

Revisitando a Teoria da Separação dos Poderes



Jessé Torres Pereira Junior é Desembargador e professor-coordenador da pós graduação de direito administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO

A tripartição dos poderes, concebida no século XVIII, continua sendo cláusula pétrea, que não se pode suprimir da ordem político-jurídica constitucional. Mas em que termos?

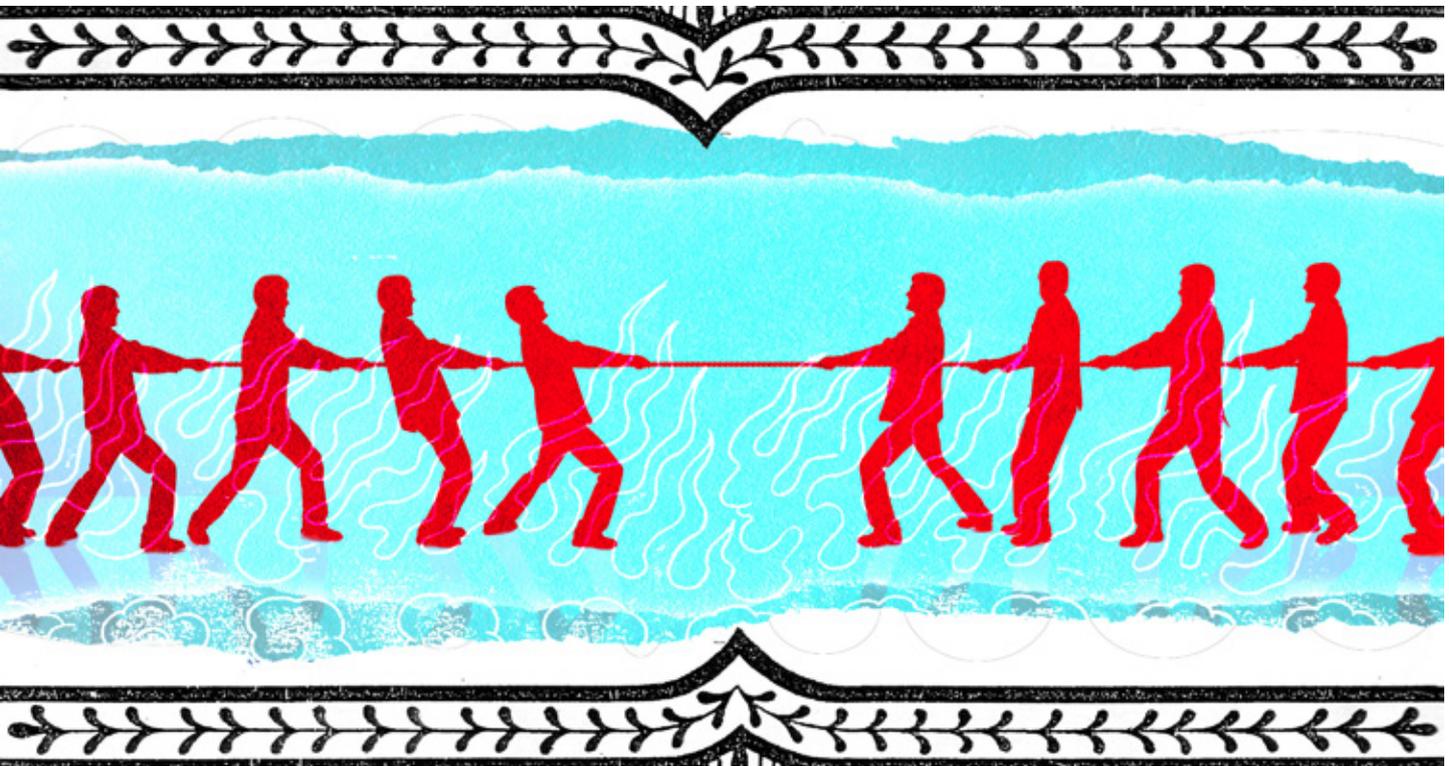
A complexa sociedade contemporânea vem percebendo que a teoria da tripartição de poderes: (a) hospeda uma vasta variedade de visões críticas sobre as funções do estado; (b) não hierarquiza valores, nem fixa indicadores, com o fim de estabelecer prioridades em caso de conflito entre os objetivos e os poderes.

