exerce esse papel constrangido por limitações constitucionais e pelos ritos de procedimento essenciais ao processo judiciário. Resta, contudo, em nosso desenho constitucional, amplo espaço para intervenções do Judiciário no campo próprio da política. Essa intervenção cria dilemas sérios de legitimidade e para a própria democracia.” ⁽⁴¹⁹⁾.

O Poder Judiciário passou a desempenhar um papel inédito na história republicana ⁽⁴²⁰⁾, deliberando sobre questões políticas e morais relevantes, cuja decisão caberia, segundo o modelo

418. Um quarto poder previsto na Constituição Imperial de 1824, pelo qual o monarca era o responsável pela manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes.

419. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Os limites da judicialização no presidencialismo de coalizão*.

420. “Com essas mudanças, verificadas a partir da Constituição de 1988, o Supremo elevou o padrão de interação como os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro. Isso tem implicado importante alteração da dinâmica de nosso arranjo institucional, se comparado ao padrão histórico: ainda temos um Poder Executivo – o federal – protagonista e centralizador; o Legislativo – nos três níveis federativos – sofrendo constantes crises funcionais e déficits de confiança popular, mas o Supremo Tribunal Federal, antes uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a submeter a Executivos hipertrofiados, alcançou, de forma gradual, máxime por meio do controle de constitucionalidade das leis, patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história (...)”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*, p, 28.

clássico de separação de poderes, ao Legislativo ou ao Executivo. Estes poderes nem sempre se mostram capazes de produzir uma decisão a respeito de temas polêmicos ou preferem não decidir em face do alto custo político da tomada de posição.

A paralisia decisória do Legislativo é acentuada pela crescente fragmentação partidária do *Presidencialismo de Coalizão*. Os vários partidos e facções defensoras de interesses localizados, na concepção de James Madison (⁴²¹), não detêm isoladamente a maioria parlamentar, mas possuem, na prática, o poder de veto em questões envolvendo diretamente seus interesses específicos. Por seu turno, o Executivo vê-se obrigado a manter uma coalizão heterogênea, que pode se desestruturar em virtude de uma posição mais definida do governo sobre um tema relevante e sem consenso interno na coalizão.

As inúmeras as necessidades de regulação requerem uma agilidade e diversidade de produção legislativa incompatíveis com a deliberação colegiada e a fragmentação partidária. No nosso *Presidencialismo de Coalizão*, temos um Legislativo forte, mas ineficiente no cumprimento de sua função básica de legislar.

As divergências políticas devem, a princípio, ser resolvidas no campo político típico do Parlamento e não perante os

421. MADISON, James. *O Federalista* n.º 10, p. 75-81.

tribunais. A política e o direito são campos distintos. A primeira é o campo da vontade majoritária e o da soberania popular. O segundo é o campo da razão pública que visa à limitação do poder e à defesa dos direitos fundamentais. As delimitações entre os dois campos, contudo, nem sempre são claras. Com a judicialização da política, questões que deveriam ser decididas pelo princípio majoritário passam, cada vez mais, a ser decididas pelo Judiciário com base no direito, especialmente na interpretação da Constituição. A Constituição assegura aos juízes prerrogativas e garantias de independência que visam deixá-los imunes à política ⁽⁴²²⁾.

A judicialização da política segue uma tendência mundial do constitucionalismo contemporâneo depois da Segunda Guerra Mundial, que se intensificou com o fim da Guerra Fria e o advento das cortes constitucionais ⁽⁴²³⁾. Apenas à guisa de exemplo, a Suprema Corte Americana decidiu sobre a validade do resultado da eleição presidencial de 2000 entre George W. Bush e Al Gore (1948-...) após o impasse da contagem de votos no estado da Florida. Na Costa Rica, foi a Sala Constitucional da Corte Suprema de

422 “A atuação de juízes e tribunais é preservada do contágio político por meio da independência do Judiciário em relação aos demais Poderes e por sua vinculação ao direito, que constitui um mundo autônomo, tanto do ponto de vista normativo quanto doutrinário. Essa visão, inspirado pelo formalismo jurídico, apresenta inúmeras insuficiências teóricas e enfrenta boa quantidade de objeções, em uma era marcada pela complexidade da interpretação jurídica e por forte interação do Judiciário com outros atores políticos relevantes.” BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 381.

423. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*, p. 99/148.

Justiça quem decidiu sobre a possibilidade de reeleição de Presidente da República no país ⁽⁴²⁴⁾.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem decidido sobre matérias de grande relevância política, tais como fidelidade partidária ⁽⁴²⁵⁾, cláusula de barreira ⁽⁴²⁶⁾, hipóteses de inelegibilidade (Lei da Ficha Limpa) ⁽⁴²⁷⁾, proibição de financiamento eleitoral por pessoa jurídica ⁽⁴²⁸⁾ e procedimento do processo de *impeachment* ⁽⁴²⁹⁾. Em tais casos, foi o Judiciário que deu a última palavra sobre fixação de regras do jogo democrático ⁽⁴³⁰⁾.

Mesmo com a deliberação definitiva do Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo tem ainda a faculdade de aprovar posteriormente novo dispositivo sobre a mesma matéria com hierarquia e/ou conteúdo diversos, como está acontecendo com a cláusula de barreira veiculada agora por emenda constitucional ⁽⁴³¹⁾. A dinâmica das relações entre os poderes é permanente.

424. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*, p. 135.

425. ADI nº 5.081/DF, ADI nº 3.999/DF e ADI nº 4.086/DF.

426. ADI nº 1.354/DF.

427. ADC nº 30/DF.

428. ADI nº 4.650/DF.

429. ADPF nº 378/DF.

430. Em relação ao processo de *impeachment*, a ADPF nº 378/DF limitou-se a fixar as regras de procedimento, o julgamento do mérito do processo de *impeachment* é de competência do Senado Federal (art. 52, I da C.F.).

431. Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 36/2016, que condiciona a representação parlamentar de um partido político à votação de no mínimo de dois por cento dos votos válidos em todo o país, não mais cinco por cento.

A judicialização da política decorre também da mudança paradigmática do Estado legalista para um Estado constitucional ⁽⁴³²⁾. Antes do fim da Segunda Guerra Mundial, a Constituição não detinha a centralidade dos ordenamentos jurídicos nacionais. “Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento” ⁽⁴³³⁾.

Com a mudança de paradigma, a Constituição adquire força normativa própria e uma jurisdição constitucional ⁽⁴³⁴⁾, especialmente o controle de constitucionalidade das leis, para torná-la efetiva. Sem um eficiente sistema de controle, em suas duas modalidades combinadas, o Judiciário não teria instrumento eficiente para exercer a função de defensor da supremacia da Constituição.

432. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 52.

433. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 383.

434. “A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição” BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 383.

Na modalidade difusa ou concreta, o controle da constitucionalidade das leis, o *judicial review* norte-americano, foi introduzido no direito brasileiro na primeira Constituição Republicana de 1891 ⁽⁴³⁵⁾ e mantido pelas Constituições subsequentes. O referido controle mostrou-se destituído da devida celeridade para interferir nos impasses institucionais do país. Tais momentos requerem prontidão na intervenção.

O controle abstrato somente passou a ser previsto com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, já sob o regime militar, mas ainda na vigência da Constituição de 1946, que estabeleceu a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, formulada pelo Procurador Geral da República ⁽⁴³⁶⁾. Até 1988, o controle abstrato da constitucionalidade era obsoleto, pois a legitimidade exclusiva para proposição da ação perante o Supremo Tribunal Federal era do Procurador Geral da República, que poderia ser demitido *ad nutum* pelo Presidente da República.

A Constituição de 1988 representou uma verdadeira revolução no controle da constitucionalidade das leis no Brasil. A principal reviravolta do controle abstrato foi a ampliação da

435. Artigos 59 e 60 da Constituição de 1891.

436. Artigo 101, I, “k” da Constituição de 1946, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 16/65.

legitimidade ativa da Ação Direta de Inconstitucionalidade, anteriormente exclusiva do Procurador Geral da República, foi franqueada, nos termos do artigo 103 ⁽⁴³⁷⁾, entre outros, a todo partido político com representação no Congresso Nacional e às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A ampliação da legitimidade ativa no controle de constitucionalidade na modalidade abstrata permitiu acesso às minorias derrotadas no processo político e reforçou o papel contramajoritário do Judiciário, especialmente quando atua como defensor da Constituição, visando evitar a tirania das majorias ocasionais e defender os direitos fundamentais ⁽⁴³⁸⁾. Hoje, nada obsta o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade no dia seguinte à entrada em vigor do diploma legal objeto de questionamento.

437. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (EC nº 45, de 2004)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (EC nº 45, de 2004)
V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (EC nº 45, de 2004)
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

438. “A Corte tem sido capaz de exercer tanto o papel contramajoritário promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar anseios sociais e políticos favorecidos pelas coalizões majoritárias, mas que, em função do caráter muito controvertidos dos temas, esbarra em impasses (*deadlocks*) intransponíveis na arena legislativa.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*, p, 28.

Após a promulgação da Constituição de 1988, uma série de emendas constitucionais e leis ordinárias aprimoraram o sistema de controle de constitucionalidade, tornando-o mais amplo e eficiente por meio dos institutos tais como a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC ⁽⁴³⁹⁾, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF ⁽⁴⁴⁰⁾ e a Súmula Vinculante ⁽⁴⁴¹⁾.

A Constituição de 1988 é minudente regulando a vida do cidadão e a atuação do Estado. Com tal detalhamento, o controle de sua efetividade permitiu ao Judiciário intervir, sempre em nome da Constituição, em inúmeras políticas públicas. O juiz passou a interpretar o ordenamento conforme a Constituição. Restringiu-se o conceito de mérito do ato administrativo, reduzindo, por consequência, o espaço de discricionariedade no exercício da função administrativa, o que permite um maior controle judicial ⁽⁴⁴²⁾.

Ademais, a amplitude semântica do texto constitucional, especialmente dos princípios, permite um espaço ainda

439. Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC foi criada pela EC nº 3/93 e regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

440. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF inicialmente prevista no texto original da Constituição Federal (art. 102, Parágrafo Único) foi regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

441. Súmula vinculante foi criada pela EC nº 45/2004.

442. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª edição, 2003

mais amplo para interpretação ⁽⁴⁴³⁾. Com tal amplitude, é quase impossível precisar os limites entre o espaço interpretativo e a criação de normas inexistentes no ordenamento jurídico para a solução o conflito ⁽⁴⁴⁴⁾.

O juiz não pode deixar de decidir o caso concreto a ele submetido sob a alegação de omissão do ordenamento jurídico. Isso requer criatividade na interpretação das regras e princípios com o fito de encontrar a solução jurídica dos casos difíceis. No processo criativo de interpretar o direito, o julgador passa a decidir de acordo com sua noção subjetiva do que é mais justo, podendo extrapolar os limites da função jurisdicional ao ultrapassar a imprecisa fronteira entre o interpretar e o criar. É o que chamamos de ativismo judicial ⁽⁴⁴⁵⁾.

443. “Em síntese, percebe-se que a ampliação do espaço “tradicional” do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen) foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções.” TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, p. 65.

444. “A presença constante de normas-princípios nos textos constitucionais, normas essas dotadas de maior abrangência, porém de menor precisão, associada ao fato de que a atuação é feita, comumente, por tribunais dotados de independência institucional ou posicionados no topo do aparato Judiciário, de um lado, tornaram inviável a interpretação declarativa, porém, de outro, fizeram premente uma elaboração mais consistente em torno dos limites da função jurisdicional, cujo potencial criativo experimentou notável expansão.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 322.

445. Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe,

A expressão *ativismo judicial* surgiu de um artigo jornalístico, publicado na revista *Fortune* em 1947, sobre os juízes da Suprema Corte Americana, separando-os entre os que decidiam de acordo com as suas preferências ideológicas (os adeptos do ativismo) e os favoráveis a uma autocontenção judicial ⁽⁴⁴⁶⁾. Quase setenta anos depois, no exercício da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal decide em meio à tensão entre o ativismo e a autocontenção judicial ⁽⁴⁴⁷⁾.

institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 324.

446. “A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger Jr. The Supreme Court: 1947, *Fortune*, jan. 1947, p. 208, *apud* Keenan D. Kmiec, The origin and current meaning of ‘judicial activism’, *California Law Review*, 92: 1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis ; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sócias. Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 387.

447. O oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das

Na judicialização da política, como não há regra constitucional explícita a respeito e o tribunal não pode se furtar a decidir, a decisão proferida fica em um espaço indeterminado entre o direito e a política. Os contrariados com a decisão acusam-na de ser fruto de um ativismo judicial, o que reforça a conotação negativa da expressão, alertam para o risco de um governo de juízes. Já os favorecidos pela decisão alegam que tribunal deu a melhor interpretação da Constituição. A atuação judicial em questões política sempre será alvo de polêmica.

Não se deve confundir a judicialização da política com o ativismo judicial. A primeira é fruto de disfuncionalidade da divisão dos poderes, que leva o Judiciário a decidir questões políticas afetas, a princípio, aos demais poderes. O segundo é uma atitude proativa, no exercício da função jurisdicional, que expande o sentido dos dispositivos constitucionais ⁽⁴⁴⁸⁾. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar uma questão política, pode ter uma atitude de autocontenção.

potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos. BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 390.

448. “A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo de específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 387.

O ativismo judicial é um método expansivo de interpretação constitucional que pode estar a serviço indiferentemente de causas progressivas ou conservadoras. Nos Estados Unidos, o ativismo judicial surgiu na década de trinta, durante o *new deal*, na defesa de causas conservadoras para depois ser usado a serviço de causas progressivas durante a Corte Warren (1953-1969) ⁽⁴⁴⁹⁾.

A ascensão da jurisdição constitucional vem acompanhada do questionamento de sua legitimidade democrática ⁽⁴⁵⁰⁾. Afinal, o poder emana do povo, não dos juízes. No exercício da função de defensor da Constituição, o Supremo Tribunal Federal invalida uma lei emanada de representantes eleitos. No entanto, “o princípio democrático não é absoluto, nem poderia sê-lo, caso contrário a atuação do Legislativo e do Executivo – órgãos reconhecidamente eleitos segundo o princípio da maioria – estaria resguardada inclusive nas eventuais violações que promovessem conta à Constituição, com o que se produziria insuportável imunidade da atividade desses “poderes” e a consequente ruína do sistema jurídico e, com ele, de

449. SOUTO, José Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos, principais decisões*.

450. “Uma vez aceita a teoria do Estado Constitucional, seria de indagar se esse ideal constitucionalista não estaria em colisão com a democracia. Recorde-se que a existência de um Estado Constitucional, como Estado limitado, implica na existência de órgão “neutro” que seja curador da Constituição, garantindo-a, tanto nas eventuais violações como por seu constante cumprimento, funcionando, se necessário, como policial das leis e dos “poderes” (governo limitado)”. TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*, p. 493.

qualquer segurança ou justiça possível” (⁴⁵¹). No sistema de freios e contrapesos, a vontade da maioria ocasional também requer controle.

Não se trata de um governo de juízes, mas de um governo com juízes. O Judiciário não tem armas ou a chave do tesouro à sua disposição, sua legitimidade é decorrência da sua credibilidade na defesa da Constituição.

451. TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*, p. 517.

CONCLUSÕES

Os Dois Filósofos da Escola de Atenas

1- O idealismo de Platão e o realismo de Aristóteles mais se complementam do que se opõem, pois em ambos a política deve estar associada à ética. Hoje a ciência política busca reaproximação da moral e do equilíbrio, o que reafirma a importância do ideal grego.

2 - Platão e Aristóteles não fazem apologia à democracia como forma de governo ideal. A experiência da democracia grega estava adstrita ao exercício direto do poder pelos cidadãos em assembleias deliberativas nas cidades-estados de reduzidas dimensões territoriais e populacionais.

3 - Em *A República*, Platão concebeu um modelo de governo ideal, o mais justo, no qual cada indivíduo cumpriria uma função de acordo com a sua virtude preponderante, cabendo aos mais sábios o governo da *pólis*. Em sua concepção utópica, o governo

ideal implicava a divisão de funções, todas com sua devida importância, mas sob o governo dos mais sábios, os filósofos.

4 - Aristóteles, na *Política*, deu tratamento mais científico à política. Elencou e sistematizou os governos (constituições) de todas as cidades-estados, ressaltando as qualidades, defeitos e riscos de cada um, sem revelar preferência por nenhum deles. Não há um modelo ideal. Cada espécie (monarquia, aristocracia ou democracia) pode resultar em um bom governo, mas, se os detentores do poder não agirem de acordo com o bem comum, pode também se desvirtuar e se transformar em tirania, oligarquia e demagogia, respectivamente. Com visão mais realista, Aristóteles ressaltou a importância do controle e da divisão do poder. O bom governo é decorrência das virtudes dos governantes e de uma equilibrada constituição, aqui entendida como sinônimo de governo.

John Locke e o Parlamentarismo Inglês

1 – O objetivo de Locke, em *Dois tratados sobre o governo*, foi defender a Revolução Gloriosa que restabeleceu o governo misto com supremacia do Parlamento, este agora com independência orgânico-funcional em relação ao monarca.