Os tribunais e as casas legislativas tendem a fazer uso do modelo teórico como um valor ou fim em si mesmo, ao mesmo tempo em que dá suporte a concepções contrastantes do estado e suas estruturas, gerando contradições quando a teoria é posta em operação.

Palavras-chave: Ambiguidades valorativas. Cláusula pétrea. Separação de poderes. Teoria do estado.

ARTIGO

A separação de poderes, proposta por Montesquieu no século XVII, ingressa no Novo Mundo quando se tornam independentes as colônias inglesas na América, no século XVIII. Palavras da Constituição da Virgínia (20.06.1776): “Os poderes legislativo,



executivo e judiciário de governo deverão ser sempre separados e distintos entre si” (*The legislative, executive and judicial powers of government ought to be forever separate and distinct from each other*). E da Constituição de Maryland (11.11.1776): idem, mais “Nenhuma pessoa no exercício de funções em um desses poderes (*Departments*) assumirá ou se desincumbirá de deveres em qualquer dos outros”. Daí à fórmula dos artigos 2º e 60, § 4º, III, da Constituição brasileira de 1988 são passados 236 anos: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ... III – a separação dos Poderes”.

A tripartição dos poderes continua sendo cláusula pétreia, ou seja, valor essencial, norteador e que não se pode suprimir da ordem político-jurídica constitucional.

Mas em que termos? A divisão hermética retratada nos “departamentos” estanques norte-americanos é obsoleta. “Onde quer que exista o sistema de freios e contrapesos não há, nem pode haver, separação absoluta”, pondera atualizada doutrina (Eoin Carolan, *The New Separation of Powers*, Oxford University Press, março de 2009). Haveria uma fórmula/doutrina institucional universal? O poder político governamental pode ser definido e se esgota na trindade dos poderes legislativo, executivo e judiciário?

Não há divergência relevante entre os modernos compêndios quando sumariam a evolução da teoria da separação e lhes identificam sete objetivos históricos:

1. **evitar a tirania**, assegurando que o poder não se concentrará em um só indivíduo ou órgão (raiz dos princípios da segregação e da especialização, com os quais se devem harmonizar, na modernidade, o planejamento estratégico e a interdependência da gestão);
2. **estabelecer equilíbrio** entre os poderes de modo que cada qual supervisione as ações dos demais, mediante um sistema de freios e contrapesos (a ser contrastado com o direito fundamental à boa administração, que permeia todo o sistema estatal de gestão, embaçando as antigas linhas divisórias);
3. **assegurar que toda lei sirva ao interesse público**, cuja definição deve emanar daquele equilíbrio entre os poderes (nada obstante o reconhecimento da existência de diferentes perspectivas do que possa ser o interesse público, sob a determinação coordenada de tempo e espaço);
4. **estimular a eficiência governamental** mediante a atribuição de funções às instituições mais

aptas aos respectivos desempenhos (sem embargo de maus resultados comprometerem o princípio da eficiência, a que sujeitos todos os poderes, em todas as esferas da federação, na dicção do art. 37 de nossa vigente Constituição);

5. prevenir a prevalência da parcialidade e de interesses sectários, por meio da separação das pessoas envolvidas no processo decisório do exercício do poder político (a depurar a legitimidade dos grupos de pressão e contrapressão);

6. elevar o teor de objetividade e generalidade das leis por meio da separação das funções de elaborá-las e de aplicá-las (embora a lei, em seu sentido material estrito, cada vez mais deixa de constituir a única ou principal fonte legitimadora do direito justo);

7. impor a prestação de contas a todos os agentes estatais, que respondem por seus atos uns perante os outros e todos à sociedade (a provocar tensão entre os espaços ocupados pelas respectivas funções típicas e atípicas).

A complexa sociedade contemporânea vem percebendo a insuficiência desses objetivos, embora bem articulados, para sustentar uma doutrina institucional universal, porque a teoria da tripartição de poderes: (a) hospeda uma vasta variedade de visões críticas sobre as funções e os papéis do estado; (b) não hierarquiza valores, nem fixa indicadores, com o fim de estabelecer prioridades em caso de conflito entre os objetivos e os poderes.

A tripartição de poderes padece de ambiguidades quando aplicada aos casos concretos levados aos tribunais ou às situações que a lei nova pretenda vir a tutelar: tanto pode ser invocada para negar quanto para justificar a intervenção judicial ou legislativa, dependendo do compromisso que se tenha com a natureza das respectivas funções e os objetivos da separação de poderes que se tenham como prioritários.