2 – A sociedade política (governo), para Locke, surge para assegurar os direitos naturais do homem, entre eles,

o direito de propriedade, assim entendido como o necessário ao trabalho e à sobrevivência de cada um.

3 - John Locke foi o precursor da divisão de poderes como forma de evitar a tirania e assegurar a liberdade e a propriedade.

4 – Locke fundamenta a Revolução Gloriosa no direito de resistência, pelo qual seu titular, o povo, pode dissolver a sociedade política e instituir um novo poder político, quando o governante se desviar do bem comum. É o direito alienável à revolução, também arguido pelas treze colônias americanas quando da Declaração de Independência.

5 - No Parlamentarismo monárquico instituído na Inglaterra, atual Reino Unido, a partir da Revolução Gloriosa de 1688, não há a separação clássica dos poderes. Ao contrário, há uma interdependência entre o Executivo e o Legislativo, pois o governo é composto por parlamentares representantes da maioria do Parlamento. Em síntese, o país que serviu de modelo para a teoria clássica de tripartição dos Poderes não a adota.

6 - Fruto de uma prática política e não de um projeto preconcebido, o regime parlamentar inglês tem características singulares. Não há Constituição formal escrita. No entanto, as instituições políticas e os direitos fundamentais estão previstos em diplomas legais dispersos, que não levam o nome formal de

Constituição, mas, em seu conjunto, são tratados como tal pela reiterada prática política.

7 – Além de não escrita, a Constituição inglesa, a mais longeva do mundo, não é rígida, podendo ser alterada por uma maioria ocasional no Parlamento. Não há, portanto, controle da constitucionalidade das leis, mas sim supremacia do Parlamento.

8 – Com todas essas singularidades, o atual Reino Unido é o Estado de maior estabilidade política do mundo, pois, desde a Revolução Gloriosa de 1688, não há registro de ruptura jurídica no exercício do poder político.

A Tripartição dos Poderes de Montesquieu

1 – Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu buscou estabelecer as leis da ciência do bem governar extraídas, indutivamente, do estudo das constituições de vários países em diferentes momentos históricos. Foi uma das primeiras abordagens científicas da política, pois elencou o conjunto de causas (o espírito geral) das leis que governam uma nação. O governo e as leis de um Estado não são fruto do acaso, mas sim de um conjunto de causas físicas e sociais determinantes.

2 – Montesquieu, um aristocrata defensor da moderação, não se apresenta como adepto da democracia ou politeia,

forma de governo ainda vinculada à democracia direta exercida em assembleia nos limites das cidades-estados gregas. Defende sim uma monarquia moderada exercida com o auxílio e participação da aristocracia no Parlamento de acordo com regras preestabelecidas, afastando assim o poder absoluto do monarca. Não viveu a Revolução Francesa e foi melhor assim, pois certamente sua moderação não teria sobrevivido ao radicalismo revolucionário.

3 – Foi na Inglaterra da pós-Revolução Gloriosa que Montesquieu buscou inspiração para o modelo ideal de separação de poderes. Mas de fato usou a Inglaterra mais como pretexto para criticar o então absolutismo francês, seu principal e real objetivo.

4 – Em face da necessidade de muitas e rápidas decisões, o Poder Executivo deve estar concentrado em uma única pessoa, que o exerce com o auxílio de um conjunto de servidores. Todas as experiências do exercício coletivo do Executivo fracassaram.

5- Já o Legislativo é, por natureza, coletivo para que possa estabelecer as normas gerais disciplinadoras da liberdade dos indivíduos. Montesquieu defende o bicameralismo com uma câmara reservada à nobreza e outra aos representantes eleitos por cada comunidade.

6 – O Judiciário idealizado por Montesquieu não seria composto de juízes profissionalizados e permanentes, mas sim por jurados escolhidos no povo. Poucas linhas são gastas com a função do juiz, reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal. O juiz seria o porta-voz da lei e dos efeitos da decisão do júri, sendo restrito o espaço de interpretação. O júri sim seria a forma de assegurar a participação popular na função de julgar.

7 – Na atual Constituição francesa de 1958, a tripartição dos poderes não está expressamente contemplada. O Judiciário não tem reconhecimento formal enquanto Poder da República. Com o tempo, a França foi se distanciando da teoria clássica idealizada por Montesquieu.

8 – Na França atual, o juiz não tem competência para controlar incidentalmente a constitucionalidade das leis, o que reduz sensivelmente o papel político do Judiciário. O controle da constitucionalidade só existe na forma abstrata e ocorre antes da entrada em vigor da lei objeto de controle, sendo de competência do Conselho Constitucional, órgão político não vinculado à estrutura do Judiciário.

9 – As autoridades judiciais não detêm o monopólio da atividade jurisdicional, pois a França atual adota a dualidade de jurisdição. As causas envolvendo o Poder Público são processadas e julgadas no contencioso administrativo inserido no

próprio Poder Executivo e composto por juízes administrativos, mas detentores das mesmas garantias e prerrogativas da magistratura judicial.

10 – Em síntese, a França atual também distanciou-se do modelo de separação de poderes idealizado por Montesquieu.

O Constitucionalismo Americano

1 – John Locke teve influência direta na elaboração da Declaração de Independência das treze colônias norte-americanas quando esta afirma a necessidade de consentimento dos governados para a constituição do governo e assegura ao povo o direito inalienável de resistência contra o governo que se desvia do interesse público.

2 - Na Convenção de Filadélfia (1787), os convencionais extrapolaram os poderes concedidos na convocação para reformar os *Artigos da Confederação*, o que teria exigido a unanimidade entre os treze estados. Em vez de reformar os *Artigos da Confederação*, os convencionais aprovaram uma Constituição, transformando os treze estados independentes em uma Federação, e estipularam um quórum mínimo de nove estados para a sua entrada em vigor. A nova quebra da ordem jurídica foi remediada com a

ratificação posterior pela unanimidade dos estados-membros da proposta de nova Constituição.

3 – Com o fito de evitar novos abusos de uma monarquia absolutista, os convencionais adotaram a República como forma de governo, sendo o Poder Executivo ocupado pelo Presidente da República eleito por um mandato de tempo certo e com responsabilidade política.

4 – A República proposta era diversa da democracia direta das cidades-estados gregas, onde o povo exercia a supremacia diretamente nas assembleias. No modelo americano, a soberania popular se expressa por meio da eleição de representantes nos Poderes do Estado. A democracia não é direta, mas sim representativa.

5 – Cada ex-colônia já tinha adotado na respectiva Constituição a forma republicana e a divisão de Poderes. As resistências dos estados-membros à adoção de uma Federação com a delegação de poderes para a União foi o maior obstáculo à ratificação da nova Constituição. Foi tarefa árdua superá-lo. Temia-se que o excesso de poderes delegados à União poderia redundar no retorno do absolutismo.

6 – Os federalistas apresentam o grande desafio da nova Constituição: criar um bom governo pela ponderação e pelo voto e não mais pela força. A história demonstrou que eles foram

bem-sucedidos. As instituições criadas pela Constituição de 1787 continuam, depois de mais de duzentos anos, a disciplinar a vida dos americanos e suas relações com o Estado.

7 – A teoria da divisão dos poderes foi expressamente contemplada na Constituição Americana para depois ser difundida pelo constitucionalismo. O sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) permitiu o controle recíproco entre os poderes, buscando assim a moderação e o equilíbrio no exercício do poder.

8 – Apesar do sistema de freios e contrapesos, há divisão orgânica-funcional entre os três poderes. Uma mesma pessoa não pode ocupar concomitantemente cargo em Poderes diversos. Assim, de acordo com a Constituição Americana, um senador para ocupar o cargo de Secretário de Estado deve primeiro renunciar ao mandato legislativo.

9 - Com o objetivo de diluir as resistências dos estados-membros, a nova Constituição adotou um Poder Legislativo bicameral. O povo estaria contemplado na Câmara dos Representantes com as bancadas estaduais formadas em tamanho proporcional à população de cada estado-membro e eleitas pelo sistema distrital. Já a câmara alta, o Senado, era composta de dois representantes de cada estado-membro, eleitos, inicialmente, pelas respectivas Assembleias Legislativas. Assim, tanto o povo como os

estados-membros seriam devidamente representados no processo de elaboração das leis.

10 – O controle da constitucionalidade das leis pela Suprema Corte Americana e por todos os tribunais e juízes singulares tornou o Judiciário, de fato, um Poder da República. Sem tal instrumento, o Judiciário estaria reduzido a um papel secundário no processo de formação da vontade nacional. A Suprema Corte ancora-se na interpretação constitucional

11 – Os três Poderes convivem com espaços de harmonia e de conflitos disciplinados pela Constituição. A polêmica referente à legislação antiterror do Governo George Bush e às condições da prisão de Guantánamo reflete uma nova roupagem da tensão entre os poderes, envolvendo a aplicação de direitos fundamentais e os limites do poder estatal no combate ao terrorismo que ameaça toda a sociedade.

12 – O insucesso prático, primeiro da Suprema Corte Americana e depois do Presidente Barack Obama, nas tentativas de fechar a prisão de Guantánamo evidencia a necessidade de sintonia entre os três Poderes da República para viabilizar uma decisão que divide a opinião pública. No caso, o Legislativo tem demonstrado o seu poder quando aprova medidas que inviabilizam o fechamento da prisão.

O Constitucionalismo Brasileiro

1 – A primeira Constituição republicana de 1891 foi fortemente influenciada pelo constitucionalismo norte-americano. A República dos Estados Unidos do Brasil adotou o Presidencialismo, a Federação, a divisão de poderes, com seus freios e contrapesos, e o controle difuso da constitucionalidade das leis.

2 – O primeiro modelo de divisão de poderes adotado no Brasil foi o norte-americano. Não tivemos a influência direta de Locke e Montesquieu, mas sim indireta via o constitucionalismo americano.

3 – O Presidencialismo aprovado na Constituinte de 1988 rompeu com a tradição do modelo norte-americano em virtude do amplo papel do Presidente da República no processo legislativo, por meio das medidas provisórias, leis delegadas, iniciativa legislativa exclusiva do Presidente da República em temas relevantes, regime de urgência constitucional no trâmite de projetos de lei e poder de veto.

4 - No modelo do *Presidencialismo de Coalizão*, todo Presidente da República eleito tem necessariamente de buscar maioria no Congresso Nacional sob pena de inviabilizar o próprio governo. Trata-se de um Presidencialismo com fortes traços do Parlamentarismo.

5 – Após 1988, no modelo de eleição proporcional para o Legislativo, o partido do Presidente eleito tem elegido no máximo vinte por cento dos acentos na Câmara dos Deputados, o que leva o eleito a buscar uma coligação com partidos políticos que não o apoiaram nas eleições presidenciais. Quanto mais elástica for a coligação governamental, menor unidade programática e maior a instabilidade.

6 – A adoção do Presidencialismo com um sistema eleitoral proporcional com listas abertas para o Legislativo e sem cláusula de barreira para a representação parlamentar levou a uma grande e crescente fragmentação partidária e a uma dificuldade impar para a formação de coligações de apoio ao Presidente eleito, comprometendo até a governabilidade.

7 – A proliferação de partidos tem resultado a uma dispersão da representação legislativa, dificultando a articulação política necessária à formação de uma maioria. Hoje vinte e seis partidos políticos têm representação no Congresso Nacional, entre os quais apenas dois possuem bancada maior do que dez por cento dos acentos.

8 - O custo da manutenção de uma coalizão majoritária no Congresso Nacional tem sido alto para o Presidente da República e levado o país a conviver com práticas políticas muito distantes da ética pública. É preciso uma reforma política que altere,

sobretudo, o sistema eleitoral, revertendo a atual lógica e estimulando a governabilidade e não a fragmentação.