Os tribunais e as casas legislativas tendem a fazer uso do modelo teórico como um valor ou fim em si mesmo, ao mesmo tempo em que dá suporte a concepções contrastantes do estado e suas estruturas, gerando contradições quando a teoria é posta em operação.

O estado do século XXI tende a ser “dirigista, discricionário e disperso”. Uma multiplicidade de diferentes organizações e atores participa dos assuntos

governamentais - *business of government* -, dentro e fora da estrutura administrativa estatal, mas dela recebendo repasses de recursos de toda ordem, inclusive financeiros e vice-versa, ou seja, organizações privadas assumem encargos de gestão de atividades ditas de interesse público.

Os conflitos continuam sendo, basicamente, os que opõem o interesse coletivo ao interesse individual. Para precatá-los ou resolvê-los, a tripartição dos poderes de Montesquieu foi produto de uma época em que o poder era exercido de forma unilateral: o poder do soberano manifestado por meio de normas gerais, veiculadas por processo político “estatutário”, como se fosse, para fazer-se concessão ao contratualismo rousseauiano, um contrato de adesão irrecusável: o soberano estabelecia as cláusulas e o povo a elas aderiria incondicionalmente.

O exercício do poder, agora entendido como exercício de “governabilidade”, é complexo e intrincado. Não se amolda ao figurino dos séculos XVII a XIX e boa parte do século XX. Do debate que por toda parte hoje se desenvolve, sobre a teoria da separação dos poderes, vêm resultando premissas e propostas ajustadas aos novos tempos, destacando-se:

- o estado é uma construção colaborativa, cuja utilidade é a de permitir avanços mais efetivos e universalistas dos interesses individuais e coletivos, em regime de mútuo respeito e consideração;
- os cidadãos são sujeitos de direitos e obrigações políticas em face do estado porque este deve prover um conjunto de bens que aqueles não seriam capazes de obter individualmente;
- a separação de poderes deve conduzir à organização de instituições estatais que atuem para assegurar que as decisões governamentais levem em conta tanto os interesses coletivos quanto os individuais; não se trata de propor que a “separação de poderes” exprima uma soberania bipolar, dualista, quase esquizofrênica, porém de considerar que o interesse público encerra noção que, embora monolítica, deve admitir a coexistência real de perspectivas divergentes acerca de qualquer ação estatal, por isto que as instituições devem estar predispostas a sopesar essas divergências e a admitir que nenhum dos

poderes tem o monopólio do que é, ou não, de interesse público;

- o novo modelo da “separação de poderes” busca extrair a unidade da divergência, visando obter resultados que a todos beneficiem, a partir de uma conjunção racional das finalidades de cada qual;
- o interesse público constitucionalizado nas políticas públicas exige administração responsiva às necessidades e aspirações coletivas e individuais, cujos efeitos decorrerão de uma cooperação institucional coordenada, apta a inibir ações unilaterais insuscetíveis de verificação e controle, verificação e controle que correspondem ao ideário republicano e democrático;
- o novo perfil da “separação de poderes” reclama um processo de coordenação participativa que os aproxime entre si, de forma transparente, organizada e permanente, afastadas rivalidades e disputas personalistas por lideranças, carismáticas ou não, e vedados expedientes sigilosos de cooptação (sempre canais de desvios de recursos públicos para atender a projetos pessoais);
- no estado democrático, administrador do interesse público constitucionalizado, o exercício do poder político é um processo permanente, interminável, de colaboração coordenada ente as instituições, cujo núcleo deve ser a governabilidade comprometida com resultados que a sociedade e os cidadãos reconheçam como benéficos para todos; vale dizer que maioria e minoria têm direitos iguais na audiência das instituições estatais e que estas, todas, têm iguais responsabilidades, no âmbito de suas respectivas competências constitucionais, na identificação e na consecução do que se deva considerar como de interesse público.

Vê-se que qualquer semelhança com as medidas e contramedidas protagonizadas por Legislativo e Judiciário, em aparente disputa pela primazia do poder, ultimamente veiculadas pelo noticiário brasileiro, não é mera coincidência e desafia, em escala planetária, estados e sociedades nas escolhas de seus destinos. Que as façam com sabedoria e prudência esperam os cidadãos na dupla qualidade de eleitores e jurisdicionados.