9 - Após a Constituição de 1988 e o retorno dos militares aos quartéis, o Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, passou, de forma inédita na história republicana, a desempenhar o papel de árbitro dos impasses entre os poderes Executivo e Legislativo. O novo papel do Judiciário representa uma evolução institucional, pois os poderes políticos passaram a se sujeitar, de fato, ao direito, especialmente à Constituição.

10 - O Poder Judiciário passou a deliberar sobre questões políticas e morais relevantes, cuja decisão caberia, segundo o modelo clássico de separação de poderes, ao Legislativo ou ao Executivo, que estavam omissos no cumprimento de suas funções constitucionais.

11 - A judicialização da política só foi possível com o aprimoramento da jurisdição constitucional, especialmente o controle de constitucionalidade das leis, que, na modalidade abstrata, teve a legitimidade ativa sensivelmente ampliada, abarcando entidades e partidos políticos que saíram derrotados no processo político de aprovação da lei objeto de questionamento. Tal ampliação reforça o papel contramajoritário do Judiciário.

12 - Na atual divisão de poderes no Brasil, o Poder Legislativo está fortalecido pelo *Presidencialismo de Coalizão*.

Apesar do fortalecimento, o Legislativo mostrar-se ineficiente no desempenho de sua função básica de legislar. Sua incapacidade de produzir consensos ou deliberar levou à judicialização da política e à intervenção crescente do Executivo no processo legislativo.

13 - Nos conflitos submetidos ao Judiciário, nem sempre há uma regra clara de solução, o que exige esforço interpretativo do julgador. As fronteiras não são bem definidas entre a interpretação e a criação nova norma estranha ao ordenamento, mas de acordo com a visão de mundo do julgador. Com a ampliação da força normativa da Constituição, o Judiciário, como um todo, convive com a tensão entre o ativismo e a autocontenção judicial.

14 - A jurisdição constitucional representa um instrumento de controle sobre a vontade majoritária. Sua legitimação vem da função de defesa da constituição. O conceito de democracia não está vinculado exclusivamente à vontade da maioria, mas também ao respeito às minorias e à Constituição contra a tirania da maioria.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AARON, Richard I. *John Locke*, 2ª ed. Oxford, Claredon Press, 1937.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, 4ª ed.. Trad. Alfredo Bosi (coord.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro*, Revista de Ciências Sociais, vol. 31, nº 1, p. 5 a 34. Rio de Janeiro: 1988.

- *Os limites da judicialização no presidencialismo de coalizão*. Site Ecopolítica – <http://www.ecopolitica.com.br>, 02 de julho de 2016.

- *O paradoxo da maioria no presidencialismo de coalizão*. Site Ecopolítica – <http://www.ecopolitica.com.br>, 24 de maio de 2016.

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

- *Transformação do direito constitucional*. Trad. Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

- *Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- *Adeus Montesquieu*. Trad. Diego Wernek Arguelles e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Revista de Direito Administrativo, v. 265, p. 13-23. Rio de Janeiro: FGV-Rio, 2014.

- *Before the next attack; preserving civil liberties in age of terrorism*. New York: Paperback, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, 2º ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. “Montesquieu: sociedade e poder”. In: WEFFORT, Francisco C. *Clássicos da Política*, v. 1. São Paulo: Ática, 1989.

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a política e a história*. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. 2ª ed. Lisboa: Presença, 1977.

AMAR, Akhail Reed. *America’s constitution, a biography*. New York: Random House Trade Paperback, 2006.

- *America’s unwritten constitution – the precedents and principles we lived by*. New York: Basic Books, 2013.

AMARAL JÚNIOR, José Levi do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O espírito das leis*, Revista dos Tribunais, v. 868. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- “Prefácio”. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão – exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

AMORIM NETO, Octavio. *Presidencialismo e governabilidade nas Américas*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

ANHAIA MELO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ARISTÓFANES. *As nuvens*, Coleção teatro vivo. Trad. Gilda Maria Reale Starzynski. São Paulo: Abril Cultural, 1977.

ARISTÓTELES. *Política*, 2ª ed. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 2009.

- *Ética a Nicômaco*, Coleção Os Pensadores. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

- *Constituição de Atenas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. *A Grande Revolução Inglesa 1640-1780*. São Paulo: Hucitec, 1996.

ASHCRAFT, Richard. "A filosofia política". In: CHAPPEL, Vere (org.). *Locke*. Trad. Guilherme Rodrigues Neto. Aparecida-SP: Ideias Letras, 2011.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

AVERRÓIS. *Comentário sobre a "República"*. Trad. Anna Lia de Almeida Prado e Rosalie Helena de Souza Pereira. São Paulo: Perspectiva, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. *A Constituição de 1891*. Volume II da *Coleção Constituições Brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. LIMA SOBRINHO, Barbosa. *A Constituição de 1946*. Volume V da *Coleção Constituições Brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 2001.

BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Volume XVII, Tomo I, A Constituição de 1891*. Rio de Janeiro: Ministério de Educação e Saúde, 1946.

- Volume XX, Tomo V, *Trabalhos Jurídicos*.

BARNES, Jonathan. "A Vida e a Obra". In: BAR (org.) *Aristóteles*, 2ª ed. Trad. Ricardo Hermann Ploch Machado. Aparecida-SP: Ideias Letras, 2009.

BARROS, Sérgio Resende. *Estudo sobre Impeachment*. no site do autor - <http://www.srbarros.com.br/pt/estudo-sobre-o-impeachment.cont>

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*, 6ª ed. St. Paul, West Publishing, 1990.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*, 5ª ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*, 2ª ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 1997.

- *Estado, governo e sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 2ª ed. Rio e Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Luis Guerreiro Pinto Cacaís, João Ferreira, Gaetano Lo Mônaco, Renzo Dini e Carmem C. Varrieale. Brasília: Editora UNB, 1997.

BROSSARD DE SOUZA PINTO, Paulo. *O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república*, 1992. São Paulo: Saraiva.

CALMON, PEDRO. "Prefácio". In: BARBOSA, Rui. *Obras Completas, Volume XVII, Tomo I, A Constituição de 1891*. Rio de Janeiro: Ministério de Educação e Saúde, 1946.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A elaboração da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 e a influência recebida da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível no site http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7257_7317.pdf

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional"*, Revista Forense nº 366. Trad. Fernando Sá. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia – volume 1 – Dos pré-socráticos a Aristóteles*, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Trad. Lydia Cristina. São Paulo: Agir Editora, 1973.

CHURCHILL, Winston S. *Uma história dos povos de língua inglesa*. Trad. Vera Giambastiani, Antonio Sepulveda e Gleuber Vieira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira – Univercidade, 2009.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Teoria geral do estado e ciência política*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2011.

- *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSTITUIÇÃO FRANCESA. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000.

CRETELLA NETO, José. *Terrorismo internacional. Inimigo sem rosto – combatente sem pátria*. São Paulo: Millennium Editora, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

- *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DAVIDSON, James West. *Uma breve história dos Estados Unidos*. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 3º ed., 2014.

EARLE, Edward Mead. "Introdução". In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*, tradução Ricardo Rodrigues, 3ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *Partisan X homo sacer. Terrorismo e a democracia sob o enfoque do estado de exceção*, Revista on-line Direito, Estado e Sociedade, nº 39, p. 6. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes – o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

- *Do processo legislativo*, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- *O poder constituinte*, 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRY, Luc. *Aprender a viver – filosofia para novos tempos*. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FREIRE, Felisbello Firmo de Oliveira. *História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*, v. 2. Rio de Janeiro: Typ. Moreira Maximino, 1894.

FROHNEN, Bruce. *The anti-federalist: select writings and speeches*. Washington: Regnery, 1999.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, *O Direito constitucional inglês*, Consulex Informativo Jurídico nº 11, fls. 10/13. Brasília: 2011.

- *A sátira política nas Cartas Persas, de Montesquieu*. Site Consultor Jurídico – <http://www.conjur.com.br>, 22 de abril de 2012.

- *Romantismo revolucionário: constituição francesa nasceu do iluminismo anacrônico*. Site Consultor Jurídico – <http://www.conjur.com.br>, 15 de agosto de 2010.

GOFF, Jacques Le. *Para uma outra idade média: tempo, trabalho e cultura no ocidente*. Trad. Tiago de Abreu e Lima Florêncio e Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes, 2013.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUTZMAN, Kevin R. C. *James Madison and the making of America*. New York: First St. Martin's Griffin Edition, 2013.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*, tradução Ricardo Rodrigues, 3ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010.
- *The federalist papers*. New York: The Modern Library 2001.

HILL, Christopher. *O século das revoluções – 1603-1714*. Trad. Alzira Vieira Allegro. São Paulo: Editora UNESP, 2011.
- *Origens intelectuais da revolução inglesa*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1992.

HIPPOLITO, Lúcia. *De Raposas e Reformistas: o PSD e a experiência democrática brasileira (1945-64)*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1985.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*. Trad. Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008.

HUME, David. *História da Inglaterra: da invasão de Júlio César à revolução de 1688*. Trad. Pedro Paulo Pimenta. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

ISAACSON, Walter. *Benjamin Franklin, uma vida americana*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

IRWIN, Terence H. *Introdução a carta VII de Platão*. Trad. José Trindade Santos e Juvino Maia Jr. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KARNAL, Leandro. *Estados Unidos: a formação da nação*. São Paulo: Contexto, 2013.

- “Estados Unidos, Liberdade e Cidadania”. In: Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky (org.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2014.

KLAUTAU FILHO, Paulo. *A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury .vs. Madison (1983)*. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 2, 2003.

LASLETT, Thomas Peter Ruffell. “Locke o homem e Locke, o escritor”, artigo introdutório. In: LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*, 2ª ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- “O livro”, artigo introdutório. In: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, 2ª ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- “Locke e Hobbes”, artigo introdutório. . In: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, 2ª ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEFREBVRE, Georges. *A revolução francesa*. Trad. Ely Bloem de Melo, 2ª ed. São Paulo: IBRASA, 1989.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *A separação de poderes e a constituição do estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu*, Revista da AGU nº 12. Brasília: 2007.

LIMONGE, Fernando Papaterra. “O federalista”: remédios republicanos para males republicanos”. In: WEFFORT, Francisco C. *Clássicos da Política*, v. 1. São Paulo: Ática, 1989.

- “Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório”. In: *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 16. São Paulo: CEBRAP, 2006.

LIMONGE, Fernando Papaterra; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 199.

LOPES, Maria da Silva; ESTEVÃO, José Carlos. “Platão e Aristóteles – O Nascimento da Filosofia Política”. In: RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. *Manual de Filosofia Política*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIPSITZ, Lewis, SPEAK, David. M. *American democracy*, 2º ed. Nova York: St. Martin's Press, 1986.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, 2ª ed. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- *Two treatise of government*. Cambrigde: Cambrigde University Press, 1986.

- *Ensaio políticos*. GOLDIE, Mark (org.). Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- *Cartas sobre tolerância*. Trad. Jeane B. Duarte Rangel. São Paulo: Ícone, 2004.

- *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOLME. Jean Louis de. *The constitution of England; or an account of the english government*. Nova York: Arno Press, 1979.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOWI, Theodore J. GINSBERG, Benjamin. *American government, freedom and power*, 7ª ed. New York: Norton, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Olívia Bauduh. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires Coelho, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Posfácio”. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão – exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*, 2^a ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida, “John Locke e o individualismo liberal”. In: WEFFORT, Francisco C. *Clássicos da política*, v. 1. São Paulo: Ática, 1989.

MESQUITA, Antonio Pedro. “Introdução geral”. In: *Aristóteles – obras completas*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

MILTON, J. R. “A vida e a época de Locke”. In: CHAPPEL, Vere (org.). *Locke*. Trad. Guilherme Rodrigues Neto. Aparecida-SP: Ideias Letras, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, 3ª ed. Trad. Cristina Muracho, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- *O espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes*, introdução, notas e tradução de Pedro Vieira Mota, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- *Cartas persas*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Paulicéia, 1991.

- *Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e da sua decadência*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1997.

- *Defesa de “O espírito das leis”* – Apêndice I de *O espírito das Leis*. Trad. Cristina Muracho, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

- *Direito constitucional*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

- *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORELLO, Augusto Mario. *La Corte Suprema en el sistema político*. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2005.

MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*, 2ª ed. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MOTA, Pedro Vieira. "Introdução". In: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. . *O espírito das leis: As formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*, 9ª ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. *Ato administrativo de concessão de benefício*. Dissertação de Mestrado – PUC-SP, sob orientação de Wagner Balera. São Paulo, 2006.

- *Casos Andrew Johnson e Bill Clinton: o Impeachment nos Estados Unidos*. São Paulo: Carta Forense, 2016.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVAES, Marcel. *O grande experimento: a desconhecida história da revolução americana e do nascimento da democracia moderna*. Rio de Janeiro: Record, 2016.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*, 16º ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

ODON, Daniel Ivo. *O Direito constitucional norte-americano em tempos de guerra e terrorismo. Insumo conceitual para o estudo do estado de exceção*, dissertação de mestrado defendida perante o Instituto Brasiliense de Direito Público, sob orientação de Heloisa Estelita, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011.

PERKINS, William B. "The Political Nature of Presidential Impeachment in The United States". In: BAUMGARTNER, Jody C. KADA, Naoko (org.). *Checking Executive Power – presidential impeachment in comparative perspective*. Nova York: Praeger Publishers, 2003.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.

PLATÃO. *A República*. Trad. Ana Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

- *Apologia de Sócrates*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

- *Carta VII*. Trad. José Trindade Santos e Juvino Maia Jr. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

- *As Leis*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2010.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. *Conferências sobre a história da filosofia política*. Trad. Fabio M. Said. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE, Giovane. *Introdução a Aristóteles*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia, volume 1 – filosofia pagã antiga*. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2014.

REGO, Antônio Carlos Pojo do. *O presidencialismo de coalizão e o legislativo*. In: PEIXOTO, João Paulo M. *Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento*. Brasília: Senado Federal, 2015.

RIBEIRO, Renato Janine. “Apresentação”. In: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das leis*. Trad. Cristina Muracho, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal, Volume I, Tomo I – 1891-1898 – Defesa das Liberdades Cíveis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade dos homens*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012.

- *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

RYAN, Alan. *On Politics: A history of political thought to the present*. New York: Norton & Company, 2012.

SALAH, Mohamedou Ould. *O Diário de Guantánamo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*, 2ª ed. São Paulo: Quartie Latin, 2010.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo de coalizão*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. New York: Fortune, Vol. 35, 1947.

SEDEK, Maria Tereza. "Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna". In: WEFORT, Francisco C. *Clássicos da Política*, v. 1. São Paulo: Ática, 1989.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*, 24ª ed. São Paulo: Cortez, 2016.

SHACKLETON, Robert. *Montesquieu, a Critical Biography*. Londres: Oxford, University Press, 1963.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional Positivo*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Rogério Forastieri da. *A revolução francesa*. São Paulo: Núcleo, 1989.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios & contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SPECTOR, Céline. *Vocabulário de Montesquieu*. Trad. Claudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

STAROBINSKI, Jean. *Montesquieu*. Trad. Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

STEVENS, Anne. *The Government and Politics of France*. 2ª ed. Londres: Macmillan, 1996.

STEWART, David O. *Madison's Gift: Five Partnerships that built America*. New York: Simon & Schuster, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fabio, "Comentários ao Art. 2º da Constituição Federal". In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SUORDEM, Fernando do Paulo Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais*. Coimbra: Almedina, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAYLOR, C. C. W. "Política". In: BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. Trad. Ricardo Hermann Ploch Machado, 2ª ed. Aparecida-SP: Ideias Letras, 2009.

TELLES, Ignacio da Silva. *A Experiência da Democracia Liberal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Trad. Neil Ribeiro da Silva, Coleção Folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

TOTA, Antonio Pedro. *Os Americanos*. São Paulo: Contexto, 2009.

TRIBE, Laurence H. *American Constitucional Law*, 3ª ed. Nova York: Fondation, 2000.

TRUC, Gonzague. "Montesquieu, Vida e Obra". In: *Montesquieu*, Coleção *Os Pensadores*, 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

- *Introdução – Montesquieu e O espírito das leis*. In: *Montesquieu*, Coleção *Os Pensadores*, 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

UNGER, Harlow Giles. *John Marshall, The Chief Justice who saved the nation*. Boston: Da Capo Express, 2014.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIANA FILHO, Luis. *A vida de Rui Barbosa*, 6ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. *Presidencialismo de coalização – exame do atual sistema político brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal, jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- *A Constituição e sua reversa de justiça, Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.* São Paulo: Malheiros, 1999.

VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund., 1998.

VILEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno.* Trad. Claudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIKER, Benjamin. *10 Livros que todo conservador deve ler – mais quatro imperdíveis e um impostor.* Trad. Mariza Cortazzio. Campinas: Vide Editorial, 2016.

WILLIS, Garry. *James Madison.* New York: Times Books, Henry Holt, 2002.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*, 2ª ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985.

WRIGHT, Benjamin Flecher. “Introdução”. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista.* Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*, 3ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